

C.A. de Santiago

Santiago, veinticinco de julio de dos mil veinticuatro.

Vistos y considerando:

Primero: Que comparece don Diego Kother Kraemer, abogado, subgerente legal y en representación convencional de A.F.P. Capital S.A., sociedad anónima del giro de su denominación, quien interpone acción constitucional de amparo económico en contra de la Superintendencia de Pensiones, por las acciones que afirma vulneran la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de su representada, constituidas por la dictación del Oficio Reservado N° 13.964, de 14 de agosto de 2023; el Oficio Ordinario N° 18.432, del 23 de octubre de 2023; el Oficio Ordinario 669, de 15 de enero de 2024; y el Oficio Ordinario 712, de 16 de enero de 2024.

En síntesis, pide: a) Realizar la investigación correspondiente respecto del comportamiento de la Superintendencia del que ha reclamado; b) Declarar que mediante ese comportamiento se ha infringido el derecho de Capital a la libre iniciativa económica consagrada en el artículo 19 N° 21° de la Constitución Política; c) Dejar sin efecto la instrucción que ordena a Capital deshabilitar el mecanismo de autenticación que utiliza biometría facial provisto por "Azurian"; y d) Llevar adelante, a la brevedad, el proceso de autorización del mecanismo de autenticación que utiliza biometría facial provisto por la empresa TOC, de conformidad con la normativa vigente.

Primeramente, ahonda sobre el capítulo de las Bases de la Institucionalidad habido en la Carta Fundamental, sobre cuyos principios afirma que se asienta la presente acción y, en particular, en



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

el principio de subsidiariedad. Enseguida, pasa a analizar el citado artículo 19 N°21, en correlato con el deber del Estado de propender a crear y mantener condiciones que permitan a los privados su mayor desarrollo posible, lo que incluye, a su juicio, el ámbito económico, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución. Asimismo, se refiere a los límites de la mencionada garantía.

Postula que toda y cualquier regulación que se establezca por el Legislador y que afecte a un derecho fundamental, debe cumplir con el denominado *test* o estándar de proporcionalidad. Sostiene que si este falla, se estaría incurriendo en un ilícito constitucional, desde el momento que se estaría regulando innecesariamente un derecho fundamental -a desarrollar actividades económicas- o, se lo está impidiendo o desconociendo del todo en la práctica bajo la excusa de estar regulando su ejercicio. Afirma que ello aplica aún más si se está hablando de normativa administrativa, dictada por el ente regulador, dado que mediante actos administrativos puede impedir el legítimo ejercicio del derecho fundamental en comento.

Identifica que desde el momento que se trata de un derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la falta de proporcionalidad puede decir relación con situaciones diversas, ejemplificando al efecto.

En ese sentido, plantea que los deberes de protección del derecho consagrado en el N°21 del artículo 19 de la Constitución alcanzan no solo al legislador, sino a todas y cada una de las autoridades que ejercen potestades públicas.

En acápite aparte, asimismo, alude a la garantía contenida en el artículo 19 N°26 de la Carta Fundamental, indicando que el Tribunal Constitucional ha acogido y validado Principio de



Proporcionalidad como el *test* más idóneo y cabal para determinar si una norma legal se enmarca en los criterios constitucionales, o si, por el contrario, resulta excesivamente intrusiva y vulneradora de la esencia de los derechos de las personas, que la Carta ha reconocido en calidad de fundamentales.

Considera que la misma lógica se puede aplicar respecto de los actos de la administración en tanto tienen la facultad de impedir el libre ejercicio de la actividad económica por parte de sus administrados. Refiere que éste debe mantenerse como criterio central al momento de juzgar el comportamiento de las autoridades -en este caso por la Superintendencia de Pensiones- y, en concreto, de revisar el modo y la forma en que emplean y ejercen las atribuciones y facultades que les confiere el ordenamiento jurídico.

En particular, respecto de la presente acción, singulariza que su representada está constituida como una sociedad anónima especial, de giro exclusivo el que corresponde al desarrollo de la actividad propia de una administradora de fondos de pensiones. Sostiene que el desarrollo de tal giro representa el ejercicio de la libertad económica, estando protegida por el recurso de amparo económico. Se extiende sobre la libertad económica e ilustra que la procedencia del presente arbitrio nace y se fundamenta en la afectación de la libertad económica, sin que sea necesario acreditar que el recurrido ha incurrido en un actuar que pueda ser catalogado como arbitrario o ilegal, puesto que un requisito de esta naturaleza no ha sido establecido ni en las respectivas disposiciones constitucionales ni en aquellas que se contienen en la Ley 18.971.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Así, además, sostiene la procedencia de la acción de amparo económico frente a actos administrativos que no cumplen con los requisitos de la ley 19.880, conforme a la jurisprudencia que cita.

Luego, categoriza como conductas de la Superintendencia de Pensiones que vulneran el derecho a la libre iniciativa económica (o libertad económica), de Capital: (i) el Oficio Reservado N° 13.964, de 14 de agosto de 2023, del Superintendente de Pensiones; (ii) el Oficio Ordinario N° 18.432, del 23 de octubre de 2023, de la Superintendencia de Pensiones; (iii) el Oficio Ordinario 669, de 15 de enero de 2024, de la Superintendencia de Pensiones; y (iv) El Oficio Ordinario 712, de 16 de enero de 2024, de la Superintendencia de Pensiones.

En lo referente al Oficio Reservado N° 13.964, de 14 de agosto de 2023, de Superintendente de Pensiones, aduce que éste “Instruye a AFP Capital deshabilitar en forma inmediata, el mecanismo de autenticación de trabajadores y afiliados de biometría fácil, en el proceso de traspaso no asistido y en cualquier otro proceso en el que lo tenga implementado, por las razones que se indican.” En el mismo se señala el caso de doña Yahel Suwalsky Dueñas, quien impugnó la Orden de Traspaso Irrevocable desde AFP Hábitat a CAPITAL realizada en su nombre a través de la web, el día 15 de junio de 2023. Lo que se materializó, con el traspaso de su saldo de cotizaciones, el día 22 de junio de 2023. No obstante, se consigna que el documento de identificación de aquella difiere visiblemente del aportado por la misma a la Superintendencia de Pensiones.

Agrega que el método de autenticación utilizado en dicho traspaso fue la biometría fácil con el proveedor de servicio “Azurian”, y que dicho método presentaría deficiencias, las que habrían



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

posibilitado también la ocurrencia de dos casos anteriores, en el año 2021.

Concluye que el hecho advertido en esta ocasión evidenciaría de manera clara las graves deficiencias de que adolece el método de autenticación de biometría facial de Capital lo que ha permitido el riesgo de suplantación de identidad, resolviendo conforme detalla, lo que comprende deshabilitar, en forma inmediata, el aludido mecanismo de autenticación, hasta que no haya realizado las condiciones que enuncia.

Agrega que la Superintendencia también dispuso que, en un plazo de 10 días hábiles, se debía remitir un informe detallado con el análisis requerido y las medidas implementadas. Asimismo, instruyó la realización de un informe técnico con el nuevo mecanismo de autenticación de “biometría facial” reforzado que decida aplicar, antes de ser puesto en producción.

Precisa que interpuso su representada recurso de reposición, esgrimiendo los argumentos que indica, dentro de los cuales consta que la aplicación de los sistemas de autenticación por biometría facial se hace dentro del marco del ordenamiento vigente, y representa un elemento clave del proceso de afiliación a Capital, y fue autorizada por la Superintendencia mediante Oficio Ordinario 11450, de 24 de junio de 2020.

