



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**Facultad de Derecho.  
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.**

**“ESTUDIO DOCTRINARIO SOBRE LA AFILIACION Y LAS  
RELACIONES JURIDICAS QUE SURGEN A PARTIR DE ELLA ENTRE  
LAS AFP, LOS FONDOS Y LOS AFILIADOS”**



**Trabajo para optar al título de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas y Sociales.**

**ANDRES FERNANDEZ MENDEZ.  
Profesor Guía: SR. ALFREDO VALDES RODRIGUEZ.**

**Santiago, Chile.  
2006**

<b>1.- EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE. ....</b>	<b>3</b>
<b>a.- Aspectos Generales.....</b>	<b>3</b>
<b>b.- Sujetos del Sistema: La AFP, el Afiliado y la Superintendencia de AFP.....</b>	<b>5</b>
<b>i. Administradoras de Fondos de Pensión.....</b>	<b>5</b>
<b>ii. La Superintendencia de AFP.....</b>	<b>9</b>
<b>iii. El Afiliado .....</b>	<b>13</b>
<b>2.- EL SISTEMA PREVISIONAL Y LA AFILIACIÓN.....</b>	<b>15</b>
<b>a.- El Sistema Previsional, ¿un Servicio Público Impropio? .....</b>	<b>15</b>
<b>i. Características de los servicios públicos impropios .....</b>	<b>17</b>
<b>b.-La Afiliación al Sistema.....</b>	<b>20</b>
<b>i. Aspectos Generales.....</b>	<b>20</b>
<b>ii. Características de la Afiliación. ....</b>	<b>21</b>
<b>iii. Descripción de la relación material entre la AFP y el afiliado: servicios financieros.....</b>	<b>22</b>
<b>iiii. ¿Es la Afiliación un Contrato?.....</b>	<b>27</b>
<b>v. Clasificación y Categorías del Contrato de Afiliación.....</b>	<b>31</b>
<b>vi. Elementos del Contrato. ....</b>	<b>33</b>
<b>vii. Calificación jurídica de la afiliación: un contrato de mandato y/o una prestación de servicios que conlleva la facultad de representar.....</b>	<b>36</b>
<b>3.- RELACIONES JURÍDICAS EXISTENTES EN EL ESQUEMA DE LAS AFP. ....</b>	<b>46</b>
<b>a. Relación entre la AFP y el Afiliado: Mandato (ya analizado en el punto anterior).....</b>	<b>46</b>
<b>b. Relación entre el Afiliado y el Fondo: Propiedad. Naturaleza Jurídica del Fondo.....</b>	<b>46</b>
<b>i. El fondo como Patrimonio de Afectación.....</b>	<b>47</b>
<b>1. Patrimonios de Afectación. ....</b>	<b>47</b>
<b>2. Patrimonios de Afectación y Fondos del DL 3500 .....</b>	<b>50</b>
<b>3. Disposiciones que considerarían al Fondo como sujeto de Derecho. ....</b>	<b>51</b>

4. Conclusiones.....	54
ii. El fondo como Comunidad.....	57
1. Aspectos Generales de la Comunidad.....	57
2. El Fondo como Comunidad a la Luz del Derecho Civil.....	60
3. “Cuotas” del Código Civil y “Cuota” del DL 3500.....	62
4. Conclusiones.....	64
iii. Tesis Ecléctica.....	69
c. Comparación del Sistema de AFP con Otros Fondos Existentes en el Ordenamiento Jurídico Chileno.....	72
i. Fondos Mutuos.....	72
ii. Fondos de Inversión.....	75
<b>4.- DERECHOS Y DEBERES DE LA AFP PARA CON EL AFILIADO.</b>	<b>76</b>
.....	76
a. Derechos de la AFP con el Afiliado.....	76
i. Recibir el pago de cotizaciones.....	76
ii. Cobro de comisión.....	78
b. Deberes de la AFP.....	82
i. Conflicto de intereses en la administración del fondo y su regulación en la ley.....	83
ii. Ausencia de regulación frente a la libertad de fijación de comisión: aplicación de las normas del Código Civil.....	88

## **1.- EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE.**

### **a.- Aspectos Generales.**

El Sistema de Seguridad Social chileno ha experimentado desde sus orígenes, allá por la década del veinte, una serie de cambios tendientes a mejorar su calidad y eficiencia. Así, desde la creación de la Caja del Seguro Obrero en el año 1924- comienzo del Sistema de Seguridad Social en nuestro país- dicho sistema ha ido progresivamente aumentando tanto en el porcentaje de la población protegida como las contingencias sociales por él cubiertas, y lo más significativo, ha pasado de ser un sistema de reparto administrado por el estado-donde la población laboralmente activa sustentaba a la pasiva-a uno de capitalización individual caracterizado por la administración privada. Este cambio fundamental, se produce el año 1980 con la promulgación del Decreto Ley 3.500, actual base de nuestro sistema de pensiones.

Con anterioridad a la reforma del año 1980, el sistema de pensiones, conocido como sistema de reparto, se caracterizaba por ser de administración estatal y con carácter solidario: las pensiones pagadas a quienes no se encontraban dentro de la fuerza de trabajo, eran solventadas por medio de aportes de quienes se encontraban laboralmente activos, el Fisco y los empleadores. Además, existía independencia entre las cotizaciones efectuadas y la pensión recibida, ya que el imponente solo contribuía con su aporte a solventar un fondo común y público, de donde provenía un posterior reparto que buscaba el beneficio de todos los afiliados por igual. Este sistema-

concebido sin afán de lucro para ninguno de sus actores- no funcionó como se esperaba y debió tener al Estado como su principal sostén, debiendo para ello realizar ingentes esfuerzos que posteriormente llevarían a la reforma del mismo.

Entre los principales factores que causan el mal funcionamiento del sistema de reparto, puede mencionarse el hecho de la disminución de la tasa de natalidad y aumento de expectativas de vida, lo que provocó un fuerte aumento de la población pasiva (sostenida por la activa); el incentivo para evadir el pago de cotizaciones al no existir relación entre los aportes efectuados y el monto de la pensión recibida y el excesivo gasto fiscal.

En el año 1980 se dictan los decretos leyes N° 3500 y 3501 que vienen a reformar profundamente el sistema de pensiones, introduciendo un sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia verdaderamente revolucionario, pues además de crear una estructura institucional estable y solvente, ha sido un elemento sustancial del desarrollo económico de Chile en los últimos 25 años, ya sea impulsando el crecimiento y desarrollo de mercados ya existentes, como el financiero, el de las telecomunicaciones o el eléctrico, como también permitiendo el surgimiento de mercados antes inexistentes, como por ejemplo, el de los seguros de vida.

Este nuevo sistema, basado en la capitalización individual, se funda en la idea de ligar directamente los aportes realizados con el monto de la pensión que se obtendrá y por la gestión del mismo por entidades privadas controladas por el Estado

En términos muy simples, la arquitectura del sistema se sustenta en tres elementos: Las Administradoras de Fondos de Pensión-AFP- la Superintendencia de AFP y el Afiliado. El funcionamiento se basa en la capitalización individual del afiliado, por medio del pago de sus cotizaciones.

Dicho capital es administrado por la AFP con el objeto de hacerlo rentar y otorgar determinadas prestaciones en beneficio del afiliado, cobrando por ello una comisión. Por su parte, la Superintendencia vela por el correcto funcionamiento del sistema ejerciendo una función contralora. Cabe agregar que en la estructura descrita, el Estado cumple un papel gravitante, al ser un garante de la estabilidad, pues asegura al afiliado una rentabilidad mínima, que incluso lleva al Estado a financiar, en el evento que la AFP no sea capaz de alcanzarla.

Podemos señalar que el sistema ha sido exitoso en variados aspectos, al punto de ser alabado en la comunidad internacional e incluso imitado por diversos países; sin embargo, habiendo sufrido a lo largo del tiempo variadas modificaciones para su perfeccionamiento, aún es evidente que queda mucho por mejorar.

En el presente trabajo se hará una breve referencia a los actores del sistema y se analizará, principalmente desde la perspectiva del derecho común, importantes instituciones del mismo.

## **b.- Sujetos del Sistema: La AFP, el Afiliado y la Superintendencia de AFP.**

### **i. Administradoras de Fondos de Pensión.**

Las AFP son la pieza clave de la arquitectura institucional de nuestro sistema previsional. Así, el artículo 23 del DL 3500 las define en los siguientes términos: *“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”.*

La misión de dichas sociedades las establece el artículo 10 del mismo decreto: *“las Administradoras recaudaran las cotizaciones correspondientes y los depósitos a que se refiere el artículo 21, los abonarán en las respectivas cuentas de capitalización individual y en las cuentas de ahorro voluntario de sus afiliados, según corresponda, e invertirán dichos recursos de acuerdo a lo que dispone esta ley”.* El artículo 1° insiste en la misma idea: *“la capitalización se efectuará en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones”*

Respecto a la remuneración de la AFP por el servicio prestado, los artículos 28 y 29 del DL 3500 indican que las administradoras tendrán derecho a una retribución, que consistirá en una comisión de cargos de los propios afiliados y establecen como se regulará dicha comisión.

Resulta entonces relevante destacar las siguientes características:

- a) Las AFP son sociedades anónimas (entidades privadas) que junto con deber su existencia y marco legal al DL 3500, se le aplican las normas sobre dichas sociedades (Ley N° 18.046), mientras no se opongan con el mencionado decreto.
- b) Las AFP administran fondos, constituidos a partir de los aportes de los afiliados en sus respectivas cuentas de capitalización individual. Cada AFP puede administrar hasta cinco fondos distintos, diferenciados por el nivel de riesgo en la inversión de cada uno de ellos.
- c) El patrimonio de la administradora es independiente del patrimonio constituido por el fondo de pensiones.
- d) La retribución que la administradora recibe a cambio del servicio prestado al afiliado, es la comisión, la cual se deduce de los aportes enterados por éste.

Las comisiones son uniformes para todos los afiliados a una misma AFP y son fijadas libremente por cada administradora en base a reglas dispuestas por el legislador.

e) Las AFP deben cumplir con una norma de rentabilidad mínima, de cada fondo que administren, siendo el Estado un garante de dicho cumplimiento.

f) La principal función de la AFP consiste en la administración de las cuentas individuales de los afiliados, realizando las inversiones correspondientes en los instrumentos autorizados por el DL 3500, el Banco Central o la Superintendencia de AFP, con el fin de otorgar al afiliado, una pensión y demás beneficios establecidos por la ley.

A diferencia de la mayoría de las compañías que operan en el mercado, las AFP, deben su existencia a la creación de un sistema de administración de pensiones por parte del Estado. Sin el DL 3500 el negocio al cual se dedican sencillamente no existiría. Así, por ejemplo, en los países en que no existe un sistema similar al chileno, las pensiones son gestionadas directamente por el aparato público o en su defecto, por compañías de seguros. Con esto, queremos señalar que las Administradoras no se desenvuelven en un “mercado natural”, sino que en uno dependiente por completo de los arreglos normativos que establezca el Estado para que el sistema opere como tal.

El carácter de dependencia del marco institucional se refuerza con el hecho de que estas compañías tienen *consumidores cautivos*: todos los trabajadores dependientes de Chile, salvo contadas excepciones, deben cotizar en alguna de las AFP. No hay servicios sustitutos: todos deben emplear los servicios que brindan estas compañías. La afiliación- la relación jurídica entre un trabajador y el sistema de pensiones- es única y permanente, esto es, subsiste durante toda la vida del afiliado, obligando a todos ellos a cotizar el 10% de su remuneración mensual en una AFP ( artículos 2 y 17 del DL 3500).

El fundamento normativo de esta regulación se encuentra en el artículo 19 N°18 de la Constitución Política de la República. Dicha norma establece “el derecho a la seguridad social” como un derecho fundamental, en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todas las personas: N°18: El derecho a la seguridad social. / Las leyes que regulen su ejercicio serán de quórum calificado. / 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. / El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”.

Existen diversas justificaciones para que la seguridad social sea un derecho esencial resguardado por la Constitución. No se trata sólo de un paternalismo estatal, en el sentido de forzar a las personas a hacerse cargo de su futuro, como algunos pueden erróneamente pensar. El hecho que el Estado se haga cargo e intervenga en el ámbito de la seguridad social tiene fundamentos económicos que reafirman la obligación social de dar solución a los problemas de quienes se encuentran en una posición vulnerable (vejez, invalidez, pobreza, etc.).

Especialmente dificultades derivadas de la existencia de información incompleta y asimétrica -incluyendo “selección adversa” (*adverse selection*) y “riesgos morales” (*moral hazards*)- de riesgo y de incertidumbre, determinan que un sistema de pensiones basado únicamente en ahorro voluntario no sea eficiente. En síntesis, estamos frente a una falla de mercado que requiere de la

intervención estatal no sólo por razones de redistribución sino también de eficiencia.<sup>1</sup>

## **ii. La Superintendencia de AFP.**

La seguridad social -derecho de raigambre constitucional-opera con la administración de un capital formado por los ahorros de todos los trabajadores afiliados al sistema. Por ello, se requiere de un severo control por parte del ejecutivo sobre los actores de dicho sistema. Para estos efectos, el DL 3500 creó la Superintendencia como un organismo autónomo, con personalidad jurídica propia, relacionada con el Gobierno a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y cuya función es la “supervigilancia y control de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones”. Más concretamente el artículo 94 establece, entre otras, las siguientes potestades o poderes/deberes de parte del regulador:

*Nº2: Fiscalizar el funcionamiento de las Administradoras y el otorgamiento de las prestaciones que éstas otorguen a sus afiliados. . .*

*Nº3: Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del Sistema, con carácter obligatorio para las Administradoras. . .*

*Nº5: Fiscalizar la inversión de los recursos de los Fondos de Pensiones y la composición de la cartera de inversiones.*

---

<sup>1</sup> Barr Nicholas A., “The welfare state as piggy bank : information, risk, uncertainty, and the role of the state”, New York : Oxford University Press, 2001; Valdés Salvador, “Libertad de Precios para las AFP: Aún Insuficiente”.1997

*N°10: Efectuar los estudios técnicos necesarios que tiendan al desarrollo y fortalecimiento del Sistema de Pensiones.*

Es interesante dar cuenta de la misión institucional y los valores de esta institución de acuerdo a las palabras del propio Superintendente de AFP, Guillermo Larraín Ríos. En la página web de esta entidad ([www.safp.cl](http://www.safp.cl)) el citado Superintendente expresa lo siguiente:

### *Misión Institucional*

*Velar por la seguridad de los ahorros previsionales para vejez, invalidez, sobrevivencia y por los ahorros de cesantía, pertenecientes a los trabajadores y pensionados chilenos y -con este mismo propósito- promover el desarrollo y perfeccionamiento del sistema de pensiones de capitalización individual y de seguro de cesantía vigentes en Chile.*

*Resguardar los Fondos de Pensiones y de Seguro de Cesantía a través de la generación de un marco normativo adecuado y de una fiscalización constructiva que ayude a aumentar la confianza de los usuarios en el Sistema de Pensiones y de Seguro de Cesantía.*

### *Valores*

*La materialización de la misión pasa por tres políticas fundamentales: con relación a los afiliados de los sistemas de pensiones como del seguro de cesantía, sean estos cotizantes (trabajadores activos) o pensionados, la política institucional está dirigida al resguardo de sus fondos y la solución*

*expedita de los problemas e inquietudes que puedan presentar, así como también a resguardar las Garantías Estatales comprometidas.*

*En lo referido a las Administradoras, es firme convicción de este organismo contralor que la política correcta debe incluir la generación de un marco regulador apropiado y el desarrollo de una fiscalización constructiva, que propenda a una adecuada rentabilidad y seguridad de los fondos y al pago oportuno de los beneficios consignados en la ley.*

El Estado, a través de la Superintendencia de Valores y Seguros, es así garante del correcto funcionamiento del sistema. Su rol de fiscalizador lo coloca en una situación de control y responsabilidad sobre el resultado efectivo de las Administradoras de Fondos de Pensiones respecto a los afiliados. Este resultado efectivo involucra, en términos muy generales: (i) Proteger la propiedad de los afiliados sobre sus fondos; (ii) Asegurar que los fondos sean administrados de manera transparente y sujetos al mínimo riesgo posible dado el nivel de riesgo<sup>2</sup>.

Cabe agregar que la función contralora de la Superintendencia, cobra gran importancia no solo por el hecho de estar involucrada la fe pública-ahorros de todos los chilenos- sino además por el rol de garante que cumple el Estado en el sistema, pues éste asegura el financiamiento de ciertos beneficios para el afiliado (ej. Rentabilidad mínima). Así, resulta fundamental un efectivo control ex-ante a cargo de una fiscalización eficiente por parte de la Superintendencia.

Al margen de lo expuesto es importante destacar también, que la Superintendencia de AFP tiene asignado un estricto control sobre la estructura

---

<sup>2</sup> Valdés Salvador, “Libertad de Precios para las AFP: Aún Insuficiente”.1997

de costos de las AFP, y por ende, indirectamente, sobre las utilidades de las mismas. El legislador está consciente que las AFP en cuanto empresas-no respecto a los Fondos que administran- pueden tener pérdidas excesivas o utilidades excesivas, ambos resultados igualmente indeseables. Para ello, al regular las comisiones que las AFP pueden cobrar, en el artículo 28, dispuso las siguientes normas (incisos 4° y 5°):

*La Superintendencia deberá presentar un estudio de los costos de administración de los Fondos de Pensiones, el que deberá contener un desglose de los costos correspondientes a los distintos tipos de Fondos de Pensiones, un desglose del costo del seguro al que se refiere el artículo 59 y de las fuentes de ingresos de la Administradora, así como de los principales usos de éstos. Asimismo, en el mencionado estudio, la Superintendencia deberá difundir la rentabilidad de cada una de las Administradoras. Estas rentabilidades también deberán presentarse netas de encaje, de inversiones en empresas de depósito de valores y de inversiones en sociedades que complementen el giro de las Administradoras, tales como, sociedades anónimas filiales que administren carteras de recursos previsionales y sociedades anónimas filiales que presten servicios o inviertan en el extranjero, a las que se refiere el artículo 23. Asimismo, estas rentabilidades se presentarán netas de otros ingresos extraordinarios. Para este fin, se entenderá por rentabilidad neta, aquella que excluye tanto la utilidad o pérdida generada por los recursos antes mencionados, así como la inversión en éstos. La información utilizada para la realización de dicho estudio deberá basarse en información de carácter público. El estudio se realizará a lo menos semestralmente y será puesto a disposición del público en general.*

*Además, la Superintendencia será responsable de elaborar y difundir anualmente un informe sobre el costo previsional comparativo,*

*correspondiente a cada una de las Administradoras para afiliados con distintos niveles de remuneración y renta imponible. Para este fin, se entenderá por costo previsional el resultado de sumar a la comisión fija por depósito de cotizaciones, el valor de la cotización adicional multiplicado por la remuneración y renta imponible correspondiente.*

Una AFP que pierde dinero es un peligro para los afiliados. Una AFP que obtiene utilidades excesivas es también una amenaza para los fondos de los trabajadores, pues ningún mandatario tiene derecho a lucrar en exceso con los dineros entregados por el mandante cautivo, para su administración. Y aún más en general, es un objetivo tradicional de todos los sistemas regulatorios diseñar un sistema de control de precios que impida que quienes ejercen funciones públicas delegadas (concesionarios de servicios públicos) o prestan servicio de interés general no obtengan utilidades excesivas. Una condición esencial de la privatización de servicios considerados de interés público, es que quienes la reciben no lucren de ella en exceso a costa de los usuarios, afiliados o consumidores en general.

