

0000001

UNO



EN LO PRINCIPAL: Recurso de Inaplicabilidad Por Inconstitucionalidad. **PRIMER**

OTROSI: Acompaña Documentos. **SEGUNDO OTROSI:** Solicita Diligencias. **TERCER**

OTROSI: Solicita Suspensión de Procedimiento. **CUARTO OTROSI:** Correo

electrónico; **QUINTO OTROSI:** Se Tenga Presente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE

JOHN NELSON BARRA INOSTROZA, R.U.T. 6.485.699-5, Ingeniero Civil Industrial, trabajador dependiente, domiciliado en Carlos Peña Otaegui N° 12.188, en causa **ROL CORTE SUPREMA N° 87.825-2023**, a USC. con respeto, digo:

Que, vengo en interponer Recurso de inaplicabilidad para que no les sean aplicados los artículos 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley N°17.671, que inciden en la causa ROL Civil 87.825-2023, actualmente en la Excelentísima Corte Suprema, atendidos los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que paso a exponer:

El texto de los preceptos legales impugnados dispone:

El artículo 27 de la Ley N°10.475 que “CONCEDE LOS DERECHOS QUE INDICA, RELACIONADOS CON PENSIONES DE INVALIDEZ, ANTIGÜEDAD, ETC., A LOS EMPLEADOS QUE HAGAN IMPOSICIONES EN LA CAJA DE PREVISION DE EMPLEADOS PARTICULARES”, señala en su inciso primero:

“ARTÍCULO 27. LA CONDICIÓN DE JUBILADO EN VIRTUD DE ESTA LEY ES INCOMPATIBLE CON LA SITUACIÓN DE EMPLEADO DE CUALQUIERA EMPRESA O INSTITUCIÓN IMPONENTE DE LA CAJA U ORGANISMO AUXILIAR”.

A su turno, el artículo 17 de la Ley N°17.671 señalada:

“ARTÍCULO 17°. LA PENSIÓN CORRESPONDIENTE AL EMPLEADO PARTICULAR QUE INICIE SU EXPEDIENTE DE JUBILACIÓN ENCONTRÁNDOSE EN SERVICIO, SE PAGARÁ A CONTAR DEL 1° DEL MES SIGUIENTE A LA FECHA DE LA RESOLUCIÓN RESPECTIVA, FECHA EN QUE, SIMULTÁNEAMENTE, EXPIRARÁ EL CONTRATO DE TRABAJO.

LO DISPUESTO EN EL INCISO ANTERIOR NO SE APLICARÁ EN CASO QUE FI CONTRATO EXPIRE ANTICIPADAMENTE POR CUALQUIER OTRA CAUSA.”



I.- EXPOSICIÓN CLARA DE LOS HECHOS SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE.

La gestión pendiente es un recurso de protección, actualmente con sentencia apelada ante la excelentísima Corte Suprema.

El recurso de protección se interpuso en contra de la Superintendencia de Pensiones, la cual hace aplicables los preceptos legales ya señalados para jubilarse por vejez por la caja de empleador particulares, esto es, cesar en sus funciones, siendo que quienes se jubilan por vejez en una AFP, **PUEDEN CONTINUAR TRABAJANDO, SIN PERDER SU INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO Y JUBILADOS.**

En efecto, con fecha 29 de junio de 2022 interpuse un recurso de protección contra la superintendencia de pensiones rol Protección - 88655 – 2022, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dado que con fecha 19 de mayo de 2022, en mi calidad de cotizante de la Ex Caja de Empleados Particulares (en adelante EMPART) actualmente fusionada en el IPS, y próximo a cumplir 65 años (trabajador dependiente en mi actual empresa desde **abril de 2014**, contratado por el código del trabajo en la actualidad), solicite a la Superintendencia de Pensiones **un pronunciamiento** respecto de uno de los requisitos que se me exige para jubilarme como cotizante de la citada ex caja, uno de los cuales no es exigido por regla general a los cotizantes del sistema de ex cajas administradas por el IPS y en caso alguno a los afiliados a las AFP.

En efecto, prácticamente sólo a los imponentes de la ex Caja de Empleados Particulares se les exige, entre otros requisitos para jubilar por vejez o antigüedad, **EXPIRAR EN SUS FUNCIONES** (significa en la práctica renunciar mi trabajo o expirar en forma automática el mismo perdiendo mi empleado y la indemnización por años deservicio que a la fecha son 9 años).