Luego, alude al Oficio Ordinario N° 18.432 del 23 de octubre de 2023, por el cual se rechazó el recurso de reposición antes señalado, que se remite a los deberes de Capital de conformidad con el artículo 23 del D.L. 3.500.

A continuación, expresa que el 14 de diciembre de 2023 Capital remitió comunicación a la Superintendencia solicitando autorización



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

para la implementación del sistema de validación de identidad mediante biometría facial a través de un proveedor diferente, esto es, TOC.

Enseguida, se manifiesta acerca del Oficio Ordinario 669, de 15 de enero de 2024, señalando que en el OR 13964 se había ordenado a Capital deshabilitar el mecanismo de autenticación por biometría facial, añadiendo que: *“No obstante esta instrucción, la administradora continua hasta la fecha de su solicitud realizando traspasos utilizando biometría facial bajo el mecanismo provisto por Azurian (...) es importante señalar que la deshabilitación del mecanismo de autenticación vigente es independiente de la puesta en producción de otro mecanismo de autenticación en su reemplazo, por lo tanto, la administradora transgredió la instrucción que esta Superintendencia le impartió (...)”*.

A su vez, el 22 de enero de 2024, Capital interpuso recurso de reposición contra el aludido oficio, fundado en que no existe el incumplimiento imputado en tanto cumplió con los requerimientos impuestos, lo que fue informado oportunamente a la Superintendencia.

Asimismo, expresa que, si bien se rechazó su reposición contra el Oficio 13964, no se hizo observación alguna por la Superintendencia respecto de la información en que se daba cuenta del cumplimiento de las acciones aludidas.

Por último, precisa que en el Oficio Ordinario 712, de 16 de enero de 2024, de la Superintendencia de Pensiones, dio cuenta a Capital del reclamo recibido del señor Rodrigo Ventura Rosenblut, relativo a que habría sido víctima de un fraude en su traspaso de AFP, desde la AFP Habitat, en el que se empleó un mecanismo de



biometría facial. Indicó que se había instruido a Capital -mediante el OR 13964-, deshabilitar de forma inmediata el mecanismo de autenticación biometría facial, debido a los problemas de seguridad que tendría. Agrega que señaló que esa instrucción se mantendría hasta que Capital no respondiera e implementara todo lo indicado en el OR 13964, “sin que ello haya ocurrido hasta ahora”.

Destacó que, a esa fecha, no sólo se registran traspasos realizados con mecanismo de biometría facial después de las instrucciones antes indicadas, sino que, además, uno de ellos se realizó con el servicio otorgado con un proveedor distinto “sin contar con la autorización previa”.

Sostiene que instruyó a Capital someter a un proceso de auditoría interna la denuncia de fraude presentada por el señor Ventura Rosenblut y remitir el correspondiente informe a la Superintendencia.

Afirma que Capital remitió a la Superintendencia el informe de auditoría interna solicitado con fecha 7 de febrero de 2024.

En síntesis, reclama que las acciones de la Superintendencia afectan la libre iniciativa en materia económica de Capital garantizada en el número 21° del artículo 19 de la Constitución Política, en aquello que dice relación con la capacidad de su representada de recibir afiliados por las distintas vías o procedimientos que están disponibles al efecto, tanto normativa como tecnológicamente. En concreto, los procedimientos remotos que utilizan, como sistemas de verificación de identidad, los mecanismos biométricos. Esclarece que ello está ligado estrechamente con el diseño de la actividad y estrategia comercial de la amparada.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Acompaña copia de los oficios y presentaciones aludidas, así como del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, Libro V, Título III, Letra D, Capítulo I y Capítulo IV, y de denuncia y ampliación de denuncia de su representado ante el Ministerio Público.

En particular, sobre los traspasos de afiliados entre las distintas administradoras de fondos de pensiones indica que se encuentran regulados en el Libro V, Título III, Letra D, Capítulo I, del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, y que dentro de las opciones que se contemplan al efecto, se encuentra la de realizar el traspaso de manera electrónica (o remota), con o sin la asistencia de un agente de ventas. En ese contexto, se establece que las administradoras de fondos de pensiones deberán implementar mecanismos de autenticación remota que permitan a los afiliados realizar esta clase de trámite en la forma que se ha indicado.

Añade que de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo IV de la mencionada normativa, *“La Administradora deberá definir para efectos de la identificación de afiliados y usuarios en los distintos canales de servicio, mecanismos de autenticación seguros, los que tienen por objetivo individualizar en forma inequívoca al afiliado o trabajador, titular de una cuenta personal y de esta forma mitigar el riesgo de suplantación de identidad y/o fraude.”*

Razona que toda la normativa invocada deja de manifiesto que los mecanismos de traspasos de manera remota se encuentran expresamente autorizados por la Superintendencia, y que la exigencia que en ese contexto se plantea respecto de los mecanismos de autenticación es que permitan *“mitigar el riesgo de suplantación de identidad y/o fraude”*.



Así, postula que lo que se ha considerado como base de la exigencia, en consecuencia, no es la intención de alcanzar una situación de “riesgo cero”, o de exclusión de toda y cualquier posibilidad de fraude o engaño, con independencia de la hipótesis de que se trate y de la realidad del caso que se enfrente, sino de que exista una razonable mitigación del riesgo de suplantación de identidad o de ocurrencia de fraude. Opina que un criterio como el que se ha señalado es el que resulta razonable y ajustado a las capacidades técnicas y los principios básicos del Derecho, y que exigir procedimientos que virtualmente garanticen un 100% de efectividad no constituye una mejora de estándares, sino el establecimiento de una exigencia imposible de cumplir, que perjudica -afecta negativamente-, y de manera injustificada, la capacidad de desarrollar la actividad económica de que se trata.

Critica que, eso, sin embargo, no es lo que se aprecia en las acciones de la Superintendencia a las que se ha venido haciendo referencia.

Acota que cuando se implementó por su representada el sistema de reconocimiento biométrico del proveedor “Azurian”, se contó con un informe de un tercero independiente que apuntó a una confiabilidad del 99,2%; estándar que no puede ser calificado como bajo o insuficiente, y que fue considerado adecuado por la propia recurrida.

Contrasta que el total de traspasos por sistema de biometría con reconocimiento facial suma 23.917, entre asistidos y no asistidos, constatándose que, del total en ese lapso, los 2 casos de suplantación identificados corresponden al 0,00836225%. Es decir, la



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

efectividad de la herramienta de reconocimiento facial fue superior al 99,99%.

Tilda lo anterior de falta de proporcionalidad, precisando que ningún afiliado ha sufrido perjuicio económico o de ningún otro tipo, como consecuencia de las suplantaciones e intentos de suplantaciones materializadas, lo que de por sí es suficiente para comprender que las actuaciones de la Superintendencia no satisfacen el *test* de proporcionalidad al que ha hecho referencia. Añade que tampoco resulta proporcional el que la Superintendencia no tome en cuenta las medidas de mitigación que la recurrente ha adoptado a partir de la denuncia recibida.

Asimismo, a folio 13, la recurrente, respecto del documento “Azurian. Proceso de Acreditación. Auditoría y Certificación Jumio. Opinión Experta”, acompañado por su parte, hace presente que en este se concluye que “dicho servicio, cumple con las exigencias planteadas por los órganos reguladores y por Previred.”

Segundo: Que se evacuó informe, a folio 15, por la Superintendencia de Pensiones, solicitando el rechazo del recurso, con costas.

Al efecto, primeramente, se extiende sobre su rol de supervigilancia, enunciando las facultades legales con que cuenta al efecto. Identifica que dicho Servicio ha sido mandatado por el legislador para fiscalizar todas las actuaciones de las Administradoras en sus aspectos jurídicos, administrativos y financieros y, en dicho contexto, está habilitado para examinar, además de libros y documentos, todos los bienes físicos de las AFP (artículo 2°, literales b) y h) del DFL N°101, de 1980).



