

COPIA FIEL DEL ORIGINAL

RESOLUCIÓN EXENTA N° 2619

Santiago, 13 diciembre de 2016

VISTOS:

1°.- Las facultades que la Ley confiere a esta Superintendencia, especialmente las contenidas en los N°s 1 y 3 del artículo 94 del DL N°3.500 de 1980, en los N°s 1 y 7 del artículo 47 de la Ley N°20.255 y en las letras a), b) e i) del artículo 3° del D.F.L. N°101 de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; b) Lo dispuesto en los artículos 23, 24 A, 25 y 43 del DL N°3.500 de 1980; artículos 99 y 126 y siguientes de la Ley N° 18.046; c) Lo prescrito en la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; d) La Resolución N°86, de fecha 15 de enero de 2016, de esta Superintendencia, que establece el orden de subrogación en el cargo de Superintendente de Pensiones; e) La Resolución Exenta de esta Superintendencia N°1.554, de fecha 21 de julio de 2016; f) La Resolución Exenta N°1.625, de fecha 1 de agosto de 2016, que resolvió pasar las resoluciones exentas N°s 1.554 y 1.555 de esta Superintendencia, ambas de fecha 21 de julio de 2016, y sus antecedentes fundantes a la Sra. Intendente de Fiscalización Subrogante, para que en su calidad de Superintendente Subrogante en lo que ellas se refiere, conozca de las mismas y resuelva;

2°.- Que mediante carta de fecha 18 de octubre de 2012, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 24A y 94 N°1 del DL N°3.500, de 1980, Principal Institutional Chile S.A. ("PIC") y Principal Financial Services ("PFS") solicitaron a esta Superintendencia autorización para que PIC adquiriera hasta el 100% de las acciones emitidas por la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A. ("AFP Cuprum S.A.").

Para tales efectos, informaron a esta Superintendencia que con fecha 5 de octubre de 2012 se suscribió un contrato de promesa de compraventa de acciones de AFP Cuprum S.A., entre las Empresas Penta S.A. y Banpenta Limitada, como promitentes vendedores y PFS (filial 100% de Propiedad de Financial Group, Inc.) como promitente comprador, en el cual se acordó que, sujeto al otorgamiento de la correspondiente autorización de este organismo, PFS o una sociedad controlada por ésta lanzaría una oferta pública de adquisición (OPA) de hasta el 100% de las acciones emitidas por AFP Cuprum S.A., obligándose Empresas Penta S.A. y Banpenta Limitada a aceptarla por todas las acciones de su propiedad emitidas por la Administradora, las que alcanzaban el 63,44 % de ellas.

Agregaron que en uso de sus derechos consignados en el contrato de promesa, PFS designó a su filial PIC para que, cumplidas las condiciones establecidas en él, lanzara la OPA y adquiriera las acciones emitidas por AFP Cuprum S.A. y que, por tal razón, la solicitud efectuada a esta Superintendencia debía entenderse realizada por PIC;

3°.- Que de acuerdo a las instrucciones de carácter general impartidas por esta Superintendencia mediante su Oficio N°11.129, de 18 de julio de 2007, para la adquisición de acciones de una Administradora de Fondos de Pensiones, PIC estuvo

obligada a acompañar los antecedentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 24A del D.L. N°3.500, requisito establecido por el legislador para que los accionistas fundadores de una Administradora de Fondos de Pensiones obtengan autorización para constituir la y, que en conformidad a las instrucciones contenidas en el Oficio N°11.129 de 2007, le son igualmente aplicables a aquellos accionistas que adquieran el 10% o más del patrimonio accionario de una Administradora de Fondos de Pensiones;

- 4°.- Que por Resolución N°E-216-2012, de fecha 21 de diciembre de 2012, previa comprobación que PIC daba cumplimiento a los requisitos que establece el artículo 24A del citado DL N°3.500, esta Superintendencia la autorizó para adquirir el 99,99999% de las acciones de AFP Cuprum S.A.
- 5°.- Que por Oficio N°30.104, de fecha 21 de diciembre de 2012, junto con remitir a PIC la Resolución N°E-216 ya referida, esta Superintendencia solicitó a la sociedad que una vez concluidos los procesos de compra y OPA respecto de las acciones de AFP Cuprum S.A., informara detalladamente a este Organismo e inmediatamente de ocurridos los hechos;
- 6°.- Que dando cumplimiento a lo ordenado en el Oficio N°30.104, mediante carta de fecha 31 de enero de 2013, PIC informó a la Superintendencia de Valores y Seguros, con copia a esta Superintendencia, el resultado exitoso de la OPA de AFP Cuprum S.A., informando que aceptó y adquirió para sí y para todos los efectos a que haya lugar en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 212 de la Ley N°18.045, la cantidad de 16.272.432 acciones de AFP Cuprum S.A., lo que le permitió alcanzar un porcentaje de control de aproximadamente 90,42% de sus acciones ordinarias, de una sola serie, sin valor nominal, íntegramente suscritas y pagadas de esa sociedad;
- 7°.- Que mediante carta GG/851/14, de fecha 11 de septiembre de 2014, AFP Cuprum S.A. puso en conocimiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, de sus accionistas y del mercado en general, como hecho esencial, con copia a esta Superintendencia, la decisión de su Directorio, a propuesta de su matriz PIC, de convocar a junta extraordinaria de accionistas a celebrarse el día viernes 26 de septiembre de ese año, a fin de someter a su aprobación las siguientes materias:
 - a) La fusión por incorporación de AFP Cuprum S.A. en PIC, subsistiendo esta última como absorbente, sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones suspensivas y copulativas: **i)** la autorización de la operación por parte de esta Superintendencia; **ii)** la inscripción de PIC y sus acciones en el Registro de Valores llevado por la Superintendencia de Valores y Seguros y **iii)** las demás condiciones que acuerden los accionistas en las juntas extraordinarias correspondientes;
 - b) Aprobar los antecedentes que sirvan de base para la operación, incluyendo el documento en el que constan los términos y condiciones de la operación que se propone; los balances y estados financieros de AFP Cuprum S.A. y de PIC al 30 de junio de 2014, debidamente auditados; los informes periciales, y los estatutos

sociales de la sociedad absorbente, que pasará a llamarse Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.;

- c) Acordar la relación de canje entre las acciones de PIC y AFP Cuprum S.A.; y
- d) Acordar cualquier otra materia que los accionistas estimen conducente en relación a la operación propuesta.

- 8º.- Que según consigna el documento *Términos y Condiciones Fusión Principal Institucional Chile S.A. y Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.*, acompañado a la carta singularizada en el visto precedente, la operación tenía como objetivos y beneficios esperados la simplificación de la estructura societaria a través de la cual los accionistas participaban en AFP Cuprum S.A., el fortalecimiento patrimonial de esta última y representar de mejor manera en los balances de la compañía el valor real de los activos y de su patrimonio;
- 9º.- Que mediante carta GG/1619/14-S, de fecha 11 de septiembre de 2014, AFP Cuprum S.A. comunicó a esta Superintendencia la citación a junta extraordinaria de accionistas para tratar las materias indicadas en el visto 7º, como también la publicación del primer aviso de citación y la fecha de las publicaciones restantes, en conformidad al artículo 104 del Reglamento de Sociedades Anónimas;
- 10º.- Que por Oficio Ord. N°21.449, de fecha 25 de septiembre de 2014, esta Superintendencia, pronunciándose acerca de lo informado por AFP Cuprum S.A. en la carta detallada en el visto 9º anterior, informó a su gerente general que, conforme a la reestructuración societaria propuesta, AFP Cuprum S.A. sería absorbida por su controlador, por lo que además de pasar la totalidad del patrimonio y accionistas de la administradora a PIC, aquella se disolvería, lo que a su vez traería como consecuencia que la administración de los Fondos de Pensiones quedaría en manos de una sociedad no constituida como Administradora de Fondos de Pensiones de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 A del DL N° 3.500, en abierta infracción del artículo 25 del mismo cuerpo legal.

Por tales consideraciones, esta Superintendencia concluyó que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 23, 24 A, 25 y 94 N°1 del D.L. N°3.500, de 1980 y los artículos 126 y siguientes de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas ("LSA"), no correspondía autorizar la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. en PIC, toda vez que esta última, no habiéndose constituido legalmente como Administradora de Fondos de Pensiones, no podía administrar los Fondos de Pensiones a que se refiere el citado artículo 23 del D.L. N°3.500.

Finalmente, en el referido oficio la Superintendencia hizo presente que la fusión antes señalada podría ser autorizada si, en forma previa, PIC se constituía en Administradora de Fondos de Pensiones en conformidad a las normas citadas;

- 11°.- Que mediante carta de fecha 26 de septiembre de 2014, dirigida a la Superintendencia de Valores y Seguros con copia a esta Superintendencia, AFP Cuprum S.A. informó que la junta extraordinaria de accionistas celebrada ese mismo día aprobó la operación de fusión indicada en el visto 7° precedente, en los términos que en ella se indican;
- 12°.- Que mediante Carta GG/1763/14-S, de fecha 7 de octubre de 2014, en respuesta al oficio N° 21.449 de 2014 consignado en el visto 10°, AFP Cuprum S.A. junto con hacer presente la secuencia de la operación de formación de la AFP que se instituiría como resultado de la fusión, y la consecuente disolución sin liquidación de AFP Cuprum S.A., adjuntó un informe en derecho atinente a la materia elaborado por el profesor de Derecho Administrativo, Sr. Luis Cordero Vega, el cual plantea la factibilidad legal de la propuesta inicial de la Administradora;
- 13°.- Que Principal Chile Limitada, mediante carta de fecha 14 de noviembre de 2014, suscrita por don Cristián Edwards Gana en representación de la sociedad, dirigida a esta Superintendencia, en su calidad de accionista controlador de PIC solicita autorización de existencia como AFP para esta última sociedad, acompañando los antecedentes necesarios para su estudio y aprobación;
- 14°.- Que, luego del estudio y análisis de los antecedentes acompañados, con fecha 16 de diciembre de 2014 esta Superintendencia emitió el Certificado Provisional de Autorización de Existencia en el que se dio por aceptado el estudio de factibilidad presentado por el Sr. Cristián Edwards Gana, para iniciar la constitución de AFP Argentum S.A., quedando por tanto habilitado para realizar los trámites conducentes a obtener su autorización de existencia;
- 15°.- Que por Resolución N°E-220-2014, de fecha 19 de diciembre de 2014, esta Superintendencia autorizó la existencia y aprobó los estatutos de AFP Argentum S.A., sujeta a la condición suspensiva que dicha administradora se fusionara con AFP Cuprum S.A., absorbiendo la primera a esta última, dentro del plazo de 60 días;
- 16° Que por Resolución N°E-221-2015, de fecha 2 de enero de 2015, esta Superintendencia dio por cumplida la condición suspensiva a la que quedó sujeta la autorización de existencia de AFP Argentum S.A., en los términos señalados en la Resolución N° E 220-2014 referida en el visto anterior, y aprobó la fusión de esta última con AFP Cuprum S.A. por incorporación de ésta a la primera, denominándose la continuadora legal AFP Cuprum S.A.

Asimismo, la referida resolución establece que la fusión entre AFP Argentum S.A y AFP Cuprum S.A., por incorporación de esta última en la primera, tendría plenos efectos a contar del 1° de enero de 2015. Finalmente, la Resolución N° E-221-2015 declaró disuelta y canceló la autorización de existencia de AFP Cuprum S.A. otorgada por Resolución N°E-012-81, de fecha 28 de abril de 1981, de la ex Superintendencia de AFP, cuyo certificado fue publicado en el Diario Oficial del día 30 de abril de ese año;

- 17°.- Que mediante Oficio N°68.083, de 26 de agosto de 2015, a instancia de los H. Diputados Fuad Chahín Valenzuela y Patricio Vallespín López, la Contraloría General de la República (CGR) solicitó a esta Superintendencia que informara en relación con el proceso de autorización de existencia de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A. Asimismo, solicitó que se le remitan todos los antecedentes necesarios para resolver adecuadamente la presentación indicada;
- 18°.- Que el requerimiento de la CGR fue respondido por esta Superintendencia mediante los oficios N°20.844, de 14 de septiembre de 2015, y N°28.164, de 27 de noviembre de 2015;
- 19°.- Que por medio del dictamen N°98.889, de 16 de diciembre de 2015, la CGR se pronunció sobre la formación de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A. efectuando los siguientes dos reproches de legalidad:
- a)** En cuanto al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la LSA para la constitución de una nueva sociedad administradora de fondos de pensiones, ello en relación con las exigencias prescritas en los artículos 23 y 24 A del DL N°3.500 aplicables a las administradoras mismas y a sus accionistas fundadores, respectivamente, la CGR señaló **(i)** que no resulta admisible que en el proceso de constitución de una AFP se acompañen antecedentes de otra, aun cuando aquella fuera su controladora y; **(ii)** que no se habían aportado antecedentes que permitiesen acreditar cabalmente la utilidad o provecho para el sistema de pensiones que reportaba la reorganización societaria cuestionada, y
- b)** En cuanto a la autorización de existencia de AFP Argentum S.A., particularmente en lo que se refiere al hecho de haber sujetado su vigencia al cumplimiento de una condición suspensiva consistente en que dicha AFP se fusionara con AFP Cuprum S.A. dentro de los 60 días siguientes, por absorción de la primera a la segunda, la CGR señaló que dicha figura era contradictoria, en el sentido que la condición fijada, en sí misma, resultaba impracticable, pues conforme al artículo 99 de la LSA una operación de fusión supone la existencia de dos o más sociedades, y en la especie, al momento de la fusión sólo existía válidamente AFP Cuprum S.A. y no AFP Argentum S.A.;
- 20°.- Que el oficio N°98.889 de 2015 de la CGR fue reiterado por dicho organismo de control mediante oficio N°9.702, de fecha 8 de febrero de 2016;
- 21°.- Que con fecha 4 de marzo de 2016, esta Superintendencia de Pensiones dictó la Resolución Exenta N°513, en virtud de la cual el Sr. Superintendente resolvió declarar improcedente invalidar las resoluciones de esta Superintendencia E-220 de 2014, y E-221, E-223 y E-224 de 2015, estas últimas dos referidas al proceso de creación de AFP Acquisition Co S.A. y su posterior fusión con AFP Provida S.A.

La referida resolución exenta se fundó en el informe jurídico que fue requerido al Sr. Fiscal de esta Superintendencia, que fue evacuado mediante Nota Interna N° FIS-162 de 3 de marzo de 2016, y cuyas principales conclusiones son las siguientes:

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

- a) Los procesos de constitución de AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A. y las fusiones posteriores con AFP Cuprum S.A. y AFP Provida S.A., respectivamente, pudieron haberse realizado de otra forma, llegando al mismo resultado.

Para sostener esta primera conclusión, el Sr. Fiscal expresó que la condición señalada en el oficio de la Superintendencia a que se hace referencia en el visto 10° anterior, y que consistía básicamente en que PIC se constituyera en Administradora de Fondos de Pensiones en conformidad a la Ley como requisito previo a la autorización de la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. había sido instruida por la Superintendencia en forma errónea, pues esta última se encontraba habilitada legalmente para autorizar la referida fusión de PIC por absorción de AFP Cuprum S.A., en un solo acto y, simultáneamente, autorizar la transformación de la entidad resultante en una AFP, mecanismo legalmente idóneo para producir el resultado solicitado. En este sentido, el informe del Fiscal señala que *"los procesos realizados no fueron los más idóneos para alcanzar el resultado final, toda vez que pudo optarse legalmente por el mecanismo sugerido por los propios administrados"*.