### **iii. El Afiliado**

El artículo 2° inciso 2° de la ley define la “afiliación” en los siguientes términos: “ *La afiliación es la relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia, que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización*”.

Para comprender el alcance de la voz “trabajador” recurrimos al Código del Trabajo, el que en su artículo 3 señala que “*para todos los efectos legales*

*se entiende por/ trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y/trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia/el empleador se considerará trabajador independiente para todos los efectos previsionales”.*

Por su parte el DL 3500 en el artículo 89, título IX sobre los “Afiliados Independientes”, considerará como tales a *“toda persona natural que, sin estar subordinada a un empleador, ejerce una actividad mediante la cual obtiene un ingreso, podrá afiliarse al Sistema que establece esta ley”*

En síntesis, afiliados será cualquier trabajador dependiente o independiente incorporado al Sistema Provisional de Capitalización individual, por medio de un vínculo jurídico conocido como “afiliación”. En el caso del empleador, el propio artículo 3 del Código del Trabajo lo considerará como trabajador independiente para efectos previsionales.

En cuanto a los derechos del afiliado, destacan básicamente:

- a) Derecho a una pensión de vejez;
- b) Derecho a una pensión de invalidez;
- c) Derecho a una pensión de sobrevivencia ( que más bien es un derecho de los beneficiarios del afiliado fallecido)
- d) Derecho a cambiarse libremente de AFP.
- e) Derecho a transferir a otra AFP el saldo de su cuenta individual.
- f) Derecho a información respecto a su cuenta y la administración de ella realizada.

Dentro de las obligaciones del trabajador, destaca fundamentalmente la de cotizar mensualmente. La cotización se define como: “forma de descuento

coactivo, ordenada por la ley respecto a determinados grupos, afecta a garantizar prestaciones de Seguridad Social”.<sup>3</sup> Esta obligación consiste básicamente, en el aporte del 10% de la remuneración imponible, si es dependiente o renta imponible si es independiente, para el financiamiento de la pensión de vejez. Además, el trabajador está obligado a enterar una cotización adicional, consistente en un porcentaje fijado por la propia AFP, independiente del anterior, destinado a solventar las primas de los seguros que cubrirán las pensiones de invalidez y sobrevivencia, y pagar una comisión a la AFP a cambio de sus servicios.

Respecto a los derechos y deberes de la AFP para con el afiliado, serán tratados en particular en el último capítulo de este trabajo.

## **2.- EL SISTEMA PREVISIONAL Y LA AFILIACIÓN.**

### **a.- El sistema previsional, ¿un servicio público impropio?**

La seguridad social no ha sido entregada libremente a la acción natural del mercado, pues éste corre siempre el riesgo de enfrentar graves “fallas de mercado”. A grandes rasgos, el Estado tiene dos formas de solucionar este problema: asumiendo y gestionando la seguridad social como una actividad estatal- retenida o concesionada- o permitiendo la administración del esquema institucional por parte de agentes privados.

La Constitución entrega al legislador la tarea de crear el modelo institucional sin tomar partido en ella; sin embargo, permite que el diseño se base en instituciones públicas o privadas.

---

<sup>3</sup> Humeres Noguera Héctor, pág. 452

Analizando someramente el DL 3500 puede sostenerse que el legislador no ha optado por el binomio servicio público/concesión, sino en uno basado en la libre iniciativa particular aunque sujeta a autorización y regulación sectorial.

Cabe señalar que un sistema basado en la libertad de emprendimiento y no en la titularidad pública (como el caso de las AFP), puede en la práctica, asimilarse a una actividad pública concesionada cuando la regulación estatal es intensa. Lo anterior ocurre en las llamadas “autorizaciones concesionales”, donde la autoridad administrativa goza de un gran mecanismo para controlar determinada actividad: el privado goza de un derecho o libertad preexistente respecto a dicha actividad, pero no puede ejercerse sin que el estado autorice su funcionamiento previa comprobación del cumplimiento de ciertos requisitos. Cuando estas autorizaciones rigen el ejercicio de la actividad en forma prolongada en el tiempo, reciben el nombre de “autorizaciones concesionales”. Una característica de ellas es suponer “la libertad de empresa y la iniciativa privada y, consiguientemente, aunque la Administración intervenga fuertemente un sector, como por ejemplo, el bancario, el de seguros, los actos habilitantes para poder enterar en ellos como empresarios no son concesiones sino autorizaciones; lo que ocurre es que, debido a la importancia de los sectores que se intervienen, la Administración «sigue» de cerca las actividades desarrolladas”.<sup>4</sup>

El uso extensivo de las “autorizaciones concesionales” en los últimos años-especialmente desde el masivo programa de privatizaciones que se ha llevado a cabo en el mundo entero en los últimos 15 años-ha dado lugar a que un sector de la doctrina postule el concepto de “servicio público impropio o virtual”, que viene a ser en definitiva un verdadero híbrido entre un régimen

---

<sup>4</sup> García –Trevijano José Antonio, “Los Actos Administrativos”. Madrid. 1986

de servicio público-regido por el Derecho Público- y un régimen de libertad general-regido por el Derecho Privado-.

**i. Características de los servicios públicos impropios**

Siguiendo la opinión del administrativista español, el profesor ARIÑO ORTIZ<sup>5</sup>, encontramos en las AFP las características inherentes a un servicio público impropio, a saber:

1) *Actividad libre, pero sujeta a la autorización inicial no discrecional de la Superintendencia de AFP:* Las AFP sólo pueden ser creadas previa autorización de la Superintendencia (arts. 25, 26 y 93 N°1 del DL 3500), sólo pueden tener como objeto legal administrar fondos de pensiones (art. 23), deben contar con un capital mínimo de 5000 UF (art. 24), etc.

2) *Se trata de prestaciones al público de carácter general:* La seguridad social, según lo establece el artículo 19 N°18 de la Constitución, es un derecho constitucional, y por ende una prestación de carácter general. Esta característica está presente a lo largo de todas las normas del DL 3500.

3) *La Superintendencia es titular de poderes de dirección, vigilancia y control:* La Superintendencia de AFP tiene un poder general de fiscalización del funcionamiento de las Administradoras y de las prestaciones que éstas otorgan a sus afiliados (art. 93 N°2).

---

<sup>5</sup> Ariño Ortiz Gaspar, "Principios del Derecho Público Económico".Granada. 1999

4) *Reglamentación de Derecho Público con cargas y privilegios*: Las AFP están sujetas a un sinnúmero de cargas y privilegios. Entre las primeras, cabe destacar la detallada normativa relativa a las facultades y restricciones sobre los fondos, en especial relativas a la composición del portafolio de los fondos de inversiones (artículos 23, 37, 38, 39, 40, 45, etc.), las normas relativas a información a entregar al público y al regulador (artículos 26, 31), a las restricciones en cuanto a los honorarios y comisiones que puede cobrar a sus afiliados (arts. 28 y 29), etc. En cuanto a privilegios, el principal es claramente tener clientes cautivos, esto es, trabajadores obligados a cotizar el 10% de su remuneración (art. 2 y 17 del DL 3500).

5) *Principio de igualdad*: La igualdad se garantiza en la medida en que los afiliados pueden elegir libremente entre distintos fondos para invertir sus recursos (salvo restricciones de edad, que tienen un fundamento razonable). La igualdad entre los afiliados se respeta así administrando los montos de las cuentas individuales como parte de un fondo sujeto a normas y administración común.

6) *Naturaleza jurídica mixta entre operadores y clientes (derivada de la reglamentación pública sobre el servicio)*: La relación entre afiliados y AFP tiene, según se desprende del análisis que más adelante se realiza, un fundamento contractual y por ende de derecho privado: todos los trabajadores suscriben una suerte de mandato con las AFP. Pero dicho contrato, desde la perspectiva civilista, es un contrato dirigido, esto es, sujeto a una voluminosa carga regulatoria de Derecho Público que constituye el marco sectorial de dicha actividad (DL 3500 y demás reglamentos del sector).

Como ya lo hemos señalado, la necesidad de regular las AFP nace de las fallas de mercado que sufre esta industria. Dos de los problemas principales que enfrenta la regulación de AFP es el llamado “problema del agente” e “información incompleta y asimétrica”. Cuando un mandante encarga una gestión a un mandatario, se producen irremediabilmente dos fenómenos ligados entre sí: (1) diferentes intereses entre mandante y mandatario conduce a que ambos busquen distintos fines y estrategias, y por ende, lleva al mandatario a desviarse del fin asignado por el mandante; (2) en la medida en que la gestión es específica y técnica, se produce una asimetría de información entre ambos —el mandatario sabe más que el mandante— que puede ser utilizada en su propio provecho por el mandatario.

La mayor parte de los afiliados no saben prácticamente nada acerca del mercado financiero. Por ende, no tienen manera alguna de velar porque las AFP estén efectivamente invirtiendo sus recursos de la manera que resulte más conveniente para ellos. La regulación legal de AFP busca entonces fijar las reglas del juego a fin de asegurar que las Administradoras cumplan fielmente con su objeto legal que es administrar las cuentas individuales cotizadas por los trabajadores chilenos en beneficio exclusivo de estos últimos. Así lo establece claramente el artículo 45 del DL 3500: *“Las inversiones que se efectúen con recursos de un Fondo de Pensiones tendrán como únicos objetivos la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad. Todo otro objetivo que se pretenda dar a tales inversiones se considerará contrario a los intereses de los afiliados y constituirá un incumplimiento grave de las obligaciones de las Administradoras”*.

## **b.-La afiliación al sistema.**

### **i. Aspectos Generales.**

El artículo 2 del DL 3500 dispone: “La afiliación es una relación jurídica entre un trabajador y el Sistema de Pensiones de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia , que origina los derechos y obligaciones que la ley establece, en especial el derecho a las prestaciones y la obligación de cotización”. De la definición legal, se desprende que la afiliación es un imperativo legal que genera una relación jurídica entre trabajador y el sistema, es decir, prescribe la inclusión de éste en un determinado régimen de seguridad social, imponiendo ciertos deberes y obligaciones; sin embargo, debe destacarse que desde una perspectiva distinta, la afiliación puede entenderse como la relación jurídica concreta entre un afiliado y una administradora de fondos de pensión. De este modo podemos distinguir entre una afiliación abstracta- la primera- y una afiliación concreta-la segunda- donde ambos conceptos se encuentran necesariamente ligados: la incorporación de un trabajador al régimen de seguridad social (afiliación abstracta) se materializa con la relación jurídica que se forma entre un afiliado y una determinada AFP, por la incorporación del primero a esta última y en la que se generan derechos y obligaciones recíprocas (afiliación concreta).

Formalmente, la afiliación concreta se hace tangible mediante un acto voluntario en virtud del cual, el potencial afiliado realiza una solicitud de incorporación -llamado “aviso de incorporación”- a aquella AFP a la cual desea encomendar el encargo de recibir sus cotizaciones, administrar su cuenta de capitalización individual, realizar las inversiones y rentabilizaciones del caso, y luego, otorgar las prestaciones legales que correspondan. Este acto

jurídico de solicitud de incorporación debe ser aceptado por la AFP, la que de hecho tiene escaso margen de discrecionalidad para rechazar la solicitud (artículo 2 inciso 7° del DL 3500).

Cabe destacar que el legislador, al definir la afiliación como un vínculo jurídico del trabajador con el Sistema (abstracta) y no con la AFP en particular (concreta) quiere significar que la relación de derecho establecida, es independiente a la AFP misma, aunque ésta es quien la materializa. De esta forma, en el caso por ejemplo, de que una AFP cayera en insolvencia y posteriormente fuera disuelta, sus afiliados no perderían la condición de tales. Si en cambio, el vínculo jurídico se diera con la AFP en particular, en el ejemplo propuesto, de no existir una de las partes de la relación, ésta necesariamente se vería extinguida, lo que sería contrario a una de las características principales de la afiliación: la permanencia y su carácter de única.

## **ii. Características de la Afiliación.**

De lo expuesto y demás normas del Título I del DL 3500, podemos destacar las siguientes características de la afiliación:

a) Obligatoria: La afiliación es obligatoria para todo trabajador dependiente no afiliado a alguna institución de previsión y que comience a prestar servicios con posterioridad al día 31 de diciembre del año 1982.

b) Voluntaria: La afiliación es voluntaria para trabajadores independientes y dependientes que hayan iniciado sus labores con anterioridad al 31 de diciembre de 1982 y pertenezcan a alguna institución previsional del régimen antiguo (Cajas de Previsión).

- c) Permanente: Una vez iniciada, se mantiene para toda la vida del afiliado, se encuentre este laboralmente activo o no. Solo en forma excepcional ciertos cuerpos legales permiten la desafiliación y retorno del afiliado al antiguo sistema.
- d) Automática: Basta que el trabajador dependiente inicie sus actividades para que se produzca la afiliación al sistema.
- e) Única: El vínculo jurídico es uno, lo que implica que el afiliado al sistema, se relaciona jurídicamente con éste, a través de solo una AFP; no existen vínculos paralelos o simultáneos.
- f) Excluyente: No se puede estar afiliado al antiguo sistema y simultáneamente al nuevo.
- g) Libre Elección del Trabajador: La elección de AFP corresponde exclusivamente a cada trabajador en forma individual. Asimismo, el afiliado puede cambiarse libremente de AFP.

### **iii. Descripción de la relación material entre la AFP y el afiliado: servicios financieros.**

Como se ha expuesto, nuestro sistema de pensiones se basa en la capitalización individual del afiliado, es decir, es el propio trabajador el que ahorra para solventar la pensión que obtendrá en el futuro. Así, el afiliado es dueño de sus propios ahorros previsionales, los cuales son invertidos por una administradora de fondos de pensión, siguiendo las restricciones y directrices impuestas por el legislador.

Para hacer efectivo este ahorro previsional, cada trabajador esta obligado a mantener en una AFP una Cuenta de Capitalización Individual y está facultado para tener una Cuenta de Ahorro Voluntario.

En la primera, los afiliados abonarán sus cotizaciones obligatorias y voluntarias, pudiendo éstos retirar y percibir esos fondos tanto en forma de pensión, como de “excedente de libre disposición”, esto es, cuando los recursos acumulados exceden al monto que la ley dispone como necesario para financiar la pensión. En esta cuenta serán abonadas las cotizaciones obligatorias y voluntarias.

La segunda, consiste en una cuenta distinta e independiente de la anterior, que los afiliados pueden abrir en una administradora para recibir depósitos que no tengan carácter de cotizaciones provisionales, pues su objeto es fomentar el ahorro. A diferencia de la primera cuenta, los fondos aquí acumulados, pueden extraerse de la cuenta de variadas formas, a saber: pueden retirarse libremente hasta cuatro veces por año calendario, pueden traspasarse a la cuenta de capitalización individual para financiar una pensión anticipada, pueden traspasarse a la cuenta de capitalización individual a fin de incrementar el monto de la pensión en el caso de los afiliados que cumplan con los requisitos legales para pensionarse, etc....

La administración que hace la AFP sobre los recursos aportados por lo afiliados, la realiza materialmente sobre lo que se denominan “Fondos”. Podríamos señalar que los fondos son patrimonios independientes y diversos del patrimonio de las AFP. Se constituye básicamente por las cotizaciones pagadas, los aportes a la cuenta de ahorro voluntario y las inversiones realizadas con dichos recursos más la rentabilidad con ellas obtenidas. A cambio de dicha administración la AFP cobra una comisión. En términos de Guillermo Arthur E.: “Las AFP administran los fondos por cuenta de los afiliados, que son sus dueños, de modo que toda la rentabilidad que ellos obtengan les pertenece. La única ganancia que pueden obtener las Administradoras es la comisión que cobran por su gestión”. De la cita anterior

resulta importante destacar que las administradoras administran “por cuenta” de los afiliados, es decir, se establece claramente que la administración de las AFP, por concepto, es una gestión de intereses ajenos donde el beneficio o gravamen de los mismos se radicarían en el afiliado y dueño de los fondos invertidos. Como retribución a esta gestión, la administradora únicamente tendrá derecho a recibir una comisión por pago.

Puede concluirse entonces, que la administración de los fondos por parte de las AFP, al compartir las características de muchos servicios financieros, podemos considerarla como uno de ellos, pues dicha gestión consiste básicamente en administrar un patrimonio ajeno- intereses de terceros- para lograr una determinada rentabilidad y cobrar por dicho servicio.

Lo anterior es refrendado por la definición de servicio financiero que el Servicio de Impuestos Internos entrega: “actividad comercial, prestadora de servicios de intermediación relacionados al ámbito de generación de valor a través del dinero”. Entre las actividades que el mismo servicio establece como pertenecientes al sector, señala entre otras, a los bancos e instituciones financieras, seguros (generales, de vida, etc...), mercado de valores y las administradoras de distintos fondos: generales, mutuos, para la vivienda, de inversión y de pensiones.

De lo anterior fluye con claridad que la denominada “administración” de las AFP, consiste en la prestación de servicios financieros, donde el afiliado confía su capital a una institución privada, controlada estrictamente por la autoridad, para que ésta invierta eficientemente sus recursos, cobrando como retribución a ello, una comisión. En la práctica, las AFP invierten los fondos administrados, por medio de verdaderos expertos financieros, siendo dichas entidades las actoras principales en el mercado de valores chileno.

Señalamos en el inicio que una de las innovaciones de nuestro actual sistema de pensiones, era la incorporación del afán de lucro por parte de las gestoras del mismo. Este se concreta por medio de la comisión cobrada al afiliado, como retribución al servicio prestado; sin embargo, llama la atención que dicha retribución -fijada libremente por la AFP- no guarda relación con el resultado efectivo de la gestión. Así, lo recibido por la Administradora por concepto de comisión no sufrirá variación si la administración tiene resultados exitosos o no. Haciendo una pequeña digresión hacia el derecho civil, podemos advertir que la obligación de la AFP, como entidad prestadora de servicios financieros, se caracteriza por ser una obligación de “medio”, esto es, se entiende cumplida la obligación si se ejecutan las medidas- con el grado de diligencia requerido- que normalmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo. Por otro lado, se encuentran las obligaciones de resultado en las cuales el deudor se compromete a lograr un resultado determinado en favor del acreedor. Creemos que en el caso de los servicios en comento, no existe una exigencia por la obtención de una determinada rentabilidad, sino que la ley sólo exige alcanzar un índice mínimo. Concluimos de lo anterior, que el estándar de diligencia considerado como adecuado para que la obligación se entienda cumplida (y por tanto excluya la culpa) lo establece la propia ley: los servicios financieros prestados por la administradora tendrán que entregar una rentabilidad mínima. Esta rentabilidad mínima será un parámetro para establecer la diligencia o no de la administradora y no un fin a obtener, que haría considerar la obligación como de resultado. En definitiva, la administradora se compromete a realizar su gestión de la mejor forma posible y no a la obtención de una determinada utilidad; la ley por su parte, establecerá una suerte de estándar mínimo de diligencia, que se traduce en un índice de rentabilidad mínima exigido.

