

Antofagasta, diecisiete de junio de dos mil veinte.

VISTOS:

Comparece María Angélica Ojeda González, cédula nacional de identidad N°7.134.567-K, profesora, con domicilio en calle Caracoles 3235, casa C, Villa Parinacota, comuna de Antofagasta, quien interpone recurso de protección en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A., rol único tributario N°76.240.079-0, representada legalmente por Martín Mujica Ossandón, ambos con domicilio en calle Bandera 236, por estimar vulnerado el derecho fundamental de propiedad consagrado en el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política solicitando el restablecimiento del imperio del derecho, la entrega o restitución por parte de la recurrida de sus ahorros existentes en su cuenta de capitalización individual por concepto de cotizaciones previsionales, cuyo monto asciende a \$46.569.000, más incrementos legales a la fecha de su devolución efectiva, con costas.

Informó la recurrida - AFP Cuprum S.A.- alegando en primer término la caducidad de la acción de protección y en subsidio, solicitando el rechazo. Asimismo, informó la Superintendencia de Pensiones, a requerimiento de esta Corte, al estimarse indispensable para la acertada resolución; instando ambas instituciones por el rechazo del recurso según se expresará.

Posteriormente, a solicitud también de esta Corte, el Excmo. Tribunal Constitucional determinó en sentencia agregada a la presente causa, que la aplicación del Decreto Ley 3.500, cumple con los requisitos exigidos en la Constitución Política en relación a la decisión propuesta por la recurrida y la Superintendencia de Pensiones.

Como medida para mejor resolver, debido al tiempo transcurrido y la naturaleza cautelar de esta



vía, se solicitó a la recurrente que informara sobre la situación actual del crédito hipotecario que mantiene, vinculado a su pretensión, indicando textualmente que: *"no ha celebrado a la fecha convenio de pago con la entidad crediticia y según consta de los documentos acompañados, adeuda a la fecha un "Total General" de \$25.171.452, encontrándose al día en el pago de los dividendos hipotecarios."*

Puesta la causa en estado, se trajeron los autos para dictar sentencia.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que María Angélica Ojeda González ha acudido a esta Iltma. Corte de Apelaciones, con el objeto de solicitar la devolución de los fondos que se encuentran depositados en la cuenta de capitalización individual que mantiene en la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A. y que actualmente generan una pensión por retiro programado. En suma, pide restablecer el imperio del derecho y se le conceda la debida protección para evitar una situación de insolvencia y eventualmente, quedar en mora en el pago del crédito hipotecario obtenido para adquirir la vivienda que actualmente habita.

Fundando el recurso, afirma que comenzó a cotizar en el actual sistema de pensiones desde el año 1987 a 1988, reanudando el entero de cotizaciones a partir del año 1990 ininterrumpidamente hasta agosto del año 2017. Dicha cotización la pudo efectuar gracias a su trabajo como profesora, calidad que mantuvo al tiempo jubilar en el mes de septiembre del año 2017, percibiendo una pensión de aproximada de \$185.000 mensuales, dado que sus fondos previsionales alcanzaron solo la cantidad de \$46.569.000.-, cuestión que afirma, le ha ocasionado un deterioro en su nivel de vida, ya que su remuneración promedio en los últimos seis meses laborados se empinaban en la suma de \$1.200.000.-,



redundando en una insuficiencia para costear sus gastos, además de las deudas que ha contraído.

Explica que mediante carta enviada el 28 de junio del año 2019, solicitó a la recurrida la devolución de sus fondos previsionales para prepagar el crédito hipotecario que mantiene y evitar así, la pérdida de la propiedad por no pago, o por último, invertirlos para obtener un mayor valor, ejerciendo su derecho de administrar libremente sus recursos, petición que le fue rechazada el 1 de julio del mismo año, vía correo electrónico, ocasión en que la recurrida le manifestó la negativa a su pretensión, transformando dicho acto en arbitrario, al privarla de los derechos que tiene como propietaria de los fondos previsionales de su cuenta

Respecto del derecho fundamental de propiedad, establecido en el numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política, sostiene que los recursos - fondos- contenidos en las cuentas de capitalización individual son de propiedad de los trabajadores que han cotizado, conforme lo dispone el Decreto Ley 3500, de modo tal que desconocer las facultades esenciales del derecho de propiedad sobre éstos, constituye el acto del cual pide amparo.

Finalmente, indica que la recurrida le ha impedido usar, gozar y disponer de sus fondos previsionales, sin permitirle ejercer los atributos de su calidad de titular del derecho de dominio del dinero depositado en su cuenta de capitalización individual, actuando de ese modo ilegítimamente, como dueña de sus ahorros previsionales, al administrarlos y aprovechándose de los derechos que esa delegación o administración implica, como por ejemplo, utilizar los derechos políticos en las sociedades anónimas en las que con recursos de las cotizaciones ha adquirido acciones de otras.



SEGUNDO: Que informó el abogado Omar Cortés Santander, en representación de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A., alegando como cuestión previa la caducidad de la acción, dada su extemporaneidad, pues la negativa se funda en el marco legal, esto es, desde la entrada en vigencia del Decreto Ley 3500 de 1980, en relación con la presunción de derecho respecto del conocimiento de la ley, establecida en el artículo 8 del Código Civil, por lo que la respuesta de la Administradora carece de relevancia para determinar el cómputo del plazo, o en su defecto, era conocido por la recurrente al momento de afiliarse e incorporarse al Sistema de Pensiones, lo que ocurrió el 1 de abril del año 1987.

En subsidio, alega la inexistencia del acto ilegal o arbitrario, ya que, la respuesta emitida se enmarca en la legislación aplicable que impide que los fondos previsionales sean directamente entregados al afiliado para fines distintos de los regulados, citando los artículos 23 y 24 del Decreto Ley 3500, que establece que los bienes y derechos que componen el patrimonio de los fondos de pensiones estarán destinados solo a generar las prestaciones y beneficios que establece el mencionado Decreto Ley. Además, el artículo 51 del citado cuerpo normativo, refiere su destino en concordancia con lo establecido en el Reglamento de dicho Decreto Ley, esto es, el Decreto Supremo 57 de 20 de julio de 1990, cuyo artículo 64 establece que el objeto de los fondos administrados por la Administradora de Fondos de Pensiones es único y exclusivamente el financiamiento de las pensiones y prestaciones establecidas en la ley.

En vista de las disposiciones citadas, por mandato legal, el propósito del saldo de la cuentas de capitalización individual del afiliado, es financiar la respectiva pensión del titular, una vez que cumpla los



requisitos legales, encontrándose legalmente impedidas estas Administradoras, el permitir que se destinen los fondos previsionales de la cuenta de cotización obligatoria a un fin distinto del financiamiento de las pensiones establecidas en el Decreto Ley 3500, salvo las excepciones que la misma ley contempla.