- b) Siguiendo la opinión de la CGR contenida en el oficio N°98.889 de 2015, continuó, es necesario realizar un estudio de reforma normativa que regule con más precisión los distintos procesos de reestructuración empresarial que involucren la participación de las AFP. Ello, habida consideración que dicha imprecisión normativa se habría manifestado precisamente en la instrucción de la Superintendencia acerca de la forma de llevar a cabo los procesos de fusión citados, en circunstancias de existir mecanismos alternativos idóneos para el mismo fin; esto es, la reestructuración societaria.
- c) La facultad invalidatoria de la Superintendencia respecto de las resoluciones en análisis se encuentra limitada por el respeto de las situaciones jurídicas ya consolidadas. En efecto, los administrados siguieron instrucciones explícitas de esta Superintendencia, tal como lo reconoció la CGR, que en su dictamen N° 98.889 de 2015 señaló *"con todo, y sin perjuicio de lo anterior, se estima necesario consignar que, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, las empresas mencionadas se limitaron a dar cumplimiento a las instrucciones recibidas de la Superintendencia, a través de las comunicaciones pertinentes, razón por la cual se puede concluir que actuaron de buena fe"*;

22°.- Que mediante oficio N°22.697, de 24 de marzo de 2016, la CGR solicitó a esta Superintendencia informar las medidas que se dispusieron para dar cumplimiento a los dictámenes N°98.889 de 2015 y N°9.702 de 2016, e informar al tenor de la presentación que los H. Diputados Fuad Chahín Valenzuela, Patricio Vallespín López e Iván Flores García hicieron en dicho organismo con fecha 21 de marzo de 2016, por medio de la cual solicitaron a la CGR que se pronunciara respecto de la Resolución Exenta N° 513 de 2016, mencionada en el visto anterior;

ELA

- 23°.- Que esta Superintendencia dio cumplimiento al requerimiento de la CGR señalado en el visto anterior mediante oficio N°8246, de 18 de abril de 2016. En dicho oficio la Superintendencia informó acerca del conjunto de medidas dispuestas para cumplir con los referidos dictámenes, explicó en detalle las razones en virtud de las cuales adoptó la decisión de no invalidar las resoluciones N° E-220, N° E-221, N° E-223 y N° E-224, y adjuntó la Resolución Exenta N° 513 de 2016 y el informe jurídico elaborado por el Sr. Fiscal, ambos antecedentes ya reseñados en el visto 21° anterior;
- 24°.- Que mediante oficio N°47.645 de 28 de junio de 2016, la CGR se pronunció acerca de las medidas adoptadas por la Superintendencia para dar cumplimiento a lo dispuesto por esa entidad de control en sus dictámenes N°s98.889 de 2015 y 9702 de 2016. En concreto, en relación con la decisión adoptada por la Superintendencia en la Resolución Exenta N°513 de 2016 en cuanto a no invalidar las resoluciones E-220 y E-221, señaló que conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado ("LBPA"), *la decisión de ejercer o no la potestad invalidatoria debe ser resultado de un procedimiento administrativo, en el que, una vez conferida audiencia a los interesados y con el mérito de los antecedentes del expediente, la Administración resuelva la mantención o expulsión del ordenamiento jurídico de los actos en cuestión, situación que no ha tenido lugar en la especie.*

En vista de lo anterior, la CGR concluye el oficio expresando la necesidad de que la Superintendencia iniciara el respectivo procedimiento administrativo de invalidación, otorgara audiencia o traslado a los interesados y, con el mérito de los elementos de juicio que reuniera en el expediente respectivo, resolviera lo que en Derecho corresponda, debiendo - entre otras instrucciones - remitir copia del acto terminal del mismo;

- 25°.- Que mediante Resolución Exenta N°1.543, de fecha 19 de julio de 2016, el Superintendente de Pensiones don Osvaldo Macías Muñoz resolvió inhabilitarse para conocer, tramitar o resolver el procedimiento de invalidación ordenado abrir por la CGR, y aceptó la inhabilitación del Sr. Fiscal de esta Superintendencia don Andrés Culagovski Rubio, pasando los antecedentes a la jefatura de la Intendencia de Fiscalización;

Apertura procedimiento de invalidación conforme al artículo 53 de la LBPA.

- 26°.- Que mediante Resolución Exenta N°1.554, se ordenó abrir y se dio inicio a un procedimiento de invalidación de la Resolución N°E-220 de 2014, que autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y aprobó sus estatutos y de la Resolución N°E-221 de 2015, que aprobó la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y Cuprum S.A., por incorporación de la segunda a la primera, que la absorbió, con el objeto de determinar la procedencia o improcedencia de la invalidación. Posteriormente, por Resolución Exenta N° 1.625 de fecha 1° de agosto de 2016, atendido que el Intendente de Fiscalización presentó la renuncia voluntaria a su cargo, y por las razones que la propia Resolución

Exenta 1.625 consigna, se ordenó pasar la Resolución Exenta N° 1.554 y sus antecedentes fundantes a esta Intendencia de Fiscalización Subrogante, para que en su calidad de Superintendente Subrogante en lo que a ella se refiere, conozca de la misma y resuelva;;

- 27°.- Que mediante oficio N°18.189, de 21 de julio de 2016, se notificó a AFP Cuprum S.A. la Resolución Exenta N°1.554, de 2016, para que en el plazo de 10 días hábiles contado desde la notificación de la misma, formulara las alegaciones que considerara procedentes en defensa de sus intereses, acompañando los antecedentes en los que se fundaba;
- 28°.- Que mediante el oficio N°18.189, también se notificó la Resolución Exenta N° 1.554 a los H. Diputados señores Fuad Chahín Valenzuela, Patricio Vallespín López e Iván Flores García; al Sr. Patricio Herman Vivar, representante de la Fundación Defendamos la Ciudad y, a don Gino Lorenzini Barrios, representante de Felices y Forrados SpA, para que dentro del mismo plazo señalado en el visto anterior, si lo estimaban pertinente, se apersonaran invocando eventuales intereses individuales o colectivos que consideren afectados, acreditando éstos o aquéllos;
- 29° Que a fojas 144 de autos, con fecha 9 de agosto de 2016, se presentó don Gino Darío Lorenzini Barrios, quien en conformidad con lo dispuesto en la letra f) del artículo 17 de la LBPA formuló las siguientes alegaciones¹:

a.- Normas vulneradas por el acto administrativo.

La resolución E-221 de fecha 2 de enero de 2015 vulnera las disposiciones tanto del DL N° 3.500 como de la ley 18.046. Si bien ese acto administrativo se dictó en virtud de las facultades otorgadas en el DL N° 3.500 de 1980, en el DFL 101 de 1980 y en la ley 20.255, al autorizar la fusión de una AFP que sólo nace a la vida si se aprueba la fusión, se estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 43 del DL N° 3.500, que en lo pertinente dispone: "En caso de fusión, la autorización de la superintendencia de administradoras de fondos de pensiones deberá publicarse en el Diario oficial (sic) dentro del plazo de quince días contado desde su otorgamiento y **producirá el efecto de fusionar las sociedades y los fondos de pensiones respectivos...**"

Así como del artículo 43 se infiere que la fusión debe realizarse sólo entre dos AFPs, de la misma norma en comento se desprende claramente que la fusión debe realizarse entre dos AFPs que efectivamente existan y que realicen su giro, pues al regular los efectos de ésta, señala que se fusionan las sociedades y los fondos de pensiones. Es decir, la norma se plantea en el supuesto que la fusión se produce entre dos AFPs que ejecutan su giro, toda vez que deben tener fondos de pensiones.

¹ En adelante todo lo que figura en negrillas, destacado y/o subrayado en la presente resolución, se encuentra así consignado en el original.

gux

Sin embargo, en la fusión Argentum – Cuprum no se produce la fusión de los fondos de pensiones que indica la norma, debido a que AFP Argentum no tiene fondos de pensiones y no los tiene porque nunca, de manera previa a la fusión, operó como una administradora de fondos de pensiones. Tanto así, que la propia resolución E-220-2014 estableció como condición para su nacimiento a la vida jurídica su fusión con AFP Cuprum.

Conjuntamente con lo anterior, la resolución E-221 de 2015 también vulneraría la ley de sociedades anónimas, toda vez que en su punto 2 de la parte resolutive autoriza a la AFP absorbente, esto es, la Administradora de Pensiones Argentum S.A. (Sic), a mantener la razón social de la sociedad absorbida Administradora de Fondos de pensiones (Sic) Cuprum S.A., lo que sería contrario a derecho, ya que cuando una sociedad es absorbida por otra, se produce la “muerte civil” de la sociedad absorbida, por consiguiente dicha sociedad se termina, extinguiéndose así su razón social, atributo de su personalidad. Así lo disponen los incisos primero y tercero del artículo 99 de la ley de sociedades anónimas.

b.- Imposibilidad de declarar válido un acto declarado ilegal por la Contraloría General de la República.

La ilegalidad de las resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015 no puede ser cuestionada en este procedimiento invalidatorio, toda vez que la Contraloría General de la República mediante dictámenes N°s 98.889 de 16 de diciembre de 2015 y 9.702 de 8 de febrero de 2016, señaló expresamente que el acto era ilegal, al disponer que no resulta admisible que en un proceso de constitución de una AFP (Argentum) se acompañe los antecedentes de otra (Cuprum). Además, que era ilegal que se autorice la fusión de dos AFPs, cuando una de ellas (Argentum) no existía en la vida jurídica, lo que en definitiva demostraría que en la fusión de las administradoras de fondos de pensiones, no se daba cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 18.046.

Se debe tener presente que la Superintendencia debe respetar los dictámenes de la Contraloría General de la República, que conforme al artículo 98 de la Constitución Política de la República es a quien le corresponde el control de legalidad de los actos de la administración, lo cual está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 10.336 que establece claramente la dependencia técnica de los abogados de la administración pública a la Contraloría.

c.- Procedencia de la invalidación del acto administrativo ilegal.

La resolución exenta N°0513 de 4 de marzo de 2016 de esta Superintendencia, dispone improcedente invalidar las resoluciones antes aludidas en virtud de lo dispuesto en la Nota Interna FIS-162 de 3 de marzo de 2016, emanada del Sr. Fiscal de la Superintendencia de Pensiones. Sin embargo, tanto esa resolución como el informe del Fiscal incurrirían abiertamente en errores de hecho y de derecho.

El primero se produce en la letra b) de su considerando tercero que indica, respecto de la obligatoriedad de que las fusiones sean solo entre AFPs, que "la condición señalada por esta Superintendencia en el oficio mencionado (21.449 de 25 de septiembre de 2014) era innecesaria y fue instruida en forma errónea, ya que implicaba la imposición de una exigencia adicional a los operadores de este sistema, la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico". Ello constituye un error de derecho. No se debe olvidar que estamos en derecho público y no en derecho privado, razón por la cual la autoridad administrativa sólo puede hacer aquello que está permitido por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el DL N° 3.500, no establece ni regula la fusión entre una AFP y una sociedad anónima común, razón por la cual malamente hubiese podido la Superintendencia haber autorizado una fusión entre la sociedad Principal Institucional Chile S.A. y AFP Cuprum, ya que ella era jurídicamente imposible. Primero, porque no existe norma que autorice la fusión entre una sociedad anónima especial como es la AFP con una sociedad anónima común, como era Principal Institucional Chile S.A. y, segundo, porque de haberse autorizado una fusión de ese tipo, donde además la absorbente era la sociedad Principal Institucional Chile S.A., se daría el ilógico de que una sociedad que no es AFP quedaría a cargo de una AFP, lo que contradice expresamente el artículo 23 del DL N° 3.500.

Por lo expuesto y a diferencia de lo que señala el Sr. Fiscal, el oficio 21.449 de la Superintendencia, no "instruyó de forma errónea a la AFP Cuprum" ni "le impuso una exigencia adicional", sino que todo lo contrario, en un afán colaborativo (que a lo mejor no era necesario) le señaló el camino jurídico, toda vez que el DL N° 3.500 solo regula la fusión de AFPs y no de AFP con sociedades anónimas comunes.

El Sr. Fiscal señala que la ley de sociedades anónimas regula la fusión entre sociedades, y que dado que la AFP Cuprum es una sociedad anónima, podría haberse fusionado con la matriz conforme a la ley 18.046, razonamiento contrario a derecho, ya que la ley de sociedades anónimas regula la fusión de las sociedades comunes, pero las AFP son sociedades especiales, con objeto único, por lo que difícilmente se podrían fusionar con otras sociedades de objeto múltiples y con regulaciones menos estrictas. Es por este motivo que el DL N° 3.500 solo regula la fusión entre AFPs. Por lo expuesto, no sería ajustado a derecho lo que se indica en el considerando tercero letra c) de la resolución exenta N° 0513, en cuanto a que "la superintendencia estaba habilitada legalmente para autorizar la fusión informada en la carta de AFP Cuprum S.A. de 11 de septiembre de 2014, sin requerir la constitución de PIC como AFP". Ello, debido a que no existe ninguna norma que le entregue competencia a la Superintendencia de Pensiones para autorizar la fusión de una sociedad anónima común con una AFP, y por tanto, de haberlo hecho, afectaría el principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución de la República.

Adicionalmente, la resolución exenta N° 0513 de 2016 funda su decisión en el principio de la confianza legítima, respecto de lo cual resulta importante tener

presente la jurisprudencia existente (citando a dichos efectos el compareciente un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago). Agrega que en esta materia es importante dilucidar la posición de terceros de buena fe, sin embargo, esa contienda en abstracto debe resolverse a través de una indemnización de perjuicios a esos terceros, pero no a través de la mantención de un acto administrativo ilegal.

Respecto de este principio, señala que el actual Contralor General de la República, don Jorge Bermúdez Soto, en su artículo "El principio de la confianza legítima en la actuación de la administración, como límite a la potestad invalidatoria" (revista de derecho (Valdivia) v 18 n.2 Valdivia dic.2005), expresa lo siguiente: "basar la adquisición de un derecho subjetivo nacido de un acto administrativo ilegítimo en la supuesta buena fe del beneficiario constituye una extrapolación incorrecta de un concepto eminente (Sic) privatista y un contrasentido a partir de la ilegitimidad del acto y la presunción de conocimiento del derecho".... "La aplicación de un principio de protección de la confianza debe entonces poner en la balanza la situación del particular alcanzada con el acto potencialmente invalidable, frente al interés de la Administración de cambiar la dirección su actuación. Ello en ocasiones debería conducir a la indemnización de perjuicios, de modo de mantener la vigencia del principio". Así, concluye que el principio de la confianza legítima no se refiere a mantener un acto viciado, sino a proteger a los terceros de buena fe de los efectos de la invalidación del acto administrativo.

Señala que fueron los propios controladores de AFP Cuprum los que indujeron a error a la Superintendencia de Pensiones, cuando para la aprobación de AFP Argentum presentaron todos los prospectos de AFP Cuprum, lo que jurídicamente no correspondía, causal del error al que se indujo a la administración, que terminó dictando un acto ilegal. Consecuente con esto, la invalidación del acto administrativo no se traduciría en la de indemnizar toda vez que fue la propia actuación de los interesados lo que llevó a error a la administración.