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Agrega que cuenta con la habilitación normativa suficiente para establecer el adecuado sentido y alcance del ordenamiento vigente para el Sistema de Pensiones, a la vez que para disponer e instruir medidas y/o acciones que son de obligado cumplimiento para las AFP, especialmente cuando ellas tiendan a corregir deficiencias que inciden en situaciones que pueden constituir riesgos para el sistema de pensiones o sus afiliados.

En ese contexto, sostiene que emitió para la recurrente la instrucción que se contiene en el Oficio N°13.964, de fecha 14 de agosto de 2023, el que se funda, precisamente, en la ocurrencia de hechos que de suyo constituyen una afectación al interés público que debe orientar el accionar de todos los intervinientes en el Sistema de Pensiones y que, en lo específico, inciden en la debida protección y garantía de los derechos previsionales de los afiliados. Esto, por haberse constatado la ocurrencia de un traspaso fraudulento efectuado desde A.F.P. Habitat S.A. a A.F.P. Capital S.A., que afectó a la afiliada, señora Yahel Suwalsky, y que fuera realizado con una evidente suplantación de identidad, que los sistemas y procedimientos implementados por A.F.P. Capital S.A. no detectaron. Pormenoriza que se comprobó que el método de autenticación utilizado en el traspaso objetado por la afiliada Suwalsky, fue la biometría facial con su proveedor Azurian, haciendo presente que el indicado método ya había presentado deficiencias en forma previa al evento relatado.

Se refiere al contenido de dicho oficio y agrega que mediante cartas de 17 y 18 de agosto de 2023, complementadas mediante cartas de 28 y 29 de agosto de 2023, AFP Capital S.A. formuló reposición administrativa, solicitando dejar sin efecto la



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

deshabilitación del referido mecanismo de autenticación, argumentando, en lo que interesa, que la existencia de un caso de fraude al sistema no implica incumplimiento de los estándares del servicio requerido, ni sobrepasa el nivel de riesgo aceptado, agregando que revocar el sistema afectado genera una distorsión de competencia y contradice finalmente las mismas autorizaciones dadas previamente por ese Organismo Fiscalizador.

Indica que las pretensiones de A.F.P. Capital S.A. fueron desestimadas por esa Superintendencia mediante Oficio N°18.432, de 23 de octubre de 2023, consignando que la medida impugnada se funda en el resguardo de los derechos de los afiliados y en la necesidad de evitar que el sistema previsional sea empleado para competir ilícitos, por lo que resulta idónea a dichos fines. Descarta, a su vez, una presunta afectación a la seguridad jurídica, por las autorizaciones originalmente conferidas, ya que frente a nuevos acontecimientos como los ocurridos en la especie, este Servicio tiene el deber de adoptar medidas tendientes a corregir las falencias de los fiscalizados. Precisa que la medida de deshabilitar el mecanismo en comento era temporal, por estar sujeto al cumplimiento de las condiciones indicadas en el oficio impugnado, a las cuales la recurrente no dio satisfacción en forma cabal e íntegra.

Asimismo, argumenta que se trató de la verificación de una vulneración real al sistema. Finalmente, afirma que se desestimó también la alegación de discriminación, especialmente, en consideración al hecho que esa Superintendencia no tenía conocimiento de haberse presentado deficiencias graves como la evidenciada por A.F.P. Capital S.A. en su mecanismo de biometría facial.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Expone que A.F.P. Capital S.A. hizo caso omiso a las instrucciones impartidas y mantuvo de forma continua la utilización del mecanismo de autenticación de trabajadores y afiliados mediante “biometría facial”, realizando traspasos mediante su uso, lo que se le representó mediante Oficio Reservado N°669, de 15 de enero de 2024.

Agrega que mediante su carta GG:117/2024, A.F.P. Capital S.A. formuló reposición administrativa, impugnando el ya citado Oficio Reservado N°669, de 2024, sosteniendo, en síntesis, que habría cumplido con los siete puntos requeridos originalmente por la Superintendencia en Oficio N°13.964, circunstancia que no es efectiva, en tanto no existe constancia alguna que dé cuenta que la Administradora haya ejecutado la instrucción primaria de deshabilitar el mecanismo de autenticación mediante biometría facial.

Señala que, evidencia de lo anterior, es precisamente el cuarto acto presuntamente atentatorio de derechos, esto es, el Oficio Ordinario N°712, de fecha 16 de enero de 2024, generado con motivo de una denuncia realizada por un afiliado referente al uso del mecanismo de autenticación en comento.

Destaca, entonces, en orden a que se rechace el recurso, la conducta de incumplimiento de AFP Capital, por una parte, y el estricto ejercicio de las competencias y atribuciones de la Superintendencia de Pensiones, por otra.

En cuanto al Derecho, recrimina que no se observa exposición circunstanciada alguna que ilustre sobre la forma y condiciones en que se habría vulnerado el derecho que la actora estima afectado o que, a lo menos, haga referencia a la vinculación de las presuntas



conductas infractoras con los antecedentes que latamente expone en su recurso.

Aclara que la cita que la recurrente formula al “...Libro V, Título III, Letra D, Capítulo IV...” como regulación que contiene la norma sobre mitigación de riesgos que refiere, es equivocada, por cuanto el Compendio en la parte indicada carece del pretendido Capítulo IV. En ese sentido, precisa que corresponde a la letra “A”, advirtiendo su relevancia si se tiene presente que los estándares que pretende relevar el recurrente dicen relación con los Procesos de Servicio de las Administradoras de Fondos de Pensiones y los niveles que se requieren en dicho ámbito general, más no con ocasión de los niveles que demanda la autenticación remota para efectos de traspaso de afiliados de una Administradora a otra.

Descarta la vulneración de garantías pretendida, por la dictación de los Oficios ya mencionados. Contrapone que la indemnidad de derechos previsionales, confianza y fe pública, son precisamente los bienes jurídicos que se han visto gravemente vulnerados en la especie por las suplantaciones realizadas en el procedimiento de traspaso de afiliados, por lo que la instrucción de deshabilitar el sistema deficiente que posibilitó tales vulneraciones no podría en caso alguno entenderse como un acto que infringe la libre iniciativa económica, como lo pretende hacer ver la recurrente.

A su vez, recrimina a su contraria que omite evidenciar que su giro no recae sobre el ejercicio libre y espontáneo de cualquier actividad económica, sino sobre una actividad expresamente reglada por el legislador, que reviste características propias y cuenta con un robusto marco normativo destinado a garantizar y proteger su eficacia, amparada en normas de derecho estricto y de orden público.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Menciona, asimismo, que la previsión social se encuentra comprendida dentro de los elementos de la seguridad social, concepto que tampoco fue contemplado por la recurrente al plantear los términos de su recurso, tal vez, porque el Derecho a la Seguridad Social, garantizado por el N°18 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, debiese constituir un límite al derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica en el caso de entidades cuyo giro recaiga, comprenda o afecte bienes o activos destinados a financiar una futura pensión en el caso de verificarse alguna de las contingencias antes expresadas.

Por otro lado, la Superintendencia hace presente que el argumento sostenido por la recurrente, en cuanto a que los casos de fallas o fraudes en sistema de reconocimiento biométrico son muy pocos en razón del universo total de traspasos que se verifican día a día, no es atendible para esa Superintendencia, toda vez que es precisamente rol de dicho Servicio ejercer las facultades fiscalizadoras de que la ha dotado el legislador, adoptando de inmediato aquellas medidas que juzgue necesarias e instruyendo lo que estime pertinente a sus regulados, en resguardo de la estabilidad del sistema de pensiones, más aún si se considera que en el caso de marras, se está hablando de la concurrencia de un fraude que importó un traspaso de fondos no ejecutado por el titular de los mismos.

