

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto a decimotercero, que se eliminan.

**Y se tiene, en su lugar y además, presente:**

**Primero:** Que don Juan Miguel Arce González dedujo recurso de protección en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A., calificando como ilegal y arbitraria la resolución N° 01970956, que rechazó su solicitud en orden a retirar la totalidad de los fondos existentes en su cuenta de capitalización individual, respuesta que lo privaría, perturbaría y/o amenazaría del legítimo ejercicio de su derecho a vida y a la integridad física y psíquica, y a la propiedad, de la forma como detalla en su libelo.

Explicó el actor que cuenta con 60 años de edad, se encuentra afiliado a la AFP recurrida y registra cotizaciones previsionales desde septiembre de 1981, ahorro que, a la época de interposición del recurso, ascendía a \$65.371.767.

Relató que le ha sido diagnosticado un cáncer terminal, de colon e hígado, con metástasis en diversos órganos de su cuerpo. Tal patología se encuentra en fase IV, en carácter terminal, con una expectativa de sobrevida no superior a 5 años.



Agregó que, en esas condiciones, la petición de retiro de los fondos ahorrados obedece a la necesidad de costear un tratamiento paliativo, o que incremente su chance de sobrevivida. En este punto, refirió que pertenece al sistema privado de salud y se encuentra en deficientes condiciones económicas, puesto que le afecta un 25% de discapacidad física, paga alimentos en favor de una hija, y registra deudas en DICOM generadas con motivo de su enfermedad.

Indicó que, en ese contexto, el 6 de octubre de 2020 presentó la solicitud en cuestión ante la AFP, siendo ésta rechazada a través del acto reclamado, de 14 de octubre de la misma anualidad, resolución fundada en que la ley, en especial el Decreto Ley N° 3.500, contempla un único destino para los ahorros previsionales: La generación de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

Esgrimió que la negativa antes detallada resulta inconstitucional, por tratarse de dinero que es de su propiedad, negándosele el derecho a la sobrevivida o al alivio del dolor.

Por todo lo dicho, solicitó que se acoja el recurso y se ordene a la recurrida entregar, en el más breve plazo posible, el total de los fondos existentes en su cuenta de capitalización individual, con costas.



**Segundo:** Que la recurrida, en su informe, sostuvo, en lo sustancial, que no ha incurrido en alguna acción u omisión que constituya ilegalidad o arbitrariedad, así como tampoco ha vulnerado el derecho de propiedad del recurrente.

Justificó tal conclusión en que el ordenamiento jurídico vigente a la época de su presentación, el 9 de diciembre de 2020, prohibía el retiro total y anticipado de los fondos previsionales, salvo el caso excepcional reglado en la Ley N° 21.248, siempre que el dinero acumulado en la cuenta individual no supere de 35 Unidades Fomentos, no siendo ese el caso del actor quien, por lo demás, hizo uso de aquel derecho retirando, en agosto de 2020, el 10% de sus ahorros.

Resaltó que tal posibilidad exigió una reforma de carácter constitucional, hecho que ratifica la prohibición contenida en el Decreto Ley N° 3.500, límite que no obsta a que el dinero sea de propiedad de los cotizantes, quienes pueden disponer de él en la oportunidad y bajo alguna de las modalidades de pensión que la ley prevé, según detalla en su escrito.

De este modo, y previa cita de jurisprudencia en apoyo a su posición, solicitó el rechazo del presente arbitrio, con costas.

**Tercero:** Que la adecuada resolución de la controversia exige recordar que esta Corte Suprema se ha



visto enfrentada a contiendas similares con anterioridad. Es así como, a partir de la sentencia dictada el 2 de abril de 2020 en causa Rol N° 29.236-2019, se concluyó que, por regla general, el dinero existente en toda cuenta de capitalización individual posee, a la luz del ordenamiento jurídico vigente a esa época, un destino único y exclusivo, consistente en el otorgamiento de pensiones bajo una de las cuatro modalidades indicadas la ley, sin perjuicio de reconocer que el mismo bloque normativo prevé numerosas excepciones, tales como la renta vitalicia o el retiro de los excedentes de libre disposición, entre otros.

**Cuarto:** Que, sin embargo, en dicha oportunidad esta magistratura advirtió que en aquellos antecedentes no se planteó *"...la existencia de circunstancias de hecho que revistan una urgencia tal que ameriten la ponderación de los límites impuestos al derecho de dominio que invoca con otras garantías constitucionales protegidas a través de este mecanismo de cautela"*, observación que fue reiterada en sentencias posteriores (V.g. SCS Roles N° 29.279-19 y 29.304-19, entre otras).

**Quinto:** Que, como se puede apreciar, en dichos casos se identificó que, bajo ciertas y determinadas circunstancias, la prohibición de disposición del dinero que una persona mantiene ahorrado en su cuenta de capitalización individual con fines de vejez, invalidez o



sobrevivencia, podría carecer de razón o sentido, situación que ocurrirá cuando el cotizante no posea expectativa de sobrevivir hasta la edad de jubilación y el acaecimiento de una invalidez sobreviniente no genere una necesidad asistencial por largo tiempo, sumado a la inexistencia de sobrevivientes con derecho a pensión, o al aseguramiento de su interés.

En aquellos escenarios, forzoso sería concluir que, a partir de una interpretación teleológica de la ley y considerando la inexistencia de prohibición expresa, el ejercicio de los atributos del derecho constitucional de dominio del cotizante sobre el dinero cotizado debería prevalecer sobre el destino aparentemente único que ordena el Decreto Ley N° 3.500.