Según lo dispuesto por la ley, la AFP cumplirá con su cometido y su actuar se encuadrará dentro de lo que el legislador pretende, tan solo logrando un índice de rentabilidad, que llamaremos, “adecuado”. En otras palabras, no existe un incentivo económico directo a lograr una rentabilidad exitosa que repercutiría en beneficio para los afiliados, sino que bastará que la rentabilidad obtenida esté dentro de un promedio. Así, las utilidades de la AFP no experimentarán variación alguna, si su gestión es regular o buena. Podría rebatirse señalando que una buena gestión- con alta rentabilidad como resultado- sería “premiada” por el hecho de lograr la afiliación a ella de más personas, fenómeno esperado si se siguen las normas básicas de mercado; sin embargo, como señalaremos posteriormente, el mercado de las AFP-entre otras fallas- se compone de una demanda desinformada que, en términos generales, no elige o se cambia de AFP considerando factores como la eficiencia o el valor de las comisiones que a ellas paga.

Cabe agregar, que el legislador exige a las AFP lograr una determinada rentabilidad, sancionando su incumplimiento con medidas tan drásticas como la disolución de las mismas (art. 42 del DL 3500). De lo anterior, se desprendería que el legislador se ha preocupado de la eficiencia del sistema al preocuparse de establecer una rentabilidad mínima; con todo, el índice que determinará la rentabilidad que la ley pretende, surge precisamente de la rentabilidad promedio que obtienen todas las AFP. Así, bastará para cumplir con la ley, si se obtienen solamente rentabilidades promedio.

En definitiva, nos encontramos con un sistema en que no se privilegia el éxito o la eficiencia de la empresa administradora, por cuanto las utilidades de la misma no se relacionan con una buena gestión. Sus comisiones serán pagadas de igual forma, obtengan éstas altas o bajas rentabilidades con los fondos que administran, y los afiliados no serán significativamente motivados

a cambiarse de una AFP a otra, por el hecho de que una de ellas sea exitosa en su gestión. Por su parte, las administradoras sólo deberán obtener una rentabilidad encuadrada dentro del promedio de las rentabilidades obtenidas por todas ellas. Si a lo expuesto agregamos que el mercado de las administradoras cuenta con un número reducido de actoras ¿Conlleva algún beneficio el obtener altas rentabilidades de los fondos? O yendo más lejos ¿No será más conveniente no tener altas rentabilidades- dejando de competir con otras AFP- y así tener un promedio de rentabilidades a un nivel medio, que a todas convenga? Así, se cumple la ley, se evitan sanciones y las utilidades obtenidas no cambian.

En definitiva, creemos que los servicios financieros prestados por las AFP, se desenvuelven en un mercado creado por la ley, que presenta ciertas deficiencias: el sistema no aspira a maximizar la rentabilidad de las inversiones de los afiliados y si motiva a acuerdos tácitos entre administradoras para poder cumplir la ley y obtener el mayor beneficio posible.

### **iii. ¿Es la Afiliación un Contrato?**

La naturaleza jurídica de la afiliación, ha sido objeto de debate en la doctrina. Como indicamos, la afiliación consiste básicamente en el ingreso de un trabajador al sistema de seguridad social, por medio de su incorporación concreta a una AFP lo que genera derecho y obligaciones recíprocas. Para algunos autores el régimen de seguridad social se sustenta en el vínculo del afiliado con el sistema de seguridad social. Así, la gestión del sistema es realizada por entes privados a quienes consideran detentadores de facultades públicas delegadas y sobre los que existe un estricto control de la autoridad.

La incorporación al sistema de seguridad social tendría el carácter de acto administrativo, por basarse en la declaración unilateral del organismo dotado de funciones públicas que incorpora al afiliado. Al respecto conviene señalar la definición de acto administrativo dada por el profesor Patricio Novoa Fuenzalida: “acto administrativo es toda declaración jurídica unilateral y ejecutiva en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva”. De este modo, la administradora como detentador de potestades públicas, y gestora del sistema, unilateralmente realizaría la “incorporación”, lo que generaría efectos declaratorios y retroactivos.

Podría argumentarse que la solicitud de afiliación-realizada por o para el futuro afiliado- podría desnaturalizar la unilateralidad del acto, característica fundamental del acto administrativo; sin embargo, ésta no es esencial en la afiliación, pues el trabajador podrá ser incorporado al sistema de oficio, basándose, por ejemplo, tan solo en la comprobación de la existencia de una relación laboral. Considerada la afiliación entonces como acto administrativo, presentaría, en ese ámbito, las siguientes características:

- a) Externos: Producen efectos fuera de la administración pública, es decir, el particular será destinatario de los efectos que produzca, en este caso, ser afiliado del sistema, con los derechos y deberes que ello conlleva.
- b) Simples: Solo una entidad es la que toma la decisión del acto. Esto se contrapone al acto complejo donde el acto nace fruto de decisiones tomadas mancomunadamente.
- c) Favorables: Tienen por objeto ampliar el patrimonio del ciudadano o bien hacerlo beneficiario de determinadas prestaciones. Lo anterior se contrapone a los actos de gravamen que más bien imponen límites a los derechos subjetivos de los ciudadanos.

d) Formales: Es la regla general de los actos administrativos, en el caso particular, la formalidad será la inscripción del interesado, requisito para que pueda existir afiliación.

En palabras del profesor Héctor Humeres Noguera, quien sustenta la tesis de la afiliación como acto administrativo: “la afiliación es un acto administrativo y la inscripción la forma técnica de verificarlo”.

En una postura contraria a la anterior y en la que adherimos en este trabajo, la afiliación no sería un acto administrativo, sino que su naturaleza es la de un contrato.

El principal argumento para desestimar la naturaleza de acto administrativo, está dado por el hecho de que la afiliación está basada en una relación de derecho entre un trabajador y una administradora de fondos de pensión, que aunque presenta algunos rasgos que podrían asociarse a los servicios públicos concesionados, tales como regulación intensa, autorización previa de la autoridad para su funcionamiento, estricto control por parte de la autoridad, entre otros, hemos señalado, en el inicio de este capítulo, que se tratan de servicios públicos impropios. Así, cuando el afiliado se incorpora a una AFP, lo que ocurre técnicamente, es que éste adquiere una serie de derechos subjetivos y obligaciones correlativas como consecuencia de la celebración de un contrato con un ente privado. No se trata de un acto unilateral por parte de la administración en que ésta confiere privilegios que el administrado incorpora a su patrimonio, como sería el caso de un acto administrativo, sino que de una relación contractual.

De esta forma pueden apreciarse con claridad los rasgos contractuales de esta relación jurídica llamada afiliación:

i) existencia de un acuerdo de voluntades;

- ii) existencia de 2 o más personas (afiliado y administradora de fondos de pensión) y;
- iii) la creación de los derechos y obligaciones que dispone la ley.

Es importante destacar que la naturaleza jurídica contractual de la afiliación ha sido afirmada, entre otros, por el Presidente de la Asociación Gremial de AFP, Guillermo Arthur E., en los siguientes términos:

*“Aunque la ley la define como una relación del trabajador con el sistema, desde otro punto de vista la afiliación constituye un **vínculo contractual** entre un trabajador y una Administradora de Fondos de Pensiones, que involucra el protagonismo de otros sujetos de derecho. Dada la naturaleza de los objetivos que se persiguen con el nuevo sistema de pensiones, **dicho vínculo contractual tiene características muy particulares en que se mezclan principios de orden público, con la autonomía de la voluntad.** La participación del Estado como garante de la fe pública y actor subsidiario en la solución de las contingencias sociales, coexiste con la libertad de los particulares de elegir la administración de sus fondos previsionales, el monto de la cotización, la modalidad de pensión y la fecha en que se acoge a ésta”<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Arthur Errázuriz Guillermo, “Régimen Legal del Nuevo Sistema de Pensiones”. Capítulo Primero. Destacado Agregado.

## v. **Clasificación y Categorías del Contrato de Afiliación.**

Aplicando los cánones del derecho privado y con el preciso objeto de precisar las obligaciones y deberes que emanan del contrato de afiliación, a continuación realizamos una categorización del citado contrato. Al respecto, cabe indicar que el contrato es:

- i) **Nominado:** La propia ley es la que lo define en un cuerpo legal específico, aún cuando su naturaleza jurídica es propia a la de un mandato, que consiste en la administración de un patrimonio ajeno;
- ii) **Dirigido:** El legislador suponiendo la desigualdad de las partes, ha establecido normas imperativas de las que es imposible sustraerse por los sujetos de la relación contractual; es más, en la propia definición de afiliación el legislador señala que generará los derechos y obligaciones que la ley establece.
- iii) **Adhesión:** No existe libre discusión, el afiliado no puede negociar los detalles del contrato, menos aún las prestaciones, y tampoco puede siquiera alterar las comisiones, las que en definitiva son fijadas en bloque e impositivamente por la AFP, la que en todo caso no puede discriminar ni rechazar al afiliado. En definitiva, el afiliado solo tiene el derecho a optar si contrata con una determinada Administradora o no, aunque forzosamente deberá elegir a una;
- iv) **Forzoso:** La ley da por establecida la obligación de los trabajadores a afiliarse in genere (abstracto) al sistema y de la

AFP a aceptarlos cuando la solicitud de incorporación sea realizada en forma legal.

Por otro lado, y desde la perspectiva de las clásicas clasificaciones que utiliza nuestro Código Civil, podríamos clasificar al contrato en cuestión de la siguiente forma:

- a) **Consensual:** Para que un trabajador sea incorporado al sistema, basta el aviso de incorporación, aún cuando la superintendencia del ramo ha dictado normas tendientes a escriturarlo; sin embargo, aún precisando de escrituración, el contrato nace a la vida del derecho. Por ello, podría sostenerse que el contrato de afiliación pertenece a una sub-categoría dentro de los contratos consensuales, conocidos como *consensuales formales*, en los cuales sin perjuicio de perfeccionarse por el solo consentimiento de las partes, la ley ha revestido de ciertas formas que, sin obstar a su existencia o validez, deben ser cumplidos, pues de lo contrario adolecerán de un vicio que permitirá aplicar las sanciones que dispone la ley.
- b) **Bilateral:** Un contrato será unilateral o bilateral, dependiendo de si se imponen obligaciones a una parte o ambas partes. En el caso particular, ambas partes del contrato- AFP y afiliado- adquieren derechos y son obligados mutuamente;
- c) **Oneroso:** Existe un beneficio o utilidad para ambas partes teniendo derecho una de ellas a las prestaciones legales y la otra, a la comisión como retribución a la administración;

- d) **Conmutativo:** La prestación recibida por el afiliado, esto es, gestión, administración e inversión de su cuenta de capitalización individual podría considerarse como equivalente a la prestación recibida por la Administradora, esto es, la comisión por ella cobrada, en retribución a la administración señalada.
- e) **Principal:** El contrato de afiliación subsiste por si mismo, sin necesidad de otro contrato que le de sustento.

#### vi. Elementos del Contrato.

Siguiendo con el análisis bajo el prisma del Derecho Civil, el artículo 1444 dispone: *“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”*.

Aplicando dicha disposición en el contrato de afiliación, podemos percibir sus distintos elementos:

a.-Elementos de la Esencia: Los elementos esenciales, que determinan que estemos en presencia de un contrato de afiliación y que a su vez le dan su carácter de especialísimo son dos: las **cotizaciones**-aportes en dinero con el

fin de solventar las futuras prestaciones- y las **prestaciones** entregadas por las AFP al afiliado, una vez que se hayan verificado las contingencias que habilitan su entrega (ej. Cumplimiento de la edad dispuesta por la ley para obtener pensión de vejez). Cabe mencionar que estos dos elementos esenciales coinciden con las principales obligaciones que nacen del contrato de afiliación.

b.- Elementos de la Naturaleza: Estos corresponden a aquellos que se entienden incorporados al contrato sin necesidad de cláusulas especiales. Asimismo, las partes pueden excluir estos elementos del contrato por medio de cláusulas dispuestas en tal sentido. Es importante señalar que lo anterior es una característica propia de los contratos de libre discusión y no de los contratos dirigidos, en los cuales la ley busca un determinado objetivo con la celebración del contrato, de modo que la sustracción de ciertas cláusulas por las partes impediría la consecución del cometido buscado por el legislador. Como detallaremos más adelante, el especialísimo contrato de afiliación es un contrato **dirigido**, por lo que no procede la supresión de cláusulas; sin embargo, podemos encontrar elementos que se encuentran incorporados al contrato sin necesidad de cláusulas especiales, a saber: derecho a traspaso del afiliado de una AFP a otra, derecho de la AFP a cobro de una comisión como retribución a su gestión, derecho del trabajador a obtener un bono de reconocimiento ( “documento mediante el cual el Estado reconoce las imposiciones que un cotizante efectuó en el antiguo sistema previsional<sup>7</sup>), etc....

c.- Elementos Accidentales: Son aquellos elementos del contrato que sin pertenecerle ni esencial ni naturalmente, se le agregan al contrato por medio

---

<sup>7</sup> Otárola Sotomayor Eladio. Memoria de Prueba, pág. 26

de cláusulas especiales. En el contrato de afiliación podemos considerar como elemento accidental, la posibilidad que tiene el afiliado de cotizar en una cuenta llamada de “Ahorro Voluntario”, sin afectar la validez del contrato, en decir, las partes contratantes- AFP y afiliado- son libres de establecer o no dicha estipulación.

Resulta importante destacar, como se anticipó, que la afiliación es un **contrato dirigido**. Es la propia ley la que modela cuáles son los derechos y obligaciones presentes, así como los criterios de responsabilidad para quien administra las cuentas de capitalización individual bajo su cuidado y gestión. De ahí que hablemos aquí del sistema “**ley+contrato**”, al tratarse de un contrato dirigido que incorpora al mismo contrato la normativa sectorial.

De la definición legal, puede señalarse que los derechos que el afiliado puede reclamar de la AFP en virtud de este contrato dirigido, son al menos, los siguientes:

a) *derechos vinculados a la previsión social como derecho constitucional*: 1) derecho a una pensión de vejez; 2) derecho a una pensión de invalidez; 3) derecho a una pensión de sobrevivencia; 4) derecho a transferir a otra AFP el saldo de su cuenta de capitalización individual; 5) derecho a la información relativa al estado de su ahorro provisional;

b) *derechos vinculados a la relación jurídica de derecho privado entre afiliado y AFP*: 1) derecho a que se le administre la cuenta de capitalización individual; 2) derecho a obtener las rentabilidades mínimas que dispone la ley; 3) derecho a información respecto del estado de su cuenta de capitalización individual y; 4) derecho a exigir que las obligaciones sean cumplidas con la máxima contractual de la buena fe, incluyendo el caso especial de “efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para cautelar la obtención de una

adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administran”, tal como lo dispone el artículo 147 del DL 3500, así como todas las demás normas de lealtad que emanan de la buena fe y del derecho común. Esta cuestión la analizaremos más adelante.

**vii. Calificación jurídica de la afiliación: un contrato de mandato y/o una prestación de servicios que conlleva la facultad de representar.**

Para calificar correctamente los aspectos esenciales del contrato de afiliación -que es una relación jurídica compleja, que comprende diversos derechos y obligaciones- es necesario poner atención a los siguientes elementos esenciales que conforman la relación jurídica en cuestión:

a) El Fondo Administrado es un patrimonio distinto al de la AFP, pues así lo establecen distintas disposiciones del DL 3500. Así, el art. 33 dispone que: *“Cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos”*. Por su parte el art. 27 establece que: *“La Administradora deberá llevar contabilidad separada del patrimonio de cada uno de los Fondos de Pensiones”*.

b) La AFP es una “administradora”: De acuerdo al artículo 23 inciso 1° del DL 3500, *“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”*. El mismo artículo 23 inciso 12° define el “giro previsional” incluyendo los siguientes

servicios: *“administración de carteras de Fondos de Pensiones; custodia de valores; recaudación de cotizaciones, aportes y depósitos; administración y pago de beneficios; procesamiento computacional de información; arriendo y venta de sistemas computacionales; capacitación; administración de cuentas individuales y de ahorro previsional; promoción y venta de servicios, y asesorías previsionales”*.

c) El precio cobrado por la AFP a los afiliados es calificado por la ley como “comisión”: El DL 3500 permanentemente habla de las “comisiones” que cobran las AFP, dando con ello a entender que se trata de un contrato de mandato mercantil. Con toda precisión, el artículo 28 del DL 3500 así lo indica: “La Administradora tendrá derecho a una retribución establecida sobre la base de **comisiones** de cargo de los afiliados, las que serán deducidas de las respectivas cuentas de capitalización individual o de los retiros, según corresponda”. La voz comisión, se usa en la práctica, para designar al pago que se efectúa, como retribución al cumplimiento de un determinado encargo o mandato.

d) Las cuotas de los Fondos de Pensiones son bienes incorporeales susceptibles de dominio pero inembargables: Además de crear un patrimonio independiente a las AFP -el Fondo- el DL 3500 creó las “cuotas de Fondos de Pensiones” como un bien incorporal autónomo. Estas cuotas son definidas por el artículo 35 en los siguientes términos: “El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables. / El valor de la cuota se determinará diariamente sobre la base del valor económico o el de mercado de las inversiones. Este último valor será informado por la Superintendencia, el que será común para todos los Fondos

de Pensiones. . .”. Como puede apreciarse, la cuota no es simplemente una unidad de medida, sino que constituye jurídicamente una cosa o bien, que además es resguardado mediante su inembargabilidad.

Según veremos, los propietarios *típicos* de estas cuotas de los Fondos de Pensiones son los afiliados, pero la propia AFP -esto es, la sociedad administradora propiamente tal- debe poseer un 1% de cada Fondo como lo exige el *encaje* previsto en el artículo 40 del DL 3500: “*La Administradora deberá mantener un activo denominado encaje, equivalente a un uno por ciento de cada Fondo. Este encaje, que se invertirá en cuotas del respectivo Fondo, tendrá por objeto responder de la rentabilidad mínimo a que se refiere el artículo 37*”.

e) Los afiliados son propietarios *-dominus-* de cuotas de Fondo de Pensiones. Los montos acumulados se expresan en cuotas del Fondo y sobre tales cuotas, los afiliados tienen dominio. En otras palabras, el afiliado no tiene un crédito contra la AFP -esto no es como una cuenta de ahorro en un Banco- sino que es dueño de las cuotas del Fondo que dan cuenta de los fondos acumulados en su cuenta, valga la redundancia.

