

Santiago, veinte de febrero de dos mil dieciocho.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece doña Camila Pinilla Rojas, en representación de Diego Pérez Zoccoli, la cual deduce en su favor recurso de protección en contra de AFP Hábitat por el acto que califica de arbitrario e ilegal y vulnerador de las garantías constitucionales del artículo 19 N°1 y 24 de la Constitución Política de la República, consistente en la negativa de la AFP de devolverle sus fondos previsionales, de conformidad a la Ley N°18.156.

Expone que el recurrente es de nacionalidad uruguaya y su profesión es la de piloto comercial, prestando servicios desde el año 2010 en Chile. Específicamente, desde el 16 de noviembre de 2010 para Transporte Aéreo S.A. y, posteriormente, desde el 1 de agosto de 2015, hasta junio de 2017 para LATAM AIRLINES GROUP S.A, señalando expresamente que su voluntad era seguir manteniendo la afiliación al régimen previsional de Uruguay.

Indica que al haber iniciado los trámites para que la recurrida devolviera los fondos previsionales y después de variadas solicitudes, AFP Hábitat se ha negado a restituirle los fondos pagados por su empleador Transporte Aéreo, asegurando que no se cumplirían los requisitos que establece la Ley N°18.156, en circunstancias que acompañó un certificado de su empleador de 25 de julio de 2017, que señala expresamente que, en su calidad de piloto, desempeñó el cargo de primer oficial 8787 y que manifestó su voluntad de mantener su régimen previsional en Uruguay.

Afirma que la recurrida fundó su negativa en el incumplimiento de la letra b) del artículo 1 de la Ley N°18.156, esto es, no expresar en el contrato de trabajo respectivo, la voluntad del trabajador de mantener la afiliación a un régimen de previsión o seguridad social fuera de Chile, a pesar del mérito del certificado emitido por su ex empleador y del anexo de contrato de trabajo emitido por LATAM el 11 de julio de 2017, en que se reconoce tal circunstancia.

Agrega que reclamó por la situación ante la Superintendencia de Pensiones, sin embargo, el 13 de noviembre de 2017, la institución comunicó que estimaba que el proceder de la AFP era el adecuado.

A juicio del artículo 1° de la ley N°18.156, dos son los requisitos que se deben cumplir para que opere el artículo 7 de la misma ley. A saber a) que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y b) que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida. Estos requisitos se encuentran cumplidos, acompañando un certificado



de la administradora previsional uruguaya Unión Capital Afap, de fecha 30 de junio de 2017, dejando expresa constancia que el recurrente señor Pérez se encuentra afiliado a dicha institución previsional, cubriendo los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y sobrevivencia, y anexo de contrato de trabajo entre el trabajador Diego Pérez Zoccoli y la empresa Transporte Aéreo S.A. de fecha 31 de julio de 2015, en virtud del cual el recurrente expresa su deseo de mantener su régimen previsional de su país de origen, esto es, de Uruguay.

Por lo anterior, estima que se vulnera la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, al exigirle mayores antecedentes que los establecidos en la normativa, sólo por ser uruguayo y, por otra parte, la garantía del artículo 19 N°24, al provocarle una disminución concreta y efectiva a su patrimonio. El acto recurrido es la carta de fecha 21 de diciembre de 2017, la cual da cuenta del rechazo de la petición de hacer devolución de los fondos previsionales cotizados en Chile, el cual es ilegal, en atención a que transgrede la Ley N°18.156 y además es arbitrario en atención a que lo resuelto por la recurrida es caprichoso e infundado

Solicita, en síntesis, que se acoja este recurso y ordene la devolución de la totalidad de los fondos previsionales retenidos, dentro del plazo de 5 días, con costas.

Segundo: Que la parte recurrida de AFP Hábitat, informando el presente arbitrio, solicita su rechazo, por no ser el acto recurrido ilegal ni arbitrario, por no cumplir con la Ley N°18.156 y el DL 3500 de 1980.

Explica que en este caso no corresponde la devolución de las cotizaciones previsionales enteradas por Transporte Aéreo, por no cumplir el requisito de la letra b) del artículo 1 de la Ley N°18.156, esto es, que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación fuera de Chile.

Indica que para cumplir este requisito, el trabajador acompañó un certificado de 25 de julio de 2017, en el que se señalaba que manifestó su voluntad de mantener su afiliación al sistema de seguridad social en el extranjero, en circunstancias que su relación contractual terminó el 31 de julio de 2015, de manera que no fue posible considerar este certificado para los efectos de la referida ley, la que exige que la voluntad de mantener la afiliación fuera de Chile conste en el mismo contrato o anexo de contrato, siendo insuficiente la declaración posterior; criterio que fue corroborado por la Superintendencia de Pensiones.

Añade que el recurrente solucionó su situación respecto del empleador Latam, haciendo devolución la recurrida de los fondos previsionales, pero respecto



del empleador Transportes Aéreos no ocurre lo mismo, por lo cual no procede aplicar la Ley N°18.156, no estando la recurrida facultada para hacer la entrega pedida por el recurrente, haciendo presente que no se trata de que la AFP Hábitad se quede con dichos dineros, sino que se mantiene en la cuenta de capitalización del propio señor Pérez.

El recurrente no ha sido víctima de acto ni omisión alguno que sea arbitrario o ilegal que le impida, amague o moleste el ejercicio de garantías constitucionales y muy en particular, respecto a su derecho de propiedad sobre sus fondos previsionales, recibiendo un trato igualitario en relación al resto de los afiliados y en particular a los técnicos extranjeros, que solicitan acogerse al beneficio excepcional contemplado en la Ley N°18.156. De esta manera se ha dado aplicación a esta ley como lo dispuesto en el DL 3.500 de 1980. Manifiesta además que la Superintendencia de Pensiones a instruido que al no cumplir los requisitos de la Ley ya referida, debiendo abstenerse la AFP a la devolución de las cotizaciones previsionales.

Concluye que no hay vulneración a las garantías constitucionales invocadas, pues, además, el acto impugnado no implica la pérdida de los fondos del afiliado ni su desafiliación, sino solamente que no tiene derecho a un beneficio excepcional y específico para técnicos extranjeros, improcedencia de derecho que deja indemne el ejercicio de la totalidad de los derechos previsionales establecidos en el DL N°3.500.

Tercero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario y/o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

Cuarto: Que como se desprende de lo expresado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio que tenga la naturaleza jurídica de aquellas a que se refiere el artículo 1° del Código Civil, aplicable al caso concreto, en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal, cuando fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera; o bien arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quién incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza; y que, enseguida, provoque algunas de las situaciones o



efectos que se han indicado, contrariando una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que ha sido motivo de la presente acción cautelar.

Quinto: Que el artículo 1° de la Ley N°18.156 dispone que *“las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rijan para los trabajadores, no estando obligados, en consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismos de previsión chilenos, siempre que reúnan las siguientes condiciones:*

a) *Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y*

b) *Que en el contrato de trabajo respectivo exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.*

La exención que establece el inciso anterior no comprenderá los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la ley 16.744”.

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

Séptimo: Que la parte recurrente acreditó mediante los documentos presentados en esta acción, que el señor Pérez Zoccoli fue un trabajador técnico de origen extranjero, precisamente de nacionalidad uruguaya, de la empresa Transporte Aéreo S.A, celebrando contrato de trabajo el 04 de octubre de 2010, habiendo terminado dicha relación laboral con fecha 31 de julio de 2016. Además con el certificado de la administradora previsional uruguaya Unión Capital Afap, de fecha 30 de junio de 2017, se acredita que el recurrente se encuentra afiliado a dicha administradora, habiendo ingresado como afiliado el 30 de junio de 2004, quedando amparado por la Ley 16.713, que cubre los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y sobrevivencia, cobertura que goza desde el momento de la afiliación hasta la actualidad, ininterrumpidamente, incluyendo el período comprendido entre los años 2010 y 2015. También acompañó un anexo de contrato de trabajo, entre las mismas partes, de fecha 31 de julio de 2015, donde en la cláusula segunda se señala que *“el trabajador deja constancia que por su voluntad propia desea mantener el régimen previsional en su país de origen, Uruguay- Unión Capital AFAP S.A., bajo en número D.N.I 3.978.769-5, N° de*



cuenta 152036, en forma permanente e indefinida y a su vez dejando sin efecto la cláusula sexta del contrato de trabajo, dejando en consecuencia sin efecto lo relativo al régimen previsional chileno, lo que tiene efectos a partir de la citada fecha de declaración". Existe un certificado de fecha 25 de julio de 2017, entre las mismas partes contratantes, dejando constancia de la voluntad de este trabajador de mantener su afiliación previsional en su país, y finalmente se acreditó la existencia de fondos previsionales en la AFP recurrida, de fecha 22 de enero de 2018, por la suma de \$14.968.354 (324,77 cuotas).

Octavo: Que con los documentos precedentemente reseñados, se desprende la voluntad del trabajador de mantener sus aportes previsionales en su país de origen, esto es, Uruguay, de tal manera que para los efectos legales, son prueba suficiente y apta para acreditar todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 1° de la Ley 18.156, por lo cual tiene fuerza vinculatoria para la AFP recurrida en orden a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 de la misma ley y por ende a la petición del reclamante señor Pérez.

Noveno: Que de esta manera el acto de la recurrida de no hacer devolución de los fondos previsionales que se han depositado en la Administradora de Fondos de Pensiones Hábitat y que corresponde a la cuenta individual del recurrente Diego Pérez Zoccoli, se estima ilegal, toda vez que se aparta de lo dispuesto en la Ley N°18.156, ya tantas veces señalada, afectando con esta acción al derecho de propiedad que tiene éste respecto de sus fondos previsionales, derecho que se encuentra garantizado por el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República, por lo cual este arbitrio deberá ser acogido.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos 19 N°24 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma, Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección del año 2015, **se acoge el recurso de protección**, sin costas, deducido por don Diego Pérez Zoccoli, en contra de AFP Hábitat, ordenando que la recurrida haga devolución de los fondos previsionales que mantiene en su poder, conforme al valor de la cuota al día de su pago efectivo, dentro de 10 días de ejecutoriado este fallo.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro (I) don Juan Manuel Escobar Salas.

No firma el Abogado Integrante señor Cárdenas, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo por encontrarse ausente.

Protección N°2481-2018.-

Pronunciada por la **Cuarta Sala** de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el Ministro (S) señor Juan Manuel Escobar Salas y por el Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárdenas Gueudinot.





KYZXEKONX

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Juan Cristobal Mera M. y Ministro Suplente Juan Manuel Escobar S. Santiago, veinte de febrero de dos mil dieciocho.

En Santiago, a veinte de febrero de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.