

Tribunal : Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta  
Materia : Protección (No Isapre).  
Nº de Ingreso : 2797-2019  
Carátula : Ojeda con AFP Cuprum

---

**EN LO PRINCIPAL:** Interponen recurso de apelación. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acreditan personería, acompañando documento al efecto. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

## **ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA**

**GUSTAVO PARRAGUEZ GAMBOA**, C.N.I. N° 8.457.751-0, y **LUIS QUINTANA VALDOVINOS**, C.N.I. N° 16.123.543-1, abogados, ambos en representación convencional de **Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.** (en adelante, indistintamente, como “Cuprum” o “AFP Cuprum”), según se acredita en el primer otrosí de esta presentación, en estos autos sobre acción de protección caratulados “**Ojeda con AFP Cuprum**”, Número de Ingreso Corte **2797-2019**, a S.S. Iltma. respetuosamente decimos:

Que, encontrándonos dentro de plazo y conforme con lo dispuesto en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (“Auto Acordado sobre Acción de Protección”), interponemos recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en autos el 17 de junio de 2020 (folio 50), solicitando que se revoque en todas sus partes, enmendándola conforme a Derecho, y disponiendo, en su lugar, que se rechaza, íntegramente y en todas sus partes, la acción de protección deducida en autos.

Fundamos el presente recurso en las consideraciones de hecho y fundamentos de derecho que pasamos a exponer.

### **I.**

#### **DECLARACIÓN PRELIMINAR: ACERCA DE LO QUE LA EXCMA. CORTE SUPREMA ESTARÁ LLAMADA A RESOLVER**

1. S.S. Iltma., a través de este recurso de apelación, esta parte persigue que la Excma. Corte Suprema tome conocimiento de la sentencia impugnada, la revoque y enmiende conforme a Derecho, puesto que, según se analizará, ella contiene graves vicios formales y materiales, cuya mantención provocaría serios perjuicios a nuestra representada —desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley—, al Sistema de Pensiones y, en último término, a las bases de nuestro ordenamiento jurídico.

2. En todo caso, el conflicto jurídico materia de la sentencia impugnada, no es ajeno a nuestra Excma. Corte Suprema, desde que ha resuelto múltiples recursos de apelación en contextos similares en los últimos 18 meses, llegando en todos ellos a una y la misma conclusión:

es improcedente que las Administradoras de Fondos de Pensión entreguen a afiliados o pensionados parte o la totalidad de los fondos que están en sus respectivas cuentas de capitalización individual, más allá de lo que ordena la ley.<sup>1</sup>

3. En concordancia con lo anterior y según se desarrollará en profundidad, la decisión adoptada por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, en orden a que nuestra representada restituya la totalidad de los fondos previsionales a la actora, incurre en una serie de graves errores y vicios jurídicos, los cuales solicitamos, a través de esta presentación, sean corregidos conforme a Derecho. Como lo revisaremos en detalle, entre los errores y vicios denunciados se encontrarán los siguientes:

(1) La sentencia impugnada acogió la acción de protección de autos, a pesar de ser manifiestamente extemporánea. En efecto, resulta evidente en los antecedentes que el reproche jurídico que se realiza en la sentencia fue conocido por la actora varios años antes de la interposición de la acción de protección de autos. Asimismo, el “hecho arbitrario” asentado en la sentencia y que se refiere directamente al Sistema de Pensiones, habría ocurrido también con años de antelación a esta acción de protección.

(2) La sentencia acogió la acción de protección de autos en base a hechos supuestamente arbitrarios que, sin embargo, no le son imputables a AFP Cuprum. En efecto, el reproche que la sentencia formula al Sistema de Pensiones, no puede ser atribuido a nuestra representada, desde que ella no es “autora” ni “representante” de dicho sistema institucional.

(3) No existe una relación de causalidad entre el comportamiento desplegado por AFP Cuprum y el agravio que denuncia la actora y/o el reproche de “arbitrariedad” que realiza la sentencia: si la actuación de AFP Cuprum fue ajustada a la legalidad y lo arbitrario es el “Sistema de Pensiones”, entonces es manifiesto que falta la legitimación pasiva de AFP Cuprum, pues AFP Cuprum no es “autora” ni “representante” del Sistema de Pensiones.

---

<sup>1</sup> Así, distintas Cortes de Apelaciones de nuestro país han declarado inadmisibles mediante sentencia firme y ejecutoriada las acciones de protección deducidas por afiliados solicitando el retiro total de los fondos previsionales, entre ellas, la Itma. C.A. de Iquique en causa Rol N° 314-2019, confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 21.319-2019; la Itma. C.A. Concepción en causas Roles N°s 15957-2019 y 15.958-2019, confirmadas por la Excma. C.S. en causas Roles N°s 21.400-2019 y 21.399-2019, respectivamente; la Itma. C.A. de Santiago en causas Roles N°s 163.032-2019 y 29.251-2020, esta última confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 50.733-2020; y la Itma. C.A. Temuco en causa Rol N° 5.105-2019. A su vez, mediante sentencias definitivas firmes, distintas Cortes de Apelaciones han rechazado este tipo de acciones de protección, entre ellas, la Itma. C.A. de Arica en causa Rol N° 679-2019, confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 25.070-2019; la Itma. C.A. de Antofagasta en causa Rol N° 8.610-2019; la Itma. C.A. de Rancagua en causas Roles N°s 7.723-2019 y 7.069-2019, confirmadas por la Excma. C.S. en causas Roles N°s 29.279-2019 y 27.607-2019, respectivamente; la Itma. C.A. de Coyhaique en causa Rol N° 526-2019, confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 29.304-2019; la Itma. C.A. de Santiago en causa Rol N° 62.687-2019, confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 29.236-2019; la C.A. de Itma. La Serena en causa Rol N° 1.000-2019; la Itma. C.A. de Valdivia en causa Rol N° 1.801-2019, confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 26.113-2019; y la Itma. C.A. de Concepción en causa Rol N° 4105-2020, confirmada por la Excma. C.S. en causa Rol N° 58.534-2020.

(4) El concepto de “arbitrariedad” utilizado en la sentencia impugnada es indudablemente erróneo y frontalmente contrario a nuestro ordenamiento jurídico. Ello resulta patente cuando se observa que la sentencia sostiene, en un intento de justificación de su proceder, que una actuación puede ser lícita y al mismo tiempo arbitraria, recurriendo a doctrina y jurisprudencia que se refieren a las potestades discrecionales de la Administración del Estado, que permiten controlar jurisdiccionalmente su actuación, no obstante ella haya sido legalmente habilitada. Dicho ejercicio argumentativo es, como se verá, patentemente improcedente: en las potestades discrecionales existe una habilitación legal para un ámbito de decisión de la Administración, cuestión que permite un control jurisdiccional de dichas decisiones no cubiertas completamente por el legislador; sin embargo, en la actuación de AFP Cuprum no hubo una habilitación legal para un ámbito de discrecionalidad, sino que, por el contrario, un mandato preciso, completo y autosuficiente de parte del legislador.

(5) Las consecuencias de la sentencia impugnada no solo son graves para el Sistema de Pensiones adoptado por los órganos legisladores de nuestro país, sino que también para la comprensión misma de los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Si un acto o conducta expresamente prohibida por la legislación o, dicho de otro modo, completamente regulada por el legislador, puede ser objeto de reproche jurisdiccional recurriendo a la “arbitrariedad” y en sede de protección, entonces el destinatario de dicha norma nunca podrá *ex ante* ajustar su conducta a un mandato legal.

(6) El contenido de la sentencia, al centrar su reproche en el Sistema de Pensiones y ordenar —sin más— una conducta que embiste y expresamente contraría la legislación vigente, origina una grave intromisión en las facultades privativas del Poder Legislativo y una seria infracción a principios democráticos y constitucionales tan fundamentales, como el principio de separación de poderes.

4. Finalmente, la Excma. Corte Suprema tendrá también que determinar cómo AFP Cuprum habría debido proceder frente a la solicitud de retiro de fondos de la actora, para no haber sido merecedora de un reproche jurídico, como aquel contenido en la sentencia impugnada. Según se demostrará, el comportamiento de AFP Cuprum se deja identificar exactamente con aquel que nuestro ordenamiento jurídico le exige.

## II.

### **SÍNTESIS DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE AUTOS Y DEL INFORME EVACUADO POR AFP CUPRUM**

5. El 23 de julio de 2019, la actora presentó una acción de protección de garantías constitucionales ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, solicitando la devolución de la totalidad de los fondos previsionales acumulados en la cuenta de capitalización individual que mantiene en AFP Cuprum y que, actualmente, le generan una pensión por retiro programado. Fundó su agravio en el acto supuestamente arbitrario e ilegal consistente en la respuesta de nuestra representada, de 01 de julio de 2019, en orden a estar impedida de acceder a su solicitud de retiro de fondos.

6. La actora afirmó, en primer lugar, que la acción de protección fue interpuesta dentro del plazo de 30 días corridos exigido por el numeral 1° del Auto Acordado sobre Acción de Protección, toda vez que el acto supuestamente arbitrario o ilegal fue la negativa de AFP Cuprum a la solicitud de retiro de fondos de la actora, la que le fue comunicada por correo electrónico el 01 de julio de 2019.

7. Luego, la actora describe cuál habría sido el acto reprochable de AFP Cuprum y que le privaría del legítimo ejercicio de su derecho de propiedad:

**“El acto o acción que estimo arbitrario es la respuesta negativa de la AFP, de fecha 01 de julio de 2019, a mi solicitud de devolución de mis ahorros previsionales, formulada con fecha 29 de junio del mismo año.**

**Se trata de una respuesta arbitraria, porque implica un flagrante desconocimiento de mi derecho de dominio sobre mis ahorros previsionales. En efecto, la arbitrariedad de una acción, se define como la falta de razonabilidad, o por obedecer al mero "capricho", ser contraria a la justicia y carente de fundamento. En un Estado constitucional el respeto a los derechos constitucionales ha de ser el estándar básico de razonabilidad, de justicia y de fundamentación. Por consiguiente, para acreditar la arbitrariedad de la acción de la AFP es necesario mostrar que ella niega en términos constitucionalmente ilícitos mi derecho de propiedad sobre mis fondos previsionales; lo hace, no en el sentido de explícitamente negar que yo sea dueña de mis fondos, sino negándose a reconocer sus facultades esenciales, que están explícitamente protegidas por el texto constitucional, como se mostrará a continuación”**.<sup>2</sup>

8. Así, según la recurrente de protección, la negativa de AFP Cuprum al retiro de sus fondos previsionales sería arbitraria e ilegal, toda vez que implicaría desconocer las facultades esenciales de usar, gozar y disponer de sus fondos previsionales, lo que habría constituido una vulneración a sus garantías constitucionales. Construyó dicha hipótesis en consideración a su calidad de propietaria sobre sus fondos previsionales, y a que toda propiedad implica el ejercicio excluyente de las facultades esenciales que componen el dominio. De esta manera, el ejercicio de dichas facultades constituiría, a su juicio, “[...] *el contenido esencial del derecho de propiedad, aquello sin lo cual el derecho de propiedad deja de ser lo que es y pasa a ser irreconocible en los términos que ha sido configurado* [...]”.