En este sentido, el artículo 27 de la Ley N°10.475 que “**CONCEDE LOS DERECHOS QUE INDICA, RELACIONADOS CON PENSIONES DE INVALIDEZ, ANTIGÜEDAD, ETC., A LOS EMPLEADOS QUE HAGAN IMPOSICIONES EN LA CAJA DE PREVISION DE EMPLEADOS PARTICULARES**”, señala en su inciso

primero:

“Artículo 27. La condición de jubilado en virtud de esta ley es incompatible con la situación de empleado de cualquiera empresa o institución imponente de la Caja u organismo auxiliar”.

A su turno, el artículo 17 de la Ley N°17.671 señalada:

“Artículo 17°. La pensión correspondiente al empleado particular que inicie su expediente de jubilación encontrándose en servicio, se pagará a contar del 1° del mes siguiente a la fecha de la resolución respectiva, fecha en que, simultáneamente, expirará el contrato de trabajo.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en caso que el contrato expire anticipadamente por cualquier otra causa.”

Sin embargo, tal y como se ha sostenido al inicio del presente recurso, respecto de otros imponentes tanto del IPS como del sistema regulado por el D.L. N°3.500 de 1980, que establece un nuevo sistema de pensiones, no se exige expirar en las respectivas funciones para jubilarse por vejez. En este sentido, los artículos 3° y 68 del señalado DL. establecen las condiciones generales para acceder a la pensión por jubilación de los cotizantes. Es así como se ha resuelto mediante dictamen de la Dirección del Trabajo, contenido en Ord.: N°2026/131 que señala:

“1) Los funcionarios docentes y de salud de la Corporación Municipal Gabriel González Videla, de La Serena, que se acojan a jubilación estando afiliados a una A.F.P. pueden continuar laborando, a menos que se les invoque el término de funciones por dicha circunstancia, en cuyo caso deberá suscribirse el finiquito correspondiente, sin que proceda indemnización por años de servicio, salvo que se hubiere pactado para tal evento, y de lo que dispuso con carácter temporal para los docentes el artículo 7° transitorio de la ley 19.410 y 7° de la ley 19.504; 2) El mismo personal que incurra en salud irrecuperable, o incompatible con el desempeño del cargo por tener licencias médicas en un lapso superior a seis meses en los últimos dos años, requiere un pronunciamiento expreso de la autoridad que así lo establezca, ocurrido lo cual deberá suscribirse el finiquito correspondiente sin que

proceda pago de indemnización por años de servicio, salvo que se hubiere pactado, y

3) Finalmente, el personal indicado que se acoja a jubilación en el régimen de la Ex Caja de Previsión de Empleados Particulares, Ex EMPART hoy I.N.P., termina funciones por sólo ministerio de la ley, debiendo suscribirse el finiquito correspondiente, sin que proceda pago de indemnización por años de servicio salvo que se hubiere pactado, y si EL PERSONAL OBTIENE JUBILACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA EX CAJA NACIONAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS PERIODISTAS, EX CANAEMPU, HOY TAMBIÉN INP, NO SE PRODUCE DE POR SÍ INCOMPATIBILIDAD LEGAL CON LA MANTENCIÓN DE LA ACTIVIDAD.

Por lo expresado, existe una clara **desigualdad ante la ley**, dado que los artículos 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley N°17.761 imponen un requisito prácticamente único en el sistema previsional chileno, aplicable a los cotizantes de la ex caja empleados particulares, esto es, que para jubilarse deben expirar en sus funciones, incluso por el solo ministerio de la Ley.

Lo anterior, vulneraría el derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, entre otras disposiciones.

Además, los artículos 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley N°17.761 se deben entender derogados tácitamente por la Constitución Política de la República vigente, por ser contrarios a sus preceptos, especialmente al derecho de igualdad ante la ley y también porque el mismo Código del Trabajo (artículos 159, 160 y 161) aplicable a los empleados particulares **NO CONTEMPLA CAUSAL ALGUNA DE TERMINO DE LA RELACIÓN LABORAL RELACIONADA CON LA JUBILACIÓN DE UNA PERSONA**, estableciéndose incluso en el artículo 161 Bis de dicho cuerpo legal que no es justa causa de término de la relación laboral la declaración de invalidez parcial o total:

“Art. 161 bis. La invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la

letra b) del artículo 168”.