Agrega que el Decreto con Fuerza de Ley 101, que establece el Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Pensiones, no contempla disposición que faculte a dicho organismo para autorizar otros beneficios que no sean los contemplados en la ley, ni dar a los fondos un destino distinto al señalado, emitiendo pronunciamientos específicos sobre esta materia, por lo que la negativa efectuada por su representada se ajusta a derecho.

Sobre la supuesta arbitrariedad, indica que difícilmente el cumplimiento de la normativa puede ser calificado de esa forma, considerando además, que el único destino de los fondos previsionales es el que expone la normativa, que resguarda el bien jurídico de la previsión social, el que debe ceder frente al derecho de propiedad, además de ser fuertemente fiscalizado el actuar de las Administradoras por el órgano técnico estatal, que impide margen a discrecionalidad.

Respecto a la garantía constitucional supuestamente vulnerada, expresa que el derecho de propiedad reconoce limitaciones, establecidas constitucional y legalmente, las que impiden ejercer libremente el uso y disposición de los fondos previsionales. Por consiguiente, la petición de la recurrente, implica innovar en situaciones no previstas por la ley, al no constituir esta instancia una sede de declaración de derechos, ni menos de creación de situaciones jurídicas nuevas, e incluso más, la recurrente pretende que se decida contra la legislación



vigente, sin que sea acreedora de un derecho indubitado. De ese modo, la recurrente intenta que se dé mayor preponderancia al derecho de propiedad por sobre el de seguridad social, contemplado en el numeral 18 del artículo 19 de la misma Carta Fundamental.

Finalmente, sostiene que el debate que pretende instaurarse por esta vía es determinar si la normativa previsional, y en especial del Decreto Ley 3500, se ajusta a la normativa constitucional y, en particular, si las limitaciones se enmarcan en el respeto del derecho de propiedad, lo que excede a los propósitos del recurso de protección, ya que implica un análisis de fondo de su constitucionalidad. Agrega, que respecto de los fondos previsionales de los afiliados, se reconoce el dominio que tienen sobre el mismo, pero su uso, goce y disposición se encuentran dirigidos por ley, pues existe un fin superior que justifica la función social de las limitaciones. Es más, la ley le otorga al titular, la facultad de optar por los fondos y al momento de pensionarse, le confiere la opción para determinar la modalidad de pensión que se ajuste a sus intereses.

Agrega a lo anterior, que tampoco podría estimarse que la recurrente ha sufrido una privación en sus facultades de uso, goce y disposición de sus fondos previsionales, ya que, si bien se impone limitaciones al derecho de propiedad, aquellas no son absolutas, pues se impiden las facultades de usar, gozar y disponer en forma temporal y limitada, y una vez que la persona cumple los supuestos para percibir una pensión, comienza a recibir el beneficio correspondiente, recuperando plenamente sus facultades, para usar o invertir discrecionalmente como estime conveniente.

TERCERO: Que la Superintendencia de Pensiones, a través del Fiscal Mario Valderrama Venegas y por orden del Superintendente de dicha entidad,



después de una reseña sobre los hechos y el derecho, explica latamente que el presente arbitrio es un mecanismo de tutela de derechos fundamentales, sostiene -además de reiterar la tesis de extemporaneidad de la acción propuesta por la recurrida - la inadmisibilidad de la acción, porque excedería el ámbito del recurso, dado que el objeto de éste no es otro que poner pronto remedio o solución a situaciones de hecho determinadas por un momento que son alteradas por un tercero, y siempre que el acto afecte alguna de las garantías protegidas por el artículo 20 de la Constitución Política, la que postula únicamente la posibilidad de amparar el ejercicio legítimo de derechos indiscutidos y preexistentes y no un pronunciamiento declarativo como pretende la recurrente, porque la pretensión de esta última es que la Corte de Apelaciones declare el ejercicio libre y sin limitación alguna de las facultades de uso, goce y disposición inherentes al derecho de dominio, sobre los recursos que acumuló en su cuenta de capitalización individual a lo largo de su vida laboral activa.

En cuanto al fondo, invoca la garantía constitucional del N° 18 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social, dirigida a un acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, otorgadas a través de instituciones públicas o privadas, enfatizando que esta acción del Estado, en la misma disposición, refiere que la ley puede establecer cotizaciones obligatorias y, en ejecución de dicho mandato, entre otras normas legales, se creó el nuevo Sistema de Pensiones basado en la capitalización individual conforme al Decreto Ley 3.500 de 1980, haciendo presente, que de la sola lectura de los artículos 1, 2, 17, 17 bis, 19, 23, 33, 34 y 51 en armonía con el artículo 64 del Decreto Supremo N° 57 de



1990 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que contiene el Reglamento del Decreto Ley en comento, no se aprecia la arbitrariedad o ilegalidad de la decisión, cuando se niega la devolución de los fondos, precisamente, porque además de lo sostenido por la recurrida, el Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Pensiones, Decreto con Fuerza de Ley N° 101, no contiene alguna disposición que faculte la autorización de otros beneficios que no sean los contemplados en el Decreto Ley, como tampoco, permite dar a los fondos previsionales un fin distinto al señalado en la ley, lo que responde a pronunciamientos reiterados de esa Superintendencia, mencionando distintos ordinarios al efecto

Después de reseñar las razones de la inexistencia de la arbitrariedad dadas por la Administradora recurrida, la Superintendencia *"viene en señalar que no es un hecho controvertido y menos desconocido, la circunstancia de que la recurrente y todos los afiliados al Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, de 1980, son dueños de los fondos que mantienen en sus cuentas de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, los cuales son administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, creadas para tal efecto por el citado Decreto ley 3.500, cuestión que no resulta debatida ni controvertida en estos autos por la A.F.P. recurrida -tampoco por este Servicio-, lo que lleva necesariamente a concluir que, tal como señala la actora, su dominio sobre tales fondos se encuentra bajo la tutela de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República."*

Explica que el Excmo. Tribunal Constitucional ha efectuado múltiples pronunciamientos relativos al derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones y



que llama poderosamente la atención que la recurrente deduzca esta acción cautelar, invocando solo la garantía del numeral 24 artículo 19 del texto Constitucional, afirmando que la previsión social se inserta en la seguridad social, concepto que no contempla la recurrente, y que por lo demás, la Organización Internacional del Trabajo la define justamente como una protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, refiriéndose a la reducción de los ingresos por enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte, vislumbrándose distintas prestaciones, respecto de las cuales el Estado debe responder a cada uno de sus habitantes, por eso, es lógico que el Constituyente haya contemplado un mecanismo destinado al financiamiento de tales prestaciones, haciendo presente que el acto de cotizar, responde a un mandato de la ley y que es un instrumento que dispone el Estado para cumplir con su deber de garantizar económicamente el goce del derecho a la seguridad social, por lo tanto, su acumulación a lo largo de la vida laboral de cada trabajador no se basa únicamente en el derecho de propiedad, porque el haber enterado las cotizaciones que forman la capitalización individual han tenido la finalidad de ser utilizados para financiar la pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia, y la entrega de los fondos como pretende la recurrente, implicaría desconocer el origen y fundamento que motiva la acumulación del dinero cuya devolución reclama *"tanto es así que de la propia denominación que la ley da a tales recursos se infiere su finalidad y destino, fondo de pensiones"* lo que representa un derecho *sui generis* sujeto a un modo, que es cubrir los requerimientos o necesidades que surjan con motivo de ocurrir un estado de necesidad y que sobre la materia,



refiere tener presente una resolución del Tribunal Constitucional que advierte que el derecho de propiedad en términos absolutos e irrestrictos no lo ha contemplado la Constitución, porque de manera excepcional y limitada, impone restricciones al dominio, cuando están en juego ciertos intereses según la función social que cumple la propiedad.

Por otro lado, resulta paradójico según la Superintendencia, que la recurrente alegue la privación de la facultad esencial del dominio, en circunstancias que actualmente se encuentra pensionada por vejez, ejerciendo en plenitud las facultades propias del derecho de propiedad, respecto del beneficio que recibe, en la modalidad de retiro programado.

Finalmente, de acuerdo al rol que desempeña la Superintendencia, como organismo fiscalizador creada por la Ley 20.255, como continuadora legal de la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones, le corresponde el control del funcionamiento de estos Administradores con respecto al otorgamiento de las prestaciones que deben entregar a sus afiliados, fijando la interpretación de la legislación y sus reglamentos, siendo inadmisibles cuestionar la claridad del Legislador al definir el destino de los fondos previsionales, cumplidos que sean los requisitos del Sistema de Pensiones, sin que se pueda innovar en el destino de los fondos previsionales a fines distintos a los previstos por la ley, haciendo presente jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, Concepción y Santiago.

CUARTO: Que el Decreto Ley 3.500 estableció un nuevo Sistema de Pensiones, derivado de la capitalización individual, es decir, que los organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones, reciben del empleador, quien descuenta de las remuneraciones de los trabajadores, una suma



determinada de dinero que constituye la cotización obligatoria con el objeto de generar pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia derivados de la capitalización individual, que se regula por las normas de este cuerpo legal y cuyo destino - desde la primera cotización hasta el cumplimiento de la prestación- se rige esencialmente por las leyes del mercado, incluso respecto de las pensiones mixtas que incluyen las pensiones vitalicias.

QUINTO: Que a propósito de la remisión de los antecedentes al Tribunal Constitucional, Fernando Larraín Aninat, en representación de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones Asociación Gremial., persona jurídica creada de conformidad con el Decreto Ley N° 2.757 de 1979, hizo presente la constitucionalidad del DL 3.500, señalando como conclusiones:

"1) *En cuanto los conceptos relevantes para configurar el problema jurídico de este requerimiento debe concluirse que:*

a. *Las cotizaciones son obligaciones de aportar dinero (cargas o tributos, según el caso) que nacen afectas a financiar sistemas de seguridad social.*

b. *Las cuentas de capitalización individual son registros contables que le imputan a un afiliado su participación en los fondos de pensiones o, dicho de otro modo, registran la cantidad de dinero (cotizaciones) o aportes ingresados al sistema de AFP más su rentabilidad.*

c. *Los fondos de pensiones son patrimonios de afectación, separados de la AFP y de cada cotizante, propiedad*



del conjunto de afiliados en diferentes cuotas destinados a generar renta y financiar el sistema previsional.

d. El derecho a la pensión (la constitución de la pensión) es la forma en que la ley ha configurado la disposición o ejercicio de la propiedad sobre las cuotas de los fondos de pensiones.

2) En cuanto las formalidades del presente requerimiento, vale decir que:

No es procedente acoger una petición de inaplicabilidad de un cuerpo legal completo.

Si se acogiera la inaplicabilidad de los preceptos legales citados por el tribunal requirente (arts. 23, 34 y 51 del D.L. N° 3.500), ello no sería decisivo para el caso en cuestión, ya que las propiedades especiales constituidas por los Fondos de Pensiones (patrimonio de afectación) y la participación de los afiliados en ellos (propiedad de cuotas) sólo admiten como forma de ejercicio o disposición de su propiedad la constitución de una pensión. Dejar sin aplicación las reglas citadas no creará un nuevo título (no fabricará reglas especiales) que permitan exigir dinero a los Fondos de Pensiones a través de su administrador (AFP).

3) Y, finalmente, en cuanto los argumentos de Fondo para rechazar la petición de autos:

Como se dijo, debe rechazarse este requerimiento porque fuera de la constitución de una pensión no existe un título para reclamar el dinero de los Fondos de Pensiones

La Constitución Política ampara al legislador para configurar diferentes especies de propiedad y, en este caso, la especie de propiedad que hay sobre los



Fondos de Pensiones tiene como forma de disposición o ejercicio la constitución de una pensión.

De todos modos, incluso asumiendo la tesis de que es posible disponer del dinero -como si de una cosa corporal fungible se tratara- lo cierto es que esa posibilidad no implica que pueda ver disposición sin regla alguna. Dada la finalidad de las cotizaciones y los Fondos de Pensiones, limitar la facultad de disposición de ese dinero (si pudiera plantearse así el asunto) es parte de las limitaciones a la propiedad amparadas por el art. 19 N° 8 y 24 de la Constitución.

Finalmente, acoger un requerimiento de inaplicabilidad que tiene por finalidad obtener prestaciones pecuniarias no consistentes en seguridad social (el pago de deudas hipotecarias, por ejemplo) es contrario a la Constitución por cuando vulnera la afectación con que nacen las cotizaciones de seguridad social, elemento de la esencia del concepto de "cotización" consagrado en su texto vigente en los numerales 9 y 18 de su art. 19."

SEXTO: Que respecto a la extemporaneidad e inadmisibilidad de la pretensión constitucional, ello aparece improcedente no solo porque la creación del nuevo sistema previsional a propósito de la normativa en estudio, no da inicio a una conducta que refleje una acción u omisión, arbitraria o ilegal, sino que lo reclamado, según la reseña efectuada, es la decisión de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A, de no devolver o restituir los fondos previsionales, frente a la situación grave que padece, en cuanto a la necesidad de pagar los dividendos de la casa que adquirió, sin que las cuotas fijadas como retiro programado obviamente sean suficiente para ello, por lo tanto, surge la necesidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre la pretensión de la recurrente que



se ha planteado dentro del plazo, más aún si se trata de un acto permanente que retiene los fondos causando, según la reclamante, los perjuicios que se detallaron y sobre todo, porque la recurrente ha solicitado la intervención de la jurisdicción para “evitar una situación de insolvencia y eventualmente quedar morosa en el pago del crédito hipotecario obtenido” que surgió a propósito de su pensión de vejez, unido a la negativa de la devolución de sus fondos.

SÉPTIMO: Que en lo referente a la legalidad del Decreto Ley 3.500, independiente de las numerosas modificaciones que ha sufrido, lo cierto es que dicha normativa se inserta jurídicamente en el orden legal, sin que en este procedimiento pueda sostenerse lo contrario, específicamente, por los efectos que produjo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada para este conflicto y agregada al expediente digital, por lo que hoy no cabe un pronunciamiento diferente a lo establecido por dicho Tribunal. En consecuencia, la referida normativa debe tenerse como parte integrante del ordenamiento jurídico, siendo legal la decisión de denegar la devolución de los fondos porque la Administradora recurrida, cumpliendo los fines legales, debe entregarlos solo cuando la ley excepcionalmente se lo permite, o por la vía de las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

OCTAVO: Que no obstante lo anterior, ha de considerarse que la recurrente también ha invocado como presupuesto de esta acción que causa la privación, perturbación o amenaza de su derecho de propiedad, la arbitrariedad del obrar de la recurrida, entendida dicha arbitrariedad como una decisión alejada de la razón y la Ley (Ordenamiento Jurídico), y como tal, la Real Academia Española prescribe su contenido como “*sujeto a la libre voluntad o al capricho*”, circunstancia que amerita una reflexión más profunda,



si se considera que un trabajador ha depositado durante su vida laboral una suma de dinero para su vejez y llevar una vida digna, porque el Constituyente le ha ordenado al Estado de Chile en su artículo 19 N° 18 de la Constitución Política que *"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."*

NOVENO: Que el Decreto Ley en su artículo 1° creó un Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia derivado de la capitalización individual que se regirá por las normas de dicho decreto.

Además, en su artículo 2°, sostiene que desde el inicio de la labor del trabajador, se genera la afiliación automática y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, definiendo la afiliación como una relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial, el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización. En su inciso tercero aclara, que la afiliación es única, permanente y subsiste durante toda la vida del afiliado, derogándose por la Ley 20.255 de marzo de 2008 el inciso tercero del artículo 1° que señalaba textualmente *"El Estado garantiza pensiones mínimas de vejez, invalidez y sobrevivencia a todos los afiliados al sistema que cumplan los requisitos establecidos en este cuerpo legal"*.

DÉCIMO: Que en suma, el conflicto se plantea directamente con el sistema que -como lo indica la norma- es una relación jurídica que tiene el trabajador con dicho Sistema de Pensiones, en donde las Administradoras de Fondos de Pensiones no son más que

sociedades anónimas destinadas a -según dice su propio nombre- administrar los fondos como también, si lo elige el trabajador, otorgar las prestaciones y beneficios que establece la ley, frente a lo cual, indiscutida que ha sido la legalidad, debe analizarse el segundo presupuesto de este recurso, es decir, **la actuación arbitraria en la decisión de no entregar los fondos de la capitalización individual** .

UNDÉCIMO: Que desde ya, debe entenderse que ha sido el propio Legislador, en la modificación del artículo 20 inciso segundo con relación al artículo 19 N° 8 de la Constitución Política, que dogmáticamente estableció una diferencia entre los conceptos de "legalidad" y "arbitrariedad", a propósito de los presupuestos del recurso de protección para garantizar el ejercicio legítimo de los ciudadanos a vivir en un ambiente libre de contaminación, pues mediante la ley 20.050 del año 2005, efectuó una modificación justamente para eliminar este término "arbitrariedad" y dejar únicamente la ilegalidad como requisito de la acción u omisión, lo que evidencia la distinción formal y ontológica de ambos conceptos para el constituyente.

Este razonamiento no es baladí, porque puede incluso concluirse que un acto legal debe suprimirse si en el caso concreto causa una privación, perturbación o amenaza como consecuencia de la arbitrariedad ínsita en su acción u omisión.

DUODÉCIMO: Que este tema resulta relevante porque delimita la función jurisdiccional, lo que ya ha sido tratado recientemente por la Excmá. Corte Suprema en sentencia de 19 de Junio de 2017 (causa rol 3598-2017 Tercera Sala) cuando se señaló que: "*Séptimo: Que se debe destacar, que tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura. En efecto, no existe mayor discusión*



respecto del control que debe efectuarse respecto del ejercicio de la facultad reglada; sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que corresponde desplegar respecto del ejercicio de la potestad discrecional. En este aspecto, es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

Asentado lo anterior corresponde precisar, además, que igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla.

Se ha dicho, que son elementos básicos del ejercicio de una potestad discrecional que están sujetos al control, los siguientes:



"(a) A través del control de los elementos reglados que integran la discrecionalidad. Un acto concebido como discrecional puede ser anulado si se dicta sin el amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es concretamente habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia) o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad, o infringiendo las normas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad, o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó (...).

(b) Control de los hechos determinantes, esto es de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad, pues estos son supuestos reglados de la potestad que habilitan su ejercicio y por lo tanto siempre sujetos a control judicial. (...)

(c) Control del fin, esto es el ejercicio de la potestad discrecional, por amplia que esta hubiese sido concebida, sólo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida la potestad, de lo contrario incurre en la denominada desviación de fin o de poder (...).

(d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse (Obra citada, pp. 86-88 [se refiere a Luis Cordero Vega, "Lecciones de Derecho Administrativo", Editorial Thomson Reuters, Segunda Edición, 2015])".



DÉCIMO TERCERO: Que en doctrina, no ha habido gran discusión o polémica sobre la necesaria diferencia que se estableció a partir de las Actas Constitucionales -germen de nuestro recurso de protección-, de los conceptos de legalidad y arbitrariedad. Lo sustancial, es el fundamento sobre los cuales descansa esta diferencia conceptual y la importancia que tiene en un Estado de Derecho Democrático, porque si la sociedad carece de instrumentos que permitan garantizar el ejercicio justificadamente equitativo y legítimo de derechos fundamentales, protegiendo al afectado y consolidando un Estado de Derecho donde impere la justicia, la seguridad y paz social, frente a la colisión o conflictos de garantías, derechos o facultades que terminan en los ciudadanos a propósito de la aplicación particular de una ley, no cabe sino concluir la impunidad del poder estatal frente a los individuos y por ello, la judicatura debe sostener una doctrina que mire hacia ese horizonte que destaque la importancia y transcendencia del respeto del individuo en todos sus sentidos, que es el fin último de cualquier asentamiento humano.

Fernando Dougnac Rodríguez en "Reflexiones sobre la Acción de Protección y su Sentencia" (Revista Chilena de Derecho Vol 28 N° 3 pp 615-630 [2001].Sección Estudios), sostiene que el *"fallo de protección constituye una sentencia definitiva y como tal produce plenamente sus efectos mientras no haya otro fallo de la "vía ordinaria" o de "lato conocimiento" que establezca lo contrario. En otras palabras, lo declarado en la sentencia de protección es una verdad jurídica, aunque no inamovible. Pero solo deja de serlo cuando en un juicio "normal" o de lato conocimiento se discuta entre las mismas partes, la misma materia y se controvierta formalmente la*



veracidad de la conclusión de la protección en cuanto al derecho u objeto disputado. Si ello no ocurre, los efectos de la sentencia de protección son permanentes. A su vez, la declaración de "culpabilidad" del recurrido constituye un juicio de antijuridicidad permanente. Pues ella está referida a los principios que regulan la conducta en sociedad. Es decir, a aquello que por antonomasia constituye el estado de derecho cuyo imperio o vigencia coercitivamente se debe conservar. Es una apreciación valórica de la acción u omisión ejecutada por el recurrido; pero no está dirigida necesariamente al derecho reclamado. Este hecho no puede volver a ser discutido en otro juicio, pues es de la "esencia" de la decisión de protección, la declaración que lo obrado por el recurrido contraviene "el derecho". Basado en ello, se adoptan "de inmediato las providencias" que la Corte estime necesarias para "restablecer" su 'imperio' y "asegurar la debida protección al afectado". . .

"Tal vez, uno de los aportes más significativos al crecimiento de la libertad fue la introducción de este Recurso de Protección (art. 20 de la Constitución), rara avis dentro del reino de la norma expresa. Con él se pretende salvaguardar ciertos derechos que la Constitución considera esenciales para la permanencia del Estado de Derecho. Se aspira poner atajo a la veleidad ilegal o arbitraria de la autoridad o de simples particulares. Destacamos, "ilegal" o "arbitraria".

Como se puede ver, el constituyente consciente o inconscientemente, hizo un distinguo entre lo que es ilegal y lo que es arbitrario. Permitió que un acto fuera objeto de reproche constitucional no solo cuando lo fuera por ser ilegal, sino que también cuando fuera arbitrario. De esta manera, desde la más alta regla se amplió la perspectiva del juez. Se



permitió que los tribunales superiores de justicia intervinieran no solo cuando la ley era quebrantada sino que también cuando la **justicia fuere pasada a llevar**. Este es el primer paso al desmoronamiento del positivismo jurídico. Se extendió la visión y el poder del juez La Constitución lo libera en este recurso, al menos en parte, de la tiranía de la ley. En vano los tratadistas han buscado un hilo conductor que permita encontrar un criterio común en las decisiones de las Cortes. Este no existe. Sus fallos son casuísticos, inspirados solo por la justicia o injusticia que vean en cada caso: pretenden restablecer el "imperio del derecho" y dar la debida protección al afectado. Esta protección variará en cada caso determinado."

Es decir, la pretensión cautelar para respetar los derechos fundamentales, se debe inspirar en el Derecho en general y no sólo en aspectos particulares de la ley, que como reguladora de conductas debe estar siempre inserta sistemáticamente en el ordenamiento jurídico, y la judicatura, con fundamentos racionales y reflexivos, alejados de imposiciones mediáticas o intereses particulares, en suma, debe **DECIDIR** si existe esta arbitrariedad. Por ello en este mismo artículo se organizan racionalmente estas ideas, muy atingentes a este conflicto:

"Permítasenos hacer, en primer lugar, un pequeño alcance sobre la diferencia entre la lógica y la epistemología. La lógica es la disciplina que estudia los principios formales del conocimiento humano. Es decir las formas y las leyes más generales del pensamiento considerado puramente en sí mismo, sin referencia a los objetos; es el pensamiento correcto. En cambio, la epistemología estudia el pensamiento humano referido al objeto, es decir, estudia la teoría del pensamiento verdadero, no solo del pensamiento formal.



De esta manera podemos ver que un pensamiento formal, es decir, basado en una lógica estricta, puede ser correcto desde el punto de vista técnico, pero falso si no guarda concordancia con el objeto pensado. Así, entonces, una conducta legal puede ser arbitraria si no existe concordancia entre el razonamiento correcto y el objeto de ese razonamiento. O, si de acuerdo a la definición de razón, de justicia, ella no es recta en el sentido que no obra guiada por la verdad y no da a cada uno lo suyo.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que una resolución de una autoridad puede ser legal en cuanto se basa en las atribuciones que la ley le dio, pero puede ser al mismo tiempo arbitraria si el ejercicio de esa facultad no se ejerció de acuerdo a la razón, a la justicia, entendida como rectitud en las operaciones. Sin lugar a dudas, a esto se refirió el constituyente. Es importante destacar la diferencia que existe entre arbitrariedad y discrecionalidad. En derecho administrativo muchas veces las autoridades están investidas de un cierto grado de discrecionalidad, atribución que jamás puede confundirse con la arbitrariedad. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, la discrecionalidad viene de "discrecional" y esto significa: "que se hace libre y prudencialmente; // 2. Se dice de las potestades gubernativas en las funciones de su competencia que no están regladas.

En otras palabras, la autoridad administrativa debe actuar en el uso de sus facultades discrecionales en forma prudente, es decir, con "templanza, moderación, discernimiento, buen juicio" que es lo que ello significa. Como se ve, la discrecionalidad, por definición, excluye todo actuar arbitrario, el cual es esencialmente irracional, imprudente, carente de buen juicio.



Refuerza todo lo dicho precedentemente, el hecho de que en el inciso 2° del mismo artículo 20, se exige para recurrir de protección por el N° 8 del artículo 19 [antes de la modificación] que la acción "sea arbitraria e ilegal". Con ello se ha querido significar que una acción legal puede igualmente ser arbitraria. Nuestra Corte Suprema en varios fallos (Trillium, Desechos Tóxicos de Coronel, 1997, etc.) ha hecho expresamente esta diferenciación. ya sea para acoger los recursos de protección interpuestos por infracción a la garantía del N° 8, ya sea para rechazarlos.

Lo anterior, ha sido fallado a pesar de que de acuerdo al establecimiento de esta disposición quedó en claro que ni en la Comisión Constituyente ni en la revisión que de su proyecto realizó el Consejo de Estado se efectuaba esta distinción entre "ilegal" y "arbitrario". Ello solo surgió de la aprobación final que hizo la H. Junta de Gobierno, de la cual no existen hasta la fecha actas que nos permita apreciar el porqué de este cambio de redacción. Algunos autores sostienen que se trataría solo de un error tipográfico, aun cuando por la importancia de la materia esta explicación es de difícil aceptación."

Sobre este mismo aspecto Luis Alejandro Silva Irarrázaval en su artículo sobre la funcionalidad del concepto Arbitrariedad del Recurso de Protección (Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Comentarios de Jurisprudencia. Año 14 - N° 2, 2007 pp. 169-174) a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada el 11 de enero de 2007 en la Primera Sala, Rol 6.552-2006, confirmado por la Excma. Corte Suprema el 19 de marzo de 2007, Rol N° 770-2007, ha postulado:

"Frente a la legalidad de la actuación del órgano recurrido, la Corte acude a la razonabilidad y



a la justicia como criterios de valoración material del acto para sentenciar su arbitrariedad. Así el fallo ilustra el ámbito específico propio del concepto de arbitrariedad, y que es complementario al del concepto de ilegalidad. Ese ámbito le permite al juzgador apreciar la juridicidad del acto u omisión impugnado valiéndose de parámetros que enriquecen la función jurisdiccional amén de ofrecer una protección más cabal de los derechos fundamentales. Pero el valor del concepto de arbitrariedad es puesto en riesgo cuando se aplica sin una argumentación adecuada, porque puede prestarse para abusos por parte de los jueces y porque retrasa el desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos fundamentales

Este defecto -en ningún caso exclusivo de la sentencia que comentamos- merece un doble reproche: por una parte alimenta el temor de quienes ven en esta clase de conceptos ultralegales una vía expedita para el abuso de los jueces y, por otra, debilita la jurisdicción constitucional al dejar el contenido y alcance de los derechos fundamentales en la oscuridad

La sentencia que motiva este comentario nos parece elogiable en cuanto somete el acto impugnado a un control de juridicidad que incluye tanto la legalidad como la razonabilidad, cuando normalmente el control que ejercen los tribunales vía protección se reduce a la legalidad. Este doble control de juridicidad se convierte en una garantía más eficaz de los derechos constitucionales, desde que permite acoger recursos que se dirigen contra actos que aplican correctamente la ley, pero que vulneran alguna de las garantías protegidas por el recurso.

De hecho, el dictamen de la Contraloría impugnado por el recurso no es ilegal porque "precisamente el órgano contralor obró dentro de sus facultades constitucionales y legales", al decidir que



el pago procedía a contar de la fecha del dictamen (considerando 7°). Pero el examen de la juridicidad del acto no se detiene allí sino que continúa ahora valorando su razonabilidad.

El dictamen de Contraloría que dispuso que el derecho del funcionario de Gendarmería a recibir la asignación profesional por su calidad de contador auditor nació con el dictamen que le reconoció tal derecho, y le obligó a reintegrar los pagos recibidos por carecer ellos de causa, se ajusta formalmente a sus facultades contraloras, pero es caprichoso. En efecto, el derecho del funcionario nació con la obtención del título de contador auditor, y el dictamen de Contraloría se limita a reconocerlo; es meramente declarativo, no constitutivo de derecho. El reproche de arbitrariedad que se le imputa al acto viene justificado porque según el entender del Tribunal, "no parece razonable ni de justicia disponer que deba devolver el pago retroactivo por tener derecho a percibir la asignación sólo a contar de la fecha del dictamen 4311 de 25 de enero de 2006" (considerando 9°).

Esta decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago justifica la existencia del binomio ilegalidad/arbitrariedad, al extender la anti-juridicidad del acto u omisión más allá del texto legal a que podría estar constreñido el recurso si se redujera a un control meramente legal de la actividad de la Administración, como por desgracia ocurre con frecuencia."

También, para José Luis Cea (Derecho constitucional chileno. Tomo II. Derechos, deberes y garantías. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. CEA, José Luis (1984) "Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad



administrativa". Revista Chilena de Derecho, Vol. 11 (2004):

"El recurso de protección exige que el acto u omisión que priva, perturba o amenaza alguna de las garantías constitucionales enumeradas en el artículo 20 de la Constitución sea ilegal o arbitrario, excepto para la garantía del N° 8, en que se exige solo ilegalidad. La antijuridicidad del acto u omisión es un presupuesto indispensable para la admisibilidad y acogimiento del recurso, lo que significa que si el acto no es ilegal ni arbitrario, el recurso debe rechazarse sin más.

Los términos que definen la antijuridicidad de este remedio cautelar son complementarios, y deben entenderse de modo tal que ningún acto u omisión antijurídico que afecte alguna de las garantías protegidas por ella quede al margen del imperio del Derecho. El tribunal tiene el deber de comprobar que el acto impugnado es al mismo tiempo legal y razonable y, consecuentemente, acoger el recurso en los casos que no lo sea. Una correcta articulación de los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad por parte de los tribunales debería garantizar a los ciudadanos una eficaz protección de sus derechos frente a las actuaciones de la Administración.

Este doble control de juridicidad se convierte en una garantía más eficaz de los derechos constitucionales, desde que permite acoger recursos que se dirigen contra actos que aplican correctamente la ley, pero que vulneran alguna de las garantías protegidas por el recurso. Por una parte alimenta el temor de quienes ven en esta clase de conceptos ultra legales una vía expedita para el abuso de los jueces y, por otra, debilita la jurisdicción constitucional al dejar el contenido y alcance de los derechos fundamentales en la oscuridad."