Tampoco se debe olvidar, agrega, que además de la AFP interesada no se ve otro tercero que pudiera ser afectado por la invalidación del acto administrativo, pues el único efecto de la fusión fue obtener un beneficio tributario, por lo que no se vislumbra daño a la AFP en caso de invalidación del acto administrativo, salvo pagar lo que corresponde conforme a la legislación tributaria.

Por último, expresa que la resolución exenta E-220 de 2014 es ilegal, además, porque autoriza una fusión cuyo objeto sería en sí mismo ilegal, toda vez que pretende obtener un good will o beneficio tributario sin cumplir las condiciones reales para obtenerlos - que realmente existan 2 sociedades AFP -. Si el único objetivo de AFP Cuprum fue la obtención de un beneficio tributario, no actuó de buena fe. La elusión, aunque sea a través de actos legales, es ilegal en sí misma.

Debe tenerse presente que la Ley N°20.780 señala expresamente que hay elusión en los casos de abusos o simulación. Si la fusión entre Argentum S.A. y Cuprum S.A. efectivamente tuvo como única finalidad la obtención de un beneficio tributario,

7
CBA

implicaría que, además de no respetar la normativa de fusiones, el acto administrativo sería ilegal porque la fusión sólo buscaría abusar de una norma jurídica a objeto de obtener un good will tributario, que está establecido para la fusión real de dos sociedades y no para la fusión teórica o en papeles de una AFP existente y otra que nunca existió, lo que vulneraría lo dispuesto en el artículo 19 N° 20 de Constitución de la República.

30° Que a fojas 176 de autos, con fecha 10 de agosto de 2016, compareció el H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela, quien señaló:

1.- Mediante Resolución N°E-220 de fecha 19 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones, autorizó la existencia y aprobó los estatutos de AFP Argentum S.A. Posteriormente, según consta en Resolución N°E-221 de fecha 1° de enero de 2015,² la misma Superintendencia autorizó la fusión por incorporación entre AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A., siendo de vital relevancia destacar que según consta en Resolución N°E-220, la aprobación de existencia y estatutos de AFP se realizó para el solo efecto de su fusión con CUPRUM.

2.- Tal ha sido la importancia y las nefastas consecuencias del proceso de fusión aprobado por la Superintendencia de Pensiones, que con fecha 14 de julio de 2015 se constituyó una Comisión Especial Investigadora en la Cámara de Diputados, con la participación del suscrito y otros 12 diputados, la cual tuvo por objeto investigar el rol de las Superintendencias de Pensiones y de Valores y Seguros, además de determinar el rol que le cupo al Servicio de Impuestos Internos.

Luego de haber sesionado en más de 21 oportunidades, y de haber contado con la colaboración y participación de más de 20 funcionarios públicos que representaron a la Superintendencia de Pensiones, Servicio Nacional de Impuestos Internos (Sic), Superintendencia de Valores y Seguros, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ministerio de Justicia, Consejo de Defensa del Estado, Ministerio de Hacienda, Contraloría General de la República; así como otros estamentos ciudadanos y del ámbito académico, la Comisión Especial Investigadora efectuó, entre otras, las siguientes propuestas:

- i) Solicitar al Consejo de Defensa del Estado demandar la nulidad de derecho público de la Fusión de AFP CUMPRUM (Sic) y ARGENTUM.
- ii) Solicitar a la Contraloría General de la República que dictamine que la Superintendencia de Pensiones deberá iniciar un procedimiento de invalidación de la fusión referida.
- iii) Solicitar al Servicio de Impuestos Internos que no dé lugar al beneficio de Goodwill tributario que tiene como consecuencia el proceso irregular de fusión de las AFP's señaladas.

² La Resolución E-221 es de fecha 2 de enero de 2015.

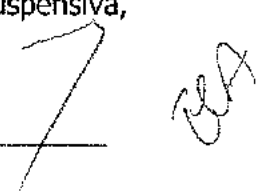
BA

3.- Las propuestas anteriormente señaladas se sustentan en las conclusiones obtenidas en la Comisión Investigadora, las cuales a su vez están avaladas por opiniones e informes concluyentes no sólo de reconocidos académicos, investigadores y abogados, sino también en la expresada por la propia Contraloría General de la República, institución que ha resaltado que el proceso de fusión entre AFP Argentum y AFP Cuprum adolece de graves vicios de ilegalidad, al menos en dos aspectos: (i) porque no resulta admisible que en un proceso de constitución de una AFP se acompañen los antecedentes de otra, aun cuando aquella sea su controladora, puesto que en definitiva, ello importa no dar cumplimiento a las exigencias que a tal efecto fija el legislador; y (ii) porque el proceso de fusión supone la existencia de dos o más sociedades, y en la especie, comoquiera que sólo existía válidamente AFP Cuprum S.A. y no AFP Argentum S.A. al momento de verificarse la referida fusión, esta última institución no se encontraba en condiciones de concurrir a aquella.

4.- A mayor abundamiento y sin perjuicio de los graves vicios de ilegalidad descritos, desde el punto de vista tributario la operación, como también aquella que involucra a AFP Provida y Acquisition, carece de una legítima razón de negocios que las ampare, toda vez que se aprecia una planificación u operación tributaria que tuvo como único objeto el obtener un beneficio tributario a través de la utilización de una empresa que nunca tuvo como objeto comercial legítimo el ser una AFP, que nunca actuó como tal, nunca tuvo afiliados y jamás ejercicio (Sic) el giro comercial de AFP, puesto que su único fin era lograr un beneficio tributario sin tener una legítima razón de negocios que le habilitara el obtener el mismo. Todo lo anterior en claro y directo perjuicio del fisco chileno. A su vez, estas operaciones permitirían diferir el pago de impuestos, obteniéndose un beneficio tributario por un valor que asciende a aproximadamente 130 millones de dólares en el caso CUPRUM y el de PROVIDA a 280 millones de la misma divisa, lo cual ciertamente produce un perjuicio fiscal enorme, afectando gravemente a todos los chilenos, razón por la cual solicitó hacerse parte para salvaguardar esos intereses colectivos.

5.- Adicionalmente, mediante Dictamen N°98.889 de fecha 16 de diciembre de 2015, y respondiendo la solicitud del Honorable Diputado señor Vallespín y del suscrito, la Contraloría General de la República concluyó que no se cumplieron las condiciones requeridas por la ley para aprobar la fusión entre AFP Argentum y AFP Cuprum, lo que implica que la misma se ejecutó de forma ilegal. Dicho planteamiento fue expresamente ratificado por la señora Patricia Arriagada, Subcontralora General de la República, en la sesión N°18 de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, tal como consta en la página 257 del informe respectivo (que acompañó en un otrosí de su presentación), en el cual expresó que "tanto de los pronunciamientos a que se ha hecho mención, como del pequeño resumen que hice, **aparece con claridad que la Contraloría estima que es ilegal.**

¿Por qué es ilegal? Porque se utilizó, en primer lugar, una condición suspensiva,



cuya existencia no está contenida en norma legal alguna".

6.- Finalmente, mediante Dictamen N° 9.702 de fecha 8 de febrero de 2016, la Contraloría General de la República confirmó lo expresado en el Dictamen N° 98.889 de 2015, complementando y agregando que los procesos de fusión ya mencionados **no se cumplían las exigencias fijadas por el legislador al efecto.** .

En su presentación, el H. Diputado solicitó tener por acompañados los siguientes documentos:

1.- Informe de la comisión especial investigadora del rol de la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Valores y Seguros y el Servicio de Impuestos internos en el proceso de fusión de las AFP CUPRUM y ARGENTUM", emitido con fecha 5 de mayo de 2016, agregado a fojas 85 y siguientes del cuaderno de anexos, que por razones de economía no se reproduce atendido lo extenso del mismo.

2.- Informe en derecho denominado "Examen de juridicidad de la actuación de la Superintendencia de Pensiones en el proceso de autorización de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A.", emitido por don Jaime Jara Schnettler con fecha 2 de septiembre de 2015 agregado a fojas 31 y siguiente del cuaderno de anexos.

3.- Informe en derecho emitido por don Matías Guilloff y don Carlos Pizarro, relativo a las cuestiones dogmático-jurídicas relativas a la fusión por incorporación que autorizó por la Superintendencia de Pensiones entre la AFP Argentum y Cuprum, agregado a fojas 1 y siguiente del cuaderno de anexos.

Finalmente, solicitó tener a la vista el expediente virtual disponible en el sitio web https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmID=980, en el cual consta toda la información y antecedentes incorporados con ocasión de la investigación efectuada por la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados.

El informe en derecho denominado "Examen de juridicidad de la actuación de la Superintendencia de Pensiones en el proceso de autorización de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A.", emitido por el Sr. Jaime Jara Schnettler señala, luego de efectuar una relación cronológica de los hechos que desembocaron en las resoluciones E-220 y E-221, señala lo siguiente:

"DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA DE UNA A.F.P.

LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES.

El paulatino proceso de privatización de los servicios públicos y el abandono por parte del Estado de diversas actividades de carácter económico y social, ha supuesto un desplazamiento de su rol hacia la regulación y supervisión de un sinnúmero de

CCA

actividades de interés público desplegadas por sujetos privados. En ellas la Administración del Estado ejerce facultades de control o supervigilancia para cautelar el interés público y garantizar el cumplimiento del marco regulatorio aplicable a las mismas. En Chile dicha tarea es cumplida a través de servicios descentralizados denominados habitualmente superintendencias. Estos organismos se encargan de realizar el control preventivo o represivo de legalidad, según el caso, de la actividad sometida a su supervigilancia mediante el ejercicio de variadas atribuciones.

Es necesario puntualizar que la autonomía de estas instituciones es de tipo administrativo, excluyéndolas de la dependencia directa del poder jerárquico inmediato de la Administración central, pero sin quedar marginadas de la supervigilancia del Presidente de la República como Jefe de la Administración del Estado, a través del Ministerio respectivo con el que se relacionan.

En particular, el control y supervigilancia, como función del sistema de administración de fondos de pensiones se encuentra atribuido, entre otras variadas facultades, a la Superintendencia de Pensiones, creada por el artículo 46 de la Ley N°20.255, siendo la continuadora legal de la ex Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

En el desempeño de este cometido la Superintendencia de Pensiones está llamada a ejercer juicios de conformidad jurídica respecto de la actividad de los sujetos fiscalizados, que deben basarse en normas legales, reglamentarias o técnicas específicas y fundarse en procedimientos administrativos previamente tramitados con pleno respeto y sometimiento al ordenamiento jurídico.

Asimismo, la Superintendencia de Pensiones por otra parte se encuentra sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República exclusivamente en lo concerniente al examen de cuentas de entradas y gastos conforme artículo 46 de la Ley N°20.255 ya citada, regla que en todo caso y de acuerdo al Tribunal Constitucional no puede interpretarse como una limitación a las facultades fiscalizadoras de la Contraloría.

Este órgano técnico, dotado de amplias atribuciones, está llamado a proteger el orden público comprometido en la actividad regulada, mediante la limitación y fiscalización, entre otras, de las sociedades administradoras, lo que se concreta mediante diversos medios e instrumentos de control de la gestión de dichas sociedades privadas, supervigilancia que se extiende durante toda la "vida" de dichas entidades, desde su constitución hasta su disolución y liquidación.

NORMATIVA APLICABLE.

Diversas normas legales, reglamentarias y técnicas conforman directamente el marco jurídico aplicable a la autorización de existencia de una A.F.P. y la regulación de la autorización de fusión de dos Administradoras. Ellas se encuentran dispersas en distintos cuerpos legales y reglamentarios, en general conformadas por el decreto ley N° 3.500, de 1980 y su reglamento contenido en el decreto supremo N°57, de 1990, de Trabajo y Previsión Social; por el Estatuto Orgánico de la ex Superintendencia de Administradoras

7
BIA

de Fondos de Pensiones, aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 101, de 1980, de Trabajo y Previsión Social. El artículo 26 de la Ley N° 20.255, que creó la Superintendencia de Pensiones. También resulta aplicable la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y su reglamento contenido en el decreto supremo N° 702, de 2012, del Ministerio de Hacienda. En seguida, es necesario mencionar en el plano de las normas técnicas, el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, de la Superintendencia del ramo, específicamente en su Libro V, Título I, capítulos 1º, 2º y 3º, todos referidos al rubro de la autorización de existencia de las administradoras. Cabe finalmente mencionar, en lo que fuere pertinente, la Ley N° 19.880 Sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en la medida que las tramitaciones que debe seguir dicho organismo fiscalizador para el ejercicio de estas facultades tienen precisamente dicha índole.

De acuerdo con estos cuerpos normativos, los preceptos especiales referidos a las facultades autorizatorias de la Superintendencia de Pensiones y a los procesos autorizatorios de existencia y fusión de A.F.P., prefieren en su aplicación, en tanto que la restante normativa general, particularmente aquella que regula a las sociedades anónimas, debe ser observada subsidiariamente, en cuando no fueren contrarias o inconciliables con aquéllas.

LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES EN EL PROCESO DE AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA DE UNA AFP.

El artículo 94 N° 1 del D.L. N 3.500, de 1980, en armonía con los artículos 3 letra a) del D.F.L. N° 101, del mismo año y con el artículo 47 N°1 de la Ley N°20.255, expresa que corresponde a la Superintendencia de Pensiones, como continuadora de la ex Superintendencia de AFP, la función de Autorizar la constitución de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones.

En seguida, ese decreto ley exige como presupuestos básicos para la formación de un ente administrador de pensiones, que éste se organice como una sociedad anónima especial, conforme a los artículos 130 y 131 de la Ley N°18.046. Añade además que lo haga con el único y específico fin de administrar fondos de pensiones.

Luego, el artículo 25 de este mismo cuerpo legal prohíbe de manera expresa arrogarse la calidad de A.F.P. a sujetos que formalmente no estén constituidos y autorizados como tales.

Por su parte en lo tocante a la fusión, disolución y liquidación de estas administradoras, el decreto ley ha consagrado normas especiales que establecen requisitos y condiciones limitantes que derogan ciertas reglas presentes en la regulación ordinaria de la fusión de las sociedades anónimas. En particular en lo referente a los sujetos que pueden fusionarse -sólo administradoras legalmente constituidas- y al instante en que se entiende producir efecto en el tiempo dicha reorganización empresarial, condiciones imperativas que establece este marco legal. Así lo prevé el artículo 43 de la mencionada preceptiva, en sus incisos sexto y séptimo, que reglan el caso particular de disolución de

una administradora sin que proceda la liquidación a que aluden los párrafos anteriores de esa misma disposición y el artículo 42, inciso final.

Volviendo al proceso de formación y constitución de las administradoras, el decreto ley ha consagrado importantes facultades de control y fiscalización en la etapa misma del nacimiento de estas entidades. Ello opera mediante potestades de aprobación previa de la existencia de la entidad y de su actividad. Este control las somete a un procedimiento particular de autorización administrativa a cargo de la Superintendencia de Pensiones.

Se distinguen tres etapas en el proceso administrativo de autorización de una AFP.