Lo anterior fluye de los artículos 31 y 32 del DL 3500. El primero, prescribe que “*La Administradora deberá proporcionar al afiliado, al momento de su incorporación, una libreta en la que se estampará cada vez que éste lo solicite, el número de cuotas registradas en su cuenta de capitalización individual y en su cuenta de ahorro voluntario, si correspondiere, y su valor a la fecha*”. El segundo de ellos, dispone que “*Todo afiliado podrá transferir el valor de sus cuotas a otra Administradora de Fondos de Pensiones, previo aviso dado a la que se encuentra incorporado y a su empleador. . .*”.

El artículo 43 inciso 3° del DL 3500, que trata el caso de liquidación de una AFP, no deja duda alguna respecto al dominio de los afiliados sobre las cuotas que componen sus respectivas cuentas individuales: *“Durante el proceso de liquidación, el liquidador transferirá las cuotas representativas del saldo de las cuentas personales de cada afiliado a la Administradora a que cada uno de ellos se incorpore de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 42”*.

Por lo demás, así lo reconoce la propia Superintendencia de AFP en su página web, en la sección “Preguntas Frecuentes”, al señalar que: “La separación patrimonial significa que los recursos acumulados en los Fondos de Pensiones pertenecen a los afiliados y no tienen ninguna relación con el capital de la Administradora. La Administradora, como empresa tiene un capital propio cuyo monto mínimo está fijado por la ley. La función de la AFP es administrar los recursos de los Fondos por cuenta de los trabajadores y todas las ganancias que se producen por la inversión de dichos recursos pertenecen a los trabajadores y van a aumentar los saldos acumulados en las respectivas cuentas individuales”. Por otra parte, el análisis comparativo de las Leyes sobre Fondos Mutuos, sobre Fondos de Inversión, y sobre Mercado de Capitales, permite llegar a la misma conclusión.

Los elementos anteriormente observados permiten realizar la siguiente síntesis: la AFP es una sociedad anónima que se dedica a administrar los distintos Fondos que la autoriza la ley -5 tipos de Fondos-integrados por las cotizaciones enteradas por los trabajadores dependientes e independientes de Chile -los afiliados-, para su inversión en aquellos derechos y valores permitidos por la ley, que administra por cuenta y riesgo de los afiliados, manteniendo estos últimos dominio sobre cuotas de los Fondos respectivos; el

destino de los Fondos está afectado al pago de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

Sin duda que la relación jurídica entre los afiliados y la AFP es compleja y comprende un sinnúmero de derechos y obligaciones, pero es indudable que en la fase activa, esto es, cuando el trabajador forma parte de la fuerza laboral activa y cotiza en la AFP, el contrato de afiliación es indudablemente un mandato, o si se quiere, una prestación de servicios que involucra la facultad de representar, por ende sujeta también al mandato. Las AFP recaudan las cotizaciones de parte de los afiliados y las administran a nombre y cuenta de los afiliados, de acuerdo a las normas y reglas anteriormente descritas. En ejercicio de este contrato, la AFP debe cumplir su mandato, decidiendo por los afiliados cual es el destino más seguro y rentable de los fondos administrados de acuerdo al nivel de riesgo exigido por los afiliados.

Esta realidad jurídica calza con la definición de mandato. Según el artículo 2116 del Código Civil, el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

De la definición y siguiendo al profesor David Stitckin B.<sup>8</sup> se desprende que la sustancia del contrato de mandato consiste en la confianza que una persona deposita en otra para correr los riesgos del beneficio o pérdida que le pueda acarrear la gestión de un negocio, que afectará exclusivamente al mandante y que administrará y realizará el mandatario. Lo anterior, se encuadra perfectamente con la relación material entre afiliado y la administradora, por cuanto el primero confía la inversión de los ahorros

---

<sup>8</sup> Stitckin B. David. "El Mandato Civil", pág. 39

producidos con su trabajo, a este mandatario que cobrará una retribución por dicha gestión. Los resultados de dicho encargo son de cuenta del mandante-afiliado, ya que las utilidades se radicarán exclusivamente en el patrimonio de éste.

Como vimos además, el propio DL 3500 califica la contraprestación que deben enterar los cotizantes como “comisión”, reconociendo el carácter de mandato mercantil de la relación en cuestión. Y aún cuando se suponga que es una prestación de servicios financieros -la experiencia y conocimiento de cómo invertir las cotizaciones con el fin de acrecentar el patrimonio propio de los afiliados para destinarlo a pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia- se trata de una prestación de servicios que involucra la facultad de representar y obligar frente a terceros -facultad o poder para decidir el destino del Fondo sobre el cual los afiliados tienen cuotas- y por ende también sujeto a las reglas del mandato de acuerdo al artículo 2118 del Código Civil, que dispone: *“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*. Sobre el particular nos referiremos más adelante.

Las AFP son sociedades anónimas y por ende son, por definición, comerciantes, lo que las sujeta al estatuto del Código de Comercio. En consecuencia, este mandato, para las AFP, se rige primero por las normas del DL 3500, luego por el Código de Comercio y enseguida por el Código Civil. En todo caso, más allá de la eventual discusión de su calificación jurídica como mandato, estamos de todas maneras frente un contrato que involucra la administración de intereses de terceros y por ende -mandato o no- está sujeta a

las normas sobre conflicto de interés y deberes de lealtad establecidas en el DL 3500 y en el derecho común mercantil y civil.

Resulta pertinente destacar, que la noción de mandato emanada del derecho común mercantil y civil, se caracteriza por: a) ser un contrato en virtud del cual una persona confía o encarga a otra la gestión de uno o más negocios; b) ésta se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

En primer lugar, queda establecida la naturaleza contractual del mandato, pero lo que es más importante, se establece que se tratará de un contrato de confianza, lo que implica un componente subjetivo de quien comete el encargo: el mandatario inspirará fe en su honestidad y cualidades para desempeñar el encargo. En consecuencia, si el mandante o comitente (como lo llama el Código de Comercio) perdiera la confianza en el mandatario o comisionista, podrá revocar unilateralmente el contrato, si el encargo no interesa al mandatario o a terceros. En la especie, el afiliado a una determinada AFP, confía la administración de los fondos que éste ha acumulado, como fruto de su trabajo remunerado, a un administrador que los invertirá en forma idónea para obtener rentabilidad y asegurar una serie de prestaciones para el futuro. Si el afiliado, perdiera la confianza en este mandatario, tendrá la facultad otorgada por la ley para revocar a su arbitrio el encargo, esto es, terminar el vínculo contractual y cambiarse a otra AFP.

Por otro lado, la gestión del mandato implica la gestión de uno o más negocios; sobre el particular y en términos del profesor Stitckin<sup>9</sup> hay mandato- considerando el problema sólo desde el punto de vista de su objeto- cuando se encomienda la ejecución de un negocio jurídico, o el cuidado, administración y ejecución de un asunto de interés económico”. Para este

---

<sup>9</sup> Obra citada.

autor, la obligación del mandatario cuando el asunto o negocio es económico, será la obtención de un provecho pecuniario, para lo cual, puede ser necesario la ejecución de actos jurídicos o la abstención de realizarlos si de ello se sigue un provecho. No habrá dudas que el servicio prestado por las AFP, encuadra a cabalidad con lo expresado: el afiliado encomienda al mandatario-administradora- la inversión de los fondos del primero, con el objeto de obtener una adecuada rentabilidad que le permitirá afrontar determinadas contingencias (ej. Vejez).

Respecto a la gestión por cuenta y riesgo del mandante, el aspecto más característico del mandato según lo ha declarado nuestra jurisprudencia y doctrina, significará que los beneficios o pérdidas que resulten de la ejecución del encargo, serán aprovechados o soportados por el mandante, es decir, las consecuencias patrimoniales de la gestión recaerán en el mandante, pues el mandatario se ocupa de un negocio ajeno.

No obstante lo planteado, conviene hacer una pequeña referencia al arrendamiento de servicios inmateriales. Tal como anticipamos, el art. 2118 hacía aplicables las normas del mandato a “los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros” y hacía aplicable también, las normas sobre arrendamiento de servicios inmateriales, mientras no se opusieran a las primeras, según el art. 2012 del mismo cuerpo legal. Del solo texto del artículo 2118, podemos concluir que la ley se está refiriendo a personas naturales que cumplen una determinada labor en atención a determinadas cualidades derivadas directamente de su preparación o de las facultades aparejadas a esa preparación. Como la ley no da ejemplos de esas profesiones o carreras, y teniendo solo como base lo recién expuesto, podemos

concluir, sin profundizar sobre el particular, que el artículo se refiere a una persona natural (el artículo se refiere a los servicios prestados por un profesional; cualidad imposible de predicar de una persona jurídica). Así, cuando el mandatario es una persona jurídica-situación perfectamente armónica con el contrato de mandato- queda de inmediato descartada la posibilidad de quedar comprendido dentro del artículo en cuestión. En el caso concreto, al ser el mandatario- AFP- una persona jurídica, no debiera aplicarse la norma sobre prestación de servicios.

Con todo, en el evento de disentir de la opinión aquí expuesta, el contrato de afiliación se registraría, en primer término, por las reglas del mandato y luego por las reglas referentes a la prestación de servicios inmateriales, siempre y cuando no se opongan a las primeras. A continuación haremos referencia a estas últimas normas, aplicadas directamente al contrato en comento:

a) Art. 1997: Se refiere a la determinación del precio del servicio y su forma de hacerlo si es que no se ha hecho. Esto nos lleva a lo dispuesto por el art. 2117 sobre el mandato, fluyendo que el precio se determinará, en primer lugar, por lo convenido por las partes, a falta de ella por la ley y luego por la costumbre. En el caso del contrato de afiliación, apreciamos que el DL 3500 tiene normas expresas al respecto, que aunque curiosas, permiten la fijación unilateral del precio del servicio, por parte de la AFP.

b) Art. 1998: Se refiere a fijación del precio por un tercero y al caso que éste muera antes de hacerlo. Al respecto nos remitimos a la letra anterior.

c) Art. 1999: Se refiere a la posibilidad de reclamar de los perjuicios, según las reglas generales de los contratos, derivados de la no ejecución de lo convenido o el retardo en ella, de cualquiera de las dos partes. Como preferentemente

debemos aplicar las normas del mandato, éstas disponen la facultad de renuncia al servicio por parte del mandatario y revocación por parte del mandante; sin embargo, en el caso del contrato de afiliación, la ley es quien impone la obligación al mandatario-AFP- por lo que no le permite la renuncia. Por otro lado, la ley permite al afiliado-mandatario-una suerte de revocación del contrato al permitirle el libre traspaso de una AFP a otra. En el evento de incumplimiento o retraso en el mismo, por parte de la AFP, no veríamos inconveniente, de calificar a la afiliación como prestación de servicios, en aplicar esta norma y exigir la indemnización según las normas generales.

d) Art. 2002: Se refiere al caso de que el mandante alegue no haberse ejecutado debidamente la obra, y la disposición de la ley de ordenar nombramientos de peritos por las partes para que decidan si es esto efectivo y de ser así, facultar al mandante para que exija una nueva ejecución o bien la indemnización de perjuicios; sin embargo, tendrá preeminencia a esta norma lo dispuesto por el art. 2158 sobre el mandato, que dispondrá básicamente, que el mandante no podrá excusarse del cumplimiento de su obligación, alegando que el negocio no ha tenido éxito o que pudo desempeñarse a menor costo, si no prueba culpa del mandatario. Podemos sostener que como el DL 3500 nada dice al respecto, podremos aplicar esta norma al contrato de afiliación. De este modo, si la ley admite al mandante abstenerse del cumplimiento de la obligación en ciertos casos, se entiende en consecuencia, que permitirá el reembolso de lo pagado por el mandante como contra prestación a un servicio deficientemente prestado.

Finalmente, es importante citar la opinión de Guillermo Arthur Errázuriz, presidente de la Asociación de AFP, quien no deja dudas acerca de la relación entre afiliado y administradora: *“El Fondo pertenece a los*

*afiliados que por el acto de afiliación han conferido a la administradora un mandato para que lo administre de acuerdo con las normas establecidas en la ley”<sup>10</sup>*

### **3.- RELACIONES JURÍDICAS EXISTENTES EN EL ESQUEMA DE LAS AFP.**

**a. Relación entre la AFP y el afiliado: mandato (ya analizado en el punto anterior).**

**b. Relación entre el afiliado y el fondo: propiedad.**

Hemos señalado que la gestión fundamental realizada por las AFP, consiste en la inversión de los recursos de los afiliados. Dichos recursos, constituirán materialmente, los llamados “fondos”, que serán aquellos patrimonios que materialmente se invertirán para generar la rentabilidad de los afiliados. En otros términos podríamos conceptualizar los fondos como la reunión de los aportes de capital de los cotizantes, en una sola entidad, con el objeto de ser invertido por la administradora y obtener ventajas concebibles solo para grandes capitales.

Por su parte, podríamos sostener que en principio, los afiliados son propietarios de cuotas que determinarán en definitiva los montos en que éstos participarán tanto del fondo mismo, como de la rentabilidad entregada por él.

De lo anteriormente expuesto, aparece de suma importancia determinar la naturaleza jurídica, de los conceptos de “fondo” y “cuota”, para así,

---

<sup>10</sup> Obra Citada

establecer los alcances que fluyan de su calificación. A continuación expondremos someramente, distintas posturas que, a nuestro juicio, los explicarían.

## **i. El fondo como Patrimonio de Afectación.**

### **1. Patrimonios de Afectación.**

Una forma de determinar la naturaleza jurídica del fondo, considerada como una entidad patrimonial autónoma nacida del aporte individual de los afiliados, es por medio de la teoría de los patrimonios de afectación.

El Art. 33 del DL 3500 señala que: “*Cada fondo de pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos*”. Luego dispone que el fondo se constituye fundamentalmente por las cotizaciones y aportes enterados por los afiliados. Como la ley ha usado la voz “patrimonio” para definir el fondo, merece nuestro análisis detenido tal expresión.

El concepto de patrimonio ha sufrido una evolución desde la teoría clásica o subjetiva hacia la finalista u objetiva. La primera, lo definía como una universalidad jurídica de bienes y deudas apreciables en dinero, que constituye un atributo de la personalidad. Así, la idea de patrimonio se deduce directamente de la idea de personalidad, encontrándose necesariamente vinculadas, por lo que hace imposible concebir un patrimonio sin un sujeto de derecho- persona natural o jurídica- como titular. Esta concepción es posteriormente superada por la teoría finalista u objetiva, cuya base ya no es la vinculación de éste a la persona, como atributo de la personalidad. Dicho concepto se basa en el hecho de la existencia de universalidades de derecho –

en este caso, bienes materiales, derechos y obligaciones unidas por un nexo legal que le dan vida- vinculadas no directamente a la persona, sino que a una finalidad común. Así, se llamó “patrimonios de afectación” a ciertas agrupaciones de bienes y deudas apreciables en dinero, con valor pecuniario, en torno a un fin común, en que la existencia o no de una persona como titular no es relevante, pues lo fundamental aquí, es adscripción de bienes y deudas a cierta finalidad u objetivo. De este modo, existirán una serie de derechos que pertenecerán a un destino protegido por el ordenamiento jurídico. En este postulado, la persona aparece como el destinatario directo o indirecto del objetivo tutelado<sup>11</sup> (Figueroa Yáñez, Gonzalo, El Patrimonio).

Es importante destacar algunas características propias de los patrimonios de afectación, aplicadas al fondo de pensión, que podrían sustentar esta tesis:

a) El patrimonio de afectación requiere de autorización o consagración legal: El propio DL 3500 señala en su art.33 que el fondo es un patrimonio.

b) Es un patrimonio independiente: El fondo es un patrimonio independiente al patrimonio de la AFP, pues el propio art.33 inciso primero del DL 3500 lo dispone: *“Cada fondo de pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos”*.

c) Tiene una finalidad común: El fondo se constituye en pos de un objetivo que es lo que le da sustento: obtener una adecuada rentabilidad y seguridad en beneficio de los afiliados (art. 45 DL 3500). Así, el conjunto de aportes unificados, que constituyen el fondo, se encuentran cohesionados o atados, por este objetivo común.

---

<sup>11</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo, “El Patrimonio”.

d) El patrimonio de afectación tiene un destinatario final: El destinatario final del fondo sería el afiliado, quien se podría beneficiar del fondo, una vez que cumpla los requisitos legales para ello, y en proporción a su cuota.

e) El patrimonio de afectación está constituido por derechos y bienes, como también obligaciones: El fondo no solo se constituye con los aportes de los afiliados y su rentabilidad, pues aunque no lo diga expresamente la ley, puede ser sujeto de obligaciones. El fondo como una entidad patrimonial basada en un conjunto de derechos y bienes adscritos a un fin, puede soportar obligaciones tendientes a la consecución de ese fin. Con el solo hecho de que el fondo pueda invertirse, se deriva la potencialidad de ser obligado. A modo de ejemplo, de darse la situación en que la administradora del fondo (AFP) decidiera realizar una compra de acciones, el obligado a ese pago será el fondo. La operación material será realizada por la administradora quien actuará en representación del fondo, mas los efectos de esa operación en cuanto vínculo obligacional, se radicarán en el fondo y no en la administradora. En otros términos: el dueño de esas acciones será el fondo y no la administradora; el obligado al pago, será aquel y no ésta.

f) Los patrimonios de afectación tienen un representante: El fondo, como patrimonio de afectación y sujeto de derecho, precisa de una persona que lo administre o represente, pues solo las personas pueden hacer declaraciones de voluntad (persona natural o jurídica). Las administradoras expresarán su voluntad y harán actuar al fondo, pero los efectos patrimoniales de esa actuación, se radicarán en éste y no en aquellas.

g) El patrimonio de afectación da preeminencia al contenido, por sobre el continente: Lo importante en estos patrimonios es la existencia de derechos, bienes y obligaciones aglutinados en función de un objetivo. En el caso del fondo, el DL 3500 en su art. 38 impone una condición que deja de manifiesto

la relevancia que se le otorga a la existencia de activos en el patrimonio: es obligatorio para el fondo mantener una determinada suma de capital (“reserva de fluctuación de rentabilidad”) como también lo es para la propia administradora de ese fondo (“encaje”). La infracción al cumplimiento de este imperativo, acarreará la disolución de la administradora.

## **2. Patrimonios de Afectación y Fondos del DL 3500**

Nuestro Derecho Común no ha reconocido expresamente el concepto de patrimonio de afectación, pues aunque en algunas disposiciones asimila el patrimonio a un atributo de la personalidad, como en la concepción clásica del mismo, en otras contempla la concepción objetiva, ligada a los patrimonios de afectación (casos como el patrimonio del ausente, arts. 80 y ss.; patrimonio del que está por nacer, arts. 74 y ss. y la herencia yacente arts.1240 y ss. entre otros), por lo que en definitiva, permite sostener que dichas entidades armonizan perfectamente con nuestro entorno jurídico.

Podríamos sostener entonces que el fondo es un patrimonio de afectación, donde la atribución del mismo a un sujeto en particular, no sería un elemento esencial, pues dicho patrimonio toma consistencia como unidad, por el hecho de dirigirse a un fin, cual es, el de rentar en beneficio de los afiliados; sin embargo, es claro que este patrimonio-fondo-se ha generado a partir de los aportes de los propios afiliados, por lo que cabría preguntarse acerca de la propiedad de los recursos, el fondo mismo y sus respectivas cuotas.

