

Valdivia, treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés.

Visto:

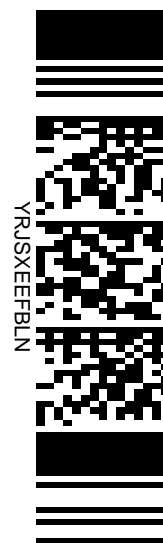
Que comparece don Francisco Javier Contardo Cabello y Christopher Andrés Fuentes Rolack, abogados, domiciliados en San Carlos N° 171 Of. 203, Valdivia, actuando en representación convencional de doña Isolda Lucila Bachmann Saldivia, dueña de casa, domiciliada en calle Capitán Jorge O`Ryan N° 2.201, Conjunto Residencial Portal Las Quemadas, Osorno, quienes recurren de protección en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A., representada por su gerente general don Martín Mujica Ossandón, ambos con domicilio en Av. Apoquindo N° 3600, oficina 601, Las Condes, Santiago.

Funda su presentación señalando que la recurrida ha afectado garantías fundamentales de su representada, las contempladas en los numerales 2° y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Conforme a la carta enviada con fecha 15 de diciembre de 2022, la AFP recurrida, por intermedio de doña Romina Liberona Liberona, Jefe del Centro de Servicios, comunica la decisión de rechazar la solicitud de pensión de supervivencia a que tiene derecho su representada en su calidad de madre de don Edmundo Guiresse Bachmann y por haber vivido a expensas del afiliado don Christian Guiresse Gil, fallecido el día 15 de julio de 2022.

La comunicación señalada de la señora Liberona “Por orden del Gerente General”, como aparece en la misma, fue remitida al compareciente Francisco Javier Contardo C., luego de que reclamara de la reticencia de la AFP Cuprum S.A. a dar una respuesta formal a la solicitud de pensión de sobrevivencia de la señora Bachmann, que se quería precisamente para ejercer las acciones correspondientes. El reclamo se efectuó ante la Superintendencia de Pensiones el día 6 de diciembre de 2022, “tanto por lo formal como por el tema de fondo.”, debido a que la Jefa de la Sucursal Osorno, donde se tramitó la solicitud, luego de haber comunicado de manera informal la existencia de una resolución que aceptaba la pensión, comunicó de la misma manera la existencia de una nueva resolución que la rechazaba, siendo reticente para remitir una y otra, aunque adelantaba que el rechazo se fundaba en el artículo 9 del D.L. 3.500.

Acompañan copia del reclamo, en que reconocen la comunicación de 15 de diciembre de 2022 no constituye una resolución; pero por las circunstancias de su expedición, y hacerse “Por orden del Gerente General”, constituye claramente una manifestación definitiva respecto de la solicitud de su representada, por lo que ella es constitutiva de un acto arbitrario e ilegal. En la comunicación, dirigida al



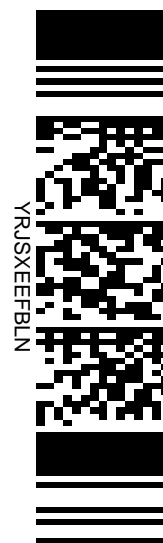
compareciente Francisco Javier Contardo C., se parte diciendo: *“En respuesta a su consulta efectuada a través de la Superintendencia de Pensiones, relacionada con el trámite de pensión de sobrevivencia de nuestro afiliado señor Christian Guiresse Gil, Rut 10.772.920-8 y la calidad de beneficiaria que detenta la señora Isolda Bachmann Saldivia, RUT 9.924.217-5, informamos...”* Y se termina diciendo:

“El 22 de noviembre, nuestra AFP revisó los nuevos antecedentes que envió la señora Bachmann, para acreditar el requisito de vivir a expensas, requisito que fue cumplido. Sin embargo lo expuesto, la señora Bachmann no acreditó con documentación otorgada por el Registro Civil que se encontraba soltera o viuda, por lo que la AFP tuvo que efectuar el proceso de revisión, el que arrojó que su estado civil a la fecha de fallecimiento del afiliado era divorciada. Así, no cumple los requisitos establecidos en el artículo 9º, del D.L. N° 3.500, y por tanto, no puede ser considerada como beneficiaria de pensión de sobrevivencia del afiliado fallecido.”