9. Por su parte, AFP Cuprum, evacuó el informe ordenado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 12 de agosto de 2019. En él, como cuestión previa, se alegó la extemporaneidad de la acción de protección, toda vez que la negativa al retiro de fondos previsionales se funda en el DL N° 3.500. Así, en virtud del artículo 8° del Código Civil, la imposibilidad de retirar los fondos era conocida por la actora al momento de entrar en vigencia la ley o, por lo menos, al momento de afiliarse e incorporarse al Sistema de Pensiones.

---

<sup>2</sup> Acción de protección, p. 5.

10. En subsidio, esta parte alegó la inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad en el actuar de AFP Cuprum. Ello por cuanto la negativa a la restitución de fondos es la precisa y específica conducta regulada expresamente en la legislación aplicable, que impide que los fondos previsionales sean directamente entregados al afiliado para fines distintos de los regulados, en virtud de los artículos 23, 25 y 51 del DL N° 3.500, así como en el artículo 64 de su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 57, de 20 de julio de 1990 (“DS N° 57”). Así, por mandato legal, el propósito de los saldos de las cuentas de capitalización individual es financiar la respectiva pensión del titular, una vez que se cumplan los requisitos legales, encontrándose legalmente impedida AFP Cuprum de 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 DL N° 3.500, salvo las excepciones que la misma ley contempla.

11. Asimismo, AFP Cuprum sostuvo que el cumplimiento del ordenamiento jurídico no puede ser calificado de arbitrario, considerando, además, que el único destino de los fondos previsionales es el que expone la normativa, cuestión que nuestra representada debe necesariamente respetar, arriesgando, en caso contrario, severas sanciones. En este mismo sentido, se explicó que tal impedimento legal es aplicable en el caso de cualquier afiliado que manifieste una pretensión similar a la de la actora, de lo que se sigue que no hubo en la situación específica de la recurrente una decisión irracional o carente de justificación.<sup>3</sup>

12. Esta parte se refirió, luego, a que el derecho de propiedad reconoce limitaciones, establecidas constitucional y legalmente, las que impiden ejercer libremente el uso y disposición de los fondos previsionales; y, por ello, la petición de la actora significaría 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.

13. Finalmente, AFP Cuprum indicó que es la propia definición de propiedad, contenida en el artículo 582 del Código Civil, la que establece que la ley es una limitación a las facultades esenciales del dominio. Así, respecto de los fondos previsionales acumulados y administrados en una AFP, no puede establecerse que su uso, goce y disposición no reconozca limitaciones y pueda ser ejercida sin otra consideración, pues existe un fin superior que justifica la función social de las limitaciones y que consiste en el derecho a la seguridad social, consagrado en el numeral 18 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

### III.

#### **EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL DL N° 3.500**

14. Mediante resolución de 17 de septiembre de 2019, la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta ordenó elevar al Excmo. Tribunal Constitucional un requerimiento de

---

<sup>3</sup> El mismo argumento ha sido repetido tanto por AFP Cuprum cuanto por las demás Administradoras de Fondos de Pensión que han sido el sujeto pasivo de diversas acciones de protección en el mismo sentido. Es un argumento que, a la fecha, nunca ha sido desestimado por la Excmo. Corte Suprema.

inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del DL N° 3.500, especialmente de sus artículos 23, 34 y 51, sosteniendo que los preceptos legales impugnados importaban una vulneración del derecho de propiedad, así como del derecho a la seguridad social.

15. La tramitación de dicho requerimiento recayó en el proceso rol N° 7442-2019, el que fue rechazado, por unanimidad de los integrantes del Excmo. Tribunal Constitucional, por sentencia de 14 de mayo de 2020. Entre las razones que motivaron la sentencia, se encuentra el reconocimiento de que los fondos previsionales están únicamente destinados a cubrir las prestaciones a que se refiere el DL N° 3.500, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social. Entre sus considerandos, cobra importancia destacar lo siguiente:

*“**TRIGÉSIMO:** [...] No puede olvidarse al efecto, como ya se ha señalado en esta sentencia, que el destino de los fondos previsionales es para cubrir únicamente las prestaciones a que se refiere el Decreto Ley 3.500, como son las pensiones por vejez, por invalidez y por sobrevivencia, lo cual permite asegurar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social, cuya supervigilancia está a cargo del Estado.*

*Destinar tales fondos a otros propósitos entonces desvirtúa la finalidad que persigue la seguridad social, ya que en los beneficios que otorga un sistema de seguridad social hay un interés general comprometido (STC Rol N° 519, c. 13°).*

***TRIGÉSIMOPRIMERO:** Que, por lo tanto, la circunstancia de que la recurrente de protección se encuentre ya pensionada y solicite el retiro íntegro de los fondos que tiene acumulados en su cuenta de capitalización individual, debido a que la jubilación que recibe no le es suficiente para solventar sus gastos vitales incluyendo el pago de una deuda hipotecaria-, no le habilita para rescatar libremente tales fondos, por cuanto tal retiro sólo cabe en aquellos casos en que el legislador lo ha autorizado excepcionalmente.*

[...]

*En definitiva, de producirse tal retiro se vulnerarían las disposiciones constitucionales que el requerimiento estima transgredidas, y que dicen relación con la obligación que tiene el Estado de garantizar tanto el acceso al goce de las prestaciones de previsión social como el ejercicio mismo del derecho a la seguridad social.*

[...]

***TRIGESIMOCTAVO:** Que, sin embargo, el dominio de que goza el afiliado respecto de los fondos previsionales que administran las AFP, constituye “una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones. El afiliado sólo puede usarla con ese fin” Rol 333, c. 9°), es decir, ellos constituyen “un patrimonio de afectación” (Rol 219, c. 39°).*

*Por lo anterior, el afiliado sólo podrá acceder a los fondos acumulados en su cuenta de capitalización cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, los cuales dicen relación con que se haya verificado respecto de él uno de los estados de necesidad que deben ser cubiertos con dichos fondos, como son los de vejez, invalidez y sobrevivencia a que se refiere el DL. N° 3.500.*

*Ello sucede así porque tales fondos están sujetos a un modo, por cuanto tienen como finalidad específica e inmodificable financiar la respectiva pensión, lo cual no se contrapone con el derecho de propiedad, sino que, por esta circunstancia, nos encontramos aquí con una “especie de propiedad”, de aquellas que el legislador puede configurar, según dispone el propio numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental.*

**TRIGESIMONOVENO:** *Que, a lo anterior cabe agregar que, de acuerdo a lo que establece el inciso segundo del artículo 19 N° 24° de la Constitución, “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella”.*

**Siendo así, y estando dirigidos para ser utilizados únicamente para fines de seguridad social, los dineros acumulados son destinados por ley al pago periódico de pensiones, sin que entonces el trabajador o el ya pensionado pueda usar o disponer libremente de ellos**.<sup>4</sup>

16. Así, el Excmo. Tribunal Constitucional dispuso que el dominio del que goza el afiliado sobre sus fondos previsionales constituye una propiedad que nació afectada a una finalidad específica, y el afiliado solo podrá acceder a ellos en el evento en que se cumplan los requisitos expresamente consagrados en la ley; razón por la cual las disposiciones del D.L. N° 3.500, impugnadas de inconstitucionalidad, se ajustan plenamente a la Constitución.

17. La Iltna. Corte de Apelaciones de Antofagasta tuvo por recibida la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional mediante resolución de 18 de mayo de 2020, ordenando, ese mismo día, el alzamiento de la suspensión del procedimiento.

#### IV.

#### LA SENTENCIA DE LA ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA

18. Mediante sentencia definitiva dictada el 17 de junio de 2020, la Iltna. Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió, sin costas, la acción de protección de autos, ordenando a AFP Cuprum que, dentro de décimo día hábil de ejecutoriada la sentencia, proceda “[...] 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”.<sup>5</sup>

19. La sentencia impugnada, entre sus considerandos primero y tercero, expone los principales argumentos esgrimidos en los escritos de acción de protección y de informe evacuados por nuestra representada y por la Superintendencia de Pensiones (“SP”). A continuación, relata muy sucintamente el trámite del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional resuelto por el Excmo. Tribunal Constitucional. Tan breve es su referencia que la circunscribe únicamente a la presentación que hizo en dicho proceso, el Sr. Fernando Larraín Aninat, representante de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones Asociación Gremial.

20. La primera defensa analizada en el fallo es la relativa a la extemporaneidad de la acción de protección. El tribunal *a quo* decide rechazar dicha extemporaneidad pues, en su concepto, “[...] ello aparece improcedente no solo porque la creación del nuevo sistema previsional a propósito de la

---

<sup>4</sup> Excmo. Tribunal Constitucional, sentencia de 14 de mayo de 2020, recaída en causa Rol N° 7442-2019.

<sup>5</sup> Sentencia, p. 34.

*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 [...]*”.

21. Luego, la sentencia impugnada reconoce, expresamente, la legalidad del DL N° 3.500, afirmando que la normativa se inserta jurídicamente en el orden legal. Asimismo, atiende la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional que, rechazando el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resuelve que las normas contenidas en el DL N° 3.500 se ajustan a nuestra Constitución. Así, señala que *“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”*.

22. Descartada así una supuesta ilegalidad —y, por el contrario, afirmada y reconocida la legalidad del actuar de nuestra representada—, la sentencia impugnada decide “razonar” sobre la arbitrariedad como hipótesis de procedencia de la acción de protección. Tal elemento fue extensamente tratado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta y, en definitiva, fue el que, en su concepto, fundamentó el agravio habilitante para acoger la acción de protección.

23. En relación con lo anterior, la sentencia señala que la modificación del inciso segundo del artículo 20 de la Constitución, deja en evidencia el propósito del legislador al establecer una diferencia entre los conceptos de legalidad y arbitrariedad. En efecto, la Iltma. Corte de Antofagasta señala que *“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”*.<sup>6</sup>

24. Así, a partir de este punto, la sentencia se refiere a artículos y estudios doctrinales, así como a jurisprudencia de nuestros tribunales, que se vinculan, según el tribunal *a quo*, a la arbitrariedad.

25. En primer lugar, hace referencia a una sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 19 de junio de 2017, en la que se reflexiona sobre el ejercicio de una potestad discrecional por parte de un órgano de la Administración, señalando que en él *“[...] 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”*.<sup>7</sup>

26. Luego, acudiendo a un artículo de don Fernando Dougnac, sostiene que la pretensión cautelar para respetar los derechos fundamentales se debe inspirar en el Derecho en general y no únicamente en aspectos particulares de la ley, que como reguladora de conductas debe estar siempre inserta sistemáticamente en el ordenamiento jurídico. Señala, así, que *“[...] la judicatura,*

---

<sup>6</sup> Sentencia, p. 16.

<sup>7</sup> Sentencia, p. 17.

con fundamentos racionales y reflexivos, alejados de imposiciones mediáticas o intereses particulares, en suma, debe **DECIDIR** si existe esta arbitrariedad”.<sup>8</sup>

27. El fallo impugnado, anunciando una diferencia entre lógica y epistemología, continúa citando la fuente recién mencionada: “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”.<sup>9</sup>

28. Por su gravedad, esta parte no puede sino hacer presente, desde ya, que la utilización de las categorías propias de la potestad discrecional y la posibilidad de su control jurisdiccional como fundamentos de la sentencia es manifiestamente errada. La potestad discrecional, como lo reconoce incluso el propio fallo, es una habilitación legal para que un órgano de la Administración pueda decidir. Ese espacio de decisión, que fue habilitado legalmente, puede ser objeto de control jurisdiccional. Ello no parece un error. Sin embargo, el asunto está en que sostener que las potestades discrecionales y las obligaciones de AFP Cuprum son iguales o, siquiera, similares, es un grave error. AFP Cuprum, en lo que se refiere a una solicitud de retiro de fondos, no tiene ningún “ámbito de decisión”, no hay, en ningún sentido, “discrecionalidad”. Luego, donde la ley ha regulado expresa y completamente la conducta, no puede haber reproche pues, en último término, aquel se estaría dirigiendo específicamente en contra de la decisión del legislador.

