

San Miguel, veinticuatro de enero de dos mil veintitrés.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece doña **Gladys Beatriz Murillo Calle**, ecuatoriana, médico general, domiciliada en Calle Plaza Viva con Las Esculturas número 1230, comuna de Puente Alto, Santiago, deduciendo recurso de protección en contra de **AFP CAPITAL S.A. Administradora de Fondos de Pensiones**, representada legalmente por su gerente general don Jaime Francisco Munita Valdivieso, por el acto ilegal y arbitrario consistente en rechazar su solicitud de devolución de fondos previsionales, amparada por la Ley N°18.156, lo que vulnera las garantías cauteladas en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Refiere que como doctora en medicina y cirugía se desempeñó a contar del día 6 de septiembre del año 2006 y hasta el día 30 de septiembre del año 2021, en la Corporación Municipal de Educación, Salud y Atención de Menores de Puente Alto. Precisa que el período cotizado data desde el mes de agosto del año 2012 hasta el mes febrero del año 2021, siendo el total de fondos recaudados en su cuenta de capitalización individual de \$26.333.119.

Explica que el 25 de mayo del año 2022 acudió a las dependencias de la Administradora de Fondos de Pensiones recurrida, con la finalidad de solicitar el retiro total de sus fondos de pensiones ahorrados y administrados por dicha entidad. Indica que efectuó tal solicitud en virtud de lo establecido por la Ley N°18.156, sobre Exención o Devolución de Cotizaciones Previsionales a los Técnicos Extranjeros, sus modificaciones y las demás normativas pertinentes en la materia, tanto de rango legal como constitucional respecto de su derecho de propiedad sobre esos fondos y las facultades que tiene como propietaria de los mismos.

Plantea que en cumplimiento los requisitos legales acompañó Oficio N°EISS-CPACTG-2022-0864-O, emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (EISS) de 4 de febrero de 2022, en el cual se certifica su afiliación a un régimen previsional en su país, desde el 01 de junio de 1986 y, el anexo de contrato de trabajo que da cuenta de su voluntad de mantener la afiliación referida precedentemente, según lo establecido tanto por la Circular N°553 de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, de fecha 28 de octubre de 1988, como por los artículos 7° y 1° de la Ley N°18.156.

Plantea que no obstante cumplir los requisitos legales, su petición fue rechazada por la recurrida el 29 de septiembre del 2022, señalando en el correo electrónico que adjunta como argumento para ello que: *“El anexo de contrato de trabajo donde usted manifiesta su intención de mantener afiliación extranjera fue firmado con fecha posterior a la del término de la relación contractual con el empleador RUT 70.856.400 – 1”*.

Explica que el anexo de contrato de trabajo a que se refiere la recurrida y sobre el cual funda su negativa a la solicitud de devolución de fondos es un documento emitido por su ex empleadora a fin de ratificar su voluntad de continuar cotizando en el sistema de seguridad social ecuatoriano, lo que era de conocimiento de quien fuera su empleadora en aquel momento. Agrega que de la presentación del certificado emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se puede inferir la voluntad de la recurrente de permanecer en un sistema o régimen previsional en su país.

Afirma que la forma del anexo de contrato en la cual se basa la negativa de la recurrida no es óbice para reconocer la voluntad y su manifestación, presupuesto requerido por la norma nacional vigente.

Manifiesta que desde el mes de mayo del año 2019 no cotiza en el sistema previsional chileno, en función de la exención que le asiste conforme el artículo 69 del D.L 3.500, esto es, cumplimiento de la edad legal, no pensionado; presentación que en su momento fue acogida por la recurrida, aplicándose la exención invocada a contar del mes de mayo del año 2019.