Sostiene que la decisión de la AFP Cuprum es arbitraria e ilegal. El artículo 9º del D.L. 3.500, en cuanto exige como requisito para tener derecho a la pensión de sobrevivencia ser soltera o viuda, es de un tiempo en que no existía el estado civil de divorciado. Es un principio de hermenéutica constitucional que las leyes se deben interpretar en armonía con la Constitución. El sentido permanente de la disposición en el tiempo es que los casados no tienen el derecho. La persona divorciada no está casada. Si ha vivido a expensas del fallecido está en la misma situación de desamparo del soltero o viudo. Hacer una diferencia a su respecto es establecer una discriminación arbitraria por la vía de la interpretación, que ciertamente de esa manera deja en contradicción al D.L. con la Constitución, que establece la igualdad ante la Ley.

Estima que la decisión recurrida establece una discriminación arbitraria en su contra en relación a las madres viudas o solteras, quienes se encuentran en la misma condición jurídica que la recurrente, a la luz de la pensión de supervivencia establecida en el artículo 9º del D.L. 3500; así se vulnera la garantía fundamental de la igualdad ante la ley. Por otra parte, al negársele un derecho que le corresponde por ley, se vulnera su derecho fundamental a la propiedad, pues se le priva del legítimo ejercicio de dominio sobre un derecho previsional especialmente establecido por el legislador para madres que se encuentran en su situación jurídica.

Solicitan (i) se declare ilegal y arbitraria la decisión de fecha 15 de diciembre del año 2022, tomada por la AFP Cuprum (ii) se ordene a la recurrida a



otorgar a doña Isolda Lucila Bachmann Saldivia la pensión de supervivencia establecida en el artículo 9° del D.L. 3500.

Que informando la parte recurrida, doña Nicole Leclerc Correa, en representación de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A., solicita el rechazo del recurso de protección.

Da cuenta que con fecha 15 de julio de 2022, falleció don Christian Edmundo Guiresse Gil, cédula de identidad N°10.772.920-8, afiliado de Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.

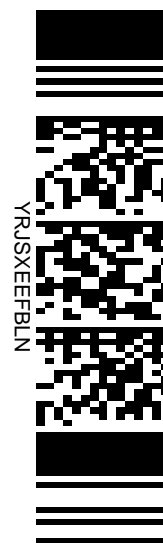
Con fecha 8 de agosto de 2022, la recurrente suscribió en la Agencia Osorno de AFP Cuprum, la solicitud de pensión de sobrevivencia incluyéndose como beneficiaria de pensión de sobrevivencia en calidad de madre de filiación no matrimonial.

En dicha instancia, la recurrente presentó un informe social emitido por la señora Susana Tapia Flores, trabajadora social de la Municipalidad de Río Bueno, a fin de acreditar que vivía a expensas del afiliado don Christian Guiresse Gil. Lo anterior, en conformidad a lo exigido en el Anexo N° 2A informe social, Anexos, Título I. Pensiones, Libro III. Beneficios Previsionales del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones de la Superintendencia de Pensiones. Dichos antecedentes fueron revisados por la Gerencia Legal de AFP Cuprum. Con fecha 16 de agosto de 2022, se solicitaron mayores antecedentes a la recurrente para verificar si vivía a expensas del afiliado don Christian Guiresse Gil y determinar si cumplía con dicho requisito, cuestión fundamental para ser declarada beneficiaria de pensión de sobrevivencia.

Con fecha 03 de octubre de 2022, la recurrente presentó nueva documentación para acreditar su condición de vivir a expensas, sin embargo, fue objetada por ser insuficiente, y así se le enviaron las observaciones con fecha enviada el 27 de octubre de 2022.

Finalmente, y luego de que la recurrente acompañara la documentación solicitada por la Gerencia Legal, con fecha 23 de noviembre de 2022, dicha Gerencia aprobó la condición de vivir a expensas de la recurrente respecto del afiliado don Christian Guiresse Gil. Lo anterior consta en el correo electrónico de esa misma fecha, acompañado a su presentación.

Sin perjuicio de lo anterior, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9, letra a) del D.L. N° 3.500, de 1980 y dado que la recurrente no había aportado documentación que acreditase su calidad de soltera o viuda conforme lo requiere la legislación; dicha Administradora al efectuar el proceso de revisión, detectó que su estado civil, a la fecha de fallecimiento del afiliado don Christian



Guiresse Gil, era de divorciada. Conforme a ello, se informó a la recurrente que no puede ser considerada como beneficiaria de pensión de sobrevivencia del afiliado fallecido, en conformidad a la legislación vigente, toda vez que su estado civil no es soltera ni viuda, sino que divorciada. Expone que, el presente recurso se interpone, sin haber obtenido, de forma previa, un pronunciamiento de la Superintendencia de Pensiones, órgano encargado de la fiscalización de esta Administradora, a fin de solicitarle mayores antecedentes sobre la legislación y la normativa vigente o, en caso de que hubiese correspondido, ordenar la corrección del actuar de esta AFP. Estima que el asunto debe ser resuelto por la vía de un reclamo en la misma AFP, a fin de explicar la legislación y la normativa vigente, o ante la Superintendencia de Pensiones —ente regulador, contralor y fiscalizador de las Administradoras de Fondos de Pensiones; y no por la vía del recurso de protección. Solicita en definitiva se rechace el recurso.