La pregunta inmediata es: ¿entonces la jubilación por vejez a diferencia de la de invalidez si es justa causa para el término del contrato de trabajo? La respuesta lógica es NO.

Luego, si no es justa causa para el término de un contrato de trabajo la declaración de invalidez total o parcial (que significa el otorgamiento de una pensión de invalidez como lo sabemos), menos lo puede ser la obtención de una pensión de antigüedad o vejez de un imponente de la ex caja de empleados particulares.

En ordenamiento jurídico es un todo, y a la luz de los argumentos expuestos no resultan aplicables a la situación expuesta los artículos 27 de la ley 10.475 y 17 de la Ley 17.761, los cuales no son congruentes con la Constitución Política, ni con el sistema previsional en su conjunto.

La respuesta de la Superintendencia de pensiones realiza en su oficio Ord. N° 9961, de 31 de mayo de 2022 fue la siguiente:

***“Por medio de la presentación singularizada en antecedentes, ha recurrido usted ante esta Superintendencia de Pensiones, solicitando en síntesis, que se emita un pronunciamiento respecto de uno de los requisitos que se exige en el régimen de la ex Caja de Previsión de Empleados Particulares (ex EMPART) para acceder a pensión por vejez, cual es expirar en funciones, requisito que según señala no se exige en ninguno de los otros regímenes previsionales del antiguo sistema administrada por el Instituto de Previsión Social (IPS), como tampoco en el sistema de pensiones regulado por el DL N°3.500 de 1980; lo que a su juicio constituye una desigualdad ante la ley. Así entonces, estima que las disposiciones aplicables al régimen de la ex EMPART que establecen tal requisito- el artículo 27 de la Ley N°10.475 y el artículo 17 de la Ley N°17.761, se deben entender como derogados tácitamente por nuestra Constitución Política de Chile.*”**

Sobre el particular cúpleme expresar en primer lugar, que el principio de igualdad ante la ley no es un derecho absoluto, por cuanto queda sujeto a la posibilidad de la existencia de diferenciaciones razonables entre quienes no se encuentran en una misma condición. Así entonces y a contrario sensu, si entre quienes se encuentran en una misma condición se producen diferenciaciones, puede incurrirse en una arbitrariedad, que implicaría la trasgresión del principio de igualdad ante la ley previsto por nuestra Constitución Política.

Teniendo presente lo anteriormente precisado, necesario se hace consignar, que la Ley N°17.671, en su artículo 17°, aplicable a todos los adscritos a la ex EMPART, previene que la pensión correspondiente al empleado particular que inicie su expediente de jubilación encontrándose en servicio, se paga a contar del 1° del mes siguiente a la fecha de la resolución respectiva, fecha en que, simultáneamente, expira el contrato de trabajo.

Por su parte y en armonía con lo anterior, el artículo 27 de la Ley N°10.475, orgánica de la ex EMPART- por tanto aplicable a todos los afiliados a dicha ex Caja de Previsión-, señala textualmente lo siguiente:

“La condición de jubilado en virtud de esta ley es incompatible con la situación de empleado de cualquiera empresa o institución imponente de la Caja u organismo auxiliar. Esta incompatibilidad no regirá para el jubilado que renuncie a percibir la pensión, y, en este caso, sus años de servicios anteriores se considerarán para los efectos de obtener una nueva jubilación después de cinco años de nuevos servicios”.

A su vez, el artículo 70°, del DS N° N°2588, de 1953, del ex Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, reglamentario de la Ley N°10.475, establece:

“La calidad de jubilado, en virtud de la ley 10.475, y de este reglamento, es incompatible con la de empleado afecto al régimen de previsión de los empleados particulares. La infracción de esta disposición suspenderá el goce de la pensión y obligará al infractor a devolver las cantidades percibidas indebidamente, sin perjuicio de la sanción que establece el artículo 7°.

El jubilado conservará, sin embargo, su derecho a la pensión y a las reliquidaciones y reajustes que procedan y podrá percibirla nuevamente a contar desde la fecha misma en que pierda el empleo por cualquier causa.

El jubilado que renunciare a percibir la pensión, por haber tomado nuevo empleo afecto al régimen de previsión de los empleados particulares, tendrá derecho a obtener una nueva pensión de jubilación, después de efectuar a lo menos 60 imposiciones mensuales en la Caja o en alguno de sus organismos auxiliares, pensión que será calculada con arreglo a las disposiciones pertinentes de la ley y de este reglamento, en la misma forma que si jubilaré por primera vez.