Argumenta que entre las facultades que le asisten como cotizante y afiliada a una administradora chilena se encuentran las de cambiar de entidad, desafiliarse, y poner término a la relación jurídica suscrita con el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, a condición de que como trabajadora extranjera se encuentre afiliada a un régimen previsional en su país natal, que le asegure prestaciones en caso de enfermedad, invalidez, vejez o muerte, lo que se encuentra acreditado mediante Oficio N°EISS-CPACTG-2022-0864-O, emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (EISS) de 4 de febrero de 2022, que certifica su afiliación vigente a dicho régimen previsional.

Sostiene que el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República garantiza la igualdad ante la ley y que la arbitrariedad denunciada ocurre sólo con la recurrida, toda vez que otras administradoras reconocen y aplican las normas del

tratado internacional que regula la materia respecto de los trabajadores extranjeros, de manera que la ley se aplica de forma desigual a los cotizantes de la AFP recurrida.

Añade que con los antecedentes relatados no cabe duda que se ve afectado también su derecho de propiedad sobre los fondos retenidos ilegal y arbitrariamente.

Solicita se acoja la presente acción en todas sus partes, con costas, restableciendo el imperio del derecho, ordenando a la recurrida la entrega de la totalidad de sus fondos previsionales, sin perjuicio de lo que esta Corte determine como mejores medidas o condiciones en favor de la recurrente.

SEGUNDO: Que informa al tenor del recurso el abogado José Luis Maldonado Vásquez, en representación de la recurrida AFP Capital S.A., solicitando el rechazo del mismo, con expresa condena en costas.

Señala que a el rechazo de la solicitud de la recurrente fue realizado con apego a la normativa vigente y a la ley, por lo que no existe una acción u omisión ilegal o arbitraria realizada por su parte que afecte los derechos fundamentales de Gladys Murillo.

Explica que la solicitud de la recurrente se funda en el artículo 7° de la Ley 18.156 que exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 1° de la misma ley, esto es: *“a) Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y b) Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.”*

Añade que lo anterior se encuentra también regulado, en cuanto a su cumplimiento, por el Oficio Ordinario N° 24472, de 26 de octubre de 2015, de la Superintendencia de Pensiones.

Expresa que conforme da cuenta la propia recurrente, el instrumento en donde expresaría su voluntad de permanecer en el sistema previsional de su país tiene fecha de celebración el 17 de mayo de 2022, y fue firmado ante ministro de fe con fecha 24 de mayo de 2022, en circunstancias que el finiquito acompañado es de 30 de septiembre de 2021, por lo que el instrumento contractual en el que funda los requisitos de la letra b del artículo 1° de la ley 18.156 fue celebrado aproximadamente 8 meses después del término de la relación laboral, momento en que su contrato de trabajo estaba extinguido, no pudiendo ser modificado posteriormente.

Indica que conforme a ello queda de manifiesto que, antes de esa supuesta modificación de contrato de trabajo, la recurrente nunca expresó en el instrumento contractual su voluntad de mantener su afiliación al sistema previsional de su país, además de estar modificando un contrato ya extinto.

Concluye sosteniendo que la recurrente, al no haber expresado su voluntad de mantenerse en el sistema previsional de Ecuador, no cumple los requisitos exigidos por la ley, por lo que el rechazo realizado por su representada se encuentra estrictamente en cumplimiento de la ley.

Agrega que en el Ordinario N°24472, de 26 de octubre de 2015, emanado de la Superintendencia de Pensiones, dirigido a todas las Administradoras de Fondos de Pensiones, se impartieron instrucciones respecto a la aplicación de la Ley 18.156, señalándose en su página 2 lo siguiente: *“c) Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida, o bien en un anexo que se haya extendido mientras se encuentre vigente la relación laboral”*.

Sostiene que no puede ser ilegal o arbitrario un acto realizado en cumplimiento estricto de las normas que rigen a las Administradoras de Pensiones, quien, además, mediante el oficio numero 24472 indica que las disposiciones de la Ley 18.156 son de naturaleza excepcional, y por lo tanto deben ser interpretadas en forma restrictiva y cumpliendo las exigencias copulativas que establece.