1.- PRESENTACIÓN DEL PROSPECTO. SU CALIFICACIÓN. Esta primera etapa se inicia mediante la presentación de un prospecto por parte de los organizadores de la entidad ante la Superintendencia. En dicho prospecto debe estar contenida la descripción de los elementos esenciales de la sociedad y de la forma en que desarrollará sus actividades. Dichas condiciones mínimas corresponden a los requisitos generales definidos en los artículos 24 y 24 A del D.L. N° 3500, de 1980, en relación al Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, en su Libro V, Título I, capítulo 1º, sin perjuicio del cumplimiento también de las prohibiciones y limitaciones que impone la normativa en los artículos 23 y 25, del D.L. Así lo expresa el artículo 130, inciso primero, de la Ley Núm. 18.046.

Como se desprende de la parte final de la norma citada, y no obstante su carácter predominantemente reglado, esta facultad integra en esta temprana etapa el deber de la Superintendencia de ejercer un juicio de control de conveniencia de dicha solicitud conforme a las exigencias del interés público para acceder a la autorización.

La doctrina ha entendido que este juicio de "calificación", que debe ser ejercido por el Superintendente, constituye una facultad ampliamente discrecional de dicho regulador. En dicha calificación se haya presente la valoración de la oportunidad del ejercicio del derecho propia de todo acto autorizatorio. De este modo se pondera por la entidad fiscalizadora si resulta o no conveniente o ventajosa desde la óptica del interés general la conformación de la administradora. En consecuencia este examen, cuyo deber es impuesto al Superintendente, no configura en estricto rigor un control de legalidad. Porque no sólo se limita a comprobar determinadas circunstancias de hecho, sino que supone especialmente un auténtico poder de apreciación discrecional.

Naturalmente este poder discrecional y la negativa a que pueda dar lugar debe fundarse en un motivo que justifique esa actuación, el que tendrá que encontrarse en los fundamentos del pronunciamiento del acto, de lo contrario la denegación arbitraria sin motivación suficiente daría lugar a un acto contrario a derecho.

2.- CERTIFICADO PROVISIONAL DE AUTORIZACIÓN. No habiendo sido rechazado el prospecto por razones de forma o de fondo, o siendo subsanadas las objeciones o defectos formulados por la Superintendencia, esta entidad debe proceder a su aprobación. Una vez formulado ese juicio de conveniencia en términos positivos, la Superintendencia procede a otorgar un documento especial denominado "certificado provisional".

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

Este certificado, si bien limitado y precario, tiene efectos de gran relevancia en el proceso de autorización. Así su otorgamiento da derecho a los organizadores para continuar los trámites necesarios a fin de obtener la autorización de existencia; permite a los mismos realizar los trámites previos y actos de administración necesarios para preparar la constitución de la sociedad; y finalmente desde el otorgamiento del certificado provisorio, la ley reconoce a la sociedad administradora en formación una personalidad jurídica limitada. Así lo avala el inciso segundo del artículo 130 de la LSA.

El plazo de 10 meses establecido en el artículo 130, para constituir en forma la administradora, es el que confiere el carácter de provisionalidad al certificado expedido, el que queda sujeto a su caducidad en caso de transcurso del mismo lapso.

3.- AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA. HABILITACIÓN E INICIO DE FUNCIONAMIENTO. Con posterioridad, una vez otorgado el certificado provisional y dentro del plazo de 10 meses ya indicado, los propios organizadores deben solicitar a la Superintendencia de Pensiones el otorgamiento de la autorización de existencia de la AFP, para lo cual debe acompañarse, entre otros antecedentes, la escritura de constitución con la constancia de incorporación en esos estatutos del certificado provisional de autorización ya referido.

Cumplidos estos trámites y formulada esta solicitud de autorización de existencia, corresponde a la entidad reguladora emitir un pronunciamiento el cual importa la valoración conjunta de aspectos de forma y de fondo, que debe fiscalizar la Superintendencia.

En mérito de esta autorización de existencia es que la administradora se encuentra habilitada para iniciar sus operaciones, con todas sus facultades y obligaciones legales, lo que sería simple consecuencia de los efectos de cualquier acto autorizatorio. No obstante ello, las normas del Compendio del Sistema de Pensiones que rigen el proceso de aprobación y constitución legal de este tipo de entidades privadas exigen un requisito adicional, un permiso expreso de habilitación una vez constatadas las condiciones de hecho que permitan verificar que la entidad recién creada está en condiciones de operar ininterrumpidamente.

AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA DE UNA AFP. CONCEPTO. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA.

1. DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN GENERAL. La autorización constituye una forma de intervención de la Administración en la actividad de los particulares. Consiste en un "acto administrativo que declara el derecho a la realización de una actividad en régimen de libre iniciativa, previo control de su legalidad u oportunidad". Son declaraciones de voluntad de la Administración que confieren al administrado la facultad de ejercitar un poder o derecho, que preexiste a la autorización en estado potencial. A diferencia de lo que sucede con la denominada "concesión administrativa", en la autorización no se crea, constituye o traslada un derecho o facultad previamente reservado al Estado (Publicatio).

2.- CARACTERÍSTICAS DE LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP COMO "AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA". Los elementos esenciales que constituyen la autorización son los siguientes:

2.1.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA A.F.P. ES UN ACTO ADMINISTRATIVO. La autorización es una manifestación unilateral de voluntad de la Administración, cuyo objeto central es velar por el interés público comprometido en un área determinada del orden público. En tal sentido coincide plenamente con la definición que de acto administrativo da el artículo 3, inciso 2° de la LBPA, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. En cuanto acto unilateral, no requiere del consentimiento de los beneficiarios para su perfeccionamiento.

Valga aclarar que la autorización no otorga derechos, sino que declara la posibilidad de su ejercicio. Por ello la posición del particular frente a la autorización se caracteriza por la preexistencia del derecho a realizar la actividad. La Administración sólo declara la inexistencia de riesgos al interés público, así como el cumplimiento de los requisitos a que la norma subordina el ejercicio del derecho respectivo.

2.2.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP CONFIGURA UN CONTROL PREVENTIVO. La autorización no implica la transferencia de derechos desde el ente público al sujeto privado, sino la simple eliminación de restricciones establecidas preventivamente por el ordenamiento jurídico. El acto de otorgamiento de la autorización viene así sólo a "remover" los obstáculos impuestos provisionalmente por la ley que limitan el ejercicio del derecho subjetivo del administrado que ya existe potencialmente. Ese control previo de actividades privadas puede obedecer a diversas razones, siendo el riesgo de peligro o de incidencia de éstas en bienes jurídicos sensibles su habitual justificación. En este sentido la autorización constituye una *condictio iuris* del ejercicio de una situación jurídica propia del particular.

2.3.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP DA LUGAR A UN CONTROL CONTINUADO. La autorización no sólo implica una remoción de límites al ejercicio de un derecho o actividad. Puede dar lugar a una relación jurídica de efectos prolongados entre la Administración y el sujeto autorizado. Este elemento da lugar a las autorizaciones de funcionamiento que son aquellas que habilitan el desarrollo de una actividad de manera indefinida o por un amplio espacio temporal. En éstas la Administración mantiene la posibilidad de acordar lo preciso para que la actividad se ajuste a las exigencias del interés público a través de una continuada función de fiscalización, que no se agota en el otorgamiento de la licencia. En virtud de esta intervención facultada por la ley, la Administración puede adoptar distintas medidas en relación al sujeto autorizado, impartirle órdenes, levantar prohibiciones, fiscalizarlas, inspeccionarlas, requerirles información, sancionar contravenciones, etc.

2.4.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP IMPLICA CONTROLAR PREVENTIVAMENTE EL INTERÉS PÚBLICO REMOVIENDO TRABAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD. La autorización se impone para verificar la adecuación de la actividad particular a las exigencias del interés público, y, en su caso, para someter el ejercicio de los derechos privados a esas exigencias.

Para el otorgamiento de la autorización la Administración debe evaluar el interés público comprometido en la actividad respectiva, lo que demuestra el control preventivo que se ejerce por su intermedio. A fin de legitimar la actividad de las A.F.P., los prospectos respectivos para desarrollar la misma deben someterse a un régimen de control preventivo que verifica el cumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias que hacen compatible dicha actividad con el interés público tutelado. La autorización de existencia legal de la AFP por consiguiente es requisito legal previo para su ejecución lícita, teniendo presente que se trata además de sociedades de giro único y exclusivo.

En conclusión, la autorización de existencia legal de una A.F.P. es plenamente armónica con los elementos propios de la autorización administrativa porque presenta cada uno de los atributos caracterizadores de las mismas: remueve cortapisas a una actividad potencialmente lesiva al orden público, verificando que el prospecto de constitución de la administradora, no sólo sea conforme con el ordenamiento jurídico, sino además conveniente al interés público.

2.5.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP ES UNA AUTORIZACIÓN PREDOMINANTEMENTE REGLADA, PERO CON ELEMENTOS DISCRECIONALES. Para que la Administración examine el interés público comprometido, la ley se encarga de regular las condiciones y requisitos a que se sujeta la decisión administrativa autorizatoria. La Administración en tal caso se limita a una simple operación de constatación con las condiciones y requisitos legalmente previstos por la norma habilitante respectiva. La autorización debe otorgarse si se cumplen todos los requisitos que establece el ordenamiento jurídico.

En el caso del otorgamiento de la autorización de existencia de una A.F.P., por encontrarse frente a un marco regulatorio que agota específicamente todos y cada uno de los requisitos normativos que debe observar la Superintendencia del ramo, es dable calificar a esta última como un acto predominantemente reglado.

En efecto, todo el marco legal en materia de fiscalización y control y en cuanto al proceso de otorgamiento de la autorización de existencia de estas entidades, se articula sobre la base de un sistema reglado, en que la regulación determina cada uno de los aspectos de contenido y forma de la autorización de existencia de las AFP.

No obstante lo anterior, ello no resulta incompatible con el reconocimiento de elementos discrecionales en el campo del ejercicio de esta potestad, particularmente aquel contenido en la frase final del artículo 130, inciso primero, de la Ley N°18.046, que impone el Superintendente la obligación de "calificar" la solicitud de autorización, especialmente conforme a la "conveniencia de establecerla", otorgando amplias facultades para la denegación de dicha solicitud por razones de oportunidad o interés público.

2.6.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP TIENE CARÁCTER OBLIGATORIO PARA EL SUJETO AUTORIZADO. NECESIDAD DE EJERCICIO EFECTIVO E ININTERRUMPIDO DE LA ACTIVIDAD. El acto de autorización se otorga previo examen y calificación de un prospecto determinado que concretan los organizadores de la nueva

BUT

entidad previsional propuesta. Por ello la autorización de existencia de una A.F.P. además de ser un acto favorable, configura también una condición de la legalidad de la actuación del sujeto autorizado y una carga para él.

Esta finalidad de asegurar, mediante el control preventivo indicado, una real, efectiva, continuada y eficiente operación del sujeto autorizado, constituye un elemento esencial de la aprobación de existencia que otorga la Superintendencia a las A.F.P. En otras palabras, la remoción de las trabas iniciales para ejercer el ramo de la actividad previsional privada, mediante la incorporación de afiliados, la captación de cotizaciones y el otorgamiento de prestaciones de esa índole, que la ley ha reservado exclusivamente a estas entidades, se justifica en ese específico resultado concreto: inicio y continuidad de su operación y funcionamiento.

4º. EXAMEN DE JURIDICIDAD DE LAS RESOLUCIONES E-220-2014 Y E-221-2015, DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, QUE AUTORIZARON LA EXISTENCIA DE AFP ARGENTUM Y SU POSTERIOR FUSIÓN CON AFP CUPRUM:

4.1.- CONTEXTO GENERAL DE LOS VICIOS E IRREGULARIDADES EXAMINADOS EN ESTE INFORME. La génesis de esta operación y de la posición asumida por la Superintendencia de Pensiones aparece expuesta con claridad en el Of. Núm. 21.449 de 25 de septiembre de 2014, donde se justifica la negativa inicial del regulador a autorizar la fusión por absorción de A.F.P. Cuprum en su accionista controladora Principal Institucional Chile S.A., en adelante "PIC", operación solicitada por A.F.P. Cuprum en presentación de 11 de septiembre del mismo año. Esta postura se fundamentó, a nuestro juicio correctamente, en lo establecido en el artículo 43 del decreto ley Núm. 3.500, de 1980, que sólo autoriza la fusión de una AFP a condición de que se materialice entre Administradoras de Fondos de Pensiones, bajo las demás condiciones expresadas en dicha disposición. Por otra parte estimaba la Superintendencia que la simple adecuación de estatutos sociales que había formulado "PIC" adaptándolos formalmente a las normas aplicables a las AFP, era insuficiente a esa finalidad y no configuraba la autorización de existencia y operación que contempla la ley, no siendo idóneo dicho procedimiento al efecto pretendido por "PIC". A mayor abundamiento el ente regulador basó su criterio en que una autorización administrativa de dicha fusión por absorción de "PIC" a AFP Cuprum produciría un resultado contrario a derecho: AFP Cuprum vigente a la sazón pasaría a absorberse en "PIC" como efecto de dicha operación de reorganización. Quedarían así los fondos de los cotizantes en el hecho administrados por "PIC" como continuadora, es decir, una entidad no constituida ni autorizada a la sazón como AFP, en abierta vulneración de los artículos 23, 24 A y 25 del mencionado decreto ley núm. 3.500.

El efecto de esta pretendida operación de fusión no sólo aparecía como ilegal, sino de indudable trascendencia, toda vez que la disolución de una entidad previsional conforme al artículo 42, inciso final y artículo 43 de la preceptiva citada, genera como consecuencia la inmediata liquidación de la entidad a cargo de la Superintendencia del ramo, debiendo en tal caso transferirse y asignarse las cuentas de los afiliados a otras entidades vigentes.

No obstante el criterio anterior, en el mismo oficio la Superintendencia, agrega que la fusión podría ser autorizada, si en forma previa, Principal Institucional Chile S.A., se constituye en Administradora de Fondos de Pensiones, de conformidad con las normas citadas. Este criterio resultó ser ineficaz, inidóneo y aún artificioso jurídicamente para superar las objeciones manifestadas por esa misma autoridad en dicho oficio N°21.449, de 25 de septiembre de 2014, a despecho que, como se ha comprobado, la constitución de "PIC" en AFP no se produjo en forma previa a la fusión, sino de forma concomitante a ésta, ni se materializó de conformidad con las normas antes citadas por dicho regulador, sino con vulneración de las mismas.

En efecto, frente a la negativa inicial, la solución sugerida por la Superintendencia de Pensiones tampoco era apta ni permitía superar las limitaciones legales objetivas que determinaron la denegación inicial a lo propuesto por "PIC", forzando más allá de lo legítimo el marco jurídico que regula la fusión de una AFP del mismo grupo empresarial (Cuprum y Grupo Principal) por absorción de una sociedad transformada en AFP (PIC), pero que al mismo tiempo era dueña y controladora de AFP Cuprum.

Esta voluntariedad de pretender llevar adelante una operación que pretendía soslayar diversas limitaciones y prohibiciones establecidas en la ley, significó que durante el proceso de aprobación de AFP Argentum y a partir de la dictación de su autorización de existencia, sometida a una cuestionable condición suspensiva, y hasta la fusión autorizada de AFP Argentum y AFP Cuprum, se cometieran infracciones legales de diversa índole y alcance en relación al régimen jurídico que regla estos procesos, a las atribuciones de las autoridades administrativas encargadas de velar por su legitimidad, a los fines establecidos en ellas, e incluso a la exactitud de las certificaciones emitidas por el ente regulador. Dichas irregularidades y vicios se pasan a examinar en el siguiente epígrafe.