Para los efectos del inciso anterior, sólo se computarán las imposiciones mensuales que se efectúen con posterioridad a la fecha de la renuncia a percibir la pensión”.

Del tenor literal de las citadas normas se desprende de manera clara y precisa, que existe una incompatibilidad entre la calidad de pensionado de la ex EMPART y la de trabajador activo afecto al mismo régimen previsional, incompatibilidad que cesa si el trabajador renuncia a percibir la pensión. Asimismo, en dichas disposiciones se expresa que si se incurre en dicha

incompatibilidad, se suspende el pago de la pensión y el infractor debe restituir las sumas indebidamente percibidas. Lo anterior, sin perjuicio de las multas que deben serle aplicadas, conforme lo dispone el artículo 28 de la Ley N°10.475.

Ahora bien, como la incompatibilidad entre pensionado e imponente activo, se configura respecto de todos los adscritos al régimen previsional de la ex EMPART, debiendo cesar en funciones para entrar en el goce la pensión; de manera alguna la aplicación de dichas disposiciones produce desigualdad alguna ante la ley, toda vez establece requisitos uniformes para el acceso a pensión respecto de todos los empleados particulares afectos a la citada ex Caja de Previsión.

A mayor abundamiento, debe indicarse que no es efectivo lo señalado por usted en su presentación, en cuanto a que sólo los cotizantes de la ex EMPART para poder acceder al pago de su pensión deben cesar en funciones, existiendo la incompatibilidad entre imponente activo y pensionado. En efecto, existen otros regímenes del Antiguo Sistema administrado por el Instituto de Previsión Social, en que se requiere cesar en funciones para gozar de pensión, produciéndose además la incompatibilidad entre imponente activo y pensionado, como acontece por ejemplo en el régimen de la ex Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional (ex CAPREMER), aplicable a los oficiales y empleados de la marina mercante- es decir empleados particulares pero del sector marítimo-, acorde con lo dispuesto por el artículo 26, del DS N°606 de 1944, del ex Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social; del mismo modo ocurre con los adscritos a la ex Caja Bancaria de Pensiones, acorde con lo previsto por el artículo 37° bis de la Ley N°8569; con los afiliados al régimen de la ex Caja de Retiro y Previsión de los Empleados Municipales

de la República (ex CAPREMUR), según lo establece el artículo 23 de la Ley N°11.219, etc.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, se ha estimado del caso hacer presente, que en el sistema de pensiones regulado por el DL N°3.500 de 1980, los funcionarios sujetos a normativas estatutarias especiales, como por ejemplo los de la Administración del Estado Administración-que se rigen por la Ley N°18.834- y los funcionarios municipales- que se rigen por la Ley N°18.883- también deben cesar en funciones para acceder al pago de sus respectivas pensiones.

Así entonces, como claramente puede apreciarse, existen una serie de regímenes previsionales del Antiguo Sistema, cuyas normas orgánicas establecen tanto la incompatibilidad entre imponente activo y pensionado, como también la necesidad de cesar en funciones para acceder a pensión que, situación que en algún grado se replica respecto de determinados trabajadores afiliados al sistema de pensiones basado en la capitalización individual; lo cual de manera alguna, significa que la aplicación a su respecto de las correspondientes normas legales especiales, origine la vulneración del principio de igualdad ante la ley.

Finalmente, se ha estima del caso hacer presente, que si un jubilado del Antiguo Sistema- por ejemplo de la ex EMPART- quiere volver a trabajar como empleado particular, sin necesidad de renunciar a la percepción de pensión que recibe en dicho régimen previsional- en razón de la incompatibilidad entre imponente activo y pensionado-, puede afiliarse al sistema de pensiones regulado por el DL N°3.500 de 1980, caso en el cual no sólo podrá gozar paralelamente de la pensión de la ex EMPART y de la remuneración como trabajador particular, sino que además por aplicación de lo previsto por el artículo 69 del citado decreto ley y de lo resuelto por la jurisprudencia

administrativa, podrá solicitar quedar exento de cotizar para el fondo de pensiones en relación a los nuevos servicios, debiendo enterar claro está, las cotizaciones para salud.