Por último, postula la ineptitud del medio empleado, dado que lo perseguido por la actora es resistir el cumplimiento de instrucciones y disposiciones que le son obligatorias por expreso mandato legal. Concluye que no se ha verificado acción u omisión que pudiera constituir infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°21



de la Constitución Política de la República que la recurrente estima menoscabada, toda vez que la Superintendencia de Pensiones, obrando en el contexto de las potestades, competencias y funciones establecidas por el ordenamiento vigente, se ha limitado a dar estricto cumplimiento a la normativa general y sectorial en beneficio del bien común que subyace en el óptimo funcionamiento del Sistema de Pensiones.

Acompaña antecedentes del caso.

Tercero: Que la acción de amparo económico se encuentra establecida en el artículo único de la Ley N°18.971, en resguardo del derecho a desarrollar una actividad económica lícita garantizado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, norma constitucional que regula en su inciso primero el *“derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”* y se establece, conforme al inciso segundo de la misma norma, que el *“Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”*.

Por su parte, el mencionado artículo único de la Ley N°18.971, establece que: *“Cualquier persona podrá denunciar las infracciones al artículo 19, número 21, de la Constitución Política de la República de Chile.*



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

El actor no necesitará tener interés actual en los hechos denunciados.

La acción podrá intentarse dentro de seis meses contados desde que se hubiere producido la infracción, sin más formalidad ni procedimiento que el establecido para el recurso de amparo, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que conocerá de ella en primera instancia. Deducida la acción, el tribunal deberá investigar la infracción denunciada y dar curso progresivo a los autos hasta el fallo respectivo.

Contra la sentencia definitiva, procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de cinco días, para ante la Corte Suprema y que, en caso de no serlo, deberá ser consultada. Este Tribunal conocerá del negocio en una de sus Salas.

Si la sentencia estableciere fundadamente que la denuncia carece de toda base, el actor será responsable de los perjuicios que hubiere causado”.

Cuarto: Que, sobre el recurso o acción de amparo económico, la Excm. Corte Suprema ha señalado que “(...) es evidente que el legislador, al establecer el amparo económico en el artículo único de la Ley N° 18.971, no hizo distingo alguno en cuanto al ámbito de su aplicación. En efecto, esta garantía constitucional -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicios, señalando la doctrina que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad” (Corte Suprema, roles N°s 34.390-2016, 75.702-2022, 28.151-2019, 141.239-2022, 17.716-2022 y 248.513-2023, entre otros), de manera tal que el amparo económico es una acción procesal que resulta idónea para conocer por su intermedio de las denuncias por infracciones a la garantía contemplada en ambos incisos del aludido artículo 19 N°21 de nuestra Constitución Política.

Quinto: Que, en consecuencia, corresponde analizar si, efectivamente, mediante los actos impugnados en estos autos se produce la afectación o infracción a la garantía constitucional del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República alegada por la recurrente.

Con dicho objeto, esta Corte considera imprescindible examinar previamente y de forma detallada, los actos impugnados y los demás hechos acreditados en autos que forman parte de esta controversia, y que son los siguientes:

1) Oficio Reservado N°13.964, de 14 de agosto de 2023, de la Superintendencia de Pensiones.

El acto principal y del cual emanan los demás actos impugnados, corresponde al Oficio Reservado N°13.964, de 14 de agosto de 2023, emitido por la Superintendencia de Pensiones a raíz y en el contexto de una investigación iniciada con motivo del traspaso de una afiliada desde la AFP Hábitat hasta la AFP Capital a través un sistema de autenticación de afiliados mediante de biometría facial implementado por AFP Capital con su proveedor de servicio AZURIAN, traspaso que no habría sido autorizada por dicha afiliada sino que se habría producido mediante suplantación de identidad.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Conforme se señala en el oficio, AFP Hábitat habría comunicado este hecho a AFP Capital a fin de que bloqueara la cuenta de la usuaria para evitar la realización de giros o retiros y el traspaso, no obstante, lo cual AFP Capital no suspendió el proceso. Asimismo, el oficio da cuenta de que las deficiencias que presenta este método de autenticación implementado por la recurrida no corresponde a un hecho aislado, sino que dichas deficiencias ya se habrían presentado en dos ocasiones en las que comprometió ejecutar medidas para mitigar el riesgo de repetición y para que, en caso de que ocurrieran, esa AFP pudiera actuar con la misma celeridad que tuvo respecto de los dos casos de los afiliados indicados en dicha carta, pero que respecto de esta afiliada, simplemente no aplicó.

Concluye sosteniendo la Superintendencia que los hechos descritos, junto con evidenciar la vulneración del derecho que asiste a la afiliada de elegir libremente mantenerse o cambiarse de AFP, constituyen evidencia clara de las graves deficiencias de que adolece el método de autenticación de biometría facial implementado por la recurrida, lo que ha permitido la materialización del riesgo de suplantación de identidad de afiliados y compromete gravemente la credibilidad y reputación del Sistema de Pensiones regulado por el DL 3.500, riesgos que esta Superintendencia no puede aceptar.

Por esta razón y en la parte pertinente, el Superintendente instruye expresamente a AFP Capital a:

“(...) deshabilitar, en forma inmediata, el mecanismo de autenticación de trabajadores y afiliados de “biometría facial”, en el proceso de traspaso no asistido y en cualquier otro proceso en el que lo tenga implementado hasta que no haya realizado:



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

(i) Una exhaustiva revisión de todo el flujo de dicho mecanismo de autenticación, identificando todas sus debilidades.

(ii) Revisado la efectividad y corrección de los mecanismos de control implementados.

(iii) Revisado los niveles de servicio acordados (SLA), con el proveedor del servicio y la realización de monitoreo permanente sobre los mencionados SLA.

(iv) Revisado el funcionamiento, grado de participación y cumplimiento de AFP Capital, sobre los acuerdos adoptados por todas las Administradoras, a través de la Mesa Antifraude.

(v) Determinación de la forma en que esa Administradora va a robustecer el uso de dicho mecanismo.

(vi) Formalización de una denuncia ante el Ministerio Público sobre esta situación, contra quienes resulten responsables, debiendo realizar seguimiento sobre dicha acción.

(vii) Presentación del resultado de la realización de todo lo señalado precedentemente por parte de esa Administradora, ante esta Superintendencia, debiendo adjuntar evidencia auditable de ello”.

Concluye el Oficio ordenando a la AFP a emitir a la Superintendencia “(...) en un plazo de 10 días hábiles, a contar del día hábil siguiente a la fecha de notificación del presente oficio, un informe detallado con el análisis requerido y las medidas implementadas. Además, un informe técnico con el nuevo mecanismo de autenticación de “biometría facial” reforzado que decida aplicar, deberá ser remitido a este Organismo para su revisión y aprobación, si corresponde, antes de ser puesto producción”.



Cabe destacar que, siguiendo el procedimiento legalmente establecido al efecto, la Superintendencia autorizó la implementación de dicho sistema de validación biométrica con respecto la empresa AZURIAN, por Oficio N°11.450 de fecha 24 de junio de 2020.

2) Reposición fundada de AFP Capital, de 17 de agosto de 2023.

Con fecha 17 de agosto, AFP Capital dedujo recurso de reposición en contra de la decisión de la Superintendencia antes detallada, solicitando dejarla sin efecto.

En lo esencial, a juicio de la AFP la existencia de un caso de fraude al sistema de validación biométrica no implica un incumplimiento de los estándares de servicio requeridos ni sobrepasan el nivel de riesgo aceptado por el propio ente fiscalizador al aprobar el sistema de validación de biometría facial. Por su parte, y desde el punto de vista de seguridad jurídica y confianza legítima del sistema, considera que una revocación del mecanismo y, por tanto, de la autorización previa otorgada, genera una distorsión de competencia pues cambiar sin más un acto administrativo, generaría perjuicios no solo cuantificables, sino que laborales y de libertad económica. Enseguida, considera que dicha instrucción contradice las propias autorizaciones del organismo fiscalizador al permitir la implementación de este sistema en 2020, para lo cual tuvo en cuenta que los estándares mínimos aceptables no se correspondían con una infalibilidad (100% de validaciones correctas), sino que tuvo en cuenta los estándares mínimos exigidos por su proveedor de servicio PreviRed, el que requiere una tasa de éxito de un 99,2%. Y, finalmente, sostiene que la Superintendencia habría cometido un acto discriminatorio en contra de AFP Capital, dado que se trató de una



instrucción particular y dirigida sólo a esa Administradora y no al resto de las AFP, quienes en su opinión estarían utilizando en cantidad y calidad menos validaciones de seguridad con proveedores que han sido cuestionados por el Ministerio de Economía y que, a su entender, pondrían a dudas en riesgo conductas indeseadas.

Esta presentación se complementó por cartas de 28 y 29 de agosto de 2023 de la misma AFP, por las cuales la recurrente acompañó una serie de documentos y nuevos antecedentes que respaldarían el cumplimiento y gestión de los puntos ordenados por la Superintendencia, para lo cual adjunta: (i) flujo del proceso de validación de biometría facial realizado por la empresa Jumio, cuyo representante en Chile es el proveedor de servicio Azurian, identificando medidas de seguridad, riesgos de fraudes y riesgos y señalando potenciales debilidades provenientes de factores externos que se relacionan con el avance potencial de organizaciones delictuales y de su perfeccionamiento en la ejecución del delito; (ii) Otro informe del mismo validador, donde se describe el proceso de validación de biometría facial específica para el caso concreto de la afiliada, y que lleva a concluir a esa AFP que el incidente tuvo su origen en factores externos a esa AFP y a su proveedor de servicio Azurian, pues habrían provenido de un descuido de la afiliada Sra. Suwalsky, o, pudiendo provenir de una reimpresión de la cédula de identidad de dicha persona, lo que podría, en su opinión, implicar que la investigación penal alcanzara a una práctica originada en el Servicio de Registro Civil chileno; (iii) Informe del reporte del incidente elaborado por su proveedor de servicio Azurian, del 21 de agosto de 2023, que, entre otras cosas, indica que efectuaría una recomendación a su proveedor de servicio Jumio para que éste



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

implemente, para el caso especial de Chile validaciones especiales y de mayor seguridad para los documentos nacionales, tales como: lectura, validación, extracción de QR y comparación MRZ e información de zona visual; y (iv) una ampliación de denuncia presentada al Ministerio Público y Certificado de ampliación de denuncia.

3) Oficio Ordinario N°18.432, del 23 de octubre de 2023, de la Superintendencia de Pensiones:

Por oficio de esta fecha, la Superintendencia resuelve la reposición deducida y se hace cargo cada una de las cuestiones planteada por AFP Capital.

En lo esencial y haciendo alusión a las normas y atribuciones que la ley le confiere a este Ente Fiscalizador para garantizar la seguridad y eficiencia del sistema así como proteger los derechos de los afiliados en estas materias, la Superintendencia rechaza el recurso de reposición interpuesto (i) En primer lugar, y en cuanto a la finalidad que persigue la medida impugnada, señala que esta apunta a resguardar los derechos de los afiliados y a evitar que el sistema previsional sea usado para asuntos de carácter ilícito, por lo que la medida resulta idónea para el fin buscado; (ii) Asimismo, considera que no existe afectación a la seguridad jurídica, toda vez que las autorizaciones otorgadas por la Superintendencia se dictaron teniendo en cuenta los antecedentes existentes a la fecha de su emisión. Si con posterioridad a ellas, ocurren acontecimientos como el de la especie, el Servicio se ve en la obligación de adoptar medidas tendientes a que sus fiscalizados corrijan falencias operativas. Además, conforme lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley N°19.880, la regla general es que la Administración puede revisar de oficio sus



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

actos administrativos, mediante la figura de la revocación; (iii) En tercer lugar, considera inadmisibles los argumentos de que el oficio impugnado no mencionaría específicamente cuál es la vulnerabilidad del sistema, por cuanto la detección de sus falencias es una obligación que recae en la Administradora, por así disponerlo expresamente el artículo 23 del D.L. N°3.500, que en lo pertinente señala “*Las Administradoras siempre serán responsables de las funciones que subcontraten, debiendo ejercer permanentemente un control sobre ellas. Dichos servicios deberán cumplir con los mismos estándares de calidad exigidos a las Administradoras*”; (iv) En cuarto lugar, porque la instrucción de deshabilitar el mecanismo de autenticación de trabajadores y afiliados de “biometría facial” es temporal, pues se encuentra sujeta al cumplimiento de las condiciones indicadas en el oficio impugnado, a los que AFP Capital no ha dado respuesta cabal ni satisfactoria; (v) En quinto lugar, considera que la medida es completamente proporcional a los hechos porque la circunstancia de que el porcentaje de éxito del proceso no sea igual al 100% no implica un margen de tolerancia a fraudes, ni justifica ni valida que éste pueda terminar siendo usado para perpetrar ilícitos. En este caso, además, el riesgo se materializó, por lo que no se trata de una suposición o de un riesgo eventual, de manera tal que verificada la vulneración al sistema, la diligencia obliga a adoptar medidas concretas que permitan resguardar la confianza en el sistema previsional; (vi) En sexto lugar, porque la instrucción impugnada no afecta de manera alguna el derecho de los afiliados a cambiarse de AFP, ya que justamente lo que se busca es que la elección o cambio de AFP se haga en un ambiente tecnológico seguro, conforme a la normativa vigente; y (vi) Finalmente, porque no



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

se trataría de un acto discriminatorio, en tanto este Ente Fiscalizador no tiene conocimiento de que existan en otras administradoras casos de suplantación de identidad en el proceso de traspaso no asistido realizados mediante el mecanismo de biometría facial, tal como ocurrió en AFP Capital, en la que, además, los controles de mitigación comprometidos, no se aplicaron.

Fuera de lo anterior, la Superintendencia tuvo en consideración que esta situación, al afectar a un mecanismo sistémico, tiene el riesgo de poder afectar a otros trabajadores, pudiendo incluso ser masivo lo que deja en evidencia la existencia de debilidades en su Sistema de Seguridad de la Información y Ciberseguridad y la necesidad de fortalecimiento del rol de la Oficial de Seguridad de esa AFP, todo lo cual pone en cuestión los antecedentes y condiciones que fueron considerados por la Superintendencia al momento de autorizar la solución informática contratada por AFP Capital con la empresa Azurian, los que deben cumplirse durante todo el tiempo que la administradora mantenga disponible este mecanismo en sus procesos, siendo de responsabilidad de AFP Capital y no de sus proveedores, la verificación de la validez y la autenticidad de la cédula de identidad de los afiliados que son traspasados utilizando la biometría facial como método de autenticación. De la misma manera, en el Oficio N°11.450 de 2020, la Superintendencia instruyó a esa Administradora reforzar los controles preventivos para mitigar los riesgos que se pudieran presentar en la autenticación mediante biométrica facial. Finalmente, para rechazar el recurso de reposición la Superintendencia tuvo presente dos casos anteriores de suplantación de identidad informados por la AFP, y en virtud de los cuales la Administradora se hizo cargo diligentemente de la situación



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

implementando ocho medidas para mitigar el riesgo de suplantación, las que, sin embargo, no fueron aplicadas en este caso.