29. Por otra parte, continúa la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta afirmando que son hechos que las partes no controvierten, inequívocos y claramente establecidos, el que la actora es una afiliada 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”.<sup>10</sup>

30. En esta línea, la sentencia sostiene que no puede concluirse que exista “sensatez o medidas adecuadas en el Sistema de Pensiones”, y relata aquellas circunstancias que, en su particular juicio, demostrarían una falta de justicia material en el caso concreto. Así, por ejemplo, se refiere a la situación de la actora como 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

---

<sup>8</sup> Sentencia, p. 21.

<sup>9</sup> Sentencia, p. 22.

<sup>10</sup> Sentencia, p. 28.

*para sufragar su crédito hipotecario, manteniendo sí, el lucro de las Administradoras de Fondos de Pensiones como también el de Bancos e Instituciones Financieras para adquirir una vivienda, lo que significa que su detrimento ha sido en beneficio de estas instituciones sin la debida correspondencia [...]*".<sup>11</sup>

31. Señala también, en su considerando 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 [...]* 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".<sup>12</sup> Así, para la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, "[...] *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*".<sup>13</sup>

32. Concluye, finalmente, con la afirmación de que todas las circunstancias recién expuestas demuestran la arbitrariedad del acto del que habría sido víctima la actora, generándosele un agravio en sus derechos constitucionales, susceptible de protección de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución. Es en virtud de estas razones por las cuales decide, incorrectamente como lo explicaremos, acoger el recurso de protección.

## V.

### **BREVE DESCRIPCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES: LAS NORMAS PROHIBITIVAS QUE IMPEDÍAN A AFP CUPRUM ACCEDER A LA SOLICITUD DE LA ACTORA, SIN CONTRAVENIR LA LEY VIGENTE**

33. Como S.S. bien sabe, el complejo conjunto normativo que regula el actual Sistema de Pensiones se fundamenta, principalmente, sobre el DL N° 3.500 y los actos administrativos dictados por la SP en su rol normativo, órgano que emite normas con carácter obligatorio para las Administradoras de Fondos de Pensiones, las cuales son posteriormente reunidas en un cuerpo único denominado Compendio de Normas del Sistema de Pensiones.

34. Conforme con el DL N° 3.500, los afiliados al Sistema de Pensiones del DL N° 3.500 no pueden retirar sus fondos previsionales acumulados en las cuentas de capitalización individual, si no es bajo la modalidad de una pensión, que puede ser de vejez, invalidez o de sobrevivencia. Los afiliados al Sistema de Pensiones del DL N° 3.500, únicamente pueden retirar sus fondos previsionales a través de las distintas modalidades de pensión que en cada caso se

---

<sup>11</sup> Sentencia, p. 28.

<sup>12</sup> Sentencia, pp. 29-30.

<sup>13</sup> Sentencia, p. 30.

establecen, sin perjuicio de otros retiros expresamente previstos por el legislador, como son el excedente de libre disposición, la cuota mortuoria o la herencia.

35. Es un hecho indiscutible que la actora —al igual que todos los afiliados al Sistema de Pensiones del DL N° 3.500— es dueña de los fondos previsionales que mantiene en su cuenta de cotización obligatoria. Es igualmente indiscutible que dichos fondos son administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones, sociedades especiales, extensamente reguladas por la Ley (DL N° 3.500), la SP y los órganos con competencia sectorial.

36. Ahora bien, dichos fondos, pese a ser de propiedad de los afiliados, son entregados y administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones por mandato expreso del legislador, al establecerse que dichos fondos constituirán, dentro del diseño de nuestra institucionalidad, la previsión que se recibirá al momento de producirse la jubilación.

37. A mayor abundamiento, y como lo señalamos con anterioridad, son distintas las disposiciones del DL N° 3.500 que determinan que el único fin de los fondos de la cuenta de capitalización individual de los afiliados es pagar sus pensiones. Así, cualquier uso de esos montos para fines distintos del pago de una pensión, establecida y reconocida como tal por el legislador, es contrario al DL N° 3.500, es decir, estrictamente ilegal.

38. El artículo 23 del DL N° 3.500 señala: “*Las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley [...]. Las Administradoras, sus Directores y dependientes, no podrán ofrecer u otorgar a los afiliados o beneficiarios bajo ninguna circunstancia, otras pensiones, prestaciones o beneficios que los señalados en la ley, ya sea en forma directa o indirecta, ni aun a título gratuito o de cualquier otro modo*”.

39. Por su parte, el artículo 34 del mismo DL N° 3.500 dispone que: “*Los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones serán inembargables salvo en la parte originada por los depósitos a que se refiere el artículo 21 y estarán destinados sólo a generar prestaciones de acuerdo a las disposiciones de la presente ley [...]*”.

40. En este mismo sentido, el artículo 51 del DL N° 3.500 señala claramente la forma de financiamiento de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia. Esta norma señala: “*Las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia establecidas en el Título II, se financiarán con el saldo de la cuenta de capitalización individual del afiliado [...]*”. En otras palabras, los dineros de la cuenta de capitalización individual del afiliado están destinados exclusivamente al pago de pensiones.

41. En concordancia con lo anterior, el artículo 64 del DS N° 57 establece expresamente el destino que deberán tener los fondos previsionales administrados por las AFP. Esta norma señala: “*Los Fondos que mantienen las Administradoras sólo tienen por objeto el financiamiento de las prestaciones, pensiones, retiros de los saldos originados por cotizaciones voluntarias, retiro de los saldos originados en aportes de ahorro previsional voluntario colectivo y retiros de las cuentas de ahorro voluntario que la Ley establece [...]*”.

## VI.

### LA EXCMA. CORTE SUPREMA YA HA RESUELTO, EN MÚLTIPLES Y UNIFORMES SENTENCIAS, LA MATERIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE AUTOS

42. Como se señaló anteriormente, durante los últimos meses se han presentado por parte de afiliados de distintas Administradoras de Fondos de Pensiones numerosas acciones de protección, cuyos fundamentos y peticiones son idénticas a la de autos. Todas estas causas —a excepción de aquellas de tramitación vigente— han sido declaradas inadmisibles o bien rechazadas por sentencia firme y ejecutoriada.

43. A la fecha, se han interpuesto 43 acciones de protección que pretenden que afiliados de una Administradora de Fondos de Pensiones, pueda acceder a la totalidad de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización individual. De ellos, 25 fueron rechazados; 12 fueron declarados inadmisibles; 2 se encuentran en trámite; 2 se encuentran archivados y solamente dos se acogieron por la Corte de Apelaciones respectiva, siendo uno de esos el de estos autos. A la fecha, han ingresado a la Excma. Corte Suprema 21 de estas acciones de protección a través de sendos recursos de apelación, de los cuales 12 han sido resueltos y 9 están pendientes. De los 12 que han sido resueltos, en 8 casos la Tercera Sala de la Excma. Corte Suprema ha revisado el fondo del asunto, siempre confirmando la decisión de rechazar la Iltma. Corte de Apelaciones respectiva.

44. Este antecedente es considerablemente relevante, pues —según advertirá la Excma. Corte Suprema— nada hace diferente el caso de marras respecto de aquellos en los que se ha confirmado la decisión de rechazar las acciones de protección deducidas con idéntico propósito que el perseguido en estos autos por la actora. Se trata de situaciones jurídicas equivalentes. Y las situaciones jurídicas equivalentes deben ser resueltas en términos asimismo equivalentes.

45. Al respecto, es importante destacar tres sentencias pronunciadas por la Excma. Corte Suprema el 02 de abril de 2020, las cuales, confirmando aquellas de primera instancia en las que se rechazó la acción de protección, resolvieron de manera uniforme lo siguiente:

*“Quinto: Que, como se puede apreciar de la síntesis contenida en los motivos que anteceden, el acto que el actor reputa como ilegal y arbitrario se encuentra libre de controversia, y consiste en la **negativa de AFP Hábitat S.A. a restituir los fondos cotizados en su cuenta de capitalización individual, al margen de las modalidades contenidas en el Decreto Ley N° 3.500.***

*Sexto: Que, luego, para analizar la legalidad de la conducta que se reprocha resulta indispensable recordar ciertas reglas atinentes sobre la materia.*

*En este sentido, el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a la seguridad social, ordenando 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”, imponiéndole, al mismo Estado, el deber de supervigilar “el adecuado ejercicio” de este derecho.*

Concretando tal prescripción constitucional, el Decreto Ley N° 3.500 se erige como el principal cuerpo normativo sobre la materia. Dentro de sus disposiciones destaca su artículo 17 que impone a “los trabajadores afiliados al sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres”, la obligación de “cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles”. Luego, su artículo 34 indica que “los bienes y derechos que componen el patrimonio de los Fondos de Pensiones serán inembargables salvo en la parte originada por los depósitos a que se refiere el artículo 21 y estarán destinados sólo a generar prestaciones de acuerdo a las disposiciones de la presente ley”. Finalmente, el artículo 61 expresa que: “Los afiliados que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3º, los afiliados declarados inválidos totales y los afiliados declarados inválidos parciales, una vez ejecutoriado el segundo dictamen, podrán disponer del saldo de su cuenta de capitalización individual con el objeto de constituir una pensión. La Administradora verificará el cumplimiento de dichos requisitos, reconocerá el beneficio y emitirá el correspondiente certificado. Para hacer efectiva su pensión, cada afiliado podrá optar por una de las siguientes modalidades: a) Renta Vitalicia Inmediata; b) Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida; c) Retiro Programado, o d) Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado”.

**Séptimo:** *Que, como se lee de lo transcrito y tal como lo sostiene la recurrida en su informe, el dinero existente en toda cuenta de capitalización individual posee de manera general, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, un destino único y exclusivo, consistente en el otorgamiento de pensiones bajo una de las cuatro modalidades que contempla la ley.*

[...]