4.2.- VICIOS DE LEGALIDAD EN EL PROCESO FORMATIVO Y EN LA DICTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN N°E-220-2014.

4.2.1. RESOLUCIÓN E-220, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2014, ES ILEGAL AL FUNDARSE EN PRESUPUESTOS INEXISTENTES O ERRÓNEAMENTE CALIFICADOS.

4.2.1.1 ASPECTOS GENERALES. Todo examen de la legalidad de un acto administrativo comprende el control de los motivos, es decir, de la exactitud o realidad material de los hechos que sirven de presupuesto a una decisión administrativa, así como su calificación jurídica.

La doctrina administrativa ha expresado sostenidamente que el control de la legalidad de la actuación administrativa se extiende al examen de los presupuestos de hecho que constituyen la causa o motivo del acto y además, a la concordancia de los mismos con la realidad. Si no se verifica el presupuesto fáctico o motivo real del acto, este pierde justificación y se torna ilegítimo. Este vicio se produce sea por la inexistencia del motivo o bien, cuando éste sencillamente es inexacto.

Por ende los actos administrativos para ser conformes a derecho requieren de la necesaria cobertura y respaldo de los hechos para el correcto ejercicio de las competencias atribuidas a la autoridad. Que a toda resolución administrativa deba preceder una correcta fijación o constatación de los hechos que le sirve de fundamento y que justifican el actuar del servicio, está recogida con toda claridad en el artículo 34 de la Ley N°19.880. Este deber de calificar los presupuestos de hecho también se encuentra presente en la regulación de la autorización de existencia de una AFP a cargo de la Superintendencia de Pensiones. Así lo expresa inequívocamente la parte final del inciso primero del artículo 130 de la LSA. En dicha labor la autoridad debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación (artículo 11, Ley N°19.880), que le impone, entre otros aspectos, dar preeminencia al interés general sobre el particular (artículo 52, inciso 2º, Ley N°18.575).

Esta exigencia de objetividad que recae sobre la Administración, no sólo la obliga a actuar imparcialmente, es decir, prescindiendo de toda subjetividad o inclinación no justificada en el proceso formativo de su voluntad, sino que además le impone el deber insoslayable de considerar, reflejar y traducir fielmente los elementos materiales que constituyen los presupuestos y fundamentos de hecho del acto administrativo que dicta, en términos que cualquiera apreciación errónea de tales presupuestos y fundamentos vician el acto.

El desapego del acto de la correcta calificación de su presupuesto fáctico configura en el fondo un error de hecho. Este constituye una específica forma de ilegalidad de los actos administrativos, que incide en el "motivo del acto", es decir, en el conjunto de circunstancias de hecho que lo justifican. En este caso, la ilegalidad radica en la ausencia, falsedad o error en los hechos que motivan la dictación del acto administrativo.

El error de hecho consiste en el falso conocimiento de la realidad, en este caso en el equivocado conocimiento de los presupuestos de hecho para que el acto administrativo pueda legítimamente expedirse. El error configura una divergencia objetiva entre la realidad verdadera y aquella otra realidad no real que el órgano administrativo tomó como punto de partida de su equivocada actuación.

El "error de hecho" como vicio invalidante es una vulneración al deber que incumbe a todo órgano administrativo, implícita en la finalidad de toda su actividad, de que las normas del ordenamiento jurídico sean aplicadas a los hechos tal cual realmente son. Por ello en la base del "error de hecho" se haya siempre una ilegalidad. También se ha denominado a este vicio como "error de motivo", pues las decisiones de la Administración deben aparecer justificadas en un "motivo", esto es, en una causa o sustrato que les dé fundamento en cada caso. Por ello el motivo del acto debe existir y estar jurídicamente bien calificado.

El "error de hecho" o de "motivo" configura en definitiva una modalidad de ilegalidad del acto que lo padece, porque al fundarse éste en hechos materialmente inexactos, se genera como efecto que la voluntad, el objeto o el contenido de la resolución

administrativa respectiva, según el caso, se separe del marco normativo al que ha debido conformarse.

4.2.1.2 PRESUPUESTOS ERRÓNEOS EN EL ACTO AUTORIZATORIO DE AFP ARGENTUM: PROCESO AUTORIZATORIO Y RESOLUCIÓN E-220-2014 NO SE AJUSTARON A LAS NORMAS APLICABLES. La autorización otorgada en la Resolución E-220-2014 de la Superintendencia de Pensiones se sustenta en presupuestos erróneos que la vician de ilegitimidad, pues no se conformó con los artículos 130 y 131 de la LSA y 24 A del decreto ley N° 3.500; ya que con dicha autorización se infringió el principio del giro único u objeto exclusivo establecido el inciso primero del artículo 23 del DL N° 3.500, de 1980. Asimismo, no se acreditó ante el órgano regulador previsional que "PIC" antes y a la fecha del acto de autorización de transformación en AFP Argentum, cumpliera con exactitud y de manera directa e independiente de toda otra AFP existente, las condiciones exigidas por la ley en aspectos organizacionales, financieros, contables, humanos y técnicos.

Esto queda en evidencia en el Oficio Ordinario N° 13.302, de 6 de junio de 2015, de la Superintendente de Pensiones al Ministerio del Trabajo, en el cual la entidad fiscalizadora da cuenta detallada del trámite autorizatorio de existencia aludido y de su estudio de factibilidad, así como de la autorización otorgada para la absorción de A.F.P. Cuprum por "PIC". Esto demuestra cómo, la autoridad sectorial asumió como natural y aceptó que diversos elementos, requisitos y condiciones exigidos por las normas aplicables, podían llenarse y darse por cumplidos en base a variables ya presentes y autorizadas en el mercado para otras entidades en operación, en este caso A.F.P. Cuprum. Así queda ratificado en el oficio N° 17.700, de 5 de agosto de 2015, de la Superintendente de Pensiones dirigido a la Ministra del Trabajo y Previsión Social.

De esta manera, la realidad de variados presupuestos que el ente regulador debía calificar en su exactitud y comprobación efectiva, se tuvieron por exactos y existentes mediante el expediente artificioso de aceptar requisitos ya presentes y operativos en la AFP Cuprum.

Conforme a lo anterior, una relevante variedad de requisitos y elementos fueron acreditados en el trámite de autorización de "PIC" como A.F.P. Argentum S.A. sobre la base de condiciones fundadas en un presupuesto erróneo, porque sólo respaldaban el funcionamiento y operación de otra A.F.P. relacionada (Cuprum). Este trámite sólo configuró un ajuste en la organización que planteó "PIC" a la Superintendencia, para presentar una apariencia de cumplimiento y adecuación a las exigencias establecidas en la ley como A.F.P. Argentum.

Es la propia Superintendencia que en el Oficio N°13.302, de 2015, ya citado, reconoce que en la realidad de los hechos dicho proceso de autorización se apartó de su objeto legal hacia un destino o finalidad diverso, toda vez que la revisión de antecedentes de creación de AFP Argentum S.A. se realizó de acuerdo con un cronograma de implementación que incorporó todas las etapas asociadas a la fusión de las administradoras, lo que permitió que el análisis de la factibilidad operacional de la fusión fuera examinado conjuntamente con el proyecto de creación de la AFP.

Lo expresado pugna con la norma del artículo 126, inciso 3º, de la Ley 18.046, disposición que es categórica en expresar la necesidad de comprobación por parte de la autoridad de dichas condiciones y elementos como presupuesto actual de su otorgamiento. Por su parte estos presupuestos necesarios que permiten el otorgamiento de la autorización deben concurrir al momento de la solicitud y no de manera sobreviniente, ni en base a sucesos o factores posteriores.

4.2.2 RESOLUCIÓN E-220-2014, DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, INCORPORA UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA ILEGAL: LOS ACTOS AUTORIZATORIOS NO ADMITEN ELEMENTOS CONDICIONALES NO PREVISTOS POR LA LEY.

4.2.2.1 CRITERIO GENERAL CONTRARIO A LAS CONDICIONES SUSPENSIVAS EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS AUTORIZATORIOS. Tal como se ha expresado antes, la Resolución E-220-2014, de la Superintendencia de Pensiones, que autoriza la existencia legal de AFP Argentum, incorpora un elemento jurídico que resulta ser una base fundamental de la operación aprobatoria contenida en ésta: la inserción de una condición suspensiva en sus resoluciones.

Como se ha expresado la autorización administrativa es un acto generalmente reglado y se circunscribe a permitir el ejercicio de un derecho o poder propio que sin ella no puede ejercitarse. Para ello es previo valorar la oportunidad y la legalidad de los requisitos contemplados para su desarrollo conforme al interés público que la entidad autorizante debe tutelar.

Este carácter reglado obliga a la Administración a otorgar la autorización con estricto sometimiento a las normas legales que establecen ese contenido sin añadir nada y sin dispensar de nada. Por lo mismo la literatura administrativa mantiene un criterio general contrario a la incorporación de cláusulas accesorias en los actos administrativos, incluidas en éstas las condiciones suspensivas.

Así, se ha llegado a calificarlas derechamente, cuando inciden en las autorizaciones administrativas, como cláusulas ilegales, incompatibles con la naturaleza de estos actos favorables. Ello es especialmente claro cuando se trata de actos administrativos de contenido reglado en que las normas legales o reglamentarias determinan concretamente su contenido. No cabe por lo tanto aplicar en el Derecho Administrativo con general automatismo, las reglas del Derecho Civil sobre las modalidades. En efecto, el principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho privado queda en Derecho Público desplazado por la regla de tipicidad y legalidad que somete toda la acción administrativa.

Por otra parte, los actos autorizatorios, salvo disposición expresa en contrario, no admiten pendencia o dilación en su obligatoriedad y efectos, lo que supondría dejarlos a merced de la Administración y no subordinar su perfeccionamiento a la voluntad de la ley. La naturaleza reglada de la potestad de autorización también obliga a estimar como vinculado el instante inicial de su eficacia.

7 *ca*

En el régimen legal chileno, acorde con la orientación doctrinal enunciada, existe un fundamento de texto general en contra de la incorporación de la condición suspensiva en el acto administrativo. Para la ley el instante o momento a contar del cual se producen los efectos de la expresión formal de voluntad de la Administración, está contemplado y reglado en ella. Así lo expresa el inciso 1º del artículo 51 de la Ley Nº19.880. El órgano administrativo autor del acto, por ende, vulnera dicha norma al aplazar o demorar sus efectos mediante la incorporación de una condición suspensiva no autorizada expresamente por una disposición legal. Este criterio de la imposibilidad de diferir los efectos de los actos administrativos más allá de lo autorizado por la ley, ha sido refrendado por la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República.

Algunos autores admiten la posibilidad de incorporar excepcionalmente cláusulas accesorias en el campo del ejercicio de las potestades discrecionales, sin embargo, estas excepciones a la regla enunciada sobre las condiciones suspensivas, quedan sometidas a precisos límites y restricciones. Así no puede imponerse a dichos actos cláusulas accidentales de este tipo que contradigan lo dispuesto en la ley, o que no sean conformes con la naturaleza o finalidad de la propia autorización de que se trate. No debe olvidarse que en el caso de las autorizaciones administrativas, la finalidad como elemento del acto administrativo, consiste en permitir a la Administración el control preventivo del específico interés público previsto en la norma. La condición incorporada debe servir a ese preciso objeto de control, no a otro diverso.

4.2.2.2 ILEGALIDAD DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA INCORPORADA EN LA RESOLUCIÓN E-220-2015, DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. La condición suspensiva bajo la cual se autorizó la transformación de "PIC" en A.F.P. Argentum y que pretendió utilizarse como medio para articular la posterior fusión y así subsanar las objeciones de legalidad mencionadas precedentemente, no fue ni apta ni eficaz para sanearlos.

Y ello es así, porque en Derecho Administrativo los actos de voluntad de la autoridad administrativa, en particular los actos autorizatorios reglados, requieren para ser perfeccionados que los requisitos legales que se requieren para otorgar el acto, deben estar absolutamente cumplidos y su exactitud comprobada al momento de ser otorgada la autorización de que se trate. Y ello más allá que su vigencia pueda quedar postergada por modalidades, necesariamente previstas en la ley, las que en todo caso no deben vincularse con el cumplimiento de sus presupuestos o requisitos esenciales. Porque los actos administrativos reglados deben expedirse generalmente en forma pura y simple, de acuerdo con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos contemplado en el artículo 51 de la Ley Nº19.880. Este punto parece particularmente claro en el caso de las autorizaciones de constitución o existencia legal de una AFP que regulan los artículos 130 y 131 de la Ley Nº18.046 en relación con el artículo 94 Nº1 del DL Nº 3.500, de 1980.

Por otra parte, la incorporación de una condición suspensiva en dichos actos autorizatorios, como en el caso examinado, máxime cuando se persigue con ello eludir las prohibiciones de los artículos 23 y 25 de del D.L. Nº3.500, de 1980, no parece

congruente con diversas normas legales que fijan el marco de este tipo de autorizaciones, que más bien comprueban que dicha aprobación de existencia debe expedirse en términos puros y simples, con inmediata ejecutoriedad, como el artículo 126, inciso tercero, de la Ley 18.046.

Por su parte el deber que atañe a la Superintendencia de Pensiones, establecido en el inciso segundo del artículo 131 de la Ley Nº18.046, en orden a que se otorgue, luego de la autorización de existencia, el certificado ahí aludido para practicar los trámites de inscripción y publicación de la nueva AFP, conduce a la misma conclusión. Esta certificación pierde sentido, contenido y objeto si el acto aprobatorio pudiere ser sometido a una condición suspensiva.

En seguida, considerando que tanto el artículo 51 de la Ley Nº19.880, como las restantes normas administrativas y regulatorias ya citadas mantienen un criterio contrario a la admisibilidad de las condiciones suspensivas, no es dable reconocer a esta modalidad eficacia o validez alguna y por ende, ha debido privársele de todo efecto.

De acuerdo con los fundamentos expresados, no se pudo aprobar la creación de la AFP Argentum, bajo condición suspensiva, en virtud de la mera adaptación con efecto diferido en el tiempo de los estatutos de "PIC" para el fin de lograr el objetivo de consolidar una fusión de manera simultánea a su autorización de existencia.

4.2.3.- LA CERTIFICACIÓN DE EXISTENCIA DE AFP ARGENTUM S.A. FUE OTORGADA IRREGULARMENTE. OMITIÓ CARÁCTER CONDICIONAL DE LA RESOLUCIÓN QUE CERTIFICABA. EFECTOS. El artículo 131 de la Ley Nº 18.064. en sus incisos 1º y 2º prescribe que, una vez que el Superintendente verifique la concurrencia de los requisitos legales, dictará una resolución que autorice la existencia de la sociedad y apruebe sus estatutos, debiendo la Superintendencia expedir un certificado que acredite tal circunstancia y contenga un extracto de los estatutos. El certificado se inscribe en el Registro de Comercio del domicilio social y se publica en el Diario Oficial.

Esta certificación fue otorgada el mismo día que fue expedida la Resolución Nº E – 220, de 2014, que autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. bajo la condición suspensiva de autorizarse su fusión con la AFP Cuprum, esto es, el 19 de diciembre de 2014. En dicha certificación, sin embargo, la autoridad que la expidió omitió señalar que la autorización estaba sujeta a una condición suspensiva.