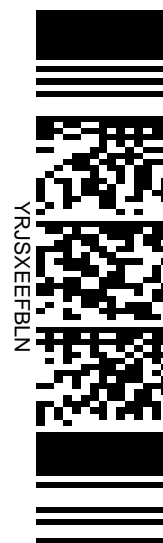
CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el acto que se estima ilegal y arbitrario corresponde a una comunicación dirigida a la recurrente en que se le señala que, no puede ser considerada como beneficiaria de pensión de sobrevivencia del afiliado fallecido, en conformidad a la legislación vigente, toda vez que su estado civil no es soltera ni viuda, sino que divorciada.

Que con posterioridad a la denuncia se acompañan por la recurrente los documentos consistentes en carta dirigida por la recurrida de fecha 15 de diciembre de 2022, en que se da cuenta de esta situación y se reitera la negativa a otorgar la pensión de sobrevivencia y un oficio emanado desde la Superintendencia de Pensiones sin fecha, en respuesta a una presentación realizada por el abogado de la recurrente, en el mismo sentido que la respuesta de la AFP.

Que más allá de los aspectos formales del recurso, y el hecho de corresponder o no a un acto terminal, alegado por la recurrida, la cuestión central se basa en el rechazo, ya anunciado por esta, en cuanto a desestimar la solicitud de pensión de sobrevivencia interpuesta doña Isolda Lucila Bachmann Saldivia, en su calidad de madre no matrimonial del causante y afiliado don Christian Guiresse Gil, fundado en que, a pesar de reconocerse su situación de vivir a expensas del recurrente, no cumpliría con el requisito legal de ser soltera o viuda, ya que su estado civil es de “divorciada”.

Estima que con ello se vulneran las garantías de igualdad ante la ley y su derecho de propiedad, correspondiendo a un actuar ilegal y arbitrario por parte de la recurrida.



SEGUNDO: Que la recurrida, al informar, se remite a discutir los aspectos formales del recurso, sin argumentar en cuanto al fondo de la vulneración alegada, sin perjuicio reconoce que, “ a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9, letra a) del D.L. N° 3.500, de 1980 y dado que la recurrente no había aportado documentación que acreditase su calidad de soltera o viuda conforme lo requiere la legislación; dicha Administradora al efectuar el proceso de revisión, detectó que su estado civil, a la fecha de fallecimiento del afiliado don Christian Guiresse Gil, era de divorciada. Conforme a ello, se informó a la recurrente que no puede ser considerada como beneficiaria de pensión de sobrevivencia del afiliado fallecido, en conformidad a la legislación vigente, toda vez que su estado civil no es soltera ni viuda, sino que divorciada.”

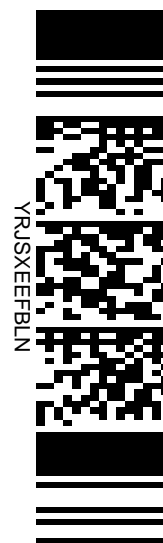
TERCERO: Que para resolver la controversia en análisis conviene tener en vista lo que dispone el artículo 9 del D.L. 3500 (*publicado el 13 de noviembre de 1980*): “*Artículo 9°.- El padre o la madre de hijos de filiación no matrimonial de la o el causante tendrán derecho a pensión de sobrevivencia si reúnen los siguientes requisitos, a la fecha del fallecimiento: a) Ser solteros o viudos, y b) vivir a expensas del causante.*”

Que cabe tener presente que la modificación introducida al artículo por la ley 20.255, de fecha 17 de marzo de 2008 se limitó a agregar como posible beneficiario al padre, ya que la norma antes solo contemplaba a la madre.

La ley de matrimonio civil, de 17 de mayo de 2004, recién establece el estado civil de divorciado, por lo que a la fecha de dictación del referido DL 3500 no existía, quedando fuera de los potenciales beneficiarios solo la madre casada, explicación que solo es dable consignar a la luz de lo dispuesto en el artículo 321 del Código Civil, que contempla a los cónyuges como beneficiarios en primer orden de pensión de alimentos.