En consecuencia y sobre la base de lo anteriormente expresado, esta Superintendencia estima debidamente atendida su presentación”

Como se apreciará, y a pesar de la colisión y contradicción absoluta de las normas citadas me exige expirar en mis actuales funciones para poder jubilarme por la ex cajade empleador particulares, lo cual reitero que no sucede en la mayoría de las ex cajas de previsión y en ningún caso con los imponentes de las AFPs.

Como garantías constitucionales vulneradas y conculcadas se indicaron las siguientes en el recurso de protección:

GARANTIAS CONCLUCADAS POR LA RECURRIDA.

1.- SE VULNERA EL DERECHO DE PROPIEDAD DE UN BIEN INCORPORAL. DERECHO PATRIMONIAL DE JUBILACIÓN.

La denegación por parte de la Superintendencia de Pensiones de mi **derecho patrimonial a jubilarme** en forma igualitaria, esto es, sin tener que expirar en mis actuales funciones para las cuales estoy contratado bajo el Código del Trabajo vulnera el artículo 19, N° 24, inciso primero, de la Constitución Política de la República, que garantiza ***“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”***.

Que para efectuar el análisis de la vulneración del derecho de propiedad sobre el derecho patrimonial a la jubilación es preciso reproducir la parte pertinente del artículo 19, N° 24, de la Constitución de 1980, que literalmente expresa:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los

intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales".

El precepto transcrito precedentemente contempla, en su inciso primero, el principio esencial de que la Constitución asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

El inciso citado guarda íntima relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil, el primero de los cuales define el dominio (que se llama también propiedad) como el derecho real de una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno; y el segundo dispone que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad.

A su vez el artículo 19, N°18, de la Carta fundamental, señala: *"La Constitución asegura a todas las personas: 18° El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de **prestaciones básicas uniformes**, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del único derecho a la seguridad social".*

Frente a los preceptos señalados de la Constitución y del Código Civil, corresponde enseguida establecer cuál es la naturaleza jurídica de la pensión de jubilación integrante de un sistema de seguridad social, ello a fin de precisar si la garantía del derecho de propiedad ampara la pensión de jubilación por vejez si exigirme requisitos adicionales como lo es expirar en mis actuales funciones, esto es, en la práctica renunciar a mi actual trabajo.

Este criterio que NO ha cambiado y ha sido reiteradamente sostenido por los tratadistas de Derecho Administrativo, dictámenes de la Contraloría General de la República y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema.

En materia de pensiones de jubilación, dada la naturaleza de derecho patrimonial de este beneficio, que se concede al funcionario que ha cumplido los requisitos para acogerse a retiro, la doctrina, **la jurisprudencia administrativa y judicial le reconocen el carácter de derecho patrimonial**, adquirido en los términos que más adelante se expresan.

De igual opinión ha sido el profesor don **Guillermo Varas Contreras**, quien después de diversas consideraciones, concluye textualmente: "***En otros términos, la jubilación, retiro o montepío, constituye para el beneficiario un derecho incorporado a su patrimonio, teniendo, por tanto, la propiedad perfecta de ese derecho, del cual no puede ser privado en todo o parte, sino mediante expropiación***" (Derecho Administrativo, Editorial Nascimento, año 1940, pág. 342).

Por su parte nuestra jurisprudencia ha señalado en sentencia dictada en recurso de inaplicabilidad, de fecha **23 de agosto de 1968**, por la Excelentísima Corte Suprema, en el considerando 8° "***Que resulta evidente, y no exige mayor demostración, que el funcionario incorpora a su patrimonio el derecho de jubilación***".

Con todo lo relacionado, resulta claro que la Superintendencia de Pensiones al emitir el oficio ordinario N° 9961 de 2022, ha vulnerado mi derecho de propiedad sobre mi derecho patrimonial de jubilación al obligarme a renunciar a mi actual trabajo para poder jubilarme y perder consecuentemente la indemnización por años de servicio.