**Noveno:** *Que, de este modo, la actuación de la recurrida aparece como ajustada al derecho y la razón, al someterse al ordenamiento jurídico vigente y no obedecer al simple capricho de la entidad administradora, situación que obsta al éxito del recurso*<sup>14</sup> [Énfasis agregado]

46. A mayor abundamiento, **el mismo día** en que la Iltrma. Corte de Apelaciones de Antofagasta dictó la sentencia que por este acto se impugna, la Excm. Corte Suprema confirmó un reciente fallo de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Concepción del 05 de mayo del 2020, en la cual se rechazó una acción de protección presentada por un afiliado ante la negativa de AFP Capital de acceder al retiro de sus fondos previsionales. La sentencia resolvió lo siguiente:

“SEXTO: *Que, tanto la normativa legal referida precedentemente, como la interpretación del Excmo. Tribunal Constitucional, es conteste en definir el destino de las cotizaciones previsionales como específico e inmodificable. En este caso su destino es el financiamiento de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.*

*A lo anterior, debemos agregar que dichas pensiones sólo se pueden hacer efectivas cuando el cotizante cumple los requisitos de edad, o cuando le afecte alguna causal de invalidez, o cuando fallece y sus fondos acumulados los heredan sus causababientes. También se puede hacer efectiva en caso de una jubilación anticipada, en la medida de que la pensión calculada alcance los porcentajes mínimos señalados en las letras a) y b) del artículo 68 del DL 3.500.*

*Sin embargo, como se puede apreciar, **en ningún caso la ley contempla la posibilidad de que el cotizante retire la totalidad de sus ahorros***

---

<sup>14</sup> Excm. Corte Suprema, sentencia de 02 de abril de 2020, recaída en causa Rol N° 29.304-2019. Mismos considerandos fueron replicados por la Excm. Corte Suprema en otras dos sentencias pronunciadas el mismo día, recaídas en causa rol N° 29.236-2019 y 29.279-2019.

previsionales, en la forma como lo solicitó el recurrente a la AFP Capital.

SÉPTIMO: Que, de acuerdo a lo señalado precedentemente, aparece que la negativa de la AFP recurrida de permitirle al actor el retiro de los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, los que ascienden a la suma de \$ 9.446.620, más incrementos legales, no es ni ilegal, ni menos arbitraria. En efecto, el actuar de AFP Capital se ajustó a la normativa que rige la materia.

Lo ilegal sería autorizar el retiro solicitado, ya que al resolver de esa forma lo haría contra texto expreso de ley dictada conforme lo establecido por la Constitución Política de la República.

Por otro lado, dicha negativa tampoco es arbitraria, dado que al ajustar su actuar a la normativa vigente, tal denegación se funda en la ley y no es el resultado de una actuación caprichosa o carente de razón por parte de la AFP recurrida.

OCTAVO: Que, conforme a lo que se viene diciendo, la actuación de AFP Capital ninguna privación, perturbación o amenaza significó en el pleno ejercicio de la garantía constitucional del derecho a la propiedad que el actor denuncia como vulnerada. Por lo demás, como se desprende de las normas citadas en el considerando tercero de este fallo, fue la misma ley la que estableció las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que cada afiliado a una AFP tiene sobre los fondos depositados en su cuenta de capitalización individual, cumpliendo con ello el mandato constitucional contenido en la primera parte del inciso segundo del numeral 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental<sup>15</sup>.

47. Las reglas legales transcritas en el capítulo anterior, además de las sentencias referidas en los numerales precedentes, revelan con total claridad que la normativa prohíbe perentoriamente a las Administradoras de Fondos de Pensiones la entrega de los fondos previsionales fuera de las modalidades expresamente consagradas y reguladas por el DL N° 3.500. En este sentido, y tal como lo han dispuesto diversas Cortes de Apelaciones y nuestra Excm. Corte Suprema, la actuación de nuestra representada, al rechazar la solicitud de retiro de fondos previsionales, es una conducta ajustada al derecho y la razón, toda vez que se somete irrestrictamente al ordenamiento jurídico vigente y no obedece al capricho o sinrazón.

48. Asimismo, pretensiones como la de autos han sido objeto de innumerables pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Pensiones en los que, resolviendo reclamos interpuestos por distintos afiliados o emitiendo comunicados de prensa, ha manifestado de manera consistente que el único destino de los fondos previsionales es financiar pensiones. En el mismo sentido, mediante un comunicado de prensa emitido el 23 de abril del 2020, la SP señaló que:

*“El superintendente fue claro en afirmar que si bien “en la Superintendencia de Pensiones entendemos las necesidades que tienen las personas, empatizamos con ellas” y que “cada persona tiene una razón muy buena para hacer eso (querer usar sus*

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, de 05 de mayo de 2020, recaída en causa Rol N° 4105-2020, y confirmada por la Excm. Corte Suprema en sentencia de 17 de junio de 2020, recaída en causa Rol N° 58.534-2020.

fondos)”, no era partidario de permitir el retiro de los fondos de pensiones, porque eso implicaría que, a la larga, al momento de financiar su pensión, esas mismas personas no contarían con recursos para hacerlo o los que tendrían serían insuficientes. De hecho, recordó que existe consenso en que las actuales pensiones son bajas, en que hay que buscar alternativas para aumentar los montos y que como país llevamos años en la discusión para precisamente incrementarlas y no para mermarlas. “Entonces, todo aquello que apunte a bajar pensiones para nosotros es negativo y lo que estamos viendo acá son ideas que lo que buscan es retirar anticipadamente los fondos. Lo que finalmente vamos a lograr es que las personas cuando son más débiles, cuando están en un estado de desamparo, muchas veces son ancianos que no tienen ninguna posibilidad de trabajar o que están abandonados, su único sustento es la pensión, entonces, esto es pan para hoy y hambre para mañana. Nosotros, en ese sentido, nos oponemos”, remarcó<sup>16</sup>.

49. Aún más enfática fue la SP en un comunicado de prensa emitido el día siguiente a aquel en que la Illma. Corte de Apelaciones de Antofagasta dictó la sentencia que por este acto impugnamos, en la que rechazó la idea de permitir el retiro total de los fondos previsionales:

**“Tras el reciente fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que autorizó el retiro de fondos de pensiones de una afiliada al sistema de capitalización obligatorio, al igual que en fallos anteriores la Superintendencia de Pensiones (SP) reitera su opinión respecto de la conveniencia de mantener el ahorro previsional con la finalidad única de financiar las pensiones al momento del retiro laboral.**

*Como se ha señalado anteriormente, todos los sistemas de pensiones en el mundo contemplan la cotización obligatoria y tienen como propósito financiar la jubilación de las personas.*

*Para otros fines o necesidades de financiamiento que enfrentan la ciudadanía por la pérdida o la disminución de sus ingresos, la Superintendencia reitera que el Estado chileno cuenta con un sistema de protección social que contempla una serie de beneficios y prestaciones en diversas contingencias. Esta red, además, ha incorporado nuevas medidas y herramientas de apoyo de acuerdo a las distintas coyunturas, tal como ocurre en la actualidad con la crisis sanitaria y económica.*

*La Superintendencia de Pensiones entiende las necesidades de las personas, las urgencias y las razones para buscar ingresos que les permitan enfrentar dificultades. Sin embargo, creemos que retirar los fondos de pensiones implicará que, a la larga, al momento de financiar su pensión, esas mismas personas no cuenten con recursos para hacerlo o que éstos sean insuficientes, requiriendo necesariamente la ayuda del Estado. [...]*

*Anticipar el retiro de fondos tiene como consecuencia que las personas cuando son más débiles y, en general, su condición es más vulnerable, terminen por mermar drásticamente o extinguir lo que será probablemente su único ingreso, como es la pensión”, remarcó [...]*<sup>17</sup>.

50. Como se ve, no solamente han sido nuestros Tribunales de Justicia quienes han rechazado una pretensión como la que intenta la actora, sino que ha sido el propio organismo regulador quien ha manifestado la imposibilidad normativa respecto a un eventual retiro de fondos previsionales, así como las razones de fondo que la motivan.

<sup>16</sup> Superintendencia de Pensiones, comunicado de prensa de 23 de abril de 2020.

<sup>17</sup> Superintendencia de Pensiones, comunicado de prensa de 18 de junio de 2020.

## VII.

### ERRORES JURÍDICOS Y VICIOS DE LA SENTENCIA

51. Según se revisará a continuación, la sentencia impugnada contiene múltiples errores y vicios, de forma y de fondo, que dan cuenta de la necesidad de enmendarla conforme a Derecho.

#### A. La sentencia impugnada desechó equivocadamente la excepción de extemporaneidad de la acción

52. La primera excepción sobre la que se pronunció la sentencia impugnada fue la de extemporaneidad de la acción. Al respecto, en su considerando sexto, resolvió del siguiente modo:

*“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 [...]”.*

53. Esta parte afirma que dicho razonamiento es errado y que, por tanto, la excepción de extemporaneidad de la acción debió haber sido acogida. Como se sabe, el DL N° 3.500 entró en vigencia en el año 1980, antes de que la actora se pensionara, lo mismo que el Reglamento del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, aprobado a través del Decreto Supremo N° 57 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1990. También es sabido que el artículo 8° del Código Civil dispone que *“nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que esta haya entrado en vigencia”*. Esta presunción, por cierto, alcanza también a los artículos 23 del DL N° 3.500 y el artículo 64 del DS N° 57 ya referidos, los que son, en lo que aquí interesa, del siguiente tenor:

*“Artículo 23.- Las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley.*

[...]

*Las Administradoras, sus Directores y dependientes, no podrán ofrecer u otorgar a los afiliados bajo ninguna circunstancia, otras pensiones o beneficios que los señalados en la ley, ya sea en forma directa o indirecta, ni aun a título gratuito o de cualquier otro modo. Sin perjuicio de lo anterior, dichas entidades podrán tramitar para sus afiliados la obtención del Bono de Reconocimiento a que se refiere el artículo 3° transitorio y el complemento a que se refiere el artículo 4° bis transitorio. La infracción a lo dispuesto en el presente inciso, será sancionada de conformidad a lo establecido en esta ley y en el decreto con fuerza de ley N° 101, de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Será sancionado con pena de presidio menor en su grado mínimo, quien habiendo sido sancionado de acuerdo a lo establecido en este inciso, reincida en dicha infracción”.*

*“Artículo 64.- Los Fondos que mantienen las Administradoras sólo tienen por objeto el financiamiento de las prestaciones, pensiones, retiros de los saldos originados por cotizaciones voluntarias, retiros de los saldos originados en aportes de ahorro previsional voluntario colectivo y retiros de las cuentas de ahorro voluntario que la Ley establece. Asimismo, los Fondos tienen por objeto el financiamiento de los retiros de los saldos originados en depósitos y aportes a que se refiere el inciso primero del artículo 20 E y el*

*artículo 20 H de la Ley, que registren los imponentes de alguno de los regímenes previsionales administrados por el Instituto de Normalización Previsional, sin perjuicio de que la Administradora pueda cobrar de dichos Fondos las comisiones legalmente establecidas a los trabajadores que mantengan cuentas personales en ellas”.*

54. Pues bien, siendo la ley la que la impide que las Administradoras de Fondos de Pensión entreguen, ofrezcan u otorguen pensiones o beneficios distintos a los señalados en el DL N° 3.500 y su reglamento, y presumiéndose la ley conocida por todos en virtud del artículo 8° del Código Civil, es desde ese preciso momento —no desde la recepción de la respuesta de AFP Cuprum que se limitó a hacer explícito lo que la ley ordena— que la actora conoció el impedimento existente para que AFP Cuprum le entregara todos los fondos contenidos en su cuenta de capitalización individual de una sola vez, en tanto tal posibilidad no está prevista en la ley. El artículo 8° del Código Civil es categórico: nadie puede alegar ignorancia de la ley después de su entrada en vigencia.

55. La respuesta de AFP Cuprum a la solicitud de 28 de junio de 2019 de la actora, la que fue remitida con fecha 01 de julio de 2019, no creó una situación jurídica nueva en virtud de la cual empezara a correr un nuevo plazo para la interposición de una acción de protección: AFP Cuprum se limitó a recordarle a la actora aquello que el Código Civil presume que conoce y conocía al momento de jubilarse, casi dos años antes de la interposición de la acción, y también al momento de comenzar a cotizar en el Sistema de Pensiones, 18 años antes de la interposición de la acción: la ley.

56. En virtud de lo anterior, la sentencia yerra al sostener que la acción fue interpuesta dentro de plazo, desde que nada nuevo importó, desde un punto de vista jurídico, el correo electrónico a través del cual AFP Cuprum le recordó a la actora el contenido de la ley. Tal error es especialmente patente si se advierte que la propia sentencia señala que el “hecho arbitrario” es el Sistema de Pensiones, como queda demostrado en los considerandos décimo, decimocuarto y decimoquinto, cuyos extractos más relevantes al efecto se reproducen a continuación:

**“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 enterar los fondos de la capitalización individual”.**<sup>18</sup>

[...]

**“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 [...], 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***

<sup>18</sup> Sentencia, considerando décimo. Énfasis agregado.

**Carta Fundamental, sobre el derecho de propiedad que tiene la trabajadora sobre sus fondos de capitalización individual**<sup>19</sup>

*“[...] 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**”*<sup>20</sup>

*“[...] **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 [...]”*<sup>21</sup>

57. Resulta evidente, pues, que aquello que la sentencia impugnada considera arbitrario y fundamento de la “injusticia material” que padecería la actora es el Sistema de Pensiones —no escatimando en críticas al mismo—, de lo que aparece con todavía más nitidez que el plazo para presentar la acción de protección comenzó a correr, sino con la entrada en vigencia del DL 3.500, cuando mucho, cuando la actora se pensionó, en septiembre de 2017. No obsta a aquello que formalmente la sentencia sostenga que la actuación arbitraria sería la comunicación de AFP Cuprum, desde que la fundamentación de la sentencia y su sentido normativo es distinta. Insistimos, una lectura completa del fallo permite comprender que es el Sistema de Pensiones, la institucionalidad, el objeto de reproche y no en concreto alguna conducta de nuestra representada.

**B. El “hecho arbitrario” en virtud del cual la sentencia resuelve acoger la acción de protección de autos no es imputable a AFP Cuprum**

(i) **Qué debe entenderse por “arbitrariedad” en el contexto de una acción de protección**

<sup>19</sup> Sentencia, pp. 28-29. Énfasis agregado.

<sup>20</sup> Sentencia, p. 29. Énfasis agregado.

<sup>21</sup> Sentencia, pp. 30-31. Énfasis agregado.

58. Ante todo, considérese qué es lo que ha de entenderse por arbitrariedad en el contexto de una acción de protección. Al respecto, en doctrina se ha dicho que “*la arbitrariedad, por su parte, supone la idea de **irracionalidad**, esto es, la ejecución de un acto por el **mero capricho sin fundamento lógico** alguno*”,<sup>22</sup> que “*la arbitrariedad está dada por la **falta de fundamento racional** de un acto, cuando el acto se desarrolla por **mero capricho**, cuando hay falta de proporcionalidad entre el fin y los medios que se utilizan, cuando hay **falta de hechos que justifiquen un proceder***”.<sup>23</sup> Al mismo tiempo, la Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique ha sostenido que “*la arbitrariedad necesariamente, desde el punto de vista conceptual, debe vincularse y relacionarse con la noción de **actuares u omisiones que pugnan con la lógica y la recta razón, contradiciendo el normal comportamiento**, sea de la autoridad o de los seres humanos en particular, que se rige por el principio de **racionalidad, medida y meditación previa a la toma de decisiones y no por mero capricho o veleidad***”.<sup>24</sup>

(ii) El “hecho arbitrario” denunciado por la actora

59. Señala la sentencia apelada que la actora “*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 a 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***”.<sup>25</sup>

60. En efecto, la actora sostuvo que “*Como se trata de mi dinero, y soy yo quien lo necesita urgentemente y sabe cómo usarlo de la mejor manera posible, esta negativa de la AFP a entregármelo, es a mi juicio un acto arbitrario, en consecuencia solicito a S.S. Iltma., ponga fin a esta vulneración, que me priva de ejercer los derechos que tengo, como propietaria de dichos fondos*<sup>26</sup> [...]. *Con esta conducta arbitraria e ilegal, la AFP actúa ilegítimamente como dueña de mis ahorros previsionales, decidiendo cómo administrarlos y aprovechándose de los derechos que esa administración implica; por ejemplo, ella ejerce los derechos políticos en las sociedades anónimas en las que con mis recursos ha adquirido acciones*”.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> NAVARRO Beltrán, Enrique (1993). “Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público, p. 599.

<sup>23</sup> NOGUEIRA, Humberto (2010). La acción constitucional en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, en *Revista Ius te Praxis*, N° 1, p. 260.

<sup>24</sup> Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique en recurso de protección Rol N° 28-2006, de 21 de febrero de 2007. Al respecto, considérese cómo es que la **Excma. Corte Suprema ha equiparado la “justificación racional” con medidas que se encuentren fundadas en hechos y exigencias legales**: “Comete arbitrariedad y, por lo tanto, vicia el acto que dictó el Ministro del Interior que deniega una residencia temporal sin que existan fundamentos para ello; la atribución de discrecionalidad que disponga la ley para ejercer potestades administrativas no habilitan de modo alguno a la autoridad para decidir sin la correspondiente justificación racional de la medida que adopta, fundada en los hechos y conforme a las exigencias que la ley indica” (D.J.,1992, T. 89, sec. V, págs. 113 – 116, 19, marzo, 1992).

<sup>25</sup> Sentencia, p. 3. Énfasis agregado.

<sup>26</sup> Acción de protección, p. 3.

<sup>27</sup> Acción de protección, pp. 10-11.

61. Así es que la sentencia, en su considerando octavo, señala que “*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 [...]*”.<sup>28</sup>

(iii) El “**hecho arbitrario**” en virtud del cual la Iltma. Corte de Apelaciones ha equivocadamente acogido la acción de protección de autos

62. Sin perjuicio de lo expuesto en el subcapítulo anterior, la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta ha tenido por “hecho arbitrario” uno totalmente diverso al denunciado en la acción de protección y que, por lo demás, no resulta imputable a AFP Cuprum.<sup>29</sup> En efecto, la sentencia impugnada, en su considerando décimo, sostiene:

*“**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 enterar los fondos de la capitalización individual?”*<sup>30</sup>

63. Tenemos, hasta aquí, que la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta reconoce que el comportamiento desplegado por AFP Cuprum, al negarse a entregar a la actora los fondos contenidos en su cuenta de capitalización individual, se ajusta cabalmente a la legalidad,<sup>31</sup> pero se concentra en sostener que, no obstante ello, debe resolverse si se ajusta o no

<sup>28</sup> Sentencia, considerando octavo.

<sup>29</sup> Y notará la Excma. Corte Suprema que la imputabilidad del hecho que funda la acción de protección al sujeto pasivo de la misma acción es un elemento esencial para que pueda legítimamente acogerse la referida acción. En ese sentido, muy elocuentemente, Navarro Beltrán, Enrique (1993). “Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público, p. 599: “La Constitución Política exige que los actos contaminantes **sean imputables a una autoridad o persona determinada; esto es, deben tener un origen cierto y culposo**. Sobre la materia, puede señalarse que en sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción, y dirigido contra la Sociedad Protectora de la Infancia, en razón de que en un hogar de menores bajo su tuición se producían grandes ruidos y contaminación acústica, se sentenció que “el ruido o bullicio que motiva la acción de protección **no es imputable a la sociedad recurrida; no es ella la que determina como sujeto activo del agravio en el recurso**, como lo ordena el inciso 28 del artículo 20, produzca contaminación alguna, ni por acción deliberada ni como efecto de preterintencionalidad”.

<sup>30</sup> Sentencia, considerando décimo. Énfasis agregado.

<sup>31</sup> Que se haya continuado evaluando la “arbitrariedad” es llamativo, y contrario a lo que resolvió la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 263-2002, “Que corresponde entonces consignar que de lo expuesto se desprende que no han existido los presupuestos de ilegalidad ni de arbitrariedad del acto que se imputa a la autoridad recurrida, **quien, en todo caso, se limitó a dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales y legales, lo que hace innecesario el análisis de la garantía constitucional estimada infringida**” [énfasis agregado]. En el mismo sentido, se pronunció en la Excma. Corte Suprema, Rol N° 24.671-2018, al resolver: “Que de este modo, a juicio de esta Corte, **el establecimiento recurrido actuó conforme al Reglamento tanto para determinar la ocurrencia de los hechos, al respaldarse en testimonios y documentos recabados al efecto, como en el procedimiento y la entidad de las medidas adoptadas respecto de cada una de las infracciones en que incurrió el menor**. En consecuencia, no se ha podido acreditar en el obrar del establecimiento educacional la existencia de alguna ilegalidad o arbitrariedad que afecte las garantías constitucionales enunciadas en el libelo de protección deducido” [énfasis agregado].

a la razonabilidad exigible para que un acto no sea calificable como “arbitrario”, haciendo explícito que **“el conflicto se plantea directamente con el sistema”**.<sup>32</sup>

64. En este sentido, la sentencia, en su considerando undécimo, afirma que *“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”*. El primer problema, según se adelantó, es que la sentencia predica la arbitrariedad no sobre una acción u omisión de AFP Cuprum, sino que sobre el Sistema de Pensiones. Así lo dice expresamente y así, por lo demás, aparece de su lectura íntegra.

65. A renglón seguido, en el considerando duodécimo, y con el propósito de intentar proveer de fundamentos jurídicos a su razonamiento, la sentencia cita doctrina y jurisprudencia que sostiene la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente actos que contando con habilitación legal son igualmente censurables. Para ello, y sin ambages, recurre a doctrina y jurisprudencia que se refiere a ello a propósito de las potestades discrecionales de los órganos de la Administración del Estado.

66. No obstante lo anterior, y como se adelantó, el problema irremediable de dicha afirmación —y vano intento de justificación— es que las reglas, razones y lógicas que gobiernan las potestades discrecionales no pueden exigirse a quienes no son órganos de la Administración del Estado y, más importante aún, puesto que la actuación de AFP Cuprum y su ámbito de operación, a propósito del retiro de fondos, no tiene absolutamente ninguna semejanza con dichas potestades discrecionales.

67. Al respecto, considérese que las potestades discrecionales —que, en todo caso, son propias de ciertos órganos de la Administración del Estado— se oponen a las potestades regladas. Estas últimas, de acuerdo con el libro del profesor Luis CORDERO VEGA que la propia sentencia impugnada cita, son aquellas en donde *“las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa pueden establecer una regulación minuciosa y completa de esa actividad, de manera que ante un supuesto de hecho [...] la Administración solo puede actuar de una manera precisa [...] Toda su actuación está predeterminada por las normas jurídicas aplicables, de forma que, constatada la ocurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en Derecho”*.<sup>33</sup> En el extremo contrario, el primer elemento que suele predicarse de la potestad discrecional, al definírsela, es que existe una habilitación expresa del legislador para un “ámbito de decisión” o “discrecionalidad”. En efecto, y según el mismo autor, *“en términos simples, podemos decir que la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La*

---

<sup>32</sup> Al respecto considérese que es cierto que hay algunas hipótesis en las que un comportamiento desplegado dentro de los **márgenes** de la legalidad puede ser considerado “arbitrario”, pero ello está sujeto a ciertos requisitos, como correctamente ha reconocido la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago: *“que no puede excluirse, indudablemente, la posibilidad de que un determinado acto sea lícito, al no contrariar norma legal alguna, no obstante la característica de ser arbitrario, **al derivar de un simple capricho o voluntad inmotivada de quien dictó o ejecutó dicho acto que le estaba permitido realizar**”*. En otras palabras, el hecho debe ser fruto del mero capricho o la voluntad inmotivada para que un hecho que no es contrario con la legalidad vigente pueda ser descrito como “arbitrario”.

<sup>33</sup> CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo, 2ª ed. Santiago: Legal Publishing, p. 82.

*adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la Administración*".<sup>34</sup>

68. Teniendo presente lo anterior resulta manifiesto el gravitante error de la sentencia. El ejercicio de la potestad discrecional, opera al interior de un espacio de acción para el cual el órgano ha sido legalmente habilitado por el legislador: se espera de él que opere discrecionalmente, de acuerdo con los límites que gobiernan este ejercicio. Como dice el profesor Luis CORDERO VEGA, *"hay un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles"*.<sup>35</sup> Entonces, resulta entendible que, en el ámbito de estas potestades, pueda existir un acto que, contando con habilitación legal, sea censurable, pues la libertad de decisión o las numerosas soluciones posibles pueden ser objeto de control.

69. El caso de AFP Cuprum es diametralmente diverso de aquel señalado en el párrafo anterior. La actividad que le corresponde a AFP Cuprum —así como a cualquier Administradora de Fondos de Pensiones— cuando un pensionado cualquiera —como es el caso de la actora— solicita que se le entreguen todos los fondos que existen en su cuenta de capitalización individual no importa ninguna *"libertad de decisión"* ni *"varias alternativas o soluciones posibles"*. Como dice nuevamente el profesor Luis CORDERO VEGA, a propósito de las potestades regladas, para cualquier AFP —y no es distinto para AFP Cuprum— *"no hay más que una decisión posible y lícita en Derecho"*: rechazar la restitución de los fondos previsionales. En ese sentido, la posición de AFP Cuprum se parece mucho más al ejercicio de las potestades regladas de la Administración: existen reglas jurídicas que minuciosamente han regulado la actividad, de manera que, frente a tal supuesto de hecho, solo cabe actuar de una (y solo una) manera, esto es, la actuación predeterminada por las reglas aplicables. En otras palabras, existiendo una prohibición para entregar beneficios distintos de aquellos ofrecidos en la ley, si a AFP Cuprum le solicitan — como hizo la actora— la entrega de beneficios distintos de aquellos ofrecidos en la ley, el único comportamiento exigible a la AFP es rechazar tal solicitud.

70. Posteriormente, en su considerando decimotercero, la sentencia explica, citando a un autor al efecto, la importancia de distinguir entre legalidad y arbitrariedad, para concluir que *"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"*.

71. Aparece, de esta manera, lo que hay detrás del razonamiento exhibido por la sentencia. El sentenciador expresa que, en la medida en que el cumplimiento de la ley sea injusto, de acuerdo con un criterio de justicia material (esto es, *"dar a cada uno lo suyo"*), entonces el comportamiento a través del cual se da cumplimiento a la ley puede ser calificado como arbitrario

---

<sup>34</sup> CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo, 2ª ed. Santiago: Legal Publishing, p. 83.

<sup>35</sup> CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo, 2ª ed. Santiago: Legal Publishing, p. 83.

—como si a una persona jurídica de derecho privado correspondiera adjudicar justicia material más allá del cumplimiento de la ley— y, entonces, reprochable.

72. A renglón inmediatamente seguido,<sup>36</sup> la sentencia señala que “*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*”. Este pasaje, en fin, es expresivo del error jurídico que se explicó con anterioridad, al recurrir a conceptos como “resolución de una autoridad”, “atribuciones” de esa autoridad o “ejercicio de esa facultad”.

73. Este argumento, por sí solo, resulta suficiente para revocar la sentencia impugnada y enmendarla conforme a Derecho. No obstante, a continuación, se explicarán otras razones por las cuales la sentencia impugnada resulta gravemente errónea y que exigen su revocación.

### **C) No existe una relación causal entre el comportamiento desplegado por AFP Cuprum y el hecho que se ha tenido por “arbitrario” en la sentencia impugnada**

74. Como lo hemos visto, para la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta la supuesta arbitrariedad fundante del acogimiento de la acción de protección es la falta de justicia material del Sistema de Pensiones. Los considerandos decimocuarto y decimoquinto son expresivos de lo anterior, según aparece con toda claridad en los extractos que a continuación se reproducen:

*“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 [...], 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**”.*<sup>37</sup>

*“[...] 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**”.*<sup>38</sup>

*“[...] **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***

<sup>36</sup> Sentencia, p. 22.

<sup>37</sup> Sentencia, pp. 28-29. Énfasis agregado.

<sup>38</sup> Sentencia, p. 29. Énfasis agregado.

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 [...]<sup>39</sup>

75. Así, lo que el sentenciador verdaderamente considera arbitrario es el diseño institucional del Sistema de Pensiones y cómo este se ha desplegado en la pensión que recibe la actora. Corresponde, luego, cuestionarse acerca de cuál sería la fuente de tal supuesta injusticia material —que nace de una arbitrariedad—, y la respuesta es, como expresamente señala la sentencia, el Sistema de Pensiones. Hacemos presente que, pese a que la sentencia señala en diversas ocasiones que su reproche sería “*en el caso concreto*”, ello no es más que una afirmación formal, pues nada de concreto hay en el análisis de la sentencia: el reproche se dirige no solo expresamente al Sistema de Pensiones, sino también implícitamente a cuestionar la posición de los afiliados frente al sistema.

76. Una clara evidencia de lo anterior, es el primer análisis que el sentenciador hace respecto de la legalidad del acto, al señalar, en el considerando 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*”<sup>40</sup> Para el sentenciador, aquello que fundamenta el agravio supuestamente padecido por la actora es el Sistema de Pensiones regulado a través del DL N° 3.500 y sus normas complementarias, y no un acto imputable a nuestra representada, y lo anterior se tradujo en el análisis que hiciera, en la sentencia, la Iltma. Corte de Apelaciones, relativo a si dicho sistema constituye un acto ilegal o arbitrario a la luz de lo consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Lo reconoce expresamente en su considerando décimo: “el conflicto se plantea directamente con el sistema”<sup>41</sup>.

77. S.S. Excm., si el origen de lo supuestamente arbitrario es el Sistema de Pensiones, luego, la supuesta vulneración a las garantías constitucionales no puede ser causalmente imputable a AFP Cuprum, en circunstancias que dicha relación causal es unánimemente exigida por nuestra jurisprudencia, al momento de analizar los requisitos que hacen procedente una acción de

<sup>39</sup> Sentencia, pp. 30-31. Énfasis agregado.

<sup>40</sup> Sentencia, p. 14.

<sup>41</sup> Sentencia, p. 15.

protección. La Excma. Corte Suprema así lo asentó recientemente, en sentencia del 03 de enero de 2019, al exigir la “[...] *relación de causalidad entre el comportamiento antijurídico y el agravio a la garantía constitucional*”.<sup>42</sup>

78. Pues bien, la relación de causalidad debe unir, mediante una relación directa y necesaria, la vulneración de las garantías constitucionales con el comportamiento antijurídico de aquella parte contra la que se acciona de protección. Así se desprende de la redacción del artículo 20 de la Constitución, cuando dispone “*El que **por causa** de [...]*”. Lo que la sentencia impugnada pretende, sin embargo, es fundamentar el agravio en un acto arbitrario que no emana de nuestra representada, y acoge, por lo tanto, la pretensión cautelar prescindiendo de uno de los requisitos exigidos para su procedencia.

79. La falta de relación causal demuestra, a su vez, otros problemas igualmente reprochables. En efecto, si la sentencia impugnada identifica al Sistema de Pensiones como el hecho arbitrario, en tanto injusticia material, necesariamente debe seguirse que AFP Cuprum carece de legitimidad pasiva en el proceso de autos, puesto que nuestra representada no ha participado en la configuración del Sistema de Pensiones ni, menos aún, lo representa.

80. Al ser el Sistema de Pensiones aquello que la sentencia identifica como lo materialmente injusto, nuestra representada no puede ser condenada a través de esta acción. En efecto, ella no es la autora del Sistema de Pensiones establecido por el DL N° 3.500, ni participó en los procesos legislativos respectivos. Es solo una entidad de carácter privado que participa en este sistema intensamente regulado, y la presunta injusticia material de dicho sistema no puede, por cierto, serle atribuida.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Excma. Corte Suprema, sentencia de 03 de enero de 2019, recaída en causa Rol N° 26.200-2018. En el mismo sentido se ha expresado el profesor Enrique Navarro Beltrán: “*La jurisprudencia ha señalado que debe existir una relación de causa/efecto entre el acto contaminante y los hechos que afecten el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Debe, por último, consignarse que el fallo del recurso de protección debe realizarse en conciencia, esto es, de acuerdo a la lógica, el buen sentido y los dictados de la experiencia*”, en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1993). “Recurso de protección y derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, N° 2-3, XXIV Jornadas Chilenas de Derecho Público, p. 600. En similar sentido, el Humberto NOGUEIRA: “*Es necesario considerar que la acción o la omisión sea una causa real de la afectación del derecho fundamental que puede ser objeto de protección, ya que puede suceder que tal relación no exista efectivamente, y la acción sea producto de la incomprensión de la situación, de un error o de una actuación emocional o de mala fe, en cuyo caso, obviamente, la acción de protección es improcedente*” en Nogueira, Humberto (2010). La acción constitucional en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, en *Revista Ius te Praxis*, N° 1, p. 258.

<sup>43</sup> La Excma. Corte Suprema ha sido especialmente elocuente al referirse al impacto que debe tener en una acción que falte la legitimación pasiva: “*QUINTO: Que para poder actuar y figurar eficazmente como parte, en un proceso determinado y específico, no basta con disponer de la aptitud general de la capacidad o legitimatio ad processum, sino que es necesario además poseer una condición más precisa y referida en forma particularizada al proceso individual de que se trate. Tal condición que se denomina legitimatio ad causam o legitimación procesal afecta al proceso no en su dimensión común, sino en lo que tiene de individual y determinado. / La legitimación procesal es la consideración especial, que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto litigioso, y en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en el proceso. / La sola capacidad procesal no basta para formular una pretensión y para oponerse a ella en un juicio, sino que es necesaria una condición más precisa y específica referida al litigio mismo específico. / La legitimatio ad causam, entonces, es la consideración legal, respecto de un proceso en particular, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y en virtud del cual se exige, para que la pretensión de fondo pueda ser examinada, que dichas personas figuren como tales en el proceso. (Cristian Maturana Miquel, *Nociones Sobre Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento, Separata de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, página 45*); / *SEXTO: Que la legitimación procesal es un presupuesto de eficacia para que la sentencia**

81. S.S. Iltma., no existiendo ningún vínculo entre el acto supuestamente ilegal y arbitrario que se ataca a través de la acción de protección y nuestra representada, resulta forzoso desechar respecto de AFP Cuprum la acción de protección de autos.

82. Todo lo recién expuesto demuestra otra de las razones por las que este recurso de apelación deberá ser admitido: la sentencia apelada hizo lugar a una acción de protección con prescindencia de sus requisitos, como lo es la necesaria relación causal que debe existir entre el acto arbitrario y la afectación a la garantía constitucional.

**D) “El problema consecuencialista”: el razonamiento contenido en la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, es incompatible con las bases más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico**

83. Como S.S. Excma. advertirá, el contenido jurídico de la sentencia impugnada tiene, al menos, tres consecuencias. Una inmediata —AFP Cuprum tendría que entregar los fondos solicitados por la actora a través de su acción de protección, con sus respectivas implicancias— y dos sistémicas.

**(i) La primera consecuencia: AFP Cuprum tendría que entregar a la actora los fondos que se encuentran en su cuenta de capitalización individual**

84. La primera consecuencia que se seguiría de que la sentencia impugnada quedara firme y ejecutoriada, como es obvio, es que AFP Cuprum tendría que entregar a la actora, sin habilitación legal al efecto, todos los fondos que se encuentran en su cuenta de capitalización individual.

85. Ello no le importaría un perjuicio patrimonial a AFP Cuprum, desde que se trata de fondos de propiedad de la actora, que están afectos a un fin específico, para lo cual la ley ha encargado a las Administradoras de Fondo de Pensión administrar tales fondos. Sin embargo, la sentencia deja intactas una serie de consideraciones altamente problemáticas, que se siguen de que no esté expresamente reconocido como uno de los “beneficios” que las AFP puedan entregar a los pensionados la entrega de la totalidad de sus fondos de pensiones. ¿Cuál es el tratamiento tributario que se seguiría de la entrega? ¿Mantendría la actora la calidad de “pensionada” para efectos anexos —la entrega de ciertos bonos por parte del Estado, por ejemplo—?

---

*pueda acoger la pretensión que se haya hecho valer por el actor en el proceso, puesto que, si ella falta, no podrá existir por parte del tribunal un pronunciamiento sobre el conflicto promovido en el juicio. / Al respecto cabe destacar, que reiterada jurisprudencia y la mayoría de la doctrina sobre la materia concuerdan en que la legitimación es un presupuesto procesal de la sentencia, que los propios jueces del fondo pueden relevar de oficio, aunque la parte no haya señalado alegación pertinente al efecto. / Sobre el citado presupuesto procesal, el profesor Enrique Vescovi sostiene “es indispensable para que pueda dictarse una sentencia eficaz, la cual, naturalmente podrá ser favorable o desfavorable” (Enrique Vescovi, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, 1984, página 197). / Que en estas condiciones, forzoso es concluir que no habiendo el demandante acreditado la legitimación pasiva de los demandados -presupuesto de eficacia para que la sentencia pudiese acoger su pretensión-, dicha circunstancia ha debido necesaria e inevitablemente conducir al rechazo de la acción” Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 5.615-05, de 09 de julio de 2007.*

86. En definitiva, la sentencia es abierta e irremediamente problemática por forzar una prestación no prevista en la ley “para el caso concreto”, en circunstancias que nada hay de concreto en la sentencia impugnada y que, en todo caso, según se ha visto, en nada difiere de los casos en los que se ha confirmado el rechazo a cada acción de protección similar a la de autos.

(ii) **La segunda consecuencia: siempre que los pensionados “acrediten” que su pensión es “materialmente injusta” se tendría que condenar a las AFP a entregarles la totalidad de sus fondos. En los hechos, ello es irrealizable y resulta incompatible con el diseño institucional del Sistema de Pensiones**

87. La segunda consecuencia es que tendría que ser aceptable que, frente a cada solicitud de pensionados a una Administradora de Fondos de Pensión para retirar todos los fondos que se encuentren en sus respectivas cuentas de capitalización individual, y que logren “acreditar” una situación previsional que no se correspondiera con criterios de “justicia material”, se les entregara la totalidad de sus fondos de pensiones. Ello, por cierto, implica que podría desestabilizarse el Sistema de Pensiones, desde sus fundamentos y cimientos más básicos, y generar un serio efecto en los mercados financieros.

88. Adicionalmente, lo anterior —para casos de esta clase— introduciría un serio elemento de incertidumbre jurídica. En efecto, la sentencia impugnada modifica los fundamentos y cimientos del Sistema de Pensiones, sin proveer de ninguna regla —porque, en todo caso, no podría hacerlo— para operar el Sistema de Pensiones que resultaría de dicha modificación sustancial. Más allá de que, como veremos a continuación, la sentencia impugnada es expresiva de una grave y vedada intromisión en las facultades privativas del Poder Legislativo, una modificación del Sistema de Pensiones como la que exige la sentencia impugnada, no resuelve asuntos cruciales y deja al sistema en serio riesgo:<sup>44</sup>

(1) ¿Quién es el operador encargado de resolver si el fundamento de la solicitud de retirar todos los fondos de pensiones se encuentra amparado o no por el “criterio de la justicia material”? En todo caso, ¿en qué consistiría ese “criterio”? ¿Sería ese criterio el monto de la pensión de modo que debería resolverse si resulta muy baja o muy alta? ¿Quién decidiría aquello y bajo que parámetros?

(2) ¿Quién fiscalizará estas operaciones? No existiendo reglas legales que permitan la entrega de esta clase de beneficios, ¿podría sancionarse a la AFP que entregue o retenga los referidos fondos?

(3) En un caso como este, ¿debe la AFP retener parte de los fondos para ser pagados a título de impuestos, o acaso son dineros que estarán libres de impuestos? Si los retuviera, ¿podría acogerse una acción de protección a través de la cual se solicite la entrega de esos dineros, por ser ilegal y arbitraria desde que, a diferencia del caso de autos, no existe una norma que

---

<sup>44</sup> Por eso, cualquier modificación al Sistema de Pensiones requiere un fundamento y un espíritu con arreglo al cual ordenar sus disposiciones; un sistema orgánico de normas; una regulación precisa de excepciones; normas de aplicabilidad de la ley en el tiempo, entre otras consideraciones esenciales para que el sistema sea operativo.

expresamente obligue a la AFP a retener y pagar un impuesto asociado a la entrega de la totalidad de los fondos de pensiones?

(4) ¿Tendría una persona a la que se le entrega la totalidad de los fondos de pensiones de su cuenta de capitalización individual, derecho a recibir alguna pensión adicional y diversa en el futuro? ¿Cuál y con arreglo a qué criterios?

(5) ¿Mantendría una persona a la que se le entrega la totalidad de los fondos de pensiones de su cuenta de capitalización individual la calidad de afiliado o de pensionado, para efectos diversos a la entrega de beneficios previsionales por parte de las AFP (por ejemplo, para la entrega de bonos del gobierno que reciben únicamente personas con alguna de esas calidades)? ¿Cómo dialogaría esta situación con los aportes a Fonasa? ¿Qué impacto tendría en la cobertura?

(6) ¿Cómo se calcularía el valor del retiro de los fondos que se encuentran en el mercado financiero y para cuyo cálculo no existen reglas dictadas por el legislador o la SP?

89. Todas estas preguntas no tienen una respuesta normativa, justamente porque el sistema no está diseñado para que los pensionados puedan retirar parte o todos los fondos que están en sus cuentas de capitalización individual de una vez: simplemente no existe un ejercicio indubitado de ese “derecho”.

90. Que el Sistema de Pensiones requiera o no reformas es una cuestión que no corresponde a la actora, a esta AFP ni a la Il. Corte de Apelaciones de Antofagasta decidir: las modificaciones y reformas deben ser planteadas, discutidas y eventualmente introducidas orgánica y armónicamente por el Poder Legislativo para que, a través de las leyes correspondientes, se dé respuesta a las preguntas que plantea la operatividad de un sistema como este.

(iii) **La tercera consecuencia: sería aceptable que los privados decidan cuándo el cumplimiento de una ley sería “materialmente injusto” y, en consecuencia, se esperarían de ellos que incumplan la ley ante determinadas situaciones**

91. Como se sabe, todo sentenciador debería seguir la máxima de que, al momento de resolver un conflicto jurídico, su resolución sea correcta para todos los conflictos jurídicos idénticos. Allí estriba el problema: ¿sería aceptable en nuestro ordenamiento jurídico que, cada vez que un sujeto (como AFP Cuprum) estime que el cumplimiento de la ley (como son los artículos 23 del DL N° 3.500 y 64 del DS N° 57) podría ser “contrario a la justicia material”, el sujeto, libre y soberanamente, opte por desatender su mandato legal? Y lo anterior puede ser ligado a una segunda pregunta: ¿sería aceptable que un ciudadano se valga del aparato jurisdiccional para obligar a otro a incumplir la ley —y esto puede ser extrapolable a las obligaciones contractuales, por ser “una ley para las partes”— por estimar que su cumplimiento sería injusto?

92. Así planteado, lo erróneo de la sentencia resulta evidente. ¿Es universalizable la exigencia de que cada vez que el destinatario de normas jurídicas estime que el cumplimiento de estas sea contrario a consideraciones de justicia material, deba dejar de cumplir con lo que la ley le exige? La respuesta es negativa, y no puede ser de otro modo.

93. Tal conclusión se vuelve todavía más evidente si se plantea la cuestión al revés: ¿qué debería haber hecho la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta si, de acuerdo con algún procedimiento hubiere llegado a conocer del caso en que AFP Cuprum le hubiese entregado los fondos de la cuenta de capitalización individual a una persona que así lo solicitó, porque a AFP Cuprum le pareció que ese comportamiento era “más acorde a la justicia material”? En un caso como ese, por supuesto que la sentencia habría sido (y tendría que ser) expresiva de un reproche frente a un comportamiento contrario al texto expreso de la ley.

94. Como S.S. Excma. ve, las consecuencias segunda y tercera recién reseñadas dan cuenta de lo abiertamente problemática —en tanto contraria a Derecho— es la sentencia que se impugna. Allí donde hay un mandato legal expreso, no puede un destinatario de la norma, libre y soberanamente, optar por no seguir ese mandato legal. Demás está hacer explícito que, si la sentencia verdaderamente espera imponer a una persona jurídica de derecho privado una obligación abiertamente contraria a aquellas previstas en la ley, entonces la sentencia importa una verdadera intromisión por parte del Poder Judicial a la esfera de acción del Poder Legislativo, cuestión que le está vedada a este Iltmo. Tribunal, de acuerdo con el principio de la separación de poderes del Estado, los artículos 6° y 7° de la Constitución y el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales.<sup>45</sup>

95. En definitiva, la sentencia impugnada deja a AFP Cuprum en una situación imposible, desde que sostiene que le era exigible dejar de cumplir la ley —los artículos 23 del DL N° 3.500 y 64 del DS N° 57— por resultar la aplicación de la ley “arbitraria”. Pues bien, ese comportamiento habría expuesto a AFP Cuprum a sanciones como la censura; multas de hasta 15.000 Unidades de Fomento o hasta el 30% del valor total de las operaciones irregulares; y hasta la revocación de autorización de existencia de la Administradora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto con Fuerza de Ley N° 101 del Ministerio del Trabajo.

---

<sup>45</sup> A este respecto, considérese lo que ha sostenido la Excma. Corte Suprema en sentencia Rol N° 800/2009, de 29 de abril de 2011: “A lo anterior se suman las prescripciones expresas de nuestro Código Político, en cuanto asegura la dignidad, libertad e igualdad de las personas y la democracia como base del sistema político en nuestra República (artículos 1°, 4°, 13, 15 y 19, entre otros), **imponiendo a los órganos del Estado el deber de someter a ella su acción (inciso primero del artículo 6°) como exigencia de legitimidad y validez de las actuaciones (inciso primero del artículo 7°), excluyendo cualquier circunstancia para arrogarse otras facultades que las expresamente conferidas (inciso segundo del artículo 7°), que en el evento de actuar de modo diferente se generarán las sanciones y responsabilidades correspondientes a sus infractores** (inciso final del artículo 6° e incisos segundo y tercero del artículo 7°), **sin que los tribunales puedan ser marginados del cumplimiento de tales normas, las que corresponde aplicar de manera armónica con las demás articulaciones que atribuyen competencias a las distintas autoridades**” [énfasis agregado]. En exactamente el mismo sentido resolvió la Excma. Corte Suprema en las causas Roles Nos 1018/2009; 6552/2009 y 7079/2013.

## VIII.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA CONTRAVIENE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE NUESTRA ORGANIZACIÓN REPUBLICANA Y DEMOCRÁTICA

96. Finalmente, esta parte no puede dejar de hacer presente el peligro que envuelve la sentencia impugnada, para aspectos básicos y decisivos de nuestra institucionalidad republicana y democrática. No es necesario que esta parte explique a la Excma. Corte Suprema en qué consiste el principio de separación de poderes del Estado, ni por qué es uno de los principios más fundamentales de un Estado de Derecho, sino el más característico.

97. Pese a lo anterior, no podemos sino hacer presente que la sentencia impugnada pretende imponer a una persona jurídica de derecho privado, una obligación abiertamente contraria a aquellas previstas en la ley y, en consecuencia, resulta en una verdadera intromisión del Poder Judicial a las facultades privativas y esfera de acción del Poder Legislativo, actuación que le está vedada a todo órgano que ejerza jurisdicción, de acuerdo con el principio de la separación de poderes del Estado, los artículos 6° y 7° de la Constitución y el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales.<sup>46</sup>

98. Lo anterior es así porque la sentencia, de facto, crea una prestación que no existe en el Sistema de Pensiones, alterando sus fundamentos y cimientos más básicos, y deja sin aplicación diversas disposiciones legales, cuya constitucionalidad y legalidad fue, además, declarada a su propia iniciativa y por el órgano correspondiente. Esa decisión es expresiva de su rechazo —el que hace más y menos explícito en distintos pasajes de la sentencia— al diseño institucional vigente del Sistema de Pensiones.

99. La discusión acerca del mérito de un sistema de pensiones cualquiera, y de la necesidad de introducir reformas en él, es una facultad privativa del Congreso de nuestro país, que puede y debe poner atención a los distintos actores del sistema. Por cierto que a los agentes que día a día actúan en el mismo, como son las Administradoras de Fondos de Pensiones, pero también al regulador, a diversas ONGs, a expertos de diversas áreas y a miembros de la sociedad civil. El Congreso es un espacio para el diálogo, en donde la discrepancia es virtuosa, pues permite analizar críticamente qué es lo que un país ha tenido y ha hecho; qué es lo que tiene y está haciendo; y qué es lo que quiere tener y hacer en el futuro.

---

<sup>46</sup> A este respecto, considérese lo que ha sostenido la Excma. Corte Suprema en sentencia Rol N° 800/2009, de 29 de abril de 2011: “*A lo anterior se suman las prescripciones expresas de nuestro Código Político, en cuanto asegura la dignidad, libertad e igualdad de las personas y la democracia como base del sistema político en nuestra República (artículos 1°, 4°, 13, 15 y 19, entre otros), **imponiendo a los órganos del Estado el deber de someter a ella su acción (inciso primero del artículo 6°) como exigencia de legitimidad y validez de las actuaciones (inciso primero del artículo 7°), excluyendo cualquier circunstancia para arrogarse otras facultades que las expresamente conferidas (inciso segundo del artículo 7°), que en el evento de actuar de modo diferente se generarán las sanciones y responsabilidades correspondientes a sus infractores (inciso final del artículo 6° e incisos segundo y tercero del artículo 7°), sin que los tribunales puedan ser marginados del cumplimiento de tales normas, las que corresponde aplicar de manera armónica con las demás articulaciones que atribuyen competencias a las distintas autoridades**” [énfasis agregado]. En exactamente el mismo sentido resolvió la Excma. Corte Suprema en las causas Roles N°s 1018/2009; 6552/2009 y 7079/2013.*

100. Saltarse los debates de política pública para, de facto, introducir modificaciones fundamentales al Sistema de Pensiones, a pretexto de resolver “para el caso concreto”, es un grave error jurídico. La sentencia impugnada confunde el rol político del Poder Legislativo con el rol adjudicador que le corresponde al Poder Judicial, al pronunciarse sobre un conflicto jurídico determinado que ha sido puesto en su conocimiento. Trasladar una decisión de política pública que es privativa del legislador —los representantes de la ciudadanía— a esta sede, constituye una verdadera afrenta a los representantes de las y los ciudadanos de Chile y, de esa manera, también a estos últimos: a la ciudadanía toda.

101. S.S. Excma., en nuestra Constitución Política de la República no existe —tal vez por lo inconcebible que resultó para el constituyente y quienes han participado en sus reformas— un mecanismo para resolver un potencial conflicto de poderes de esta magnitud. Es la Excma. Corte Suprema el órgano que, oportunamente, podrá precaver una profunda grieta en nuestra institucionalidad. A nuestro máximo tribunal no puede sino resultarle censurable que otro miembro del Poder Judicial se arroge facultades legislativas, quitándole eficacia a normas que, para el caso concreto, han sido declaradas plenamente compatibles con nuestra Constitución Política de la República, y creando normas nuevas, para el caso concreto, de carácter amplio, indeterminado, y que no han estado precedidas por el diálogo político que una democracia exige.

## IX.

### SÍNTESIS Y PETICIONES CONCRETAS

102. Según se ha visto, la sentencia que se ataca contiene una serie de graves vicios que deberán ser corregidos por la Excma. Corte Suprema, revocando la sentencia impugnada y decidiendo, en su lugar, que se rechaza la acción de protección de autos. A modo de resumen, el presente recurso de apelación debe ser rechazada por cuanto:

(1) La sentencia recurrida desechó, erróneamente, la alegación de nuestra representada a través de la cual se planteó la extemporaneidad de la acción. La propia sentencia, en múltiples pasajes y de manera concluyente, afirma que “lo arbitrario” que da lugar a una situación de “injusticia material” en contra de la actora es el “sistema de pensiones” y no un hecho de AFP Cuprum. Todo lo que AFP Cuprum hizo al responder a la actora su solicitud fue transmitirle el contenido de la ley. De acuerdo con el contenido del art. 8° del Código Civil, nadie puede alegar desconocimiento de ella una vez que ha entrado en vigencia, de modo que, siendo imposible para la actora que se acceda al retiro de la totalidad de sus fondos de pensiones desde que entró en vigencia la ley y, en todo caso, desde que comenzó a cotizar y, luego, desde que ella se pensionara en septiembre de 2017, la acción es manifiestamente extemporánea.

(2) Según aparece expresamente en la sentencia impugnada, el “hecho arbitrario” es el diseño institucional del Sistema de Pensiones y no un hecho de AFP Cuprum. Lo anterior implica, indudablemente, que no existe una relación de causalidad entre el comportamiento desplegado por AFP Cuprum y la vulneración de garantías que denunció la actora, cuestión

que tiene, asimismo, un impacto en cuanto a la falta de legitimación pasiva que, en consecuencia, tendría AFP Cuprum en la acción de protección de autos.

(3) El razonamiento exhibido en la sentencia en relación con cómo, para evitar que un comportamiento sea arbitrario, debe estarse a los límites que nuestro ordenamiento jurídico prevé para el ejercicio de la potestad discrecional, es enteramente improcedente. Tales límites están previstos para que un órgano de la Administración del Estado, previamente habilitado al efecto, tome decisiones dentro de un margen de discrecionalidad determinado, el que se encuentra sujeto a control. La situación de AFP Cuprum es diametralmente distinta: cuando le solicitan que realice una gestión que le está prohibida por ley, su decisión se parece mucho más a la potestad reglada pues existe una sola solución jurídicamente correcta. La conducta está enteramente prevista en la legislación y, consecuentemente, no hay una decisión del destinatario de dicha norma —AFP Cuprum— que pueda ser calificada como “arbitraria”.

(4) Finalmente, el razonamiento de la sentencia es incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de que sostiene que el comportamiento que AFP Cuprum tendría que haber desplegado sería el siguiente: una persona jurídica de derecho privado tendría que haber tomado la decisión de, conscientemente, incumplir con las prohibiciones que la ley le establece, por estimar que resultan “injustas”. Lo anterior no solamente habría dejado a AFP Cuprum en condiciones de ser sancionada con las muy graves sanciones previstas en el artículo 17 del Decreto con Fuerza de Ley N° 101 del Ministerio del Trabajo, sino que es un comportamiento que no es esperable ni exigible de los privados, pues ellos nunca pueden dejar de cumplir la ley por considerarla, por ellos mismos o sus clientes, “injusta”.

**POR TANTO**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5° y siguientes del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, en las disposiciones legales, reglamentarias y constitucionales citadas y en todas aquellas que resulten pertinentes y aplicables,

**A S.S. ILTMA. RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tener por interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en esta acción de protección el 17 de junio de 2020, notificada a esta parte por estado diario de la misma fecha, darle tramitación legal y elevarlo para ante la Excm. Corte Suprema para que este Excmo. Tribunal, conociendo del recurso, revoque la sentencia apelada, enmendándola conforme a Derecho, y disponiendo, en su lugar, que se rechaza íntegramente la acción de protección de autos.

**PRIMER OTROSÍ:** Solicitamos a S.S. Iltma. tener presente que nuestra personería para actuar en representación de Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A. consta en escritura pública de mandato judicial otorgada en la Notaría de Luis Ignacio Manquehual Mery, con fecha 30 de diciembre de 2019, Repertorio N° 12.495-2019, con Firma Electrónica Avanzada, cuya copia acompañamos en este acto.

**Sírvase S.S. Iltma.:** tener por acompañado el documento y, en su mérito, tener presente nuestra personería para actuar en representación de Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Solicitamos a S.S. tener presente que, sin perjuicio de los demás patrocinantes y apoderados constituidos en autos, en la representación invocada y en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumimos personalmente el patrocinio y poder en esta causa, fijando como domicilio la calle Sucre N° 220, oficina N° 507, comuna y ciudad de Antofagasta, pudiendo actuar conjunta o separadamente, de forma indistinta, y firmando en señal de aceptación.

Asimismo, por este acto y sin perjuicio de los demás apoderados constituidos en autos, delegamos poder en el abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, don Joaquín Rojas-May Carrasco, C.N.I. N° 19.656.304-0, quien podrá actuar conjunta o separadamente, de forma indistinta, quien también fija domicilio en calle Sucre N° 220, oficina N° 507, comuna y ciudad de Antofagasta, y firma en señal de aceptación.

**Sírvase S.S. Iltma.:** tenerlo presente.