En este orden de ideas, podría afirmarse que la propiedad de los recursos aportados, originalmente de propiedad de los afiliados, salen de sus respectivos patrimonios para ser depositados en el fondo. El fondo, entidad constituida por los distintos aportes, es distinta a los aportes sumados, pues

forma un patrimonio distinto al de cada uno de los aportantes (afiliados). El hecho de que esté formado por distintos aportes pecuniarios, armonizándolo con esta teoría, no significaría que los aportantes de estos recursos tendrían dominio sobre la entidad resultante, sino más bien, derechos de crédito sobre él, traducidos en cuotas del fondo, pero dominio sobre el crédito. Lo anterior podría fundamentarse en algunas disposiciones del DL 3500, pues éste no da una definición ni establece directamente la naturaleza jurídica del fondo y sus cuotas. Como señalamos anteriormente el art. 33 del DL 3500 establecerá que el fondo es un “patrimonio”, que a su vez se encuentra desligado del patrimonio de la administradora. Así también en su art.98 establece que el patrimonio tendrá un activo y un pasivo. Para explicar la idea de patrimonio de afectación debe consignarse, que si bien no son “personas”, al carecer de personalidad jurídica, pueden actuar y ser obligadas, por medio de la declaración de voluntad de su representante, el cual es una persona natural o jurídica.

### **3. Disposiciones que considerarían al Fondo como sujeto de Derecho.**

A continuación expondremos algunas disposiciones del DL 3500 que apoyarían la idea del fondo como un sujeto de derecho, a saber:

Art. 47bis:” *El Fondo de Pensiones sólo podrá invertir en acciones emitidas por empresas que...El Fondo de Pensiones no podrá poseer ni estar comprometido a suscribir y pagar cuotas que representen más de un diez por ciento...*”. Queda de manifiesto que el que invierte será el Fondo, el será el sujeto del acto jurídico; sus efectos se radicarán en él. Por otro lado, es importante destacar que la ley reconoce que el Fondo podrá poseer activos y a su vez comprometerse al pago, es decir, obligarse.

Art. 137:” *Cuando se depositen valores del Fondo de Pensiones se entenderá que el depositante es el Fondo...*”. Nuevamente destaca el carácter de sujeto que la ley le atribuye al fondo.

Art. 147 inciso 2º: “*Las Administradoras responderán hasta de la culpa leve por los perjuicios que causaren a los Fondos por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones*”. Nuevamente, se establece al Fondo como el sujeto al que eventualmente se dañaría. Por otro lado, en el inciso siguiente del mismo artículo se faculta a las administradoras a realizar determinados acuerdos a fin de evitar perjuicios para el Fondo a raíz del eventual no pago de instrumentos de deudas adquirido por éste.

En definitiva, se comprueba que el Fondo es considerado por el legislador con un estatus cercano al de la persona, por cuanto realiza actos jurídicos, se obliga, es susceptible de sufrir perjuicios e incluso se vislumbra, podría ser apremiado o constreñido al pago de sus propias obligaciones.

En este orden de ideas, esta entidad con activo y pasivo propio, no estaría ligado por un derecho de propiedad con un sujeto, sino que sus vínculos serían obligaciones crediticias. De esta forma el derecho del afiliado sobre el fondo, correspondería a un derecho personal que se reclamaría sobre éste.

El art. 35 inciso primero del mismo decreto, dispone: “*El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables*”. Por su parte, el art. 31, dispone que: “*La Administradora deberá proporcionar al afiliado, al momento de su incorporación, una libreta en la que estampará, cada vez que éste lo solicite, el número de cuotas registradas en su cuenta de capitalización individual y en su cuenta de ahorro voluntario, si correspondiere y su valor a la fecha*”. El

legislador señala textualmente que el valor del fondo se “expresará” en cuotas, lo que podría interpretarse como que las ”cuotas” no constituyen un valor en sí mismas en forma autónoma, como lo sería un título valor líquido sobre el que existe propiedad, sino que tan solo revelaría una titularidad, sobre el crédito que se tiene contra el fondo. Podría sostenerse que si el legislador hubiese querido darle ese carácter a las cuotas, les habría dado el tratamiento de un título valor, situación patente en el art.44: *”Los títulos representativos de a lo menos el noventa por ciento del valor de cada uno de los Fondos de Pensiones y de los Encajes respectivos deberán mantenerse, en todo momento, en custodia del Banco Central de Chile...La enajenación o cesión de un título de propiedad de un Fondo, que no se encuentre en custodia, solamente podrá efectuarse por la administradora mediante la entrega del respectivo título y su endoso, y sin éstos no producirá efecto alguno. Si el título fuere nominativo, deberá además notificarse al emisor.”*

El hecho de que cada afiliado tenga una cuenta en su AFP donde se registran las cuotas de que dispone, podría sostenerse, no significaría que cada afiliado sea dueño de “fragmentos” del fondo en proporción a sus cuotas, sino que tan solo sería un registro de los derechos que se podrán ejercer contra el fondo como obligado. A mayor abundamiento, al decir el decreto que *“Todo afiliado podrá transferir **el valor de sus cuotas** a otra Administradora de Fondos de Pensiones, previo aviso dado a la que se encuentre incorporado...”* podría parecer que el legislador no considera a la cuota como parte o fracción del fondo, al indicar que la transferencia no será de la cuota misma, sino que del “valor” de las cuotas. Si la cuota se tratara de una fracción del fondo, el legislador hablaría de la transferencia de las respectivas cuotas del afiliado y no del valor de éstas.

#### **4. Conclusiones.**

En resumen, para este planteamiento el fondo sería un patrimonio de afectación, es decir, una universalidad jurídica con activo y pasivo, el cual no pertenecería a ningún sujeto, pues sólo se relacionaría con ellos por medio de un vínculo obligacional (derechos personales). Los afiliados contribuyen a su conformación, mediante sus aportes de capital, pasando a tener un crédito contra el fondo, el cual consta y se plasma en las llamadas “cuotas”. El fondo, por su parte, es administrado por una administradora de fondos de pensión, cuyo objetivo será lograr la rentabilidad de los recursos de éste. La administradora actuará por el fondo, pero los efectos de los actos jurídicos por ella realizados, se radicarán en éste.

La idea de conceptualizar al fondo como patrimonio de afectación, nace básicamente del hecho de que éste se constituye como una entidad con un activo y susceptible de ser obligada, pero sin tener la calidad de persona (carece de personalidad jurídica). Por ello, recurriendo a la literatura jurídica, aparece que el concepto de patrimonio de afectación ayudaría a la explicación de estos complejos; sin embargo, como dicha concepción se sustenta en la afectación, o en otros términos, a la destinación de un conjunto de bienes a un fin particular, prescindiendo necesariamente del sujeto como dueño de los aportes y en definitiva de la titularidad del fondo, nos parece que se aleja del espíritu del sistema. Los aportes realizados al fondo y en definitiva el fondo, son de propiedad de los afiliados, pues ha surgido como consecuencia de la reunión de los capitales obtenidos a partir del trabajo remunerado.

Es del caso señalar también, que todas aquellas situaciones consideradas por la doctrina como patrimonios de afectación, corresponden a patrimonios relativamente transitorios destinados a dejar esta naturaleza una vez que

adscriban su titularidad en un sujeto singular o una pluralidad de ellos. Así, por ejemplo, el patrimonio del que está por nacer, el patrimonio del ausente y la herencia yacente, dejarán de ser un patrimonio de afectación propiamente tal cuando se adscriben a un titular, sea una persona singular o, como puede ocurrir en el caso de la herencia, una pluralidad de ellas, en cuyo caso se formará una comunidad.

Sin embargo, algunos autores, siguiendo la teoría finalista del patrimonio donde el elemento fundamental es la destinación común de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, han visto los patrimonios de afectación como entidades estables en el tiempo, que además funcionarían como unidades sobre las que podrían recaer algunas obligaciones patrimoniales de una persona, dejando a salvo el resto de su patrimonio. A propósito de lo anterior es pertinente citar la opinión del memorista Gastón Cruzat <sup>12</sup> quien señala que la destinación voluntaria de bienes a un fin o afectación de un patrimonio lo acepta nuestro legislador sólo mediante la creación de personas jurídicas específicamente reglamentadas. Agrega que no hay razones de derecho que justifiquen el impedimento jurídico para que una persona voluntariamente afecte un patrimonio en pos de un objetivo, conservando el pleno dominio de los bienes afectados. Para ello, insta por la creación de empresas individuales de responsabilidad limitada, las que vendrían a constituirse mediante la separación de un fragmento del patrimonio de un individuo, para destinarlo a un negocio determinado, obligando para dicho fin, sólo ese fragmento y no todo su patrimonio. Lo anterior no es otra cosa, que una limitación de responsabilidad, sustentada en la figura del patrimonio de afectación; sin embargo, debemos señalar que lo recién

---

<sup>12</sup> Cruzat Gastón. Memoria de Prueba. "Patrimonios De Afectación. La empresa Individual de Responsabilidad Limitada". 1945 )

planteado solo es posible encontrarlo en nuestro derecho, desligando de su titular el patrimonio a afectar y adscribiéndolo necesariamente a otra persona natural o jurídica; no es posible concebir, de otra forma, un patrimonio “aislado”. Es destacable, que parte de la idea propugnada por Cruzat adquiere materialidad casi cincuenta años después con la promulgación de la ley N° 19.857 (publicación el 11 de febrero del año 2003) que crea la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Esta institución presenta algunos de los rasgos que mencionaba el memorista: el constituyente destina una parte de su patrimonio a la creación de una entidad nueva, que hará suya esa facción de patrimonio, destinándolo al cumplimiento de una finalidad determinada, soportando las obligaciones y cargas pecuniarias de ésta. Sin embargo, presenta también una gran diferencia: el “fragmento” de patrimonio aportado a la empresa, no pertenecerá al constituyente, sino a la nueva persona jurídica que nacerá. Concluimos entonces que para poder hacer converger en una misma institución la idea de que una persona tenga un patrimonio propio y a la vez tenga propiedad sobre una universalidad diversa (patrimonio), debemos recurrir necesariamente al concepto de comunidad o indivisión. Solo en la comunidad, es posible que una persona tenga, dentro de su patrimonio, una cuota o fracción de un patrimonio distinto. No existe en nuestro derecho ninguna otra figura que contemple lo recién expuesto, salvo situaciones de excepción, que más bien implican pluralidad de patrimonios ligados a una sola persona (ej. Herencia aceptada con beneficio de inventario)

Podemos señalar entonces, que la idea de patrimonio de afectación sería excluyente con el concepto de titularidad actual del mismo por parte de una persona, es decir, sería de su esencia y a la vez lo que justifica su existencia como tal, que no posea un titular. En concreto: el fondo como patrimonio de afectación carecería de dueño, lo que no tiene justificación alguna, toda vez

que está perfectamente determinado que este se constituye básicamente con los aportes de los afiliados. Resulta así, que la propiedad del fondo, que es una universalidad de derecho y por ende un patrimonio, pertenece en definitiva a los afiliados o aportantes; su naturaleza jurídica debemos encontrarla en la comunidad, como detallaremos a continuación.

## **ii. El fondo como Comunidad.**

### **1. Aspectos Generales de la Comunidad.**

En términos generales podemos decir que la comunidad o copropiedad corresponde a la situación jurídica que se produce cuando sobre una misma cosa existen distintos titulares del dominio. Algunos autores, como el español Donderis<sup>13</sup>, señalan que los términos comunidad y copropiedad, tienen relación de género-especie, donde comunidad comprende todas las relaciones en que el sujeto de derecho sean distintas personas que comparten derechos análogos sobre la cosa y copropiedad cuando ese derecho compartido es el dominio.

En Chile, Luis Claro Solar nos dice: “La copropiedad, llamada también comunidad, es el derecho de propiedad de dos o más personas sobre una sola y misma cosa, pro indiviso y que corresponde a cada una de ellas en una parte alícuota, ideal o abstracta”<sup>14</sup>. Independiente a las discusiones terminológicas sobre la materia, consignemos para los efectos de este trabajo, que una comunidad se constituye con la existencia de una cosa común, que soporta los derechos análogos de distintas personas, correspondiéndole a cada una de ellas

---

<sup>13</sup> Donderis Tatay Luis, “La Copropiedad”, pág. 15)

<sup>14</sup> Claro Solar Luis, “Explicaciones De Derecho Civil Chileno y Comparado”, pág. 503)

una cuota, que viene a significar la medida del derecho que se tiene sobre ella. Podría definirse la cuota como porción ideal, fija y determinada o determinable, que cada comunero tiene en el derecho sobre la cosa común; es la medida extensiva del derecho de cada comunero en la comunidad. Señala la proporción en que los comuneros han de gozar de los beneficios de la cosa, sufrir las cargas y obtener una parte material de la misma cuando se divida, o del valor de ella, si es materialmente indivisible. Las cuotas pueden ser iguales o desiguales; si no consta lo contrario se reputan iguales.<sup>15</sup>

Por otra parte, Manuel Somarriva Undurraga<sup>16</sup> señala que cuando la cosa común es una universalidad jurídica -o sea un patrimonio entendido como un conjunto de derechos y obligaciones adscritos a un fin- las cuotas serán abstractas, es decir, recaerán sobre la universalidad y no sobre los bienes determinados que comprenden esa universalidad. El mismo autor sostiene que si la cosa común, en cambio, es un bien singular, el derecho del comunero es determinado, pues radica directamente en el bien común. A nuestro juicio, la distinción entre cosa singular y universal, solo cobra importancia para efectos de enajenación de la cuota: si la cuota es la fracción de una universalidad jurídica-aunque ella comprenda inmuebles-tendrá la naturaleza de un mueble y por ello seguirá sus requisitos para enajenarse; por el contrario, de ser la cosa singular un inmueble, la cuota necesariamente será una fracción de un derecho de dominio inmueble.

Por otro lado, resulta importante destacar que los conceptos doctrinarios de comunidad aquí vertidos, corresponden a la llamada comunidad pro-indiviso, toda vez que nos hemos referido a aquella situación donde un pluralidad de personas comparten sobre una cosa- singular o universal- un

---

<sup>15</sup> Alessandri Somarriva Vodanovic, "Tratado de los Derechos Reales", pág. 112)

<sup>16</sup> Somarriva Undurraga Manuel, "Indivisión y Partición", pág. 40 y ss.)

mismo derecho, el cual es detentado por cada una de ellos, parceladamente. Así, el derecho en su integridad, se conforma con la suma de sus “fragmentos” radicados en cada comunero. Distinto a lo anterior, es la llamada comunidad pro-diviso, la cual se caracteriza por converger en una misma cosa, distintos derechos de propiedad y a su vez, en otra parte de esa cosa, compartir los comuneros el mismo derecho de propiedad- como en la comunidad pro-indiviso-. Un ejemplo de lo anterior, se da en el caso de los edificios de departamentos, donde cada propietario de departamento, tiene un derecho pleno sobre éstos- no parcial- pero en ciertas áreas del edificio, tales como terreno, estructura, cimientos, escaleras, se forma una comunidad pro-indiviso. Muchos autores desestiman lo anterior como comunidad, pues a su juicio, solo se trataría de distintos derechos de propiedad - de distintos titulares- que recaen físicamente sobre un mismo objeto; no se trataría de un mismo derecho, requisito fundamental de la comunidad.

Cabe destacar también, que doctrinariamente se ha clasificado la comunidad desde distintas perspectivas, teniendo importancia para este trabajo, aquella que lo hace según el origen de la misma: aquellas nacidas de un hecho, aquellas nacidas de un contrato y aquellas impuestas por el legislador. Como ejemplo de las primeras podemos señalar el caso de la comunidad que se genera entre los socios de una sociedad disuelta, respecto a los bienes que pertenecieron a ella; como ejemplo de las nacidas de un contrato, está el caso en que dos o más personas compran una cosa en común- universal o singular- y como ejemplo de las impuestas por la ley, está el caso de las áreas comunes de los edificios de departamentos.

## 2. El Fondo como Comunidad a la Luz del Derecho Civil.

Aplicando lo aquí expuesto al fondo, y con un análisis ligero, podríamos advertir en primer lugar, que comparte con la comunidad, la característica de fundarse en una cosa común, en donde cada comunero solo sería propietario de una cuota de ella. El art. 33 inc.2° del DL 3500 dispone: “ *Cada Fondo de Pensiones estará constituido por las cotizaciones y aportes establecidos en los artículos 17, 18, 21 y 53, los Bonos de Reconocimiento y sus complementos que se hubieren hecho efectivos, sus inversiones y las rentabilidades de éstas, deducidas las comisiones de la Administradora*” . En efecto, el fondo se constituye con los recursos aportados por cada uno de los afiliados pasando a ser una unidad distinta de los aportes en particular, por lo que la administración-inversión- de éste se realiza sobre un todo único y no sobre las distintas fracciones que lo integran. Lo anterior se refrenda, por el hecho de que los beneficios económicos obtenidos por la inversión del fondo como unidad, proporcionalmente considerados, no podrían lograrse invirtiendo los aportes de los afiliados individualmente.

En este orden de ideas resulta importante determinar la verdadera naturaleza del fondo, a la luz de nuestro derecho común, para establecer si la comunidad recaería sobre una cosa singular (compuesta) o bien sobre una universalidad de derecho.

La idea de que el fondo se conforma por la reunión de distintos aportes, por parte de los afiliados, nos lleva a la distinción doctrinaria entre cosa simple y cosa compleja. Las primeras son aquellas con individualidad orgánica unitaria, son un todo único, como lo podría ser, por ejemplo, un derecho. Las segundas, resultan de la unión material de dos o más cosas simples, pudiendo distinguirse con facilidad las partes que las componen,

como por ejemplo, un automóvil o un edificio. La conjunción entre las partes, puede ser física, como en los ejemplos recién planteados o ideal. En el primer caso, si las partes corresponden a distintos dueños, nos encontraremos dentro del concepto de accesión y seguiremos las reglas que al respecto dispone nuestro Código Civil. En el segundo caso, la unión es meramente conceptual existiendo entre las distintas partes, un vínculo ideal, pues ellas, mantienen una individualidad jurídica o económica; materialmente no hay una nueva cosa, sino solo una realidad lógica: esa pluralidad unida por un vínculo conceptual, se considera como una nueva cosa. Es el caso de las universalidades de hecho, que se caracterizarán por estar compuestas de muebles y presentar una unidad social y jurídicamente apreciable (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, Tratado sobre los Derechos Reales).

Si en cambio, estas unidades complejas comprenden bienes materiales, bienes inmateriales (como derechos y relaciones jurídicas con contenido económico) un pasivo (actual o eventual) y además este carácter unitario se lo reconoce la ley, hablamos de una universalidad de derecho, donde el patrimonio figura como un exponente al que recurre casi la generalidad de la doctrina para ejemplificarlo.

Expuesto lo anterior, debemos establecer que clase de cosa es el fondo, pues podría compartir rasgos con las cosas complejas o con las universalidades: ¿cómo considerar a esta reunión de capital perteneciente a distintos dueños, unidos por un vínculo intelectual que dan forma a un fondo? Al respecto, la ley no deja dudas, pues el art.33 inciso primero del DL 3500 dispone: “*Cada fondo de pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos*”. Al definir al fondo como patrimonio, podría surgir la pregunta sobre el alcance que dicha expresión tendría. Al respecto, el propio legislador

en el art. 98 del mismo decreto señala: *“Para los efectos de esta ley se entenderá por: a) Patrimonio: La diferencia entre el valor de los activos totales y los pasivos exigibles”*. Sin necesidad de entrar en análisis financieros, resulta patente que el fondo, como patrimonio que es, tiene un activo y un pasivo, correspondiendo asimismo a una universalidad de derecho.

Establecido el fondo como una universalidad de derecho constitutiva de comunidad, el comunero-afiliado- “participaría” del fondo, solamente en proporción a su cuota, lo cual viene a ser la fracción del fondo del cual él sería propietario; sin embargo, debe precisarse el verdadero sentido de lo que significa la cuota del fondo.

Si consideramos que el fondo es una comunidad pro-indiviso, donde la cosa común pertenece a distintas personas en proporción a sus cuotas, aparece que la cuota, ya definida como una porción ideal, abstracta, determinada o determinable, de un derecho común que se tiene sobre una cosa, vendrá a ser la medida o proporción del derecho de propiedad de cada comunero sobre el fondo. Así, el fondo pertenecerá a todos ellos en conjunto y cada uno será dueño absoluto de su propia cuota, todo esto, siguiendo las disposiciones del Código Civil (arts. 1317 y ss y 2304 y ss.) y la doctrina sobre comunidad.

### **3. “Cuotas” del Código Civil y “Cuota” del DL 3500.**

El DL 3500 emplea en reiteradas oportunidades la voz “cuotas”, lo que nos lleva inmediatamente a la institución de la comunidad; sin embargo, pareciera que dicha expresión tiene otro alcance. Citaremos algunas disposiciones:

Art. 35: *“El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables”*.

Art. 31: *“ La Administradora deberá proporcionar al afiliado, al momento de su incorporación, una libreta en la que se estampará cada vez que éste lo solicita, el número de cuotas registradas en su cuenta de capitalización individual y en su cuenta de ahorro voluntario, si correspondiere, y su valor a la fecha”*.

Art. 32: *“Todo afiliado podrá transferir el valor de sus cuotas a otra Administradora de Fondos de Pensión...”*

Podemos deducir entonces que las cuotas a que se refiere el decreto sería una forma de expresar el valor del fondo, una unidad de cuenta o medida y una fracción concreta del mismo. Al indicar que en cada cuenta del afiliado se llevará un registro del “número de cuotas” con que éste cuenta, viene a refrendar lo antes expuesto: el número de estas cuotas indicará la proporción o la parte del fondo del que el afiliado es propietario; la cuota misma tendría la naturaleza de un título-valor, o sea de un bien del cual se es propietario y el cual corresponde a una parte del fondo. Así, en el evento de que un afiliado quiera transferir sus recursos de un fondo a otro, transferirá sus respectivas cuotas. Lo anterior significará en la práctica, que las cuotas serán “rescatadas” del fondo para una liquidación de las mismas, y posterior traspaso de esos caudales a otro fondo. El hecho de retirar estas cuotas de un fondo, conllevará la disminución efectiva del volumen del fondo, lo que deja de manifiesto el carácter material de la cuota. Advertimos que lo recién señalado podría dar lugar a divergencias con el concepto de cuota y comunidad que hemos expuesto anteriormente; sin embargo, podemos plantear que el uso de la voz “cuotas” del decreto no se refiere a la cuota del comunero de nuestro derecho

común, aunque aquí se relacionan. Así, no habría inconveniente en sostener que dado a que se ha formado una universalidad de derecho constitutiva de un fondo, formado por una reunión ideal de los aportes de capital que realiza cada afiliado- recursos sobre los cuales estos tienen propiedad- se ha formado una comunidad donde cada uno de ellos es dueño de su cuota. Cabe advertir que hablaremos de cuota en singular, para distinguir la cuota establecida para la comunidad del derecho común, de las cuotas en plural, a que se refiere el DL 3500. En la estructura de la institución del Derecho Civil, cada comunero tiene solo una cuota, la que puede variar de “extensión” o “tamaño”. Ahora bien, en el caso de la comunidad surgida con la constitución del fondo, las cuotas de éste servirán para determinar la proporción efectiva de la cuota que cada comunero-afiliado-tiene sobre él.

#### **4. Conclusiones.**

En síntesis, cada comunero es dueño, en particular, de una cuota sobre la cosa común (fondo) y todos ellos en conjunto, del fondo mismo; esa cuota corresponde a una proporción ideal del fondo, determinada concretamente en su extensión, por el número y el valor de las cuotas del fondo que a su nombre registre. En otras palabras, la cuota que corresponde a cada comunero en el fondo de pensiones, se traduce material y contablemente en las cuotas del fondo que éste tenga, las que a su vez servirán como unidades de medida, pues su cantidad y valor determinarán que parte del fondo corresponde a cada afiliado.

Lo expuesto guarda concordancia con lo expresado por la Superintendencia de AFP. En efecto, define a las cuotas sobre el fondo, en la sección “preguntas frecuentes” de su página web, como una unidad de medida

en la que se expresan los recursos acumulados por los trabajadores en sus respectivas cuentas individuales; sin embargo, sería más correcto decir que las cuotas corresponden a fracciones materiales del fondo que a su vez sirven como unidad de medida.

Por otro lado, resulta pertinente observar, que la Superintendencia señala en la misma sección, que los recursos acumulados en los fondos de pensiones pertenecen a los afiliados, siendo función de la AFP administrar los fondos por cuenta de los trabajadores y todas las ganancias producidas por la inversión de los recursos pertenecerán a los trabajadores, aumentando los saldos acumulados en sus respectivas cuentas individuales ([www.safp.cl/Preguntas Frecuentes](http://www.safp.cl/Preguntas-Frecuentes)).

Todo el planteamiento aquí expuesto, desvirtúa la idea de fondo como patrimonio de afectación, en el sentido de desligarlo, como entidad autónoma, de cualquier sujeto que pudiese tener dominio del mismo, tanto en su conjunto como de sus partes. Sobre el particular, cabe mencionar que el concepto de patrimonio de afectación surge a mediados del siglo XVIII en Alemania, como explicación a ciertos patrimonios cuyo titular era incierto. Tal como indicamos anteriormente, con este planteamiento se podían explicar situaciones tales como herencias (patrimonios) cuya aceptación pendía o patrimonios de personas ausentes, a fin de proteger los intereses patrimoniales tanto de terceros involucrados con esos patrimonios, como del propio titular eventual de ellos. En el caso en cuestión, no existiría ningún motivo para privar a los aportantes del fondo (afiliados) de la propiedad del mismo; es decir, no vislumbramos ningún motivo fáctico o de derecho para que el legislador hubiera considerado al patrimonio como una entidad autónoma carente de un titular de dominio. Es más, dado que el fondo se constituye a partir de aportes pertenecientes a los afiliados obtenidos por el trabajo remunerado de ellos,

resulta más armónico con los principios generales del derecho, tutelar los intereses de los mismos otorgándoles la calidad de “dueños” de sus aportes y por ende brindarles la protección que la ley confiere al propietario (derecho de dominio). La única institución que podrá otorgar dichas prerrogativas, para el caso en particular, será la comunidad y el derecho real de dominio sobre ella.

Al respecto, debemos señalar que este planteamiento no es extraño en nuestra legislación. A modo de ejemplo, podemos señalar que la herencia-concepto desde donde don Andrés Bello erige toda la institución de la comunidad- es un patrimonio (bienes, derechos y obligaciones) sobre el que recae una comunidad, formada por los derechos particulares de todos los herederos. Otro ejemplo de comunidad sobre una universalidad, se da en el caso de la disolución de una sociedad: una vez extinta la personalidad jurídica, los socios serán comuneros de un patrimonio.

Viene al caso agregar, que el legislador autoriza, en ciertas circunstancias, tener más de un patrimonio. Así, se facilita la vida social y económica al permitir asegurar la satisfacción de necesidades determinadas y la protección de ciertos intereses relevantes. En efecto, y siguiendo con el ejemplo propuesto, el heredero, podrá solicitar por medio del beneficio de inventario, la separación de los patrimonios de éste con el heredado del causante; si existen distintos herederos, cada uno será dueño pro-indiviso de una parte alícuota del patrimonio heredado en forma independiente al patrimonio propio. Ejemplos de otras separaciones patrimoniales en nuestra legislación, las encontramos en el caso del peculio profesional del hijo de familia o el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, entre otros. A raíz de lo recién expuesto, podría postularse que la propiedad pro-indiviso sobre el fondo, corresponde a un patrimonio separado del de cada afiliado; de esta forma, se resguarda el futuro previsional del aportante al

sustraerlo de las obligaciones patrimoniales y de cualquier otra carga de éste. Lo anterior lo podemos desprender de diversas disposiciones del DL 3500, entre ellas, el art. 34, que declara inembargables los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo y el art. 20 que básicamente dispone que los aportes al fondo- constituido por el pago de las cotizaciones previsionales- se exceptuarán del pago del impuesto a la renta. Asimismo, se excluirá de dicho pago, los incrementos de valor de la participación que se tiene sobre el fondo.

Sobre el particular, encontramos abundante doctrina que se ocupa de ellos, coincidiendo ellas en general, en que dichos patrimonios separados, presentan caracteres comunes, tales como existencia con absoluta independencia entre ellos, capacidad de relaciones propias e insensibilidad a las vicisitudes del patrimonio general.<sup>17</sup> En nuestro país, el profesor David Stitckin comparte la misma idea respecto de ellos.<sup>18</sup>

Por otro lado, y planteando ahora un sustento empírico que fundamente la posición de que el fondo pertenece a los afiliados al ser éstos dueños de los capitales que aportan y por ende dueños del fondo, advertimos que en la propia contabilidad del Fondo-llevada a cabo por la AFP- aparecen registrados bajo la cuenta “Patrimonio”, las cuentas donde figuran los aportes de los afiliados. Si se considerara que los afiliados solo serían titulares de derechos personales contra el fondo, sin existir dominio sobre éste, dichas obligaciones se reflejarían en la cuenta de pasivos del fondo, pues serían deudas; sin embargo, el somero análisis contable mostrado, revela en forma concluyente, justamente lo contrario: el fondo es propiedad de los afiliados.

---

<sup>17</sup> Espín, “Manual de Derecho Civil Español”, pág.213. Madrid 1951)

<sup>18</sup> Stitckin B. David, “Curso de Derecho Civil Profundizado. La Teoría General del Patrimonio”. Santiago 1974.

Resulta pertinente destacar, a propósito del fondo, su propiedad y el estado de indivisión que resulta, lo que disponen las legislaciones de seguridad social, de otros países, cuyos sistemas se han basado, en ciertos ámbitos, casi en forma literal en el nuestro. Así, la Ley N° 16713 de Uruguay señala en su artículo 111:

*“(Naturaleza del Fondo de Ahorro Previsional). El Fondo de Ahorro Previsional definido en la presente ley es un patrimonio independiente y distinto del patrimonio de la Administradora. El mismo estará constituido por las disponibilidades transitorias y las inversiones realizadas y estará destinado únicamente a financiar las prestaciones indicadas en el artículo 50 de la presente Ley.*

*La propiedad del Fondo de Ahorro Previsional será de los afiliados al mismo y estará sujeta a las limitaciones y destinos establecidos en la presente Ley.”*

Es importante destacar que al igual que nuestra ley, se define al fondo como un patrimonio, que a su vez es independiente del de la administradora. En su artículo siguiente declara inembargables los bienes y derechos que componen el patrimonio del fondo.

Por otra parte, resulta de gran importancia para el tema de marras, lo expresado por su artículo 115: *“(Participación de la copropiedad del Fondo de Ahorro Previsional). La participación de cada uno de los afiliados en la copropiedad del Fondo de Ahorro Previsional, se determinará mensualmente como el cociente entre el saldo de su cuenta de ahorro individual y el valor total del mencionado Fondo. Dicha participación es inembargable”*. Aquí el legislador uruguayo a diferencia del nuestro, define derechamente la participación de cada afiliado al fondo como copropiedad y sin mencionar expresamente el término “cuota”, nos permite desprenderlo de lo que él llama

participación. Para la determinación de la extensión de esa “participación”, utiliza una fórmula distinta a la empleada por nuestro legislador al establecer las cuotas en el decreto; sin embargo, la inspiración de ella es muy similar a la nuestra. Concluyendo que el sistema uruguayo presenta una enorme similitud con el chileno, nos hace difícil pensar que nuestro decreto haya querido darle al fondo una naturaleza diversa.

Por último, puede entenderse la propiedad del afiliado sobre la rentabilidad del fondo y en definitiva la rentabilidad particular por él percibida, por medio del art. 2310 del Código Civil: “*Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas*”. Por otra parte, el mismo cuerpo legal señala en su art.643 que el dueño de una cosa-en este caso la cuota sobre la comunidad-pasa a ser dueño de lo que ella produce, en este caso, frutos civiles.

### **iii. Tesis Ecléctica.**

Podríamos explicar la naturaleza jurídica del fondo de pensiones, planteando una solución que involucre los dos postulados recién expuestos, señalando que el fondo administrado es un patrimonio de afectación, con la particularidad de que, a diferencia de los patrimonios de afectación señalados como ejemplo, los cuales carecen de un titular a quien adscribirlos, éste tendría a los afiliados como dueños. Así, existiría un mismo derecho de propiedad sobre el fondo, compartido por todos los partícipes del fondo, lo que viene a significar una copropiedad sobre el mismo.

Para sustentar lo anterior podríamos apoyarnos en lo ya expuesto respecto a los patrimonios de afectación. El fondo sería un patrimonio, un sujeto de derecho-sin personalidad jurídica- que puede detentar derechos y

soportar obligaciones. Este patrimonio, se encuentra desligado del patrimonio de los aportantes, pues éstos son propietarios sólo de cuotas del fondo (las que vienen materialmente, a ser fracciones del mismo) que son inembargables, al igual que los bienes que componen el fondo. Siguiendo en la misma línea argumentativa, podría sostenerse que lo propio de un patrimonio de afectación, es la finalidad común que se le da a un conjunto de bienes y derechos, donde la titularidad de ese patrimonio o la adscripción del mismo a un sujeto no es relevante. Por lo mismo, podría plantearse la existencia de patrimonios de afectación con un titular y otros sin titular, pues esto no es un factor esencial en ellos. Así, los patrimonios de afectación con titular, vendrán a constituirse como verdaderos limitadores de responsabilidad, por cuanto los bienes que los componen, solo responderán de las obligaciones y cargas del mismo patrimonio y no de su titular.

Lo anterior es fácilmente apreciable en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, las que sin embargo, presentan una diferencia fundamental con los patrimonios de afectación: las primeras gozan de personalidad jurídica y los segundos no. No obstante, cuando esa misma sociedad se disuelve, el patrimonio resultante ya no pertenece a la persona jurídica-que ha desaparecido- sino que tendrá que pasar en propiedad a los socios, pues no parece concebible que quede sin dueño. Nuestra ley dispone que la división del haber resultante se regirá por las reglas de la partición, sin señalar expresamente que se trata de una comunidad. Este patrimonio, presenta la particularidad de que no se fusionará con el de cada socio, pues de ser así, se desvirtuaría la institución creada por el legislador: no tendría ningún sentido la sociedad de responsabilidad limitada, si ante una declaración de quiebra, por ejemplo, y término de la personalidad jurídica de ésta, se confundiera el patrimonio de la sociedad con el de los socios, pues existiría la

posibilidad de que los acreedores sociales concurren con los acreedores personales de los socios, resultando en una eventual posición desmejorada para los primeros, que el legislador justamente quiso evitar. Así también, suponer la confusión patrimonial descrita, no se condeciría con la esencia de la institución, pues al hacer efectivas las obligaciones de la sociedad en el patrimonio de los socios, personas distintas a la persona jurídica sociedad, quien es la realmente obligada, se estará haciendo cumplir una obligación a quien no es sujeto pasivo de ella.

Como forma de explicar armónicamente el caso recién descrito, podríamos sostener que el patrimonio resultante luego de la terminación de la personalidad jurídica, será un patrimonio de afectación, cuya destinación es precisamente la liquidación para el pago de obligaciones y su posterior división entre los codueños, en proporción a su cuota o participación en el mismo.

En el caso de los fondos de pensiones, se podría vislumbrar su calidad de entidad patrimonial independiente, por el hecho de que tanto los bienes que componen el fondo, como sus cuotas, de propiedad de los afiliados, son inembargables.

Sobre el fondo recaerá un derecho de propiedad, por pertenecer a los afiliados las cuotas que lo componen. Así, convergerán en una misma entidad o patrimonio- fondo- el dominio de distintos dueños, lo que permitiría sostener que existe copropiedad sobre un patrimonio de afectación.

Habría que señalar que los patrimonios de afectación no alcanzan a ser personas jurídicas, aunque pueden presentar cercanía. Tal como analizamos en el punto número dos, estos patrimonios pueden ser titulares de derechos y obligaciones, soportar cargas, e incluso sufrir perjuicios. Al plantear que el fondo es un patrimonio de afectación, se le confiere un estatus como sujeto de

derecho que una simple comunidad no tiene. Así, encontramos en diversas disposiciones del DL 3500 que se considerará al fondo como el ejecutor de determinados actos, lo que implicará la radicación de los efectos de ellos en él; en otros términos, se vislumbra una suerte de derecho de goce concedido al fondo, lo que refrenda lo señalado respecto a que el patrimonio de afectación se encuentra muy cercano al concepto de persona. En el particular caso de los fondos de pensiones, los cuales se constituyen a partir de los aportes pecuniarios emanados del trabajo remunerado de los afiliados, no es posible abstraerse de la relación directa de titularidad y propiedad de éstos con los fondos. Así, en los hechos, la propiedad del fondo sería pluripersonal, o en otros términos, existiría una copropiedad.

### **c. Comparación del Sistema de AFP con Otros Fondos Existentes en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**

Las AFP no son las únicas administradoras de Fondos que existen en la ley chilena. Es posible realizar valiosos paralelos con otras dos normativas similares a la AFP: los Fondos Mutuos y los Fondos de Inversión. Creemos que la estructura basal del sistema de pensiones, encuentra su origen en estas instituciones.

#### **i. Fondos Mutuos.**

De acuerdo al artículo 1° del DL 1328, sobre Fondos Mutuos, “*Fondo Mutuo es el patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en valores de oferta pública y bienes que la ley*

*permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los partícipes o aportantes, en adelante y para el solo efecto de esta ley, “la administradora”.* El artículo 3° de la misma ley dispone que: *“La administración de los Fondos Mutuos será ejercida por sociedades anónimas cuyo exclusivo objeto sean tales administraciones”.*

El fondo mutuo, al igual que los fondos de pensiones, es un patrimonio-universalidad jurídica- que se constituye a partir de los aportes de diversas personas, para ser invertidos en los instrumentos que autoriza la ley. A diferencia del fondo de pensiones, aquí pueden ser aportantes personas jurídicas, lo que en realidad no constituye una diferencia sustancial con el primero. Así también, la administración de estos fondos corresponderá a una sociedad anónima, que lo hará por cuenta y riesgo de los partícipes del fondo, lo que significa que las ganancias o pérdidas de la gestión se radicarán en estos últimos. Cabe hacer notar que del propio tenor de la ley, desprendemos que la administradora es también una mandataria del partícipe: actúa por cuenta y riesgo de éste.

Por otro lado, la entidad administradora será también una sociedad anónima, cuyo control está entregado al estado por medio de la Superintendencia de Seguros y Valores.

Por otra parte, los respectivos aportes del fondo se traducen y materializan en cuotas, las cuales corresponden a la fracción del fondo de la cual se participa. El artículo 2° inciso 2° de la Ley de Fondos Mutuos define las cuotas de la siguiente manera: *“Los aportes quedarán expresados en cuotas del fondo, pudiendo existir diferentes series de cuotas para un mismo fondo, lo que deberá establecerse en el reglamento interno del fondo respectivo. Las cuotas de un fondo, o de la serie en su caso, deberán tener*

*igual valor y características, se considerarán valores de fácil liquidación para todos los efectos legales y se representarán por certificados nominativos o por los mecanismos e instrumentos sustitutos que autorice la Superintendencia*". Podemos apreciar que la cuota es definida como un valor de fácil liquidación, es decir, viene a representar un bien o cosa sobre la cual recae un derecho de propiedad. Lo anterior se confirma por lo dispuesto por el art. 16 de la misma ley: *"Los partícipes podrán en cualquier tiempo, rescatar total o parcialmente sus cuotas del fondo"*. Así, tal como en los fondos de pensiones, el aportante será dueño de una parte del fondo, materializado en las cuotas, de su propiedad, las que podrá retirar a su arbitrio. La ley utiliza la voz "rescate" para significar el retiro de parte o el total de las cuotas que un partícipe tiene, lo que se traduce necesariamente en una reducción del volumen del fondo. La idea del rescate de la cuota lleva aparejada la idea de la liquidación de la misma, en favor de su dueño. Cabe hacer notar la diferencia de lo recién expuesto con los fondos de pensiones: en estos últimos no podríamos hablar propiamente de rescate, pues no es posible la liquidación de la cuota y posterior pago al afiliado, pero no obstante ello, podemos encontrar una suerte de rescate: el afiliado podrá transferir el valor de sus cuotas de un fondo a otro o de una AFP a otra, lo que técnicamente es una liquidación y posterior participación en otro fondo, en forma de inversión en cuotas de éste. Al igual que en el caso de los fondos mutuos, la transferencia del valor de las cuotas de un fondo a otro, implicará la liquidación de la cuota y la disminución del volumen del fondo de pensiones.

Por último, encontramos que las cuotas de los fondos mutuos, a diferencia de las cuotas de los fondos de pensiones son embargables- pues la ley no lo prohíbe- y además la ley las considera valores de oferta pública, es decir, son ofrecidos al público en general para su adquisición. Las cuotas de

un determinado fondo de pensión, por su parte, solo podrán adquirirse previa celebración de un contrato de afiliación con una determinada AFP.

## **ii. Fondos de Inversión.**

Respecto a los Fondos de Inversión, el artículo 1° de la Ley 18.815 señala que *“Fondo de inversión es un patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes. . .”*, para luego definir estas compañías administradoras en el artículo 3° en los siguientes términos: *“La administración de los fondos de inversión será ejercida por sociedades anónimas especiales, cuyo objeto exclusivo sea tal administración. Por dicha administración podrán percibir una comisión, que se deducirá de dichos fondos”*. Sobre el particular, bastará remitirse a lo expresado a propósito de los fondos mutuos, aunque es importante señalar que al igual que en el DL3500, la ley usa la expresión “comisión” para referirse a la remuneración pagada por concepto de administración de los fondos.

Respecto a la participación de los aportantes en el fondo, esta también se concreta por medio de cuotas. En términos del inciso primero del art. 1° de la ley: *“Los aportes quedarán expresados en cuotas de participación no rescatables”*. Es importante consignar que las cuotas no serán rescatables, como también lo indica el art.15 de la ley, pues si bien tienen la misma naturaleza que las del fondo mutuo, en el sentido de ser valores de oferta pública y considerarse como una parte material del fondo y sobre la que se

tiene dominio, ésta solo podrá liquidarse una vez que el mismo fondo se liquide.

#### **4.- DERECHOS Y DEBERES DE LA AFP PARA CON EL AFILIADO.**

##### **a. Derechos de la AFP con el Afiliado.**

##### **i. Recibir el pago de cotizaciones.**

La cotización es la parte de la remuneración o de la renta declarada, que los trabajadores dependientes e independientes, respectivamente, están obligados o facultados a enterar en la administradora a la que se encuentren afiliados, para financiar las prestaciones que establece la ley y para pagar la remuneración que corresponde a la administradora.<sup>19</sup> En cuanto a la naturaleza jurídica de ésta, se define como un descuento coactivo de la remuneración, ordenada por la ley, respecto a determinados grupos, afecta a garantizar prestaciones de seguridad social. Se ha sostenido que la obligación de cotizar, es una obligación de derecho público subjetivo, que no tiene carácter contractual ni ha nacido de la voluntad de las partes. En efecto, como hemos indicado, la afiliación implica un contrato forzoso entre el afiliado y la administración, traducido en la práctica en un vínculo jurídico entre el trabajador como persona natural, con una sociedad anónima administradora de fondos de pensión. La obligación de enterar las cotizaciones es ordenada por la ley para cierto grupo de personas y una facultad para otras. Dentro de las

---

<sup>19</sup> Arthur Errázuriz Guillermo, obra citada.

primeras están los trabajadores independientes y de las segundas los independientes.

La obligación de enterar las cotizaciones corresponde al empleador, por lo que de no efectuar los pagos de éstas, la ley dispone que la AFP estará obligada a seguir las acciones necesarias para el cobro. El propio DL 3500 dispone normas de carácter procesal para el evento de cobrar judicialmente las cotizaciones.

Las cotizaciones se clasifican en:

a) Obligatorias: Corresponde al 10% de la remuneración de los trabajadores dependientes o renta imponible de los independientes, que éstos deben enterar en sus cuentas de capitalización individual.

La ley dispone como límite mínimo para dichas cotizaciones, el ingreso mínimo, para el caso de los dependientes, y un máximo imponible de 60 UF(mensuales).

b) Adicional: Utilizando la misma base de cálculo que la cotización obligatoria, se obliga al afiliado a una comisión porcentual adicional, para financiar la administradora y el pago de la prima del seguro de invalidez y sobrevivencia.

c) Voluntarias: El afiliado puede depositar fondos voluntariamente en su cuenta de capitalización individual, para financiar una pensión anticipada o incrementar el monto de la pensión. Estos montos solo podrán retirarse como pensión o como excedente de libre disposición.

d) Depósitos Convenidos: Corresponden a los depósitos que el empleador deposita en la cuenta de capitalización individual del trabajador, existiendo un convenio entre ellos y cuya finalidad es financiar una pensión anticipada o incrementar el monto de la pensión.

## ii. Cobro de comisión.

Partiendo de la base de que la afiliación es efectivamente un contrato bilateral entre el afiliado (mandante) y la AFP (mandatario), podemos distinguir que la prestación recibida por una de las partes-el mandante- es su remuneración por el servicio prestado, que en este caso recibe el nombre de “comisión”.

Dicha remuneración presenta algunas particularidades si se le compara con las recibidas comúnmente por mandatarios (comisionista) y prestadores de servicios. En efecto, en este contrato, el precio no es fijado de común acuerdo por las partes, no se sigue la costumbre ni tampoco lo establece un tercero, sino que la ley faculta al mandatario (administradora) para hacerlo libremente.

De conformidad a los artículos 28 y 29 del DL 3500, y respecto de los afiliados activos, las AFP cobran una comisión que está compuesta de las siguientes dos partes:

**a) Comisión fija:** Esta comisión se deduce de la cotización base que realizan todos los trabajadores de Chile correspondiente al 10% de su remuneración imponible, que se entera en cada cuenta de capitalización individual. Cabe mencionar que actualmente (año 2006), solo una administradora cobra esta comisión.

**b) Comisión variable o “adicional”:** Todas las AFP cobran una comisión porcentual calculada sobre la remuneración imponible, adicional al 10% de cotización base (artículo 17 inciso 2° del DL 3500). Esta cotización adicional está destinada básicamente al financiamiento de la administradora y a cubrir el pago de la prima de seguro del artículo 59 del DL 3500 (seguro de invalidez y sobrevivencia). Esta

comisión se fija libremente por cada administradora y tiene el carácter de uniforme para todos los afiliados.

Es importante consignar, que las AFP cobran sus respectivas comisiones sobre el flujo de ingresos y egresos, y no sobre el fondo mismo que administran. Así, los cobros de comisión recaerán sobre determinadas operaciones, según el art. 59 del Reglamento del DL 3500: a) Depósito de cotizaciones periódicas; b) Traspaso de fondos desde otra administradora; c) Retiro Programado y; d) Renta Temporal.

Se ha sostenido<sup>20</sup> que al cobrarse la comisión sobre estos flujos y no sobre el fondo mismo, se generaría mayor transparencia, pues al estar el afiliado en una relación estrecha con su administradora, conocería de cerca los costos del servicio y además se favorecería la competencia entre las distintas AFP.

Por su parte, las AFP han visto en lo recién expuesto, una suerte de inequidad por parte del legislador, debido a que por el hecho de no poder cobrar sus comisiones directamente del fondo, son obligadas a administrar gratuitamente los recursos de los afiliados que por cualquier razón no coticen. Sin embargo, el tema de las comisiones que cobran las AFP ha sido objeto de debate y controversia en los últimos años, por motivos distintos al recién señalado.

Hemos ya indicado, que el valor que las AFP cobran por sus servicios (comisión) es fijado unilateralmente por ellas. Surge entonces la pregunta, de por qué el legislador ha elegido un sistema de precios libre o no regulados, en circunstancias que se trata del pago a un servicio prestado a un cliente cautivo. La respuesta la entrega la propia Superintendencia en su manual sobre el

---

<sup>20</sup> Arthur Errázuriz Guillermo, obra citada.

sistema chileno: “Dado que las comisiones no son más que el precio de un servicio, se presume que la libre elección de AFP de parte de los afiliados y la competencia entre éstas generará un nivel de comisiones adecuado desde el punto de vista de la asignación de recursos a nivel global”.

La historia del DL 3500 es clara a este respecto: el tema fue objeto de un largo debate en distintas sesiones de la Comisión, concluyendo finalmente al inclinarse por la tesis planteada por los representantes del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, quienes sustentaban que las comisiones debían fijarse libremente por el mercado, pues suponían que éste operaba bien y la competencia se encargaría de determinarlas. La ley solo establecería bases fundamentales para establecer que actos y servicios podrían dar origen al cobro de comisiones (Historia de la Ley, T.I, pág.168)

Así, de acuerdo al diseño institucional, las AFP serían libres para el cobro de sus comisiones, basándose en un supuesto fáctico clave para su control: que el mercado funcionase correctamente, esto es, libre competencia entre las AFP e ingreso de nuevos actores al mercado.

Esta esperada regulación natural, no funcionó como se preveía en la práctica, debido a las profundas fallas de mercado que se podrían resumir someramente y en términos económicos, como sigue:

- **Insensibilidad de la demanda:** los afiliados al sistema no se cambian de AFP frente a cambios en las comisiones, por lo que la competencia entre ellas prácticamente no se da. Este fenómeno, reconocido por la propia Superintendencia (documento “Evaluación del 2004”), se debería básicamente a dos motivos: a) dificultad que tienen los afiliados para

comparar precios; b) falta de diferenciación entre las AFP respecto al servicio brindado.

- **Falta de Información del Afiliado:** íntimamente relacionado a lo anterior aparece el problema de desinformación del afiliado. En términos generales, la obtención misma de la información es difícil y además dada la relativa complejidad del Sistema, el afiliado no maneja la información que lo puede llevar a tomar una decisión por una u otra AFP. Así, una competencia entre los precios de las comisiones, no produce prácticamente ninguna incidencia en la decisión del consumidor del servicio, el afiliado.
- **Barreras de Entrada:** Directamente asociado a los dos puntos recién expuestos, las barreras de entrada frustran la posibilidad de ingreso de nuevas compañías que generarían la competencia esperada. La razón es simple: si una nueva compañía quisiera entrar al mercado, no tendría forma de atraer a los clientes, pues como se indicó, éstos no se cambian de AFP. Sólo un reducido número de ellos lo haría, estos es, los clientes más informados; sin embargo, dichos clientes serían a su vez los más “infieles”, pues se cambiarían entre las distintas administradoras en busca de las mejores condiciones. Como la actual normativa prohíbe pactar compromisos de permanencia, cualquier nueva AFP enfrentaría tasas de rotación muy superiores a una AFP preestablecida, aumentando significativamente sus costos comerciales lo que

en definitiva, constituye una gran desincentivo para nuevas compañías.<sup>21</sup>

Finalmente, a nuestro juicio, parece adecuada una modificación legal sobre la materia, toda vez que actualmente no se estarían cumpliendo los objetivos perseguidos por el legislador, al dictar la ley. Así, es necesario mejorar la competencia entre las AFP para generar condiciones de mercado que permitan la regulación pretendida por el legislador. Sobre el particular, se han propuesto diversas ideas, destacando la del economista Salvador Valdés (“Para Aumentar la Competencia entre las AFP”), quien postula, entre otras cosas, la creación de un nuevo servicio a los afiliados, consistente en la creación de comités de expertos independientes cuya función sea encontrar la AFP que cobre la menor comisión, vía licitaciones periódicas, con libre entrada, cautelando el incentivo a la buena gestión financiera con herramientas que ya operan en el mercado. Además, plantea la autorización a bancos y compañías de seguros para crear filiales AFP.

### **b. Deberes de la AFP**

En términos generales, podemos mencionar, aunque ya se ha tratado someramente en este trabajo, que los deberes básicos de las AFP serán la administración de los fondos de los afiliados (y por ende, sus cuentas individuales) y el otorgamiento de las prestaciones que exige la ley (y también las acordadas con el afiliado). Con todo, podemos advertir que las AFP tienen además, deberes de lealtad, lo que se relaciona íntimamente con el tema de los conflictos de interés, lo cual analizaremos a continuación.

---

<sup>21</sup> Valdés Salvador, “Para aumentar la Competencia entre las AFP”, 2004.

**i. Conflicto de intereses en la administración del fondo y su regulación en la ley.**

Existe un conflicto de interés en aquellas situaciones en que la satisfacción del interés de uno de los sujetos de una relación obligatoria supone el sacrificio del interés del otro.<sup>22</sup> En general, la doctrina ha tratado el tema a propósito de los casos en que un sujeto representa a otro o gestiona intereses ajenos, como en el mandato, donde un mismo sujeto puede actuar con dos calidades simultáneamente. Así, si el mandante ha encargado al mandatario vender algo, se produciría una situación de conflicto de interés si este último pretendiera ser a la vez, comprador de la cosa. En el caso expuesto, el propio derecho común entrega las normas sobre como se resuelven estos conflictos.

El DL 3500 destina a esta materia el título XIV denominado “De la Regulación de los Conflictos de Intereses”. El legislador ha querido, por un lado, evitar que la AFP y sus gestores, puedan obtener para sí ventajas económicas ilegítimas, derivadas del hecho de detentar una posición de privilegio en el mercado otorgada por el manejo de capitales de gran envergadura, y por otro, evitar el beneficio de la administradora en desmedro de sus afiliados. Así, podemos distinguir el conflicto de intereses desde dos ópticas distintas: la primera surge a partir de la relación de la administradora y sus agentes con las personas naturales que las componen, y la segunda, entre la administradoras y sus agentes con el fondo que administran, o en otros términos, de la administradora con los afiliados mismos, por ser éstos los

---

<sup>22</sup> Saavedra Galleguillos Francisco, “Teoría del Consentimiento”, pág. 481

dueños del fondo. Dicho de otro modo, en el primero la ley busca evitar el beneficio ilegítimo de quienes operan las administradoras y en el segundo, busca evitar el beneficio injusto de las administradoras mismas a costa de los afiliados. En el presente trabajo nos ocuparemos sólo del conflicto de interés entre AFP y afiliados.

Tal como hemos sostenido, cada AFP es mandataria de sus afiliados para la administración de sus fondos previsionales. En consecuencia, está obligada a administrarlos mirando el sólo interés del dueño de esos fondos y por lo tanto, a maximizar las utilidades en beneficio de éstos.<sup>23</sup> Así, ha sido necesaria una regulación del conflicto que puede surgir entre los intereses propios del mandante y los del mandatario, pues es común que éste se suscite cuando un sujeto administra un negocio en beneficio de un tercero y de tal administración puede surgir un beneficio para quien la realiza.

En el caso concreto, existe por una parte un interés patrimonial general de los afiliados -interés en la integridad patrimonial, incluyendo sus remuneraciones en general y los fondos en sus cuentas individuales en particular- y por otra parte, se encuentra presente el interés de la AFP en maximizar sus utilidades. Dicho de otra manera, desde la perspectiva de la AFP, las fuerzas divergentes son las siguientes: a) o privilegia su interés, persiguiendo las mayores utilidades posibles (traducido en el cobro de comisiones cuyo monto sea el más alto permitido), en beneficio propio, considerando el legítimo espíritu de lucro que inspiran a estas sociedades anónimas; b) o cobra comisiones mínimas, maximizando de este modo la cuenta individual del afiliado y la remuneración disponible del afiliado post pago de cotizaciones.

---

<sup>23</sup> Arthur Errázuriz Guillermo, Obra citada. Pág. 309.

Resulta importante analizar al respecto, lo dispuesto por el art. 147 del DL 3500: *“Las Administradoras deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para cautelar la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de los Fondos que administran. En cumplimiento de sus funciones atenderán exclusivamente al interés de los Fondos y asegurarán que todas las operaciones de adquisición y enajenación de títulos con recursos de los mismos, se realicen con dicho objetivo. Las Administradoras responderán hasta de la culpa leve por los perjuicios que causaren a los Fondos por el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones.”*

Podemos advertir que el legislador al regular los conflictos de interés, plantea figuras genéricas y otras específicas. El artículo transcrito se refiere básicamente a lo primero y solo de ello nos ocuparemos. La disposición entrega en forma amplia ciertas directrices sobre como solucionar el conflicto de interés que pueda surgir: las administradoras en el cumplimiento de sus funciones, deberán atender al beneficio exclusivo de los fondos, es decir, deberá primar el interés de los afiliados -dueños de los fondos- por sobre el propio. Además, se les exige cautelar las inversiones y efectuar cualquier gestión para obtener una rentabilidad adecuada.