Esta certificación permitió que la A.F.P. Argentum S.A. fuera inscrita como una sociedad existente y válida en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y fuera publicada en el Diario Oficial.

La referida certificación se apartó del acto del cual debe dar fe, por una parte, y permitió que una Administradora de Fondos de Pensiones en formación, fuera publicada y registrada como una sociedad válida y vigente. Ambas cosas claramente irregulares.

4.2.4. ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE LA PARTE DECISORIA DE LA RESOLUCIÓN E-220-2014. La presencia de contradicciones e incongruencias contenidas en la parte

dispositiva de la Resolución E-221-2015 aparece del contraste de sus tres decisiones, que no resultan conciliables entre sí, según se pasa a examinar.

Primeramente, se autoriza la existencia de A.F.P. Argentum S.A. y se aprueban sus estatutos solo para efectos de fusionarse con A.F.P. Cuprum S.A. Aquí, hay una ilegalidad en cuanto que la atribución otorgada a la Superintendencia de Pensiones en los artículos 126, 130 y 131 de la Ley N°18.046, en relación al artículo 94 del D.L. N° 3500, de 1980, en orden a autorizar a estas instituciones no permite ni habilita limitar ni restringir el efecto del acto aprobatorio en los términos en que ahí aparece otorgado. La potestad autorizatoria otorgada a la Superintendencia es una atribución predominantemente reglada. Su objeto es controlar el interés público involucrado en la aprobación del funcionamiento de dichas entidades, el cumplimiento efectivo de su giro, esto es, incorporar afiliados, captar cotizaciones y otorgar pensiones y otras prestaciones previsionales.

La restricción incluida en esta primera parte de la resolución debe leerse "para el solo "fin" de fusionarse", y naturalmente esa limitación de objeto y de finalidad de la potestad actuada aparece como arbitraria, contraria a los textos legales que habilitan esa facultad, manifestando desde ya una posible desviación de fin en su ejercicio.

Luego, en el segundo párrafo de la parte dispositiva de la Resolución E-220-2014, la Superintendencia inserta al acto administrativo analizado, la modalidad condicional. Agrega luego el mismo texto de este resuelvo que esa condición se entenderá fallida si al cabo de los 60 días no se verifica el hecho indicado. Acá se aprecia otra incongruencia que es reveladora del desbordamiento del marco normativo que supuso esta operación administrativa. Porque si la autorización de A.F.P. Argentum se concedía sujeta a condición suspensiva, dejando pendiente o aplazados todos sus efectos jurídicos a la espera del evento futuro e incierto indicado en el texto de la resolución, ello debía conducir a la imposibilidad de completar los trámites posteriores de su existencia como lo son su inscripción en el Registro de Comercio y su publicación en el Diario Oficial, que consagra el inciso 2º del artículo 131 de la LSA.

Pero dicha incongruencia y contradicción está en apariencia subsanada en la propia Resolución E-220 de 2014, que en su último párrafo expresa que se debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 131 de la LSA. Esto es solo en apariencia porque en la realidad de los hechos dicho acto administrativo mantiene la contradicción, toda vez que da efecto jurídico a la autorización de constitución de AFP Argentum, como si se tratara de una aprobación pura y simple, en circunstancias que la propia resolución la sometía a condición suspensiva.

Esa incongruencia lógica estuvo presente en el propio acto de autorización de existencia de la AFP Argentum. Porque de acuerdo al marco regulatorio aplicable la existencia legal de Argentum debía entenderse formalmente perfeccionada con fecha 22 de diciembre de 2014, data de inscripción de su extracto. Y ello no obstante que la misma Resolución E-220- 2014 se encontraba afecta a una condición que posponía su existencia a la espera del hecho futuro e incierto de su fusión por absorción. Ello demuestra lo inútil y artificioso de la condición suspensiva inserta en la Resolución E-220-2014, que sólo

pretendió revestir de aparente regularidad a un acto que no pudo otorgarse con ese contenido.

Con ello, el procedimiento seguido por la Superintendencia de Pensiones ha quebrantado no sólo los artículos 130 de la Ley N°18.046 y 25 del D.L. 3500, de 1980, sino que contraviene también de esta manera principios básicos de lógica, lo que comprueba de paso que todo el proceso ha sido una construcción disimulada y engañosa para eludir un acto prohibido por la ley.

4.3.- VICIOS DE LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN N°E-221 DE 2015.

El 2 de enero de 2015 la Superintendencia de Pensiones dictó la Resolución E – 221, disponiendo se declaraba cumplida la condición suspensiva a la que quedó sujeta la autorización de existencia concedida a AFP Argentum S.A.; se aprobaba la fusión de las A.F.P. Argentum S.A. y Cuprum S.A., por incorporación de la segunda a la primera, que la absorbe, denominándose la continuadora legal A.F.P. Cuprum S.A.”; se declara la fusión tendrá plenos efectos a contar del 1º de enero de 2015 y se declaró disuelta y cancelada la autorización de existencia de la actual AFP Cuprum S.A.

4.3.1 IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DETERMINAR QUÉ EFECTO SE PRODUCE PREVIAMENTE: SI EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN O LA FUSIÓN DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES. La Superintendencia de Pensiones recomendó al Grupo Principal en su oficio N°21.449, que se podría autorizar una fusión entre AFP Cuprum y “PIC”, en la medida que ésta se constituyera previamente como A.F.P.

En contra de su propia recomendación, el organismo regulador en la misma Resolución E-221 tuvo por cumplida la condición suspensiva a que había sujetado la existencia de la AFP Argentum S.A. y simultáneamente en ese mismo acto autorizó la fusión con la AFP. Cuprum. En esos términos, no habiéndose verificado la autorización previa que había recomendado la Superintendencia de Pensiones es, desde un punto de vista jurídico, imposible determinar que circunstancia se genera primero, si el efecto o la causa.

4.3.2 RESOLUCIÓN N° E – 221 DE 2015 FUE DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INICIADO POR UN SUJETO INEXISTENTE. POR ENDE ESE PROCEDIMIENTO Y LA RESOLUCIÓN QUE LO AFINÓ CARECEN DE VALIDEZ. La solicitud para que se autorizara la fusión de la AFP Argentum S.A. y Cuprum S.A., fue formulada mediante comunicación de fecha 26 de diciembre de 2014, dirigida a esa Superintendencia, por una sociedad que a la sazón carecía de existencia legal. Por consiguiente, todo el proceso administrativo de autorización a que esa petición dio lugar, es inválido como lo es también el acto administrativo que le dio término, conforme con lo prevenido en los artículos 20, 21 y 28 y siguientes de la Ley N°19.880.

Adicionalmente, la personalidad jurídica provisional y precaria de que gozaba a la sazón la AFP Argentum S.A., a que se refiere el artículo 130 de la Ley N° 18.046, sólo le permitía realizar los trámites dirigidos a obtener su existencia legal, mas no a impetrar su reorganización empresarial mediante su fusión con otra u otras sociedades.

4.3.3 ILEGALIDAD DEL EFECTO TEMPORAL ATRIBUIDO A LA CONDICIÓN CUMPLIDA EN LA RESOLUCIÓN E-221-2015, DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. La Resolución de 2 de enero de 2015, que autoriza la fusión por absorción entre Argentum, ex "PIC" y AFP Cuprum, en su punto decisorio Núm. 1 declara y da por cumplida la condición suspensiva incorporada en la Resolución E-220-2014, de 19 de diciembre.

Al margen de la objetable legalidad que merece la inserción de dicha condición suspensiva en la resolución aludida, cabe reprochar el modo en que la posterior actuación de la Superintendencia a través de la Resolución E-221-2015, estimó darla por cumplida desde el punto de vista de su eficacia temporal, lo que resulta contrario a derecho e irregular.

La condición suspensiva cumplida en el campo del Derecho Civil opera con efecto retroactivo a la fecha del acto o contrato sometido a esa modalidad, de manera que los efectos jurídicos se retrotraen a la data de celebración o emisión del acto jurídico de que se trate. Por su parte el Derecho Administrativo acepta el mismo criterio de efectos retroactivos. Así la condición suspensiva debe operar con eficacia a la época de la emisión del acto o resolución afecta a esa modalidad en aquellos casos de excepción en que las normas habilitan su incorporación en los actos administrativos.

La solución que recoge el Derecho, tanto Privado como Público, nuevamente fue desatendida por la Superintendencia de Pensiones para el caso de la condición suspensiva dispuesta en su Resolución E-220-2014, pues optó por tener por cumplida en la Resolución E-221-2015 esa modalidad sólo a partir de la fecha de este último acto administrativo, el 2 de enero pasado, otorgando a la misma una eficacia hacia el futuro, descartando, sin explicitar fundamentación alguna, el efecto retroactivo natural que debía reconocerse a la condición cumplida.

Esta irregularidad, conectada con las anteriores, fue un medio esencial y necesario para concretar la operación de autorización y fusión en los términos en que se llevó a cabo y permite comprender en su contexto la ilegitimidad de lo obrado por esa entidad reguladora.

4.3.4 ILEGALIDAD DE LOS EFECTOS TEMPORALES QUE LA RESOLUCIÓN Nº E – 221 – 2015 ASIGNA A LA FUSIÓN DE LAS AFP ARGENTUM Y CUPRUM. En el numeral 2 de este acto administrativo se aprueba la fusión de las dos A.F.P. Y el decisorio 3 del mismo declara que dicha fusión tendrá plenos efectos a contar del 1º de enero de 2015, fecha en que se disolvió AFP Cuprum S.A. de conformidad a lo dispuesto en los artículos 99 y 103 de la Ley Nº 18.046 y 43 del DL Nº 3.500.

Conforma a lo anterior, el numeral tercero es claramente ilegal, se aparta y desconoce la forma en que se producen los efectos de los actos administrativos; se incurre, una vez más en este proceso de autorización de existencia y fusión de Administradoras de Fondos de Pensiones, en decisiones contradictorias y caprichosas; se induce a error al citar normas legales en aparente apoyo de la decisión de la que da cuenta, que no la sustentan, y que por el contrario, regulan efectos claramente diversos a los señalados en dicho acto administrativo.

En segundo lugar, el artículo 99 de la Ley N° 18.046 se ha limitado a definir lo que debe entenderse por fusión de sociedades, distinguiendo la fusión por creación y la fusión por absorción. Señala, en lo que interesa, que en los casos de fusión no habrá liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas. Por su parte, su artículo 103 indica los casos en que una sociedad se disuelve. A su turno, el artículo 43 del DL N° 3.500, de 1980, tampoco consigna regla alguna que permita sostener que lo resuelto en el numeral 3 de la resolución en estudio tiene algún basamento jurídico atendible.

En tercer término, la resolución N° E-221, de 2015, en su numeral 3º resolutive, infringe directa y claramente la letra del artículo 43 del DL N° 3.500, de 1980, que establece la época en que se producen los efectos de una fusión y en el caso de las A.F.P. se desencadena a los sesenta días de verificada la publicación en el Diario Oficial de la autorización respectiva otorgada por la Superintendencia de Pensiones.

4.3.5 ILEGALIDAD DE LA ÉPOCA FIJADA PARA LA DISOLUCIÓN DE LA AFP CUPRUM S.A. Cabe referirse al numeral 4 de la parte resolutive de la Resolución E- 221-2015, que declara disuelta y cancela la autorización de existencia de la actual A.F.P. Cuprum S.A. citando al efecto el artículo 131 de la Ley N° 18.046. Como en dicha resolución, no se indica la fecha a contar de la cual procede dicha disolución, debe entenderse que aquello se genera desde la misma data de ese acto administrativo, esto es, el 2 de enero de 2015. Con ello se produce una nueva declaración inconsistente, contradictoria e incompatible con lo que se había resuelto en el numeral tercero anterior de la misma resolución, que había dispuesto que la fusión entre Cuprum y Argentum. La disolución de AFP Cuprum, consecuencial a su fusión con AFP Argentum, debió producirse en la data a contar de la cual la ley establece que dicha fusión se concreta, conforme al artículo 43 del DL N° 3.500.

4.4 PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES Y RESOLUCIONES AUTORIZATORIAS EXAMINADAS HAN INCURRIDO EN DESVIACIÓN DE FIN.

4.4.1.- DESVIACIÓN DE FIN O DE PODER. Es un arraigado criterio de nuestros Tribunales Superiores de Justicia aceptar que entre las causales que autorizan la nulidad de derecho público de un acto administrativo, se ubica la desviación de fin o de poder. Por su parte la Contraloría General de la República también recoge la categoría de la desviación de fin para ejercer el control de legalidad de los decretos y resoluciones de la Administración, habiéndose compendiado en los últimos años multiplicidad de dictámenes en esa línea.

Esta amplia recepción de la desviación de fin como mecanismo de control de la legalidad de la actuación estatal en el medio nacional, arranca de la mención que de ella se hizo en la discusión de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. El principio de legalidad exige la necesidad de sancionar dicho vicio sobre la base de la vulneración del deber de actuar de buena fe en las actuaciones de la Administración como requisito de su validez, "aplicando las normas de acuerdo con la intención y espíritu que tuvo en vista el legislador". De esta forma no se aceptan resquicios que perviertan la recta aplicación de la ley.

Los alcances así definidos por la jurisprudencia nacional son plenamente congruentes con los que plantean los cultores del derecho administrativo chileno y comparado. Para ellos el vicio consiste en desviar un poder legal del fin para el que fue instituido y hacerle servir a finalidades para los cuales no estaba destinado.

La desviación de poder constituye una ilegalidad por afectación del fin como elemento del acto administrativo, cuya importancia es preponderante. En la desviación de poder la ilegalidad consiste en que la administración pretende un fin que no puede ser promovido mediante los medios que emplea. Condicionamientos que al ser contravenidos originan la inacomodación de los fines del acto a los de la actuación administrativa, generando la ilegitimidad del obrar de la autoridad. La idea de la desviación de poder conecta con el tema de la violación de normas jurídicas, por cuanto los actos que la producen en realidad quebrantan el espíritu de aquéllas que choca con las pretensiones del agente administrativo que las actúa, quien no expresa pulcramente la que debe ser la voluntad de la Administración.

Este apartamiento del fin del acto por parte de la autoridad no sólo se puede dar por acción, sino que también por omisión de una actuación debida. La desviación del fin legal no sólo tiene aplicación en el ejercicio de atribuciones legales. También puede plantearse frente a la elección de un procedimiento administrativo para adoptar una resolución. En tal caso el vicio presenta una variante: la desviación de procedimiento. En esta modalidad la autoridad emplea un procedimiento para alcanzar objetos o finalidades apartados del fin regular de esa tramitación. El agente administrativo desvía las instituciones procedimentales de los fines buscados por las normas que los regulan, o de los principios y fines que las informan.

4.4.2 ANÁLISIS DE LA DESVIACIÓN DE FIN EN LOS PROCEDIMIENTOS Y RESOLUCIONES DICTADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES AL AUTORIZAR AFP ARGENTUM Y SU POSTERIOR FUSIÓN CON AFP CUPRUM. Sea que se estime que concurre una desviación de fin en la facultad ejercitada o bien una desviación de los procedimientos empleados a ese efecto por la Superintendencia de Pensiones, en los casos examinados parece incontestable que se han ejercido facultades y se han tramitado procesos administrativos de autorización con evidente apartamiento de su finalidad legal, lo que ha desbordado el objeto y la finalidad que legal y objetivamente estaba llamada a servir esa atribución.

4.4.2.1- FINALIDAD LEGAL Y APARTAMIENTO DEL FIN. Los antecedentes tenidos a la vista demuestran que la finalidad o propósito esencial que guiaba a los solicitantes para la transformación de "PIC" en una AFP, era distinto a aquél que fue expresado en el acto de autorización condicional y que el marco legal contempla para dicha autorización. Esta finalidad no era el de crear una nueva A.F.P. sino el de sustituir una existente, con fines ajenos al estricto establecimiento de un ente con giro de administración de fondos previsionales.

El artículo 24 A DL N° 3.500, de 1980, faculta al Superintendente de Pensiones para autorizar la existencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, con el preciso objeto de que gestionen y administren Fondos de Pensiones, destinados a financiar beneficios

de seguridad social para sus afiliados. Ése no fue el objetivo principal ni esencial de la adecuación de "PIC" a AFP Argentum, a lo más fue un objetivo instrumental, que la ley evidentemente no admite.

El fin práctico, real y efectivo de la adecuación de "PIC" en AFP Argentum, fue que se perseguía sustituir jurídicamente a una AFP ya autorizada, que era Cuprum, con sus mismos fondos de pensiones, afiliados y cotizantes, idénticos recursos humanos, organizacionales y técnicos, por una entidad existente, no autorizada como tal. En el fondo con el propósito instrumental de afinar una operación de reorganización societaria, legítima conforme a la estrategia empresarial del controlador, pero improcedente conforme al espíritu de las normas y procedimientos legales que contempla el marco jurídico aplicable.

El propio tenor de la motivación expresada en la Resolución E-220-2015, de 19 de diciembre de 2014, demuestran que la Superintendencia de Pensiones desbordó la finalidad de la actuación autorizatoria apartándose de ésta. Porque al expedir la autorización de existencia de AFP Argentum, creada según ese acto administrativo "para el sólo efecto" de absorber a otra entidad autorizada, ya se reconocía explícitamente que se hacía con el puro objeto de instrumentalizar una operación de reorganización societaria. Esta mención expresa, demuestra que el órgano regulador buscaba deliberadamente dicho apartamiento de la finalidad de la atribución. El acomodo de las facultades ejercidas al señalado propósito quiso ser justificado con la inserción de una condición suspensiva en el acto de autorización, modalidad de una cuestionable legalidad en este caso. Se ha utilizado así la potestad autorizatoria de una entidad llamada a cumplir un fin de interés público, con un objeto ajeno al fijado en la ley.

No cumpliéndose la finalidad típica que la ley tiene en vista con la constitución de una AFP y que habilita y justifica el interés público que la autoridad administrativa debe calificar preventivamente, se incurre en una desviación de fin que vicia de ilegitimidad todo el proceso de autorización y de posterior fusión de estas sociedades.

4.4.2.2.- OTROS INDICIOS DE DESVIACIÓN DE FIN. PRECIPITADA TRAMITACIÓN DE ESTAS AUTORIZACIONES. La desviación de fin puede deducirse a partir de la existencia de hechos o circunstancias que la revelan y permiten presumir la presencia casi segura de una finalidad extraña al interés general como móvil de una actuación administrativa.

Un indicio particularmente revelador de este vicio se refiere a la dictación apresurada o precipitada de las resoluciones administrativas envueltas en él. Los procedimientos seguidos, tanto para el otorgamiento de la autorización de existencia de la AFP Argentum, como de la aprobación de la fusión por absorción de AFP Cuprum, se instruyeron y resolvieron en espacios de tiempo extremadamente abreviados. Ello es particularmente notorio en el caso de la última autorización, otorgada en la Resolución E- 221, de la Superintendencia, cuya solicitud de iniciación formal por los interesados sólo fue ingresada al órgano administrativo el 26 de diciembre de 2014, resolviéndose en tan sólo 4 días hábiles. Debe recordarse que la reducción de plazos de tramitación es una circunstancia prevista en la ley a través del llamado "procedimiento de urgencia" regulado en el artículo 63 de la Ley Nº19.880. Esa regla prevé de manera general que

7
elf

de oficio o a petición de parte podrá ordenarse que estos se reduzcan a la mitad, cuando razones de interés público lo aconsejen.

Se ha planteado que la explicación a dicha tramitación acelerada, radica en que el proceso de fusión principió mucho antes de su comienzo formal. Es decir, se sostiene que antes de la fecha de inicio de ese procedimiento, anticipando el examen de las condiciones y requisitos, ya estaba evaluada esta operación de reorganización desde el punto de vista de los antecedentes que la hacían viable, con lo que se estaría avalando la desviación de fin del primer procedimiento empleado, porque manifiesta que su objeto se dirigió en la realidad de los hechos al examen de las condiciones necesarias para la operación de fusión que se proyectaba.

También es indicativa de este vicio de desviación de poder, la omisión en la etapa de calificación del prospecto respectivo de un juicio sobre la conveniencia de establecer la AFP en formación, conforme al artículo 130 de la LSA.

Finalmente la inserción de una condición suspensiva en la Resolución E-220-2014, que resulta ajena a la regulación del acto; el otorgamiento del certificado de existencia de Argentum con omisión de dicha modalidad condicional en su texto no obstante el tenor de la resolución que constataba; la anticipada inscripción de la AFP Argentum S.A., en formación, en el Registro de Valores de la Superintendencia del ramo, aún antes de su existencia legal), resultan todos elementos que reafirman que se ha desviado en este caso el objeto tanto de la potestad autorizatoria en examen como del procedimiento ejercitado para su dictación, tiñéndolas de ilicitud.

5º. CONCLUSIONES.

La sugerencia formulada por la Superintendencia de Pensiones, contenida en el oficio N° 21.449, de 2014, dirigido a la A.F.P. Cuprum S.A., resultó ser ineficaz e inidónea jurídicamente para superar las objeciones manifestadas por esa misma autoridad en esa comunicación, sin perjuicio de constatar que la constitución de "PIC" en AFP no se produjo, en definitiva, en forma previa a la fusión, sino de forma concomitante a ésta, ni se materializó de conformidad con las normas que regulan esta autorización, sino que con clara vulneración de ellas. El camino sugerido por la Superintendencia para el efecto indicado, forzó más allá de lo debido el marco jurídico llamado a regular la autorización de A.F.P.

Las trabas jurídicas que impidieron que se pudiera realizar regularmente este proceso, se hallan presentes en diversas prohibiciones consagradas legalmente o bien recogidas por el derecho administrativo: a) el objeto único y exclusivo que prohíbe que una AFP puede ser dueña de otra AFP; b) que sólo puede perfeccionarse una fusión entre sociedades autorizadas como AFP; c) el otorgamiento de una autorización condicional usada como instrumento jurídico para soslayar las prohibiciones legales antes señaladas.

La voluntad de llevar adelante una operación que pretendía soslayar diversas limitaciones y prohibiciones establecidas en la ley, significó que durante el proceso de aprobación de AFP Argentum y a partir de la dictación de su autorización condicional de

existencia, y hasta la fusión autorizada, se incurriera en infracciones legales de diversa índole y alcance en relación al régimen jurídico que regla estos procesos, a las atribuciones de las autoridades administrativas encargadas de velar por su legitimidad, a los fines establecidos en ellas, e incluso a la exactitud de las certificaciones emitidas por ese ente regulador.

Los actos de la autoridad administrativa, en particular los actos autorizatorios, requieren para ser perfeccionados de la concurrencia de la totalidad de los presupuestos de hecho contemplados en la norma. Estos requisitos legales deben estar absolutamente cumplidos y su exactitud comprobada al momento de ser otorgada la autorización. En el caso de la Resolución E-220-2014, se sustentó en presupuestos que fueron erróneamente calificados o que derechamente no concurrían, todo lo cual vicia ese acto de ilegalidad.

Con dicha autorización se infringió, además, el principio del giro único u objeto exclusivo establecido como condición de existencia de las AFP en el inciso 1º del artículo 23 del DL N° 3.500, de 1980, ya que A.F.P. Argentum, mantenía a ese instante y también al 2 de enero de 2015, la propiedad de un porcentaje accionario superior al 95% de A.F.P. Cuprum S.A.

Además, no se acreditó ante el órgano regulador previsional que "PIC" antes y a la fecha del acto de autorización de transformación en AFP Argentum, cumpliera de manera directa e independiente de toda otra AFP existente, las condiciones exigidas por la ley en aspectos organizacionales, financieros, contables, humanos y técnicos. Por el contrario, la Superintendencia de Pensiones validó todos estos elementos, que pertenecían y estaban considerados en la estructura funcional de una AFP ya existente a la época de dicho análisis.

Por otra parte la Resolución N° E-220-2014, autorizó la existencia de la A.F.P. Argentum S.A. para el solo efecto de fusionarse con A.F.P. Cuprum S.A. La atribución otorgada a esta entidad de control conforme a los artículos 126, 130 y 131 de la Ley N° 18.046, en relación al artículo 94 N° 1 del D.L. N° 3500, de 1980, en orden a autorizar la existencia de A.F.P., no permite ni habilita limitar el efecto del acto aprobatorio en los términos en que ahí aparece otorgado. La restricción incluida en esta primera parte de la resolución aparece como arbitraria y contraria a los textos legales que habilitan esa facultad.

La Resolución E-220-2014, resulta además ilegal, porque sujetó la autorización de existencia concedida a la condición suspensiva de que AFP Argentum S.A. se fusionare con la AFP Cuprum S.A. a fin de lograr el objetivo de consolidar una fusión de manera simultánea a su autorización de existencia. Ello no está autorizada por ninguna de norma legal. Ello igualmente condice con el criterio general de la doctrina administrativa que rechaza las condiciones suspensivas como modalidad de los actos administrativos. Por ende no se pudo autorizar la creación de la A.F.P. Argentum bajo condición suspensiva.

Otra irregularidad incurrida en este proceso atiende a la certificación emitida por la Superintendencia de Pensiones conforme a lo estatuido en los incisos 1º y 2º del

artículo 131 de la Ley N° 18.046, coetáneamente con la Resolución N° E-220, de 2014, sobre autorización condicional de existencia de AFP Argentum S.A., en la cual se omitió dejar constancia que la autorización de existencia que había expedido esa entidad se hallaba sujeta precisamente a una condición suspensiva, lo que permitió que la nueva A.F.P. fuera inscrita como "pura y simple" en el Registro de Valores que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros y que fuera publicada en el Diario Oficial. Esto dio lugar a una situación anómala: que una AFP autorizada bajo condición, fuera registrada y publicada como una sociedad administradora en vigencia, antes de cumplirse el evento necesario para su creación y existencia lo que resulta no sólo ilógico sino que irregular.

Enseguida, el procedimiento seguido por la Superintendencia de Pensiones no sólo quebrantó normas legales, sino que atentó contra principios lógicos elementales al resolver cuestiones incompatibles o inconciliables entre sí. Este resultado fue el fruto de razonamientos falsos o mal fundados a partir de la ley incorporados en este proceso por esa autoridad, motivaciones que desbordaron la consistencia lógica de esas resoluciones y que generaron por ende su ilegitimidad. Ello se comprueba entre otros antecedentes, por cuanto: la Superintendencia de Pensiones señaló inicialmente en su Oficio N° 21.449, que se podría autorizar una fusión entre AFP Cuprum y "PIC", en la medida que ésta se constituyera en forma previa como AFP. En contra de esta recomendación, ese organismo regulador en la Resolución E-221, de 2015, tuvo por cumplida la condición suspensiva a que había sujetado la existencia de la AFP Argentum S.A. y en ese mismo acto autorizó coetáneamente la fusión con la AFP Cuprum. En esos términos, no habiéndose verificado la autorización previa que había recomendado la propia Superintendencia de Pensiones es, desde un punto de vista jurídico, imposible determinar qué circunstancia se generó primero, si el efecto o la causa: (i) el cumplimiento de la condición de la cual dependía la existencia de una de las AFP involucradas en la operación, hecho futuro e incierto que consistía precisamente en que anticipadamente se autorice la fusión; o (ii) la autorización de la fusión de las AFP, que requería previamente de la existencia de Argentum, circunstancia que no podía acaecer porque estaba sujeta a la condición suspensiva de que se autorice su fusión.

Luego, la solicitud para que se autorizara la fusión de la AFP Argentum S.A. y Cuprum S.A., fue formulada mediante comunicación de fecha 26 de diciembre de 2014, dirigida a esa Superintendencia, por Cuprum y por Argentum, esta última careciendo a la sazón de existencia legal por haber sido autorizada condicionalmente. Por consiguiente todo el proceso administrativo de autorización a que esa petición dio lugar carece de validez como lo ha sido también el acto administrativo que le dio término, al infringir los artículos 20, 21, y 28 y siguientes de la Ley N° 19.880.

Enseguida, la condición suspensiva una vez cumplida debió operar retroactivamente a la data de celebración o emisión del acto, conforme a las normas y principios de derecho aplicables. Este efecto fue desatendido por la Superintendencia de Resolución E- 220-2014, en que el órgano regulador para el caso de la condición suspensiva dispuesta en su Resolución E-221-2015 sólo tuvo por cumplida esa modalidad a partir de la fecha de

EVA

este último acto administrativo, el 2 de enero pasado, descartando, sin explicitar fundamentación alguna, el efecto retroactivo natural que debía reconocerse a la condición cumplida. La Superintendencia debió considerar a la condición cumplida como retrotraída en sus efectos a la data de emisión de la Resolución condicional (E-220-2014), esto es, al 19 de diciembre de 2014. Por ende este actuar de la Superintendencia alterando esa vigencia en el tiempo de la condición cumplida, situándola sólo y limitadamente a partir del día 2 de enero de 2015, aparece también como un criterio arbitrario e ilegítimo.

En lo referido a la Resolución N° E-221-2015, se ha observado que dicha autorización de fusión entre Argentum y Cuprum, infringió el artículo 43 del DL N° 3.500, de 1980, norma que fija la época en que se producen los efectos de la fusión de las sociedades administradoras y de los fondos de pensiones respectivos, la que se desencadena a los 60 días de verificada la publicación en el Diario Oficial de la autorización respectiva de la Superintendencia de Pensiones. Ello simplemente no condice con la declaración contenida en dicho acto administrativo que da vigencia a la operación de reorganización a contar del 1° de enero de 2015. Consecuencial a ello es que la disolución de AFP Cuprum derivada de su fusión al ser absorbida por Argentum, debió sólo producirse a los 60 días de la autorización de la absorción, conforme al mismo artículo 43 citado, lo que tampoco concuerda con la fecha de entrada en vigor de la Resolución N° E – 221-2015, que fija el efecto de dicha disolución.

Finalmente se ha expresado que tanto los actos como los procesos empleados por la Superintendencia en el marco de esta operación, han incurrido en el vicio de desviación de fin, que es una ilegalidad en que incurren los actos o procedimientos administrativos por afectación de la finalidad como elemento esencial del acto administrativo, vicio legal reconocido ampliamente por nuestra jurisprudencia. En la desviación de poder la ilegalidad consiste en que la Administración pretende alcanzar un fin que no puede ser promovido mediante los procedimientos o potestades que emplea, lo que genera la falta de adecuación de los fines de la actuación administrativa, causando la ilegitimidad del obrar de la autoridad.

Sea que se estime que concurre una desviación de fin en la facultad ejercitada o bien una desviación de los procedimientos empleados a ese efecto por la Superintendencia de Pensiones, en los casos examinados se han ejercido prerrogativas y se han tramitado procesos administrativos de autorización con evidente apartamiento de su finalidad legal.

Los antecedentes tenidos a la vista demuestran que la finalidad o propósito esencial que persiguió la autoridad no fue el de constituir una nueva AFP habilitada para participar en el mercado, sino que en la realidad, sólo fue la de sustituir o ajustar un ente ya existente, propósito de reorganización empresarial que no se encuentra admitida en la potestad habilitada a la Superintendencia para autorizar nuevas A.F.P.

Confirman también la presencia de este vicio de desviación de poder otros indicios, que han configurado irregularidades ya analizadas en este informe, como son la precipitada y apresurada tramitación de las autorizaciones en cuestión; la inserción de una

Handwritten signature and initials, possibly 'Z' and 'cel', located at the bottom right of the page.

condición suspensiva en la Resolución E-220-2014, ajena a la regulación legal del acto; el otorgamiento del certificado de existencia de Argentum omitiendo consignar en su texto dicho carácter condicional de la resolución certificada; la anticipada inscripción en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, aun antes de la propia existencia legal de Argentum. Todos estos resultan configurar elementos complementarios que reafirman que se ha desviado en este caso el objeto tanto de la potestad autorizatoria en examen como del procedimiento ejercitado para su dictación, afectándolos en su legitimidad.

Las irregularidades reseñadas más arriba en estas conclusiones, fueron todas en su conjunto un medio esencial, necesario y determinante para concretar la operación de autorización y fusión en los términos en que se llevó a cabo y permiten comprender en su contexto los vicios e irregularidades que afectan lo obrado por esa entidad reguladora a la luz de las normas legales aplicables y de los principios del Derecho Administrativo".

Por su parte, el informe en derecho emitido por don Matías Guilloff y don Carlos Pizarro, relativo a las cuestiones dogmático-jurídicas relativas a la fusión por incorporación que autorizó por la Superintendencia de Pensiones entre la AFP Argentum y Cuprum, luego de efectuar una relación cronológica de los hechos que desembocaron en las resoluciones E-220 y E-221 de esta Superintendencia, señala:

"Supervigilancia de Superintendencia de Pensiones:

Las Superintendencia se enmarcan dentro de la función reguladora del Estado, vale decir, velan porque la actuación de los privados que comprometan el interés público, se enmarquen dentro de ciertos parámetros previamente definidos, y es en este ámbito que las Superintendencias controlan las actuaciones de particulares en algunas áreas sensibles para el desarrollo económico.

Este control es esencialmente de legalidad, vale decir, las Superintendencias velan para que los sujetos fiscalizados no infrinjan disposiciones legales, reglamentarias y técnicas o las instrucciones y órdenes que imparta. Dicho control comprende normas técnicas y que dicta la misma Superintendencia.

En el caso de la Superintendencia de Pensiones ejerce una potestad pública, la cual conforme al principio de servicialidad del Estado, se encuentra orientada a la satisfacción de necesidades públicas, siendo el fundamento de su existencia la tutela de los intereses públicos previamente definidos y determinados por el legislador.

Asimismo, la Superintendencia de Pensiones como órgano de la Administración del Estado, se encuentra sujeta al principio de juridicidad, vale decir, su actuar no sólo está sometido a la legalidad, sino que a todo el ordenamiento jurídico, conforme a lo señalado en el artículo 2 de la Ley 18.575 y los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Así, conforme al principio de legalidad, está prohibido para la Administración actuar en ejercicio de sus potestades de manera arbitraria o con desviación de poder en los actos que ejecuta.

cuA

La característica principal del principio de legalidad, es que por él se asignan potestades y atribuciones a los órganos de la Administración para intervenir en las áreas en donde se ha conferido competencia. De esta manera, la actuación administrativa es una actividad "típica", que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen. En sentido positivo, solo hay tipicidad en la legalidad, o sea si la potestad ha sido otorgada por la Constitución Política de la República o en la ley o varias leyes que se complementan y, en sentido negativo, es inadmisibles la configuración infralegal de esta tipicidad, siquiera de manera complementaria, pues el poder jurídico-administrativo debe gozar de legitimización democrática directa que solo da la ley y por la prohibición de autoatribución de facultades.

En el caso de la creación de una A.F.P., la intervención administrativa se da a través de un sistema de autorización a los particulares que realicen una actividad de interés público, esto es la administración de fondos previsionales de los cotizantes. Esta autorización, que es un acto administrativo que se manifiesta a través de una resolución administrativa, es fruto de la potestad pública otorgada a la Superintendencia de Pensiones por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, la resolución administrativa para autorizar la creación de una A.F.P., al ser un acto administrativo, debe cumplir con los presupuestos de validez de los mismos.

En cuanto, a los requisitos de los actos administrativos, pueden ser clasificados en subjetivos, esto es, en relación al sujeto que debe intervenir, o sea un órgano competente de la Administración Pública con investidura regular, lo que en el presente caso se cumple, pues la Superintendencia de Pensiones actuó dentro de la órbita de su competencia; y requisitos objetivos, conforme al cual, para que el acto administrativo no incurra en causal de invalidez, es menester que la competencia con que cuente el órgano se active a la vista de los supuestos de hecho establecidos en la norma; que el órgano competente exprese los motivos en que basa la decisión y la finalidad con la que se dicta, requisitos que no cumple la Resolución E 220-2014, que autorizó la fusión entre A.F.P. Cuprum S.A. y A.F.P. Argentum S.A.

Inexistencia de presupuestos de hecho de la Resolución N° 220-2014 de la Superintendencia de Pensiones:

Todo acto administrativo requiere la verificación de un supuesto de hecho que habilite su dictación, de manera que la existencia de éste es siempre un presupuesto reglado de toda potestad, susceptible de control judicial o contralor. La competencia de los Órganos de la Administración están determinadas por los hechos, los cuales se deben acreditar durante el procedimiento administrativo, de manera que la decisión de la Administración debe ser congruente con los hechos, sino el acto adolece de un error que vicia el acto administrativo.

Para analizar si se cumplen los presupuestos de hecho para la creación de una A.F.P., se debe diferenciar dos procesos necesarios para que proceda una fusión, en relación con las normas que regulan cada uno de los supuestos de hecho: 1) El Proceso de Constitución de una A.F.P., regulado tanto por el artículo 130 de la Ley N°18.046, como

por el Título I, Libro V, del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones; y los artículos 23 y ss. del DL N° 3.500, de 1980 y su reglamento aprobado por el D.S. N° 57, de 1990. 2) El Proceso de disolución de una A.F.P., mediante una fusión entre dos Administradoras de Fondos de Pensiones, regulado en el artículo 99 de la Ley N° 18.046 y su reglamento y en el artículo 43 del DL N° 3.500, de 1980.

En relación al primer proceso, se debe tener presente lo prescrito en el artículo 23 del DL N° 3.500, de 1980, en cuanto a que las A.F.P. solo pueden constituirse bajo la forma de sociedades anónimas, teniendo un fin exclusivo definido en la ley.

Luego, la única forma de existencia de una A.F.P., es que se realice de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 130, inciso primero de la LSA, en el cual se establece la necesidad de evaluar un prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la nueva A.F.P. Asimismo, dicha norma confiere facultades a la Superintendencia de Pensiones para calificar el prospecto y en caso de aceptarlo, otorgar un certificado provisional de autorización a los organizadores, lo que los habilita para continuar con los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos cuyo objeto sea preparar su constitución y futuro funcionamiento.

En este supuesto, existe una potestad discrecional por parte de la Superintendencia de Pensiones, pues puede aceptar o rechazar el prospecto. Sin embargo, una potestad discrecional no es sinónimo de arbitrariedad, sino que implica un mayor ámbito de autodeterminación para la Administración en su actuar. Una de las formas de control de la potestad discrecional es el control del fin, vale decir, que el ejercicio de la potestad discrecional sólo pueda ser usada para los fines públicos para los cuales fue concebida, de lo contrario se incurre en una desviación de poder.

Enseguida, otro requisito para constituir una A.F.P. se encuentra en el artículo 24 del DL N° 3.500, de 1980, que señala los requisitos que deben cumplir los accionistas fundadores de una A.F.P. Del informe evacuado por la Superintendencia de Pensiones, mediante el Oficio N° 13302, de 16 de junio de 2016, se verifica en varios párrafos que, para acreditar el debido cumplimiento de los requisitos que permitieron otorgar la autorización que Argentum se constituyera como A.F.P., se consideraron los componentes patrimoniales, administrativos, de recursos humanos y materiales que constituían a la ex A.F.P. Cuprum S.A. Esto quiere decir que, la Superintendencia de Pensiones autorizó la existencia de A.F.P. Argentum S.A. a partir de diversos elementos constitutivos de A.F.P. Cuprum S.A., o sea dio por acreditados antecedentes facticos inexistentes, porque cada uno de los requisitos exigidos solo existían respecto a A.F.P. Cuprum S.A. y no respecto a Argentum, dado lo cual la Resolución E-220-2014, que autorizó la existencia y aprobó los estatutos de A.F.P. Argentum S.A. carece de presupuestos facticos, pues los requisitos eran inexistentes al momento de constituirse la A.F.P., dado lo cual la señalada Resolución adolece de un vicio de nulidad.

Sin embargo, la Resolución E-220-2014, fue dictada sujeta a la condición suspensiva de producirse la fusión dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha de su dictación, siendo las modalidades en general, admitidas en el derecho administrativo, como cláusulas accesorias a una acto, de manera que la Administración puede dictar un

acto sujeto a plazo, condición o modo al igual que en el derecho privado, pero con la sustancial diferencia que, mientras en el derecho privado las cláusulas accesorias son lícitas y dependen de la voluntad de las partes; el acto administrativo se vincula de una manera positiva al ordenamiento jurídico, por lo que serían posible sólo si la ley lo permite.

Conforme a lo anterior, ni el DL N° 3.500, de 1980, ni su reglamento, ni la LSA o cualquier otra disposición legal o reglamentaria, contempla la existencia de una condición para autorizar la creación de una nueva A.F.P.

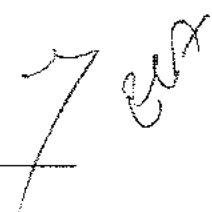
De esta manera, del análisis de la potestad de la Superintendencia de Pensiones para autorizar una nueva A.F.P., se desprende que los requisitos de existencia de ésta, debe existir al momento de la solicitud del ente privado ante el órgano regulador y sobre todo, al momento de la dictación de la resolución que autoriza la creación de la Administradora. Es así, como el acto administrativo en cuestión debe ser puro y simple, pues la Superintendencia de Pensiones no está autorizada para imponer condiciones al momento de otorgar la autorización de existencia. Lo que hace en la práctica el ente fiscalizador, por medio de supeditar la condición de fusionarse la nueva A.F.P. Argentum S.A. con A.F.P. Cuprum S.A., es suplir la falta de presupuestos de hecho al momento de dictar la resolución, los que existirían solo al momento de realizarse la fusión.

Al exigir una condición en un acto administrativo que debió ser puro y simple, la Superintendencia de Pensiones se autoinviestió de potestades públicas de las que carece, vulnerando el principio de legalidad.

Posteriormente, sobre el segundo proceso que se informa, la fusión de dos A.F.P., se cuestiona la caracterización general que se hace de éste, pues no se puede hablar de un mecanismo de fusión societaria, pues se aleja de lo definido en el artículo 99 de la LSA, pues para que exista una fusión, una sociedad jurídicamente vigente adquiere los activos y pasivos de otra, igualmente vigente, que se disuelve. Esta observación se debe, a que según lo informado por la Superintendencia de Pensiones, ya estaban incorporados elementos esenciales que constituían la existencia legal de la A.F.P. que fue absorbida.

Desde un punto de vista de las obligaciones, la A.F.P. no existe sino hasta que se produzca la fusión, pues la condición es una modalidad conforme a la cual sólo nace a la vida del derecho si esa condición se verifica, antes de ello, vale decir la fusión, no existe ningún derecho sino que un mero acto sujeto a condición suspensiva. En razón de ello, existe una contradicción entre lo preceptuado en el artículo 43 del DL N° 3.500, de 1980, que exige que existan ambas A.F.P. y que se pretenda que dicha existencia quede sometida a una condición suspensiva. En otros términos, Argentum no existe mientras no se fusione con Cuprum, pero esta última no puede fusionarse con una A.F.P. que no existe.

Ambos procesos en la práctica, son tratados en la Resolución E-220-2014 como uno solo, sin embargo debieran diferenciarse tanto para su consecución como para su



examen posterior. Esto es, primeramente, la autorización de existencia de una nueva A.F.P., diferenciándola de la posterior fusión.

Desviación de poder como Límite a la Potestad Administrativa:

La Resolución E-220-2014 adolece del vicio de desviación de poder. Al respecto la noción de desviación de poder, requiere dilucidar su fundamento, el que queda retratado por el carácter finalizado de las potestades administrativas.

El principio de legalidad administrativa opera mediante la atribución de potestades a la Administración, de manera que el conjunto de potestades y funciones que la ley otorga a cada órgano conforman su competencia. La consecuencia primordial de que las potestades sean finalizadas radica en que aun cuando la administración tenga su titularidad, debe siempre ejercerlas en beneficio del interés público y es precisamente la satisfacción de éste lo que explica el otorgamiento de potestades a los órganos de la Administración del Estado y aquello que a su vez permite verificar su correcto ejercicio, el que se materializa formalmente en la dictación de actos administrativos.

El interés público que se pretende satisfacer con las potestades administrativas, se denomina "fin" o "finalidad" y es reconocido por la doctrina como uno de los varios elementos configuradores de las potestades administrativas.

De lo anterior, se sigue que el ejercicio de una potestad por parte de un órgano de la Administración del Estado sólo resulta justificado si persigue aquél fin que el legislador ha tenido en consideración al momento de otorgarla. Es así, que conforme al artículo 1, inciso cuarto de la Contraloría General de la República, en cuanto a que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. En otros términos, el deber de actuar de buena fe se encuentra implícito en el requisito de comportarse sin sobrepasar los límites de la competencia de cada órgano, consagrado en el artículo 7 de la Constitución. Por lo cual, puede concluirse que el ejercicio de una potestad para un fin diverso de aquél para el cual el legislador la atribuyó, es un caso de ejercicio abusivo de potestad y conforme al artículo 2 de la Ley N°18.575, da origen a acciones y recursos correspondientes. Esta posición es concordante con la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a la nulidad de derecho público, a propósito de la cual se reconoce la desviación de poder como una de las causales que hace procedente su ejercicio.

Asimismo, conforme al artículo 8 de la Constitución Política de la República y 52 de la ley N°18.575, relativos al principio de probidad administrativa, los funcionarios de cualquier Órgano del Estado vulneran dicho principio al sobreponer cualquier otro tipo de interés al general, como sucede cuando se ejerce una potestad para un fin privado diverso de aquél pensado por el legislador.

Luego, si nos encontramos en la hipótesis de que un acto administrativo es dictado por un órgano, en conformidad a sus potestades, pero con un fin diverso de aquél previsto por el legislador, se debe calificar dicha actuación como una desviación de poder.

BVA

Conforme a la doctrina, en términos sencillