

Antofagasta, a veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Comparece P [REDACTED]

[REDACTED] quien deduce recurso de protección en contra del Instituto de Previsión Social, representado legalmente por Patricio Coronado Rojo, ignora profesión u oficio, o quien lo subroga o reemplace, ambos con domicilio en Avenida Huérfanos N° 886, piso 2°, Santiago, por negar la solicitud de jubilación bajo el régimen de la Ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas en adelante CANAEMPU, actuar ilegal y arbitrario que vulnera sus derechos del artículo 19 N°s 1, 2, 18 y 24 de la Constitución Política de la República.

Evacuan informe las recurridas, solicitando el rechazo.

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

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que funda su recurso en que fue incorporado a CANAEMPU en el mes de enero del año 1999, fecha en la que comenzó a desempeñarse como académico de la Universidad de Antofagasta.

Alega que el 11 de marzo de 2021, solicitó ante el Instituto de Previsión Social pensionarse por vejez en el régimen de la ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas. Sin embargo, el 8 de abril de 2021, el referido Instituto le comunicó del rechazo de su solicitud de jubilación, manifestándole que resultaba improcedente conceder el beneficio requerido, por cuanto no existen antecedentes de que el recurrente hubiese estado afiliado al antiguo sistema previsional antes del 31 de diciembre de 1982. Esto, por cuanto, al haber iniciado su vida laboral en Chile recién en el año 1999, correspondía que se hubiera afiliado al sistema de pensiones del D.L. N° 3.500 y no al antiguo sistema previsional.



Expone que llegó a Chile procedente de Cuba, el 28 de Mayo de 1998 con visa de turista y, accedió antes de los 3 meses, a la visa temporaria por un año, trabajando a honorarios en la Universidad de La Serena hasta el mes de agosto de 1998. En el mes de septiembre de ese año se trasladó a la ciudad de Antofagasta, y comenzó a trabajar a honorarios para el Departamento de Alimentos de la Facultad de Recursos del Mar, de la Universidad de Antofagasta. En diciembre de 1998 es contratado a partir de enero del año 1999 en calidad de contrata.

Una vez formalizada su relación contractual con la citada casa de estudios superiores, es incorporado por su empleador a la Ex CANAEMPU, siendo descontadas a partir de ese momento de sus remuneraciones las cotizaciones respectivas, las que fueron enteradas por su empleador a la citada ex Caja.

De esta manera, el 31 de marzo de 2021, atendido que tenía la edad legal procedente, esto es, 65 años, presentó la solicitud de renuncia, sumado que cumplía con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de la CANAEMPU, principalmente con el mérito de las cotizaciones que eran descontadas mes a mes de sus remuneraciones por más de veintidós años y para efectos del cálculo de su pensión, con Grado 04.

Solicita se ordene disponer que el citado organismo público acepte su solicitud de jubilación acogido al régimen de la CANAEMPU, con costas.

SEGUNDO: Que Víctor Joel Espinosa Agurto, abogado, funcionario del Instituto de Previsión Social, continuador y sucesor legal del Instituto de Normalización Previsional, en representación del recurrido, informa solicitando el rechazo del recurso.

Expone que la discusión excede el ámbito de aplicación de la acción cautelar y las materias de seguridad social son ajenas a la acción de protección. A su juicio, la acción constitucional deducida no es el medio idóneo para la solución de un conflicto jurídico como el de autos, ya que,



de la simple lectura del recurso, y en particular de su parte petitoria, se colige que lo que se pretende en definitiva es que se le conceda una pensión de vejez de conformidad a las reglas de la ex Caja Nacional de Empleados Públicos, lo que excede con creces el ámbito de aplicación de una acción cautelar, que no es una instancia de declaración de derechos como pretende el recurrente.

Lo anterior, se ve reforzado por el hecho de existir una vía idónea para estos fines. En efecto, la Ley 19.260 de 1993, en su artículo 5° permite discutir judicialmente el otorgamiento, reliquidación, recálculo, extinción, acrecimiento de derechos previsionales del antiguo sistema.

Sostiene que no existe ningún acto ilegal o arbitrario que lesione algún derecho o garantía constitucional del recurrente. En efecto, los actos del Instituto se encuentran ajustados al principio de legalidad, y dentro de las competencias, que le han sido otorgadas por la Ley 20.255, Decreto Ley 3.502, D. F. L N° 17 del año 1989, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Ahora bien, es un hecho público y que consta en la historia fidedigna de la Ley, que el Decreto Ley 3.500 que crea el sistema de Capitalización Individual y la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, se publica en noviembre del año 1980 entrando en vigencia en mayo del año siguiente, bajo el predominio de una doctrina promercado en los ámbitos de ahorro previsional y seguros de salud de la seguridad social. Se instauró mediante este Decreto Ley un nuevo diseño para el sistema de pensiones, que se basó en el mecanismo de capitalización individual, fundado en la contribución obligatoria para los trabajadores dependientes en calidad de nuevos afiliados, con excepción de los miembros de Carabineros y las Fuerzas Armadas, poniendo término al antiguo sistema solidario de pensiones.

Así las cosas, es un hecho cierto y reconocido por el recurrente que su primera cotización fue realizada en el mes de enero del año 1999, y que por un hecho que este



Instituto desconoce, su empleador Universidad de Antofagasta, no realizó la cotización en el nuevo sistema de pensiones, sino, que lo habría realizado en la ex Caja Nacional de Empleados Públicos, infringiendo con ello toda la normativa legal vigente que regula el nuevo sistema de pensiones, en particular los artículos anteriormente aludidos.

Por lo anterior, en cumplimiento de la normativa legal vigente y actuando dentro de sus competencias, al momento de tomar conocimiento de la solicitud de pensión de vejez del recurrente y previo análisis de los antecedentes, procedió al rechazo de dicha petición, la que básicamente apuntan a que no tuvo ni puede tener la calidad de imponente del antiguo sistema.

Niega tajantemente que se haya vulnerado algún derecho o garantía constitucional de recurrente, en efecto, dado que el sistema previsional vigente al momento que el recurrente comenzó a cotizar es el de Capitalización Individual, regulado por el Decreto Ley 3.500, sistema en el cual debe cotizar y por el cual se debe pensionar el recurrente, jurídicamente no es posible que el Instituto de Previsión Social le conceda una pensión de vejez.

Reitera que el actor no pudo afiliarse al antiguo sistema, toda vez que comenzó a cotizar en época en que la afiliación al Decreto Ley 3.500 era obligatoria y automática.

Señala que el ORD. de la Dirección del Trabajo N° 4621754, referido en la acción cautelar, refuerza la tesis de este Servicio, toda vez que se refiere a cotizantes jubilados del antiguo sistema, los que no tenían la obligación de incorporarse al sistema del Decreto Ley 3.500, calidad que nunca ha poseído el actor, no pudiendo tener derecho a la pensión ya señalada, toda vez que el requisito sine qua non es tener la calidad de afiliado al sistema antiguo, lo que por razones ya señaladas no tiene.

Concluye que para el caso improbable que se acoja la acción deducida, es improcedente la condena en costas, en atención a que el Instituto de Previsión Social, como continuador legal del Servicio de Seguro Social, goza de



privilegio de pobreza, de acuerdo con el artículo 183 del Decreto N° 615 del año 1956, en relación al Decreto Ley 3.502.

TERCERO: Que Patricia Wragg Valerio, Fiscal, en representación de la Superintendencia de Pensiones, informa solicitando el rechazo del recurso.

Expone que el recurrente no registra presentación alguna ante esa Superintendencia sobre los hechos que motivan la presente acción cautelar, por lo que no cuenta con documentos o antecedentes que remitir.

Refiere que atendido el tenor de la acción cautelar, debe tenerse presente que el D.L. N° 3.500 de 1980, en su artículo 2° dispuso que, el inicio de la labor del trabajador no afiliado genera afiliación automática al Sistema de Pensiones de Capitalización Individual y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones. Asimismo, la citada norma establece que la afiliación al sistema de pensiones es única y permanente, subsiste durante toda la vida del afiliado, ya sea que se mantenga o no en actividad, que ejerza una o varias actividades simultáneas o sucesivas, o que cambie de Institución dentro del sistema.

Respecto de aquellos trabajadores que se encontraban afiliados al régimen de reparto, como aquellos trabajadores que por primera vez imponían, hasta el 31 de diciembre de 1982, conforme lo prescrito en el artículo 1° transitorio del D.L. N° 3.500, tenían y tienen la opción de mantenerse en el sistema previsional antiguo; o bien, optar por el sistema de capitalización individual, derecho que se ejerce al momento de afiliarse a una Administradora de Fondos de Pensiones y, en tal evento, respecto de las cotizaciones realizadas en el anterior régimen, se le otorgaría un bono de reconocimiento si cumplían con determinados requisitos legales.

Por su parte, el D.L. 3.502 de 1980, creó el Instituto de Normalización Previsional (INP), entidad que se hizo cargo de la administración de los regímenes de



prestaciones encomendadas a las múltiples cajas previsionales existentes en el país, con excepción de aquellas ramas castrenses (Capredena y Dipreca). Cabe mencionar que la Ley 20.255 (artículo 53 y siguientes) suprimió el INP y creó el Instituto de Previsión Social (IPS), el que se entiende sucesor legal del INP para los efectos de administración del sistema de pensiones solidarias y de los regímenes previsionales de reparto (ex Cajas de Previsión).

En consecuencia, en virtud de tales Decretos Leyes, a contar de 1983, todo nuevo trabajador debe afiliarse obligatoriamente a una Administradora de Fondos de Pensiones, de modo que resulta improcedente la inscripción o afiliación a una ex Caja de Previsión de aquellas administradas y fusionadas en el Instituto de Previsión Social. A su vez, aquellos trabajadores que se encontraban afiliados al régimen de reparto, como aquellos trabajadores que por primera vez imponían, hasta el 31 de diciembre de 1982, tenían la opción de mantenerse en el sistema previsional antiguo; o bien, optar por el nuevo sistema previsional, afiliándose a una Administradora de Fondos de Pensiones y, en tal evento, respecto de las cotizaciones realizadas en el anterior régimen, se le otorgaría un bono de reconocimiento si cumplían con determinados requisitos legales (dado a que en el sistema de reparto los trabajadores no tienen propiedad sobre tales cotizaciones).

De lo expresado por el propio recurrente en su acción cautelar, se constata que llegó desde el extranjero a Chile en el año 1998, comenzando a cotizar por primera vez en enero de 1999 en la ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, sin haber tenido antes la calidad de imponente de algún régimen del antiguo sistema de pensiones con anterioridad al 31 de diciembre de 1982.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del D.L. N° 3.500, el recurrente al haber iniciado sus labores en Chile recién en enero de 1999, debió quedar adscrito al sistema de pensiones del D.L. N° 3.500 y no en una ex Caja de



Previsión del antiguo sistema previsional, como erróneamente sucedió en su caso.

De acuerdo a lo expresado, lo obrado por el Instituto de Previsión Social se ajusta a derecho y no existe arbitrariedad en su actuar, por el contrario, de mantener al señor Cerezal Mezquita en el antiguo sistema previsional y otorgar algún tipo de beneficio previsional, sería contrario a la normativa legal que rige desde el año 1980, sino también afectaría la garantía constitucional del N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, respecto de aquellos afiliados al sistema de pensiones del D.L. N° 3.500 de 1980, que no tuvieron ni tienen derecho a optar por uno u otro sistema previsional, por lo que corresponde que las cotizaciones erróneamente enteradas en el antiguo sistema de pensiones sean traspasadas al sistema de capitalización individual, debiendo afiliarse a una Administradora de Fondos de Pensiones de su elección y una vez acreditados los Fondos de Pensiones en su cuenta de capitalización individual, podrá impetrar el beneficio de pensión de vejez conforme al referido D.L. N° 3.500 de 1980.

CUARTO: Que como medida para mejor resolver fue solicitada ampliación del informe, que evacuado con fecha 13 de agosto de 2021 por el Instituto de Previsión Social, continuador y sucesor legal del Instituto de Normalización Previsional, indicó respecto de la razón por la cual durante un período de veintidós años fueron recibidas y aceptadas las cotizaciones del recurrente, que obedeció a un error, atribuyendo el mismo a un error del sistema informático del que se habría tomado cabal conocimiento al momento de analizar la solicitud de pensión del Sr. Cerezal, concluyéndose que no correspondía concederle pensión de vejez conforme a las normas de la ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, ya que de acuerdo a la normativa legal vigente, lo que corresponde es que se afilie a una Administradora de Fondos de Pensiones, que es el sistema de seguridad social vigente al día de hoy. Por su parte, y respecto de la segunda de las cuestiones solicitadas



informar, esto es, si en los mismos veintidós años se habrían adoptado medidas en torno a que el recurrente no cumplía los requisitos para cotizar en su institución, nada se dijo.

QUINTO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción constitucional de urgencia, de naturaleza autónoma, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben adoptar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

SEXTO: Que en la especie la discusión no solo gira en torno a determinar si corresponde que el recurrente, quien comenzó a cotizar por primera vez en enero de 1999 en la ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, sin haber tenido antes la calidad de imponente de algún régimen del antiguo sistema de pensiones con anterioridad al 31 de diciembre de 1982 tiene derecho a jubilar por el antiguo sistema previsional; sino además si dicha circunstancia es una atribuible o reprochable -en su origen- al recurrente y, en su caso, si éste debe soportar los efectos del error que señala haber cometido la recurrida el Instituto de Previsión Social, continuador y sucesor legal del Instituto de Normalización Previsional.

SÉPTIMO: Que la primera de las cuestiones que es necesario despejar dice relación con verificar si el artículo 5° de la Ley 19.260 de 1993, que permite discutir judicialmente el otorgamiento, reliquidación, recálculo, extinción, acrecimiento, de derechos previsionales del antiguo sistema, provoca que esta Corte deba inhibirse de conocer del asunto sometido a su conocimiento, por exceder la vía de la protección su ámbito de aplicación.

La Constitución Política de la República de Chile señala en la parte final del inciso primero del artículo 20, al regular los requisitos para ejercer la acción de



protección, y luego de indicar las medidas que puede adoptar la Corte de Apelaciones, que lo anterior es "... *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.*". De este modo es perfectamente compatible la acción de protección con otras acciones de que sea titular el recurrente, aunque éstas nazcan de los mismos hechos y puedan reclamarse en juicio diverso. Del mismo modo, no hay impedimento alguno para que el conocimiento del asunto no pueda quedar radicado en la Corte de Apelaciones respectiva, aun cuando el titular haga valer su derecho u otros, ante otra autoridad o tribunales.

En dicho sentido, ningún efecto puede producir sobre la competencia de este Tribunal la norma del artículo 5° de la Ley 19.260 de 1993, salvo el hecho de tenerse presente.

OCTAVO: Que en lo sustantivo, y si bien el recurrido Instituto de Previsión Social, continuador y sucesor legal del Instituto de Normalización Previsional, alega como impedimento para aceptar la solicitud de jubilación acogida al régimen de la CANAEMPU la imposibilidad de afiliar al recurrente al antiguo sistema, toda vez que comenzó a cotizar en época en que la afiliación al D.L. 3500 era obligatoria y automática, no puede soslayarse el hecho de que tal cuestión ocurrió por un error del mismo recurrido, error del que solo se dio cuenta éste al momento de tramitar la solicitud de recurrente, y luego de haber recibido por veintidós años cotizaciones de previsión social.

En tales circunstancias la posición del recurrente es una que debe entender ha quedado amparada por el principio de confianza legítima. En efecto, luego de haber ingresado el recurrente al sistema de la CANAEMPU, aun después de la entrada en vigencia del sistema previsional vigente, de haberse declarado y pagado por veintidós años cotizaciones previsionales en dicho régimen y, que en ninguno de dichos veintidós años hubo reparo, objeción u observaciones respecto del sistema previsional a él aplicable y a sus declaraciones y pagos, es que procede entender entonces que existió



permanencia y pertenencia a la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico que regula dicha situación de hecho. La confianza legítima referida se obtiene de los principios constitucionales del Estado de Derecho -artículos 5, 6 y 7 de la Carta Fundamental-, y del de seguridad jurídica - artículo 19 N° 26 del mismo cuerpo normativo-, así como también de la doctrina ius privatista de los actos propios, cuya articulación y aplicación, como consecuencia del principio de aplicación directa de la Constitución, conminan al juez a darle amparo al ciudadano frente a la administración pública cuando ésta ha venido actuando de una determinada forma, consolidando con ello una situación de hecho que se hace permanente a partir de esa situación de hecho y, que hace exigible de la autoridad que en lo sucesivo actúe de la misma manera.

Los principios de legalidad y seguridad jurídica sirven también de base para asentar la vigencia del principio de confianza legítima, pues en virtud del principio de legalidad -en su vertiente atributiva- le está vedado a la administración pública actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva (arbitraria) o en exceso de poder, por lo que si al abusar en el ejercicio de sus potestades, es decir, actuar de modo arbitrario, altera con ello la interpretación de la norma o produce un cambio en la manera de regular o de resolver, solo será legítimo este actuar, si se respeta, entre otros, la confianza que los administrados han adquirido en la forma o en la dirección que la actuación de la administración del Estado ha tenido para con ellos.

NOVENO: Que luego, no es aceptable que por un error del administrador del sistema de pensiones en los que cotizó el recurrente, deba éste, luego de veintidós años de haber cotizado en CANAEMPU, trasladar sus fondos de pensión al sistema regulado por el Decreto Ley 3.500 y con ello, asumir la pérdida de su derecho a la capitalización de sus fondos durante los años en que sus ahorros previsionales estuvieron en la CANAEMPU y no en el actual sistema.



DÉCIMO: Que lo anterior tiene plena coherencia con el Principio Pro Homine o Principio Favor Persona que en su vertiente interpretativa requiere que la interpretación de los derechos se realice en aquella versión que les otorgue el máximo de potencialidad y ejercicio efectivo por parte de las personas, como asimismo, que sus limitaciones o restricciones legítimas solo puedan ser entendidas en sentido estricto; como también con su vertiente normativa, que exige que ante dos normas que aseguran derechos fundamentales, debe preferirse la norma que asegura y garantiza más ampliamente los atributos y garantías del respectivo derecho de la persona, no importando la jerarquía de ella, sea norma constitucional o de derecho internacional convencional vinculante. (Humberto Nogueira Alcalá, El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia, Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2, 2015, pp. 301-350).

Constituyendo el principio pro homine o favor persona un fin que orienta la interpretación de derechos fundamentales, constituye la razón de ser en materia de derecho constitucional sustantivo, en cuanto concretiza la dignidad humana y favorece el goce efectivo de los derechos por todas las personas, fin que está precisado en la Constitución en su artículo 1° que encabeza las Bases de la Institucionalidad.

UNDÉCIMO: Que de los derechos que se denuncian amagados, no podrá esta acción de protección prosperar respecto del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, pues al no ser allegados los elementos de juicio suficientes y necesarios que permitan configurar su vulneración, no se puede conocer si en circunstancias similares y/o equivalentes a las denunciadas, el denunciado le reconoció su jubilación otra persona.

Por su parte, habrá también que desestimarse la denuncia respecto del derecho del N° 18 del artículo 19 de la Constitución, pues no es uno de los derechos que tienen



amparo a través de la acción constitucional, según se señala en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

Finalmente se acogerá, en los términos que continuación se indica, la acción de protección respecto del derecho del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, ya que por acto arbitrario cometido por el recurrido, le fue denegado al recurrente su solicitud jubilación en el sistema de la CANAEMPU, sistema en el que por el lapso de veintidós años el recurrente declaró y pagó cotizaciones previsionales, sin observaciones, reparos u objeciones del recurrido.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, **SE ACOGE, sin costas**, el recurso de protección deducido por don Pedro Cerezal Mezquita en contra del Instituto de Previsión Social, ordenándose a la recurrida pronunciarse sobre la solicitud de jubilación que el recurrente hiciera bajo el régimen de la Ex Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, CANAEMPU, debiéndose calificar para ello solo los requisitos legales que determinan la procedencia de la jubilación, sin que puedan considerarse las circunstancias y la legalidad con que el recurrente se afilió al régimen referido.

Regístrese y comuníquese.

Rol 6018-2021 (PROT)

Redacción del Abogado Integrante Sr. Jorge León Rojas.

No firma la Ministro Titular Sra. Virginia Soublette Miranda, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse haciendo uso de permiso.





EXTXKHXSZ

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Antofagasta integrada por Ministro Dinko Franulic C. y Abogado Integrante Jorge Ignacio León R. Antofagasta, veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno.

En Antofagasta, a veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



EXTXKHXSZ

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 04 de abril de 2021, 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>