Por lo expuesto, rechaza el recurso de Reposición en tanto AFP Capital no responda e implemente cabalmente en lo que corresponde, todo lo requerido en el citado oficio, para que esta Superintendencia pueda determinar, en su mérito, si tal mecanismo podría volver a utilizarse introduciendo las necesarias mejoras que se requieran, o si, por el contrario, dicho mecanismo quedará deshabilitado en esa Administradora.

4) Carta GG1988/2023 de AFP Capital de 14 de diciembre de 2023 por la cual cumple lo ordenado y solicita autorización para implementación un nuevo sistema de validación de identidad Biometría facial.

A través de esta carta y en cumplimiento de lo ordenado en el Oficio N°13964, AFP Capital solicita a la Superintendencia autorización para el cambio de proveedor y sistema de autenticación de biometría facial, el que sería prestado por el conocido proveedor de servicios TOC, encargado de la validación de la identidad por medio de este método en la mayoría de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Dicho proveedor, por lo demás, ya habría sido autorizado por la Superintendencia de Pensiones.

5) Oficio Ordinario N°669, de 15 de enero de 2024, de la Superintendencia de Pensiones.

Dando respuesta a la solicitud de la Administradora recurrente en estos autos, la Superintendencia revisa lo instruido por el Oficio N°13.964 constatando que, hasta esa fecha, la AFP continúa realizando traspasos utilizando biometría facial bajo el mecanismo provisto por Azurian, por lo cual la administradora transgredió la



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

instrucción de la Superintendencia contenida en el señalado respecto de deshabilitar de forma inmediata el mecanismo de autenticación mediante biometría facial utilizado, instrucción que es independiente de la puesta en producción de otro mecanismo de autenticación en su reemplazo.

En cuanto a la concreta solicitud de autorización de cambio de proveedor y conforme a la normativa que rige en esta materia, sostiene que la Superintendencia no emite su aprobación respecto del proveedor, aunque este sea un servicio ya utilizado por otra administradora, sino que el pronunciamiento se realiza respecto del mecanismo y su respectiva implementación en la administradora, el cual, aunque sea el mismo implementado por otras entidades puede contener un flujo de control distinto. Por lo tanto, para la implementación del mecanismo de autenticación propuesto debe presentar un proyecto que detalle el flujo a implementar, identificando sus controles, los estándares de falsos negativos y falsos positivos aceptados por la administradora, como así también el informe de auditoría pertinente y las pruebas funcionales que ha realizado en el análisis del proceso de autenticación que desea implementar.

6) Carta GG 117 /2024, de AFP Capital, de 22 de enero de 2024, por la que deduce recurso de reposición.

La Administradora deduce recurso de reposición en contra de dicha decisión, considerando que conforme a las presentaciones realizadas bajo los GG

1355/2023 de fecha 17 de agosto de 2023, referente a la reconsideración del oficio N°13964, y con fecha 28 de agosto de 2023 bajo el GG 1399/2023 que complementó el recurso de reposición señalado, informó a la Superintendencia el cumplimiento de las



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

exigencias del Oficio N°13.964. Al efecto, sostiene que con motivo de la reposición deducida contra dicho oficio, la AFP habría: (i) Realizado una exhaustiva revisión de todo el flujo de dicho mecanismo de autenticación, identificando todas sus debilidades. Dada cuenta de su cumplimiento con fecha 28 de agosto de 2023 presentación GG 1399/2023; (ii) Revisado la efectividad y corrección de los mecanismos de control implementados. Dada cuenta de su cumplimiento con fecha 28 de agosto de 2023 presentación GG 1399/2023; (iii) Revisado los niveles de servicio acordados (SLA), con el proveedor del servicio y la realización de monitoreo permanente sobre los mencionados SLA. Dada cuenta de su cumplimiento con fecha 28 de agosto de 2023 presentación GG 1399/2023; (iv) Revisado el funcionamiento, grado de participación y cumplimiento de AFP Capital, sobre los acuerdos adoptados por todas las Administradoras, a través de la Mesa Antifraude. Dada cuenta de su cumplimiento con fecha 28 de agosto de 2023 presentación GG 1399/2023; (v) Determinación de la forma en que esa Administradora va a robustecer el uso de dicho mecanismo. Dada cuenta de su cumplimiento con fecha 28 de agosto de 2023 presentación GG 1399/2023; (vi) Formalización de una denuncia ante el Ministerio Público sobre esta situación, contra quienes resulten responsables, debiendo realizar seguimiento sobre dicha acción. Dado cuenta de cumplimiento con fecha 17 de agosto de 2023 presentación GG 1355/2023; y (vii) Presentación del resultado de la realización de todo lo señalado precedentemente por parte de esa Administradora, ante esta Superintendencia, debiendo adjuntar evidencia auditable de ello. Dada cuenta de su cumplimiento con fecha 28 de agosto de 2023 presentación GG 1399/2023.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Si bien dicha reposición habría sido rechazada, a juicio de la Administradora no existió una observación respecto al envío del cumplimiento de los puntos señalados por la Superintendencia de Pensiones, ya que solo en la resolución que rechaza el recurso de reposición se señaló que debía cumplirse cabalmente con dichos puntos, pero sin objetar la información de su cumplimiento ya enviada ni señalar una observación concreta respecto a ella. Por ello, sostiene que la AFP tuvo y tiene actualmente el convencimiento que la instrucción se encuentra cabalmente cumplida, y por lo tanto y del mismo tenor literal del Oficio N°13964, no habría impedimento alguno para el funcionamiento del sistema de autenticación biométrica, declarándose sorprendida por el tenor de lo señalado en el oficio 669, el que impugna por falta a los principios de transparencia y falta de motivación.

7) Oficio Ordinario N°712, de 16 de enero de 2024, de la Superintendencia de Pensiones.

Finalmente, cabe consignar el Oficio de la referencia por el cual la Superintendencia Instruye a AFP Capital a realizar una investigación, a través de Auditoría Interna, con motivo de una nueva denuncia de fraude y suplantación de identidad en proceso de traspaso no asistido; reitera las observaciones sobre las debilidades en Seguridad de la Información en esa Administradora y representa el incumplimiento de las normas e instrucciones impartidas por este Organismo Fiscalizador.

Sobre el particular, y junto con ordenar una investigación con motivo de un nuevo caso de suplantación de identidad, la Superintendencia hace presente que por Oficio N°18.432 del 23 de octubre de 2023, se rechazó el recurso de Reposición Administrativa



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

interpuesto por la AFP en contra del Oficio N°13.964, estableciéndose que las instrucciones impartidas se mantendrían en tanto AFP Capital no respondiera e implementara cabalmente todo lo requerido, sin que ello haya ocurrido hasta ahora. Por el contrario, constata que AFP Capital ha mantenido, en forma contumaz, el mecanismo de autenticación de “Biometría Facial”, registrando el sistema cerca de 60 mil traspasos por esta vía (tanto de forma asistida y como no asistida), en forma posterior a la instrucción que se le impartió de deshabilitarlo.

Más aún, la Superintendencia representa a la AFP, **que uno de esos traspasos fue realizado con el servicio de “Biometría Facial”, otorgado por otro proveedor de servicio, sin contar con la autorización previa de esta Superintendencia y que esa AFP solicitó el 15 de diciembre de 2023, a través de su carta GG-1988/2023 (DE-39010)**, transgrediendo con ello las normas de esta Superintendencia contenidas en el Capítulo I, Letra D, Título III, del Libro V, del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones.

En consecuencia, junto con reiterar a AFP Capital las instrucciones que se impartidas por el oficio N°13964/2023, ordenó someter a un proceso de Auditoría Interna la denuncia de fraude y suplantación de identidad realizada por el nuevo afiliado y remitir detallado informe a este Organismo Fiscalizador, debiendo referirse específicamente, además, a los incumplimientos, tanto de las normas como de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia y que se han representado en el presente oficio, algunos de ellos en carácter de reiterativo.

Sexto: Que, examinados los hechos y actos impugnados y previo a resolver sobre las infracciones alegadas por la recurrente,



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

resulta indispensable tener presente que, en el caso sublite, nos encontramos frente a la actividad económica realizada por una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), y en consecuencia, atendida su calidad de entidad privada encargada de forma exclusiva, de administrar e invertir los fondos de pensiones de los chilenos afiliados al sistema y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios establecido en el DL N° 3.500 de 1980, garantizándose de esta forma el Derecho a la Seguridad Social amparado en el artículo 19, N°18 de nuestra Constitución, se trata de una actividad expresa y rigurosamente regulada por el legislador a través de un estatuto normativo propio integrado por normas de orden público y de derecho estricto, y todo ello bajo la supervigilancia y control de la Superintendencia de Pensiones, órgano creado por la Ley N°20.255 de marzo del 2008 (artículo 93 y siguientes) y que se rige por un estatuto orgánico contenido en el D.F.L. N°101 de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Conforme a dicho estatuto y en lo pertinente para la resolución del asunto que se discute en estos autos, conforme a lo establecido en el artículo 23 del D.L. N°3.500, de 1980, las AFP están autorizadas por ley para subcontratar servicios relacionados con su giro, los que deberán ceñirse a la regulación general que establezca la Superintendencia. Al efecto, establece dicha norma que: ***“Los contratos que celebren las Administradoras de Fondos de Pensiones para la prestación de servicios relacionados con el giro de aquella, deberán ceñirse a lo que establezca la Superintendencia mediante norma de carácter general. En dicha norma se establecerá a lo menos, el contenido mínimo de los contratos, la regulación para la subcontratación con partes relacionadas y los***



*requerimientos de resguardo de la información a que tenga acceso el prestador del servicio con ocasión del contrato. La mencionada norma comprenderá, al menos, la subcontratación con entidades públicas o privadas de la administración de cuentas individuales; la administración de cartera de los recursos que componen el Fondo de Pensiones de acuerdo a lo señalado en el artículo 23 bis; los servicios de información y atención de consultas referidas al funcionamiento del Sistema de Pensiones; la recepción de solicitudes de pensión y su remisión a la Administradora para el trámite correspondiente, y la recepción y transmisión de la información a que se refieren las letras a) y c) del inciso octavo del artículo 61 bis de esta ley". Concluye dicha norma estableciendo que: "Las Administradoras siempre **serán responsables de las funciones que subcontraten, debiendo ejercer permanentemente un control sobre ellas. Dichos servicios deberán cumplir con los mismos estándares de calidad exigidos a las Administradoras**".*

Por su parte, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 94, N°2 del mismo cuerpo legal, corresponde a la Superintendencia de Pensiones 2° **"Fiscalizar el funcionamiento de las Administradoras y el otorgamiento de las prestaciones que éstas otorguen a sus afiliados, y el funcionamiento de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales"**. A continuación, conforme al numeral 16 del mismo artículo, le corresponde: **"Fiscalizar, con el objeto de resguardar la seguridad de los Fondos de Pensiones, el funcionamiento de los servicios que una Administradora hubiere subcontratado, cuando éstos sean relacionados con su giro. Para efectos de lo anterior, la Superintendencia podrá requerir el envío de información y**



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

documentación sustentatoria o bien tener acceso directamente a las dependencias y archivos del prestador de servicios”.

Finalmente, conforme al numeral 20 del mismo artículo 94, corresponde a la Superintendencia ***“Efectuar análisis de riesgos, supervisar la apropiada gestión de los mismos respecto de las Administradoras de Fondos de Pensiones y de la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía e impartir las instrucciones tendientes a que éstas corrijan las deficiencias que la Superintendencia observare. Asimismo, efectuará un análisis de los riesgos operativos del Instituto de Previsión Social, supervisando la gestión de éstos. Para efectos de lo anterior, la Superintendencia podrá requerir todos los datos y antecedentes que le permitan tomar debido conocimiento de la gestión de riesgos de las entidades antes señaladas”***.

Finalmente, conforme al artículo 2 del D.F.L. N°101 de 1980: ***“La Superintendencia será la autoridad técnica de supervigilancia y control de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en adelante las Administradoras, y sus funciones comprenderán los órdenes financiero, actuarial, jurídico y administrativo”***, norma que es complementada por el artículo 3, letra b) del mismo Estatuto conforme al cual corresponde a la Superintendencia ***“Fiscalizar las actuaciones de las Administradoras en sus aspectos jurídicos, administrativos y financieros”***.

Tal como lo ha sostenido la propia Superintendencia, con base en estas normas y a las atribuciones establecidas por la ley de reforma previsional del año 2008, este organismo ha venido implementando un enfoque de supervisión basada en riesgos en las Administradoras de Fondos de Pensiones de carácter integral, en



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

tanto “(...) incorpora la revisión de todos los riesgos relevantes en cada actividad y es preventivo porque procura predecir situaciones de debilidad respecto a la gestión de los riesgos por las entidades fiscalizadas y a los controles internos asociados a sus principales procesos operativos, promoviendo su corrección y continuo mejoramiento. Este enfoque de supervisión busca que las entidades supervisadas establezcan un proceso continuo y sistemático de gestión de riesgos y posean una estructura organizacional que les permita administrar adecuadamente los riesgos relevantes que enfrentan en sus actividades diarias. Este proceso debe ser efectivo para la seguridad y confiabilidad de las operaciones de la entidad y de los fondos que administra” (El sistema chileno de pensiones, 2010, en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-7206_libroVIledicion.pdf, pp. 199 y 200).

Desde luego, en el ejercicio de estas atribuciones, la Superintendencia de Pensiones debe subordinarse a los principios contemplados en el artículo 4 de la Ley N°19.880, entre ellos los de escrituración, transparencia, contradictoriedad e imparcialidad, y cumplir especialmente con las exigencias de fundamentación prevista en el artículo 11 inciso 2° de la citada ley, lo que se erige como un requisito indispensable para la validez del acto, conforme a lo establecido en el artículo 41 de la ley en comento.

Séptimo: Que, conforme al examen detallado de los hechos y actos impugnados en el presente arbitrio, así como del estricto marco normativo que regula la actividad económica que ejerce la recurrente en el marco del sistema de pensiones y de seguridad social que rige



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

en nuestro país, a juicio de esta Corte, no existe acto alguno por parte de la Superintendencia que impida, altere, amenace o restrinja el libre ejercicio de una actividad económica lícita por parte de AFP Capital, actuando el ente fiscalizador, por el contrario, dentro del marco y en pleno ejercicio de las atribuciones que la ley le reconoce, mediante un procedimiento adecuado, debidamente tramitado, con posibilidad de defensa y derecho de contradicción de la recurrente, adoptando decisiones y medidas sólidamente motivadas, necesarias y proporcionales al fin perseguido y no discriminatorias, en tanto no existen en otras administradoras casos de suplantación de identidad en el proceso de traspaso no asistido realizados mediante el mecanismo de biometría facial, tal como ocurrió en AFP Capital, en la que, además, los controles de mitigación comprometidos, no se aplicaron.

Octavo: Que, en efecto y como se ha examinado antes, la medida de deshabilitación inmediata del sistema de traspaso no asistido de afiliados a través del mecanismo de reconocimiento facial biométrico implementado por la recurrente mediante la contratación del servicios prestado por el proveedor Azurian —y que fue autorizado por la propia Superintendencia previamente por Oficio N°11.450 de fecha 24 de junio de 2020—, tuvo como fundamento el hecho gravísimo de haber sido vulnerado dicho sistema de traspaso no asistido mediante hecho ilícitos de suplantación de identidad ocurridos previamente en dos ocasiones; en una tercera ocasión respecto del caso de la afiliada que dio origen a las medidas adoptadas y un cuarto caso que se habría denunciado durante el curso de la discusión sobre dichas medidas y que provocó una nueva orden de investigación y auditoría por la Superintendencia.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

A diferencia de lo sostenido por la recurrente, quien considera que se trata de meros casos aislados que caen dentro del margen de error o de tolerancia que debe tener el sistema implementado y que, además, no han causado perjuicio patrimonial alguno a los afiliados afectados, lo cierto, sin embargo y tal como ha sostenido la propia Superintendencia, es que se trata de hechos de la máxima gravedad en tanto atentan contra la libertad de los afiliados de permanecer o no en una determinada administradora de fondos de pensiones y sin duda pueden llegar a generar perjuicio patrimonial en el evento de que se realicen retiros de fondos o se produzcan pérdidas por bajas de rentabilidad. Pero más grave aún, y conforme a la evaluación de riesgos efectuada por el ente fiscalizador, es que se trata de una debilidad del sistema que tiene un alto potencial de afectar a otros trabajadores e incluso puede llegar a ser masivo, lo que afecta la seguridad y confiabilidad del sistema en su conjunto. Frente a ello, la Superintendencia no podía dejar de actuar y adoptar las medidas pertinentes a fin de garantizar los derechos de los afiliados y la seguridad de los fondos de pensiones evitando que el sistema previsional sea utilizado con fines ilícitos.

Ello no obsta ni importa ir contra sus actos propios al haber autorizado previamente a AFP Capital el uso de este sistema de reconocimiento facial en 2020, pues, tal como ha quedado claramente establecido en el Oficio N°11.450 de fecha 24 de junio de 2020, dicha autorización de concedió bajo las condiciones existentes en dicho momento y con la obligación de realizar un permanente monitoreo, control y mejoras al sistema y de existir falencias con posterioridad a dicha autorización, estas deben ser debidamente corregidas por la



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

AFP por así disponerlo expresamente el artículo 23 del D.L. N°3.500, lo que no ha ocurrido en la especie.

Noveno: Que, por otra parte, la medida es idónea y plenamente proporcional a los fines perseguidos en tanto existe un riesgo materializado y con potencial de afectación masiva lo cual, independientemente de la cantidad de caso, hace necesaria la intervención oportuna y eficaz del ente de control. Además, y no obstante este riesgo, se trata de una medida temporal, sujeta a la condición de que AFP Capital cumpla con las condiciones y exigencias que le impuso al Superintendencia por Oficio 13.964, de 14 de agosto de 2023, medidas que sistemáticamente y pese a haber sido reiteradas en diversas ocasiones por el ente fiscalizador, la recurrente se ha negado a cumplir hasta la fecha de la vista del presente recurso. En este sentido, a juicio de esta Corte no es efectivo lo sostenido por la recurrente en cuanto a que habría dado cuenta de cada una de las medidas exigidas por la Superintendencia y que ésta simplemente no se habría hecho cargo de dichas presentaciones y documentos aportados. Tal como se ha examinado latamente en el motivo quinto del presente fallo, el ente de control se hizo cargo y dio respuesta a cada una de la argumentaciones y peticiones de la recurrente y resolvió de forma motivada cada una de las impugnaciones formuladas en sus diversas presentaciones. En particular y respecto de los documentos acompañados por la recurrente en las cartas de fecha 28 y 29 de agosto de 2023 como prueba del cumplimiento de las medidas exigidas, estos fueron debidamente considerados, ponderados y desechados en el Oficio Reservado 18.432 de 23 de octubre de 2023 que resolvió la



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

reposición, considerando que dichos antecedentes no permitían dar por cumplidas las medidas impuestas en el Ordinario 13.964.

No obstante, y tal como dan cuenta los documentos acompañados al proceso ello, AFP Capital no solo no ha deshabilitado el sistema, sino que ha continuado realizando traspasos de afiliados mediante el sistema no asistido de reconocimiento facial —realizando más de 2.600 hasta la fecha—, negándose abierta y contumazmente a cumplir las instrucciones impartidas por el ente de control. Y peor aún, conforme da cuenta el Oficio N°712 de enero de 2024, la recurrente habría realizado un traspaso a través de otro operador no permitido ni autorizado hasta la fecha por la Superintendencia.

Décimo: Que, finalmente, respecto a la solicitud de la recurrente en orden a que esta Corte instruya a la Superintendencia a dar respuesta y autorizar la contratación de un nuevo proveedor del servicio de reconocimiento facial, resulta patente para esta Corte que dicha solicitud fue debidamente respondida por el ente de control en N°669 de 15 de enero de 2024, siendo nuevamente la recurrente la que no se ha sometido ni cumplido las normas legales y reglamentarias que regulan el sistema de pensiones.

Undécimo: Por lo expuesto, lo cierto es que la medida de inhabilitación del sistema de reconocimiento facial exigida por la Superintendencia de ningún modo ha infringido ni impedido a AFP Capital el ejercicio y desarrollo de una actividad económica lícita, en tanto se inserta dentro del marco legal a que debe someterse la realización de esta actividad para ser lícita en conformidad al artículo 19, N° 21 de la Constitución y han sido adoptadas por el órganos competente dentro del marco de sus atribuciones, de forma motivada



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

y proporcional a los fines perseguida, sin incurrir en discriminación o arbitrariedad alguna.

Por el contrario, ha sido la recurrente quien deliberadamente ha incumplido de forma reiterada y contumaz las instrucciones impartidas por la autoridad fiscalizadora y ha continuado realizando ilegalmente el traspaso de afiliados por medio del sistema no asistido de reconocimiento facial cuyo funcionamiento debió haber perentoriamente suspendido, utilizando, además en un caso posterior, un sistema prestado por un proveedor no autorizado por la Superintendencia.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en el artículo 19 N° 21, de la Constitución Política de la República, y artículo único de la ley 18.971, **se rechaza, con costas**, el recurso de amparo deducido en favor de A.F.P. Capital, en contra de la Superintendencia de Pensiones.

Se previene que el ministro Sr. Gray concurre al rechazo del amparo económico deducido, discrepando de lo que refiere el considerando cuarto de la sentencia, pues -en su opinión- el fundamento esgrimido por el recurrente no comparte los requisitos del inciso 2° del numeral 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental para que esta acción constitucional pueda prosperar, que en concepto de quien previene es el único fundamento para deducir este recurso.

Regístrese, comuníquese y archívese.

**Redacción de la abogada integrante Renée Rivero Hurtado
y la prevención por su autor.**

N°Amparo-473-2024.

No firma el ministro señor Gray, no obstante haber concurrido a



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse con licencia médica.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Jenny Book R. y Abogado Integrante Renee Rivero H. Santiago, veinticinco de julio de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a veinticinco de julio de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: HYXKXPXSZEX