2.- SE VULNERA LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

En tal sentido, debe hacerse presente a US. Itma. que si bien la ley N° 20.255, artículo 46 y 47 numerales 6 y 7 le confiere a la Superintendencia de Pensiones la competencia para dictar normas e impartir instrucciones de carácter general en los ámbitos de su competencia e interpretar administrativamente en materias de su competencia las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, ello no puede significar de modo alguno, que la Entidad Fiscalizadora, en uso de las potestades antes anotadas, prescindiera de las normas que regulan el derecho que me asiste y **haga caso omiso de la normativa vigente en la Constitución Política de la República. Código del Trabajo y DL. 3.500** constituyendo, en consecuencia, una actuación ilegal y arbitraria la circunstancia que, en mi caso particular, debe por ejemplo expirar en mis funciones para las cuales estoy contratado por el Código del Trabajo sin derecho a indemnización por años de servicio por estar afiliado a EMPART y quienes se encuentran adscritos a las AFPs, incluso a la ex Caja de Empleador Públicos, puedan seguir prestando servicios y encontrarse jubilados ante mi mismo empleador.

Tal proceder, por ende, también implica una vulneración del artículo 19, N° 2, que ampara la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en el sentido que la autoridad -en este caso, la Superintendencia de Pensiones-, ha establecido respecto de mi persona una diferencia arbitraria, especialmente considerando que

en casos idénticos al planteado por mí, con la sola diferencia que se encuentran afiliados a una AFP no se les exige.

FALLO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN DE LA ILTMA. LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.

La Corte de Apelaciones de Santiago por su parte rechazó el recurso de protección en los siguientes términos en lo que interesa:

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección en los siguientes términos:

“4°) Que esta acción es una herramienta de carácter procesal cuya importancia se mide por su capacidad de dar protección a los derechos fundamentales de las personas, entendiendo por tales los señalados taxativamente en el artículo 20, y siempre que haya una actuación u omisión ilegales o arbitrarias que los amaguen o afecten. De ahí que se ha dicho que “la eficacia de este remedio se debe a que constituye un proceso cuyas ventajas principales son su rapidez y su carácter sumario y concentrado, que le permiten resolver situaciones de vulneración de derechos fundamentales que no pueden quedar entregadas a una tramitación de lato conocimiento, sin que con ello se consume un daño irreparable”.

De esta manera, sus características primordiales son que se trata de una acción de carácter autónomo que forma parte de la jurisdicción constitucional, de carácter declarativo y de urgencia, siendo su objeto la tutela de los derechos fundamentales, indicados taxativamente en la Constitución Política, frente a los actos u omisiones del poder político y/o de los particulares que infringen u atropellan tales derechos.

5°) Que en el presente caso, sin embargo, la denuncia que se realiza y la pretensión que se formula, se apartan de las características anotadas, ya que subyace en ellas una cuestión de fondo vinculada al derecho a la seguridad social, que aunque por el interesado reconducido al derecho de propiedad, implica determinar si el señor Barra puede jubilarse por vejez en su calidad de cotizante de EMPART y mantenerse trabajando y eventualmente afiliado a una AFP, cuestión claramente distinta a la que el constituyente tuvo en cuenta al incorporar esta acción

cautelar. Ello no significa apartarse del mandato que subyace en la fórmula “sin perjuicio de otras vías”, sino simplemente dar adecuado contexto y razonamiento a la petición de certeza y ejecutabilidad que se pide.

6°) Que si lo anterior no fuere suficiente, tampoco se cumple con la particularidad de esta herramienta de perseguir finalidades de tipo declarativo, ya que se encuentra más allá de lo posible revisar un asunto que tiene como objeto conseguir que se ordene a la Superintendencia permitir que tramite y se obtenga una jubilación de manera excepcional al resto de las personas afiliadas al antiguo sistema de EMPART a quienes afecta la incompatibilidad legal. Esto implicaría analizar no solamente si tiene los restantes requisitos, sino además el examen de una serie de otras exigencias legales, referidas a la edad, años de cotización, montos, etcétera. No se trata únicamente entonces de obtener una declaración de contrariedad a Derecho de un acto u omisión agravante del legítimo ejercicio de un derecho fundamental protegido constitucionalmente a través de esta acción, sino de proveer a una ejecución de cuestiones que exceden el presente mandato de intervención.

7°) Que así puede verse si se lee con atención la ley 10.475, de 1952, que Concede los Derechos que indica, Relacionados con Pensiones de Invalidez, Antigüedad, etc. a los Empleados que Hagan Imposiciones en la Caja de Previsión de Empleados Particulares, a señalar en su artículo 27 que La condición de jubilado en virtud de esta ley es incompatible con la situación de empleado de cualquiera empresa o institución imponente de la Caja u organismo auxiliar. Esta incompatibilidad no regirá para el jubilado que renuncie a percibir la pensión, y, en este caso, sus años de servicios anteriores se considerarán para los efectos de obtener una nueva jubilación después de cinco años de nuevos servicios. La pensión de jubilación es incompatible con el goce del auxilio de cesantía de la Ley N° 7.295; las sumas que se hubieren percibido por este beneficio, que correspondan a períodos con derechos a jubilación, serán descontadas del primer pago que haga la Caja por este concepto.