Por lo mismo, este autor concluye: *“Frente a la legalidad de la actuación del órgano recurrido, la Corte acude a la razonabilidad y a la justicia como criterios de valoración material del acto para sentenciar su arbitrariedad. Así, el fallo ilustra el ámbito específico propio del concepto de arbitrariedad, y que es complementario al del concepto de ilegalidad. Ese ámbito le permite al juzgador apreciar la juridicidad del acto u omisión impugnado valiéndose de parámetros que enriquecen la función jurisdiccional amén de ofrecer una protección más cabal de los derechos fundamentales. Pero el valor del concepto de arbitrariedad es puesto en riesgo cuando se aplica sin una argumentación adecuada, porque puede prestarse para abusos por parte de los jueces y porque retrasa el desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos fundamentales.”*

DÉCIMO CUARTO: Que en suma, no se trata de una cuestión teórica ni menos superficial, sobre las facultades de las Cortes de Apelaciones para indagar la debida discrecionalidad que deben tener todos los actos que afecten al ejercicio legítimo de derechos indubitados elevados a derechos o garantías fundamentales en la Constitución Política de la República, desde que la discrecionalidad, si bien es una potestad que afecta las funciones de la competencia que no están expresamente regladas, requiere necesariamente de la prudencia o templanza en términos de cautela, moderación, sensatez, propia de un buen juicio, que no dependa solamente de la voluntad o el capricho de una persona, desconociendo los principios dictados por la razón, la lógica y las leyes.

Ahora bien, frente a los hechos que las partes no controvierten, inequívocos y claramente establecidos, en cuanto existe un afiliado con pensión de vejez que durante su vida laboral tuvo un ingreso



superior a \$1.000.000.- y que a propósito del Sistema de Pensiones del D.L. 3.500, su pensión se redujo a una suma aproximada del 20% de sus ingresos, no obstante haberse afiliado durante un lapso de dieciocho años, respecto de cotizaciones que fueron administradas -sin intervenir la voluntad del trabajador afiliado- por un ente creado justamente para invertir los fondos en el mercado, sin que tuviera injerencia alguna sobre dichas inversiones como tampoco, directa o indirectamente, en las utilidades que obtienen estas Administradoras, ha debido admitir o contentarse que su capitalización individual no le permite un ingreso modesto siquiera para pagar el dividendo de su propiedad, adquirida a través de créditos hipotecarios que las sociedades modernas regulan por la dificultad de comprar un inmueble conforme a la capacidad económica de un trabajador medio, de manera que las políticas económicas y habitacionales de los Estados autorizan a instituciones bancarias o financieras, quienes utilizando el lucro, permiten a los trabajadores a acceder a una vivienda propia.

En este caso concreto, no puede concluirse que exista sensatez o medidas adecuadas en el Sistema de Pensiones respecto de una trabajadora que a la luz de las cotizaciones efectuadas que equivalen nada menos que al 10% de su remuneración, durante dieciocho años, no le permitan una jubilación suficiente para sufragar su crédito hipotecario, manteniendo sí, el lucro de las Administradoras de Fondos de Pensiones como también el de Bancos e Instituciones Financiaras para adquirir una vivienda, lo que significa que su detrimento ha sido en beneficio de estas instituciones sin la debida correspondencia, no obstante el imperativo del Constituyente en su artículo 19 N° 18 que establece la garantía fundamental del Derecho a la Seguridad Social, que impone perentoriamente que la acción del Estado



debe estar "dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de las instituciones públicas o privadas", e incluso a propósito de garantizar la libertad personal y seguridad individual, en su artículo 7 letra h), prohíbe de manera absoluta y sin excepciones, establecer como sanción la pérdida de derechos previsionales, por lo que a la luz de lo razonado precedentemente, sin que haya podido intervenir como ciudadano en el destino de la capitalización individual, la decisión de ambas instituciones representa una arbitrariedad frente a la exigencia de la Carta Fundamental, sobre el derecho de propiedad que tiene la trabajadora sobre sus fondos de capitalización individual.

DÉCIMO QUINTO: Que si la capitalización individual del recurrente, que corresponde a un porcentaje de la remuneración obtenida durante su período activo laboralmente, cuyo trabajo representa el aporte que ha hecho a las necesidades de la sociedad, de donde se ha visto beneficiada la comunidad toda y especialmente, los empleadores como consecuencia del trabajo realizado, resulta contraproducente que sea únicamente el trabajador que no recibe aporte estatal, ni menos del empleador, acumulando una suma de dinero para financiar su propia vejez, en circunstancias que del trabajo realizado se benefició tanto la comunidad como el propio empleador, lo que por lo demás, sobre este fenómeno específico, constituye un hecho público y notorio, en la medida que las proposiciones para mejorar este sistema incluyen ideas que reconocen la necesidad del aporte directo o indirecto del Estado, como también de los empleadores y, por lo mismo, resulta poco prudente y arbitrario que un trabajador actual, a propósito de la serie de modificaciones -



cuarenta y siete leyes directas- efectuadas al Decreto Ley 3.500 haya terminado en un sistema, que en este caso particular, genera una injusticia que obliga al tribunal a adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y decretar lo correspondiente para proteger al afectado.

En concreto, si la pensión mínima de vejez o invalidez, con o sin derecho a garantía estatal, que se reajusta anualmente en el mes de diciembre, equivale a \$142.452,33 para lo cual se requiere al menos 20 años de cotizaciones previsionales en cualquier sistema, y la pensión básica solidaria es de \$137.751, para quienes tienen la edad de jubilación hasta los 74 años, siempre que se trate de personas que no tengan derecho a una pensión en algún régimen previsional y cumplan con los requisitos de la ley 21.190, no resulta coherente, ni proporcionado, que la recurrente con una capitalización individual no menor, continúe en un régimen que permita estas diferencias fuera de toda lógica, y que el patrimonio que reservó para su vejez, no le asegure una solvencia elemental para sobrevivir y pagar los aspectos básicos de su existencia.

Así puede concluirse que en este caso, si el sistema no pudo prever estas situaciones, pero sí otras como aquellos beneficiarios de la pensión básica solidaria, incluso con capitalización individual mínima, como una forma de poner freno a esta circunstancia y evitando que tanto la Administradora de Fondos como las instituciones financieras mantengan su lucro respecto de estos trabajadores que están sujetos al régimen previsional del D.L. 3.500, en estos casos, probada la ineficiencia y demostrada la grave injusticia de mantener la pensión frente a la posibilidad de salir de la morosidad inminente, se debería descontar la suma líquida necesaria con el objeto de devolverle al afiliado para que pueda salir



de su grave situación económica, lo que resulta justo y equitativo, inherente a su derecho de propiedad sobre los fondos y no va en contra del Sistema de Previsión, en términos que la seguridad social se mantiene a la luz de lo exigido por el Constituyente, de tener las pensiones mínimas, pero evita deteriorar la vida del pensionado a través de su sistema en el que prevalece el lucro por sobre el derecho fundamental de seguridad social, desde que en este tipo de situaciones, la economía básica o elemental es resguardar adecuadamente el patrimonio de los trabajadores, sin que signifique una actividad lucrativa para empresas o sociedades anónimas que debieran mantenerse al margen de estas indigencias, para lo cual cómo en los otros beneficios solidarios, interviene exclusivamente el Estado, a través de las pensiones básicas solidarias de vejez, invalidez y sobrevivencia.