Analizando lo anteriormente expuesto, podría plantearse la interrogante de por qué el legislador estableció el deber que señala en la primera parte del artículo citado, ya que en diversas disposiciones éste exige a las AFP cumplir con una serie de requisitos necesarios para que ellas cumplan efectivamente los objetivos que se le encomiendan. Es más, los arts. 37 y siguientes del DL ordena a las AFP cumplir con la obtención de una determinada rentabilidad so pena de ser disueltas en caso de no hacerlo. Así, es evidente que las AFP

usarán cualquier arbitrio disponible, para cumplir la ley y no verse expuesto a drásticas sanciones. ¿Podríamos sostener entonces que esta disposición está demás?

Realizando una interpretación lógica, en el sentido de buscar el funcionamiento armónico del cuerpo legal en cuestión y en consideración al título donde ella está comprendida, concluimos que la disposición se relaciona directamente con el tema de la dualidad de intereses al que la administradora privilegiará. En efecto, los intereses que se conjugarán serán, por una parte, la integridad patrimonial y previsional del afiliado (cuanto será lo que deberá pagar el afiliado por la administración de sus recursos y cuanto será el beneficio por él obtenido a causa de dicha administración), y por la otra, las utilidades que obtendrá la administradora, como sociedad con fines de lucro, por su gestión.

La AFP administra los recursos de sus afiliados-fondos- a cambio de una retribución que es la comisión. El conflicto de interés es palmario al sustentarse el sistema en sociedades anónimas (AFP), motivadas por un legítimo espíritu de lucro, las cuales administran un fondo que constituye un interés ajeno. Si bien podría señalarse que la AFP también es propietaria del fondo, al exigir la ley que estos se compondrán también con porcentajes de propiedad de las administradoras (la administradora participará también del fondo, por medio del encaje, que corresponde a un uno por ciento de éste, cuya propiedad es de la administradora), dicho porcentaje solo corresponde a un obligación legal cuyo objeto es asegurar una determinada rentabilidad. En otras palabras, la AFP no obtiene utilidades para sí, por la inversión del encaje; este es solo un porcentaje fijo del fondo, que la ley obliga a mantener para garantizar una cierta rentabilidad. Así, la inversión de los fondos y su

rentabilidad, en caso alguno tendrán incidencia en las utilidades de las AFP, pues éstas emanan exclusivamente de las comisiones pagadas por los afiliados.

Habiendo ya consignado que la ley ha dispuesto un principio general, y en forma genérica, respecto a los conflictos de interés, el cual ordena la postergación del interés propio de la administradora en favor del fondo, que viene a establecer básicamente la supremacía del interés patrimonial de los propietarios de éste- los afiliados- cabe mencionar un alcance importante de este principio, relativo a las comisiones cobradas por las administradoras.

La comisión constituye la contraprestación dada por el afiliado como retribución a la administración del fondo sobre el cual él tiene propiedad. Como el fondo se constituye con los aportes pecuniarios de los propios afiliados, y las comisiones pagadas para su administración, surgen también del patrimonio de los afiliados, apreciamos una vinculación estrecha entre el fondo mismo y las comisiones cobradas. La ecuación es simple: una mayor comisión implica un fondo de menor tamaño, teniendo incidencia directa en lo señalado, el cobro de la comisión fija (descontada directamente del 10% de las remuneraciones destinada a cotizaciones previsionales). En cuanto al cobro de la comisión adicional, podemos advertir que esta tiene una incidencia indirecta en el fondo, pues al descontarse de la remuneración bruta del afiliado, se disminuye la renta efectiva por él recibida y la eventual destinación de esos recursos a un fin previsional, que en definitiva significarían mayores caudales para el fondo.

Hemos hecho patente la relación entre la comisión y el fondo, pues la norma aquí analizada sobre conflicto de interés se referirá entonces a la vinculación inmediata de la administradora con el fondo, y por ende a la

vinculación mediata entre la administradora y el afiliado, la que se materializa en la práctica, por el pago de cotizaciones y el cobro de comisión.

Es importante señalar que la ley faculta a las AFP a fijar libremente la comisión como pago a sus servicios. Por ello, cobra gran importancia el tema del conflicto de interés, en cuanto a la determinación del interés que la administradora privilegiará: el propio o el ajeno. Como el DL 3500 no da pautas para la fijación de comisiones, sino que solo establece un marco referencial dado por el principio sobre conflicto de interés aquí tratado, debemos buscar principios complementarios en el derecho común. En este afán, nos ha parecido de importancia capital referirnos al llamado “deber de lealtad”, materia que trataremos a continuación.

## **ii. Ausencia de regulación frente a la libertad de fijación de comisión: aplicación de las normas del Código Civil.**

Como se ha propuesto en el presente trabajo, el contrato de afiliación es técnicamente un mandato- o en su defecto podemos sostener que comparte sus principios, por involucrar gestión de intereses ajenos. Por ello es importante precisar que, como en todo mandato, el mandatario debe ceñirse a las instrucciones dadas por el mandante. En el caso de no haber sido éstas dadas explícitamente, se seguirá lo que al respecto señala la ley.

En el especialísimo contrato de afiliación, las instrucciones no emanan del mandante, sino que fluyen del propio espíritu y texto del DL 3500, en concordancia con todos los principios generales que inspiran nuestro derecho común. En el caso de existir instrucciones insuficientes o no previstas para un determinado caso, el mandante no puede hacer un uso arbitrario de su

“libertad”, pues implicaría vulnerar las suposiciones claves de las instrucciones que como mandatario recibe de sus afiliados (según su definición por el legislador, por ser un contrato dirigido) y los deberes de lealtad que le exigen anteponer los intereses de los afiliados. En efecto, ante una eventual situación no prevista en el sistema contrato+ley, la AFP debe actuar con especial prudencia y cautela, debiendo ser gobernados sus actos, por el llamado “deber de lealtad”.

El deber de lealtad es propio de las relaciones jurídicas en que se administra un negocio o patrimonio de un tercero. La lealtad debida es el reflejo de la confianza y poder de administración que se deposita en el administrador, y así, a mayor libertad y confianza, mayor será la lealtad que se le deberá al mandante.

El deber de lealtad reposa en la especial relación de confianza que se deposita en aquellos sujetos de derecho que representan, administran o defienden a un tercero. Un abogado debe fidelidad a su cliente, un socio o director le deben lealtad a sus socios y compañía, respectivamente, y un mandatario le debe fidelidad a su mandante. De dicho deber, se derivan una serie de obligaciones, como son la de informar apropiadamente a su principal; guardar confidencialidad de determinados hechos que pueden beneficiar o perjudicar al mandante: velar exclusivamente por los intereses del principal; como asimismo la prohibición de aprovecharse del cargo que se ostenta en beneficio propio, como apropiarse de oportunidades de negocios, y, principalmente, la prohibición de posponer el interés del representado al propio interés. En términos simple y en las palabras de Planiol y Ripert, el deber de lealtad impide “enfrentar el interés al deber”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Reveco Urzúa Ricardo, ensayo “Una Aproximación al Conflicto de Interés en el Código Civil Chileno”.

Desde una perspectiva más precisa, el deber de lealtad se construye sobre la premisa de “la prioridad del interés del mandante por sobre los del mandatario”. Por lo tanto, el mandatario no puede priorizar su interés en perjuicio del mandante, y, consecuentemente, los mayores beneficios y los menores gravámenes aprovechan al mandante, no al mandatario. De lo anterior, se colige que el deber de lealtad se enmarca dentro del fenómeno de los conflictos de intereses, dado que precisamente el mandatario o administrador se enfrenta al dilema ético -que pasa a ser jurídico- de no enfrentar su interés al deber.

Si bien el deber de lealtad se yergue como un principio fundamental que informa variadas instituciones en nuestro derecho, en algunos casos la propia ley definirá el deber de lealtad, como ocurre, por ejemplo, en los casos de representación legal del Código Civil (curador, tutor, albacea, padre de familia, etc.), en los casos de representación convencional que se regulan en el mismo cuerpo legal (mandato y figuras asimiladas a tal), y en otros casos, como leyes especiales que reglan el deber de lealtad complementando técnicamente las normas del Código Civil, tal como ocurre en la Ley N°18.046 (Sociedades Anónimas), Ley N°18.045 (Mercado de Valores), Ley N°18.815 (Fondos de Inversión) y Ley N°18.657 (Fondos de Inversión de Capital Extranjero), entre otras.

En efecto, del análisis de las normas del Código Civil y de cada uno de los cuerpos legales citados se concluye que los derechos y obligaciones que pesan sobre los sujetos que en cada caso se indican, reposan en el *deber general de actuar de buena fe*, obligación que se incorpora objetivamente a la relación contractual complementando el contenido, alcance y extensión de las obligaciones expresamente establecidas o pactadas. Así expresamente lo

dispone el artículo 1546 del Código Civil, precepto general que entrega basamento al deber de lealtad como derivado del principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino que también a aquellos elementos éticos propios de la relación, de la costumbre, etc.

Así, por ejemplo, en la **Ley de Sociedades Anónimas**, el artículo 42 N°1, 5, 6 y 7 -en general- impiden a los directores actuar en beneficio propio y en perjuicio del interés social; el artículo 44 establece un procedimiento especial y requisitos ad-hoc para la celebración de actos o contratos que beneficien a un director, y establece en caso de infracción legal, la obligación del director de indemnizar los perjuicios ocasionados; el artículo 50 hace extensiva las obligaciones previamente indicadas a los gerentes de la sociedad, a las personas que hagan de tales y a los principales ejecutivos, y finalmente el artículo 89 establece que las operaciones con compañías coligadas deben realizarse en condiciones de equidad y cualquier infracción deriva en la obligación de indemnizar perjuicios a la sociedad afectada.

Por su parte, la **Ley 18.045**, sobre Mercado de Valores, regula el deber de lealtad en diversos artículos, algunos referidos a la obligación de informar, y otros, como básicamente dispone el artículo 85, referidos a la prohibición de hacer uso de información privilegiada para obtener ventajas económicas de cualquier tipo; el artículo 161 establece el deber y responsabilidad de las sociedades que administren fondos fiscalizados por la superintendencia del ramo de velar exclusivamente por los intereses del fondo; el artículo 162 establece las prohibiciones e infracciones que generan la obligación de indemnizar perjuicios a los fondos, como las operaciones realizadas con los bienes del fondo, el cobro de servicios al fondo no debidamente autorizados,

etc.; el artículo 169 que establece la obligación de realizar operaciones en forma independiente, separada y autónoma de cualquier otra actividad de la misma naturaleza, desarrollada por inversionistas institucionales u otros intermediarios de valores, entre otras.

Aplicando la misma lógica, la **Ley N°18.815**, sobre Fondos de Inversión, establece en su artículo 7 una serie de prohibiciones a las sociedades administradores de los citados fondos de realizar transacciones con personas relacionadas; el artículo 14 dispone asimismo que las sociedades administradoras, sus directores o gerentes, y sus personas relacionadas no podrán adquirir, arrendar, o usufructuar directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, valores o bienes de propiedad de los fondos de inversión que administren, ni enajenar o arrendar de los suyos a éstos. Tampoco podrán dar en préstamo dinero u otorgar garantías a dichos fondos, y viceversa; el artículo 15 establece la forma en que se adquiere la calidad de aportante de cuotas del fondo, y, finalmente el artículo 1 dispone que a las sociedad administradores de dichos fondos se les aplica la ley de sociedades anónimas y demás normas pertinentes.

En todo caso, el gran basamento de dichas regulaciones legales se encuentra en el Código Civil, y no es más que la aplicación del principio de la buena fe objetiva —artículo 1546— particularmente en el **contrato de mandato**. En efecto, el contrato de mandado, negocio de confianza por excelencia, se establecen una serie de obligaciones emanadas del deber de lealtad que impiden al mandatario priorizar su interés por sobre el interés administrado, como por ejemplo, las prohibiciones de determinados autocontratos entre mandante y mandatario (compraventa, permuta); la aprobación necesaria de otros autocontratos (préstamo de dinero); la

prohibición de apropiarse del mayor interés que se logró al colocar los dineros del mandante (2146); la prohibición del mandatario de apropiarse lo que excede al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato y la generación de responsabilidad civil contractual en caso de infringir dicha infracción legal (artículo 2147), la obligación de evitar perjuicios al mandato aún en caso de no aceptar el encargo (artículo 2125); la obligación de abstenerse de cumplir mandato cuando es perjudicial al mandante (artículo 2149); la obligación de adoptar medidas conservativas aún en caso de imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones del mandato y la prohibición de tomar el partido que más convenga al negocio (artículo 2150) y lo propio ocurre en el caso de renuncia del mandatario (artículo 2167).

Y en el Código de Comercio, el deber de lealtad también se expresa en otros preceptos, así, por ejemplo, en el mandato comercial, especialmente en la **comisión** el artículo 233 establece que es un contrato de confianza, y, como tal, exige lealtad, lo que se demuestra en que el comisionista no puede distraer los fondos del mandante y en caso de hacerlo, deberá indemnizarlo; el artículo 271 le prohíbe representar intereses incompatibles y autocontratar en interés propio y del comitente, asimismo, el artículo 278 le otorga sólo derecho a la remuneración y nunca a otros provechos; por último el artículo 276 sanciona al comisionista que infringe el deber de lealtad con la limitación de su remuneración a la mitad.

En el caso del DL 3500, el contrato de afiliación tiene como objeto que la AFP administre y obtenga la mayor rentabilidad y seguridad de los recursos acumulados durante la vida laboral del trabajador, para que una vez que acaezcan las condiciones que el mismo decreto establece, se le otorguen al trabajador las prestaciones legales. A cambio de dicha administración y

gestión, la AFP percibe comisiones (fija y adicional), es decir, una remuneración por sus servicios, que según disposición legal, son “fijadas libremente” por ésta (dado la hipótesis de existencia de un mercado competitivo que disciplinaría las comisiones).

La obligación principal que asume la AFP es la de administrar los fondos de los cotizantes, y la forma en que debe cumplir dicha obligación dimana de la propia relación de mandato para la administración de fondos de terceros. En efecto, como es una relación de confianza destinada a la administración y gestión de ciertos negocios, surgen de la misma, especiales deberes de lealtad para con los mandantes, en términos tales que el mandatario no puede -bajo ninguna circunstancia- posponer el interés administrado. Dicha obligación, como se ha sostenido, emana del derecho común y especial que rige estos contratos, especialmente del artículo 1546 del Código Civil que para estos efectos complementa el DL 3500, pero así también se demuestra por la propia lógica interna del citado cuerpo legal, que en su artículo 147 establece deberes de diligencia, lealtad y responsabilidad para con el fondo, que se reflejan en los afiliados, en tanto dueños del citado fondo administrado.

El principio básico del artículo 147, por lo tanto, no hace sino aplicar toda la mecánica de deberes y obligaciones aplicables a quienes administran negocios o patrimonios ajenos: *siempre priorizar el interés ajeno y no el propio*, es decir, no enfrentar el deber al interés. En el caso de las AFP, el norte que debe guiar su conducta diligente está dada por el interés del fondo, es decir, obtener la mayor seguridad y rentabilidad en las inversiones de los fondos administrados, y, como indica el citado precepto, atendiendo “exclusivamente” el interés de los fondos, no otros intereses, ni de terceros ni propios. Estos deberes de diligencia y lealtad de índole sectorial -relativo al

orden previsional- se hayan complementados por las normas generales sobre diligencia y lealtad del derecho común, lo que opera en toda la órbita de la relación contractual entre el afiliado y la AFP.

Relacionado con esto último, especial atención debe ponerse sobre un aspecto crucial del mandato: la facultad otorgada por el afiliado a la AFP -en base al sistema contrato+ley- de fijar libremente la comisión a cobrarle. El mandante -el afiliado- otorga este amplio y abierto poder al mandatario -la AFP- quien debe ejecutar dicho encargo lealmente, sin postergar nunca el interés del mandatario frente al suyo propio. Como hemos señalado, este deber de lealtad específico del mandato de “libre” fijación de comisiones, es complementario y adicional al deber de lealtad general emanado de la relación jurídica contractual de afiliación.

A mayor abundamiento, la administración que las AFP realizan, consiste en una serie de operaciones de inversión y gestión de suma complejidad, donde la información que maneja el mandante-afiliado, es muy escasa. Si agregamos a lo anterior que el mandante es un cliente cautivo, donde dicha situación emana directamente de la ley, es dable esperar que el nivel de lealtad exigido, sea el más estricto posible.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

**A. Alessandri, M. Somarriva, A. Vodanovic**, “Tratado de los Derechos Reales”. Santiago. 2001.

**Ariño Ortiz Gaspar**, “Principios del Derecho Público Económico”. Granada. 1999.

**Arthur Errázuriz Guillermo**, “Régimen Legal del Nuevo Sistema de Pensiones”. Santiago. 1998.

**Barr Nicholas A.**, “The welfare state as piggy bank: information, risk, uncertainty, and the role of the state”, New York: Oxford University Press. 2001

**Bustamante Salazar Luis**, “El Patrimonio”. Santiago 1979.

**Claro Solar Luis**, “Explicaciones De Derecho Civil Chileno y Comparado”. Santiago. 1944.

**Cruzat Paul Gastón**, “Patrimonio de Afectación. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” (Memoria de Prueba. 1945)

**Donderis Tatay Luis**, “La Copropiedad”. Madrid.1933.

**Espín Cánovas Diego**, “Manual de Derecho Civil Español”. Madrid. 1963

**Figuroa Yáñez Gonzalo**, “El Patrimonio”. Santiago.1991.

**García –Trevijano José Antonio**, “Los Actos Administrativos”. Madrid. 1986.

**Gorichón Gómez Eugenia**, “Fondos de Inversión en la Ley 18815” (Memoria de Prueba. 1999)

**Humeres Noguera Héctor**, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago. 2000.

**López Santa María Jorge**, “Los Contratos Parte General”. Santiago. 1986.

**Muñoz Anavalón Jessica Alejandra**, “Las Acciones en la Sociedad Anónima como Título-Valor” (Memoria de Prueba. 1999)

**Novoa Fuenzalida Patricio**, “Derecho de la Seguridad Social”. 1972.

**Otárola Sotomayor Eladio**, “Manual de Previsión” (Memoria de Prueba. 1991)

**Reveco Urzúa Ricardo**, ensayo “Una Aproximación al Conflicto de Interés en el Código Civil Chileno”.

**Saavedra Galleguillos Francisco**, “Teoría del Consentimiento”. Santiago 1994.

**Somarriva Undurraga Manuel**, “Indivisión y Partición”. Santiago. 2002

**Stitchkin B. David**, “Curso de Derecho Civil Profundizado: La teoría general del Patrimonio”. Santiago. 1974.

**Stitchkin B. David**, “El Mandato Civil”. Santiago. 1989.

**Valdés Salvador**, “Libertad de Precios para las AFP: Aún Insuficiente”. Santiago 1997.

**Valdés Salvador**, “Para aumentar la Competencia entre las AFP”. Santiago 2004

**Ley N° 16713** sobre Seguridad Social. Uruguay.