Y en el artículo 17 de la ley 17.671, modificatoria de la anterior al establecer que: La pensión correspondiente al empleado particular que inicie su expediente de

jubilación encontrándose en servicio, se pagará a contar del 1° del mes siguiente a la fecha de la resolución respectiva, fecha en que, simultáneamente, expirará el contrato de trabajo. Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en caso que el contrato expire anticipadamente por cualquier otra causa.

8°) Que sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto y aun considerando que se cumplieran todas las exigencias a que se ha hecho referencia, lo cierto es que la garantía de Igualdad ante la Ley y que exige que ante similares situaciones se formulen idénticas soluciones, se cumple en la especie ya que la Superintendencia ha sido consistente en su posición interpretativa frente a una norma respecto de la cual no ha sido determinada su inaplicabilidad.

9°) Que, finalmente, la arbitrariedad es la manifestación de una conducta de un ente estatal o de un privado, caprichosa y carente de principios jurídicos, esto es, carente de razonabilidad en el actuar o el omitir, falta de proporción entre sus motivos y el fin o finalidad que alcanzar o derechamente ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener o incluso inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar.

Y la ilegalidad se produce cuando la conducta estatal o de un particular cualquiera no concuerda con la norma jurídica que prescribe lo debido, o sea, una conducta contraria al orden jurídico.

Lo que no puede decirse haya ocurrido en este caso a partir de una interpretación distinta a la norma expresa que se pronuncia sobre una consulta del cotizante.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre la materia se rechaza el recurso de protección interpuesto por John Nelson Barra Inostroza contra la Superintendencia de Pensiones

II.-

II.- CÓMO ELLOS PRODUCEN COMO RESULTADO LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL. CONFLICTO CONSTITUCIONAL SOMETIDO AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

a.- El artículo 19, N° 2, que ampara la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Sin embargo, la normativa impugnada le exige a los afiliados a la caja de empleados particulares cesar en sus funciones para poder jubilarse lo que trae dos graves consecuencias:

1.- La causal de cese de funciones por jubilación no existe en el Código del Trabajo, en ninguno de los artículos que regulan la terminación de la relación laboral, esto es, artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo.

Luego, al cesar en funciones por jubilación en la caja **EMPART**, se pierde inmediatamente la indemnización por años de servicio.

2.- Se pierde el empleo por disposición de la Ley.

Ninguna de estas dos graves consecuencias afecta a quienes son afiliados a una AFP.

Es por eso que la normativa impugnada no solo es inconstitucional, sino que además ha sido derogada tácitamente por leyes que fueron promulgadas y publicadas en forma posterior, como lo son la misma Constitución Política de la República y el Código del Trabajo el cual fue aprobado bajo la actual carta fundamental.

Tanto es así, que el Código del Trabajo en su artículo 161 BIS señala que no es justa causa para poner término al contrato de trabajo la invalidez total o parcial de un trabajador:

“Art. 161 bis. La invalidez, total o parcial, no es justa causa para el término del contrato de trabajo. El trabajador que fuere separado de sus funciones por tal motivo, tendrá derecho a la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, con el incremento señalado en la letra b) del artículo 168”.

Luego, si no es justa causa para el término del contrato de trabajo la invalidez total o parcial de un trabajador, tampoco lo es la jubilación por vejez en la caja de empleados particulares, atendido lo cual claramente la normativa impugnada a través de la presente acción es inconstitucional ya que frente a situaciones similares, hay tratos distintos tal como se ha demostrado.

b.- Se coarta además la libertad de trabajo, establecida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución.

En efecto, y como ya se ha señalado latamente por el solo hecho de jubilarme en la Caja de Empleador particulares pierdo mi empleo por el solo ministerio de la Ley, al aplicármese las normas impugnadas a través de esta acción.

Recordemos que el numeral 16 garantiza la libertad de trabajo y su protección.

“16°.- La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”.