**Sexto:** Que, en el tiempo intermedio entre estas decisiones y la actualidad, esta problemática fue abordada legislativamente. En efecto, a través del Mensaje de 27 de octubre de 2020, el Presidente de la República ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley *"Que establece un beneficio para los afiliados y pensionados calificados como enfermos terminales"*. En aquel documento se expresó: *"...es importante considerar que este asunto ha sido parte del debate público tanto a nivel legislativo como también judicial. En tal sentido, en el contexto de una serie de acciones judiciales en sede de protección, las cuales han buscado acceder a*



*recursos previsionales fuera de marco legal vigente, la Excma. Corte Suprema ha desestimado acciones de protección en materia de retiro de fondos previsionales fuera del marco legal vigente... En consecuencia, se hace necesario realizar una modificación legal que, respetando las finalidades propias de los fondos previsionales pero, a la vez, considerando las particularidades de la situación de los enfermos terminales, permita acceder en forma especial a dichos ahorros en caso de presentarse esta situación".*

**Séptimo:** Que aquel ejercicio legislativo concluyó con la dictación de la Ley N° 21.309, publicada en el Diario Oficial el 1 de febrero de 2021.

En términos generales, dicho cuerpo normativo introduce el artículo 70 bis al Decreto Ley N° 3.500, permitiendo que "Todo afiliado que sea certificado como enfermo terminal por el Consejo Médico a que se refiere el artículo 70 ter tendrá derecho a percibir una pensión calculada como una renta temporal a doce meses, la que será pagada por la Administradora a que estuviera afiliado a la fecha del pago, con cargo al saldo de su cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias, una vez reservado el capital necesario para pagar las pensiones de sobrevivencia y la cuota mortuoria, cuando corresponda". Del mismo modo, habilitó a quienes ya se encuentran pensionados y sean



diagnosticados como enfermos terminales, para exigir el "recálculo de su pensión en los términos establecidos en el inciso primero".

**Octavo:** Que, si bien el artículo primero transitorio de la Ley N° 21.309 acota que ella "entrará en vigencia el día 1 de julio de 2021", su artículo tercero transitorio expresa: "A contar del primer día hábil del mes subsiguiente a la fecha de publicación de esta ley y hasta la entrada en vigencia de su articulado permanente, podrán acceder a los beneficios contemplados en el artículo 70 bis del decreto ley N° 3.500, de 1980, que se incorpora por esta ley, sin que su enfermedad o condición sea certificada por los Consejos Médicos a que se refiere ella, los afiliados o pensionados que estén haciendo uso de las Garantías Explícitas en Salud a que se refiere el decreto supremo N° 22, de 2019, del Ministerio de Salud, para el Problema de Salud N° 4, sólo por cuidados paliativos en cáncer avanzado y, a su vez, por los diagnósticos que se indican a continuación: ...Cáncer gástrico metastásico a distancia en al menos dos sitios... Para acceder al beneficio establecido en el artículo 70 bis del decreto ley N° 3.500, de 1980, que incorpora esta ley, desde la fecha de su publicación y con anterioridad a la entrada en vigencia de las reglas permanentes de ésta, será suficiente la presentación ante la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones de un certificado



*emitido por el médico jefe de la Unidad de Cuidados Paliativos, o su similar, del establecimiento público o privado en donde está siendo tratado el solicitante, que acredite que se encuentra recibiendo los cuidados paliativos por los diagnósticos antes señalados. El beneficio precedentemente indicado deberá otorgarse, en el caso que corresponda, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud... Dentro del mismo plazo, la Administradora deberá verificar los siguientes antecedentes: i) calidad de afiliado activo o pensionado del solicitante, según corresponda; ii) existencia de fondos disponibles en la cuenta de capitalización individual del afiliado; iii) acreditación de beneficiarios de pensión de sobrevivencia; y iv) cobertura del seguro de invalidez y sobrevivencia”.*

**Noveno:** Que, de esa manera, queda en evidencia que don Juan Miguel Arce González, quien ha acreditado fehacientemente padecer un “cáncer de colon etapa IV con compromiso pulmonar y hepático” y estar “actualmente en proceso de inicio de quimioterapia paliativa” (certificado de 12 de enero de 2021), se encuentra en la situación normada en el artículo único, en relación con el artículo tercero transitorio, de la Ley N° 21.309, aplicable al primer día hábil del mes subsiguiente a la fecha de su publicación, esto es, el 1 de abril de 2021.





De ello se deriva que la respuesta denegatoria proporcionada por AFP Capital ha devenido en ilegal, al contravenir el ordenamiento jurídico vigente, privando al actor del legítimo ejercicio del derecho de propiedad que le asiste sobre el dinero ahorrado, anormalidad que deberá ser corregida de la forma como se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de diecinueve de marzo de dos mil veintiuno, y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección interpuesto por don Juan Miguel Arce González, sólo en cuanto se ordena a AFP Capital considerar el presente fallo como suficiente solicitud, en los términos estatuidos en el artículo 3° transitorio de la Ley N° 21.309, debiendo requerir al actor las aclaraciones, precisiones y antecedentes que correspondan, de manera tal de otorgar al Sr. Arce González una respuesta fundada dentro de décimo día. Cumplido lo anterior, la recurrida deberá informar el resultado de la gestión al tribunal de primera instancia.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Ravanales.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 22.293-2021.



Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por el Abogado Integrante Sr. Enrique Alcalde R. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Ravanales por encontrarse con permiso.



En Santiago, a treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