TERCERO: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos indubitados y preexistentes consagrados en la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio. En este contexto, resulta que actúa ilegalmente tanto el que se aparta de la preceptiva vigente que lo obliga, como el que desconoce el derecho y obra contra ley o sin seguir lo que la ley le manda. Por su parte, actúa arbitrariamente el que decide y obra a su antojo, por mero capricho, sin razones o argumentos que apoyen su conducta.

CUARTO: Que, en consecuencia, para resolver la procedencia del presente recurso de protección, en primer lugar, debe establecerse la existencia de una conducta ilegal o arbitraria y luego, si con ocasión de ella la recurrente sufre la afectación de alguna de las garantías constitucionales tuteladas por esta vía cautelar de urgencia.

QUINTO: Que, como se dijo, el eje central del presente arbitrio dice relación con la negativa de AFP CAPITAL S.A. de hacer entrega a la recurrente de los fondos que fueron ingresados a su cuenta de capitalización individual a título de cotizaciones obligatorias con arreglo a las prescripciones del Decreto Ley 3500, a raíz de que la actora -de nacionalidad ecuatoriana-, se desempeñó laboralmente en Chile en su condición de médico.

SEXTO: Que, el artículo 1° de la Ley N°18.156, dispone que *“las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rigen para los trabajadores, no estando obligados, en consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismos de previsión chilenos, siempre que reúnan las siguientes condiciones: a) Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorguen prestaciones, a lo menos, en caso de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y b) Que el contrato de trabajo respectivo exprese su voluntad de mantener la afiliación referida. La exención que establece el inciso anterior no comprenderá los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la Ley N° 16.744.”*

SÉPTIMO: Que, a su vez, el artículo 7° de la misma ley establece que: *“en el caso que trabajadores extranjeros registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, podrán solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1° de esta ley.”*

OCTAVO: Que, de los antecedentes del presente recurso consta que en el contrato de trabajo de la recurrente no se expresa la voluntad de la trabajadora de mantener la afiliación en el país extranjero, habiéndose hecho una modificación al mismo casi 8 meses después de su término, lo que impide tener por cumplida la exigencia de la letra b) del artículo 1° en relación con el artículo 7°, ambos de la ley N° 18.156.

NOVENO: Que, por consiguiente, la recurrida AFP Capital S.A., al rechazar la solicitud de devolución de los fondos previsionales que le han sido depositados y que corresponden a la cuenta individual de la recurrente, ha actuado conforme a la ley, toda vez que tal negativa se funda en un presupuesto legal aplicable al caso concreto, por lo que tampoco es posible calificarla de arbitraria, máxime a la luz de las

instrucciones impartidas por la Superintendencia del ramo en el Ordinario N°24472, de 26 de octubre de 2015, que son claras en orden a que tal declaración de voluntad debe efectuarse en el contrato de trabajo respectivo o bien en un anexo que haya sido extendido mientras se encuentre vigente la relación laboral.

DÉCIMO: Que, adicionalmente, en relación con la alegación consistente en que la manifestación de voluntad exigida por la ley era conocida por su empleador y por ello se habría extendido el anexo de contrato una vez terminada la relación laboral, cabe señalar que para estos fines la ley ha exigido escrituración en el contrato, de manera que no es posible darle cabida.

UNDÉCIMO: Que, por lo razonado, no concurriendo en la especie los presupuestos de la acción cautelar intentada ésta será desestimada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** el recurso de protección deducido por doña **Gladys Beatriz Murillo Calle** en contra de la **Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A.**

Comuníquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción abogada integrante Sra. Bentjerodt.

N° 25061-2022 Protección.

Pronunciada por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, presidida por la ministra señora Ana Cienfuegos Barros e integrada por la fiscal judicial señora Tita Aránguiz Zúñiga y la abogada integrante señora Yasna Bentjerodt Poseck. Se deja constancia que no firma la fiscal judicial señora Aránguiz, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y posterior acuerdo del fallo, por estar ausente.