Luego, la normativa impugnada es abiertamente contraria a esta disposición constitucional, en especial a la señalada en su inciso 4°, cuando indica que ***“Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la DESAFILIACIÓN para mantenerse en éstos”***.

En la especie, me tendría que desafiliar de la Caja de Empleados particulares y afiliarme a una AFP y luego jubilarme para mantenerme en mi actual empleo.

Además, se conculca la libre contratación, ya que al jubilarme por empart por el solo ministerio de la Ley ceso en mis funciones, aunque mi empleador quiera mantenerme en las mismas.

INCIDENCIA DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS EN LO DECISORIO DEL RECURSO DE PROTECCIÓN:

En efecto, ya en el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago se señala que el órgano administrativo que interpreta la normativa sobre la materia, esto es, la Superintendencia de Pensiones, ha aplicado disposiciones vigentes que no han sido declaradas inaplicables, como lo son los artículos 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley N°17.671.

Luego, resulta decisorio para la resolución del recurso de apelación pendiente ante la Corte Suprema que ambos artículos sean declarados inconstitucionales, los cuales son contrarios a la constitución, en especial a la igualdad ante la Ley, y la Libertad de Trabajo estableciendo condiciones que no se sustentan en el derecho, pero que tampoco tienen en la actualidad una fundamentación fáctica para que sigan vigentes.

POR TANTO, En mérito de lo expuesto, y de lo dispuesto en los artículos 19 N°s 3, 16, 24, artículos 92, 93 y siguientes de la Constitución Política de la República de Chile, disposiciones invocadas, y demás que rigen esta materia.

RUEGO A V.S.C.: Tener por interpuesto recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra de los artículo 27 de la Ley N°10.475 y 17 de la Ley

N°17.671, declararlo admisible, acogerlo a tramitación, con el objeto de que conozca de las normas indicadas, en todas y cada una de sus partes, y determine concretamente que se declaren inaplicables para el caso concreto del Recurso de Protección interpuesto por don John Nelson Barra Inostroza en contra de la Superintendencia de Pensiones, actualmente en apelación ante la Excelentísima Corte Suprema, que inciden en la causa rol **87.825-2023** de ese alto tribunal, las disposiciones indicadas, conforme SSC. determine y en el ejercicio de sus facultades amplias.

PRIMER OTROSI: Sírvase VS. Constitucional, tener por acompañados los siguientes documentos:

- Certificado de vigencia de causa Rol **87.825-2023** del la Excelentísima Corte Suprema.

SEGUNDO OTROSI: Sírvase VS.C., tener a bien se practiquen las siguientes diligencias:

Se pida informe a la Extensísima Corte Suprema Rol 87.825-2023, para que informe estado de la causa.

TERCER OTROSI: Sírvase VS.C., en atención a lo preceptuado en el artículo 93 de la Constitución Política de la República de Chile, vengo en solicitar a Vuestra Señoría Constitucional tenga a bien de conformidad a los preceptos legales citados y fundamentos de hecho ya indicados y los señalados en el cuerpo de lo principal de este escrito, decretar la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esto es, la suspensión del procedimiento en la causa Rol **87.825-2023**, de la Excelentísima Corte Suprema, y comunicar dicha decisión por la vía más expedita con el objeto de evitar mayores perjuicios a esta parte.

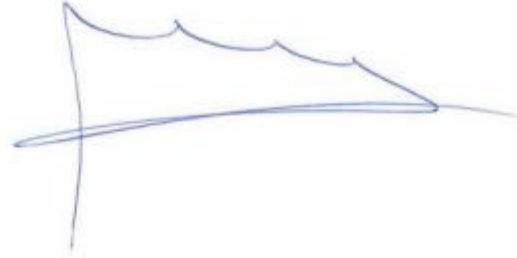
CUARTO OTROSI: Sírvase VS.C., para los fines que fuesen pertinentes (notificaciones, audiencias mediante videoconferencia) tener presente el siguiente correo electrónico: legalpresschile@gmail.com.

QUINTO OTROSÍ; Sírvase VS.C., se sirva tener presente que designo abogado patrocinante y confiero poder a don Simón Eduardo Yevenes Flores, rut. 12.290.212-9, con domicilio en calle Altos del Valle 1255. Huechuraba.



Simón Eduardo Yevenes Flores

12.290.212-9



John Nelson Barra Inostroza

6.485.699-5