Recuérdese que en salud, el 7% del aporte para las prestaciones respecto de aquellos trabajadores que están fuera del sistema privado (Isapres), representa un patrimonio justamente administrado por el Estado, y por estas mismas razones, surge la arbitrariedad frente a trabajadores que se encuentran en situaciones como aquella de la recurrente.

DÉCIMO SEXTO: Que para concluir lo anterior, debe tenerse en consideración las siguientes decisiones legislativas plasmadas para el Sistema de Pensiones que de conformidad a la sana crítica, imponen y reafirman la necesidad, en las circunstancias reales de este conflicto, del deber de adoptar medidas urgentes que pongan remedio a la grave situación de la recurrente:

1.- Según el actual sistema de pensiones para el caso de las Rentas Vitalicias, la garantía del Estado será de un monto equivalente al cien por ciento de la Pensión Básica Solidaria de Vejez (PBSV), en caso



de cesación de pagos o por la dictación de la resolución de liquidación (art. 62 bis D.L. 3.500)

2.- En el Seguro de longevidad (*): Los afiliados en la etapa de desacumulación del sistema enfrentan el riesgo de longevidad. Dicho riesgo (D.L. 3.500) está cubierto por el sistema por tres elementos diferentes y excluyentes:

» *Retirados que eligen Renta Vitalicia están protegidos por esta modalidad al pagar pensiones hasta la fecha de fallecimiento del pensionado.*

» *Retirados que eligen Retiro Programado y que califican al Pilar Solidario tiene garantizada la Pensión Básica Solidaria hasta el fallecimiento.*

» *Retirados que eligen Retiro Programado y no califican al Pilar Solidario están resguardados por el factor de ajuste introducido el año 2008. El factor de ajuste retiene del saldo acumulado, un monto equivalente para garantizar una pensión mínima de 30% de la primera pensión hasta los 98 años.*

Mientras que los retirados bajo el antiguo Sistema de Reparto, que reciben pensiones del Instituto de Previsión Social están cubiertos del riesgo de longevidad toda vez que las pensiones de vejez son pagadas, hasta la fecha de fallecimiento del causante. (*Antecedentes del informe final Capítulo III. "Antecedentes de la Industria Previsional", página 53. Punto 3.4 Seguro de longevidad Comisión Asesora Presidencial Sobre el Sistema de Pensiones)

3.- Por la modalidad de Renta Vitalicia Inmediata, sólo podrán optar aquellos afiliados que puedan contratar una renta que sea igual o mayor que la pensión básica solidaria de vejez. Decreto Ley 3.500.

4.- El Aporte Previsional Solidario de vejez es el beneficio financiado por el Estado, para quienes hayan cotizado al Sistema de Pensiones contributivo, al que pueden acceder las personas que tengan una pensión



base mayor que cero e inferior o igual a la Pensión Máxima con Aporte Solidario (PMAS) y reúnan los requisitos de edad, focalización y residencia que señala la Ley N° 20.255 (párrafo tercero de la ley).

5.- Debe considerarse que conforme la información oficial de la Superintendencia de Pensiones, el monto del beneficio de la Pensión Máxima Solidaria desde el 1 de Diciembre de 2019 es de \$ 488.469. Es importante tener presente que la Pensión Básica Solidaria de vejez e invalidez se financia completamente con recursos fiscales.

6.- El afiliado podrá solicitar a su Administradora una disminución del monto a que tiene derecho a percibir bajo la modalidad de Retiro Programado. Asimismo, podrá solicitar que el monto percibido por Retiro Programado se ajuste, de modo tal que la suma de éste y aquél percibido por Renta Vitalicia, se iguale al cien por ciento del valor de la pensión básica solidaria de vejez, en el caso en que el afiliado no cumpla los requisitos para acceder al sistema de pensiones solidarias (62 bis DL 3.500).

7.- El Aporte Previsional Solidario (APS) se entrega a quienes hayan cotizado en una AFP y es un complemento mensual de dinero entregado por el Estado, pagado en las Compañías de Seguro y AFP, que aumenta las pensiones de quienes lograron acumular fondos en algún régimen previsional en Chile, pero que reciben una pensión inferior a \$325.646 al 1 de julio de 2019 (ley 20.255).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que por consiguiente, de las distintas regulaciones efectuadas al Sistema de Pensiones, aparece que los trabajadores que no han cotizado o lo han hecho en menor medida, como también aquellos que lograron una capitalización individual mucho menor a la recurrente, obtienen beneficios estatales que al final de cuentas, logran ingresos



superiores frente a la trabajadora en las condiciones que ya se ha expuesto y que por lo mismo, la decisión de no devolver los fondos para lograr pagar el crédito hipotecario y adquirir la vivienda, se torna arbitraria en las circunstancias concretas de este conflicto, de manera que la única medida racional desde que aún se desconoce con exactitud el monto de la capitalización individual a partir de la cual genera los beneficios estatales de pensiones solidarias, no es más que disponer la devolución de los fondos, sin perjuicio de que el organismo administrativo en el futuro, le otorgue una pensión mínima que surja de la solidaridad y que no impida superar la crisis económica y doméstica que sufre actualmente.

DÉCIMO OCTAVO: Que no resulta conveniente condenar al pago de las costas del recurso, por tratarse de una materia completamente nueva, sin doctrina consolidada, ni menos jurisprudencia, que permite calificar la actuación de la recurrida como plausible.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **SE ACOGE, sin costas,** el recurso deducido por María Angélica Ojeda González, en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A., quien deberá dentro de décimo día hábil, de ejecutoriada esta sentencia, proceder a girar la suma de dinero que a esa fecha represente la totalidad de los fondos de capitalización individual que tenga en su cuenta la recurrente, quedando sin efecto la pensión de vejez y sin perjuicio de la decisión de los organismos administrativos para el otorgamiento de una pensión mínima solidaria, si procediere.



Se deja constancia que se hizo uso de la facultad conferida en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y comuníquese.

Ro1 2797-2019 (PROT)





QBSPPZMHXZ

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por los Ministros (as) Oscar Clavería G., Virginia Elena Soubllette M. y Abogado Integrante Fernando Orellana T. Antofagasta, diecisiete de junio de dos mil veinte.

En Antofagasta, a diecisiete de junio de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>