Sin perjuicio de ello, las personas divorciadas pierden la calidad de alimentarios respecto de su anterior cónyuge y por ello no resulta lógico la omisión de esta categoría en la disposición de los beneficiarios, en la medida que se acrediten los requisitos legales, esto es, no estar casados y vivir a expensas del afiliado.

Visto de otro modo, antes de la dictación de la ley 19.947, las mujeres que habían anulado su matrimonio, tenían derecho a la pensión de sobrevivencia si vivían a expensas de sus hijos, afiliados a una determinada AFP, por cuanto su estado civil era de “soltera”, entonces con la falta de adecuación de la norma, estarían en peores condiciones las mujeres divorciadas, puesto que no tendrían



derecho a dicha pensión, lo que a todas luces constituye una discriminación arbitraria.

CUARTO: Que los Estados y sus organismos deben actuar conforme a la constitución y la ley, con el debido respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana, siendo deber del estado respetar y promover tales derechos, garantizados en la constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, conforme se desprende de los artículos 5 y 6 de la carta fundamental.

Por su parte el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, asegura a todas las personas, la igualdad ante la ley, disponiendo que ni la ley ni autoridad alguna podrá disponer diferencias arbitrarias.

QUINTO: Que resulta pertinente recordar que, el PIDCP en su artículo 2 consagra: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a *respetar y a garantizar* a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

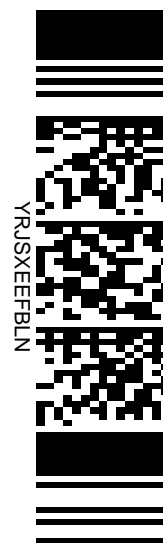
2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.



El artículo 3 prescribe “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”

Y el artículo 26, “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

En un Comentario General que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación. En él se establece que: “...el artículo 26... establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”.

SEXTO: La ley N° 20.609 establece medidas contra la discriminación. La definición de discriminación arbitraria en su artículo 2°, la asimila a toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, que podrá producirse entre otras, en circunstancias motivadas por el sexo, la orientación sexual y la identidad de género. Esta enumeración no es taxativa, pudiéndose identificar situaciones discriminatorias que se basen en circunstancias no previstas en este catálogo, pero que puedan ser igualmente consideradas arbitrarias.

SÉPTIMO: Que si bien podría determinarse que el acto recurrido no constituye el acto terminal, no puede soslayarse la circunstancia que, el recurso de protección como acción de cautela de garantías, puede resultar procedente ante la sola amenaza de vulneración de las consagradas en el artículo 19, y en este sentido la referencia al artículo 9 del DL 3500 como fundamento de la negación de un derecho, cuando su texto resulta abiertamente en una discriminación sin justificación razonable, hace procedente su interposición.

OCTAVO: Que entonces, la negativa a considerar a la recurrente como titular de una pensión de sobrevivencia, por no encontrarse en las hipótesis literal de la norma, sin realizar una interpretación armónica, que contemple otras leyes,



incluso posteriores y de superior jerarquía, constituye una amenaza a la garantía de igualdad ante la ley y al derecho de propiedad, dado que de mantenerse ese pronunciamiento, se le privará a la actora de una pensión de sobrevivencia, razón por la que el presente recurso debe ser acogido.

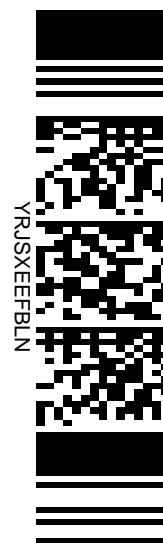
Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se **ACOGE**, el recurso deducido en favor de doña Isolda Lucila Bachmann Saldivia y, en consecuencia, se deja sin efecto la decisión recurrida comunicada por carta a la recurrente, debiendo la entidad recurrida disponer que se dé curso a la solicitud de pensión de sobrevivencia de la actora, como en derecho corresponda.

Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Claudio Aravena Bustos, quien estuvo por rechazar el presente recurso, al considerar que la acción de protección, tiene naturaleza cautelar y no declarativa de derechos.

Redacción de la Sra. Fiscal Interina, Sra. Paola Oltra Schüller.

Regístrese, comuníquese y, en su oportunidad, archívese.

Protección N°8898-2022.-



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia integrada por Ministra Marcia Del Carmen Undurraga J., Fiscal Judicial Paola Carolina Oltra S. y Abogado Integrante Claudio Eugenio Aravena B. Valdivia, treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés.

En Valdivia, a treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés, 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 11 de Septiembre de 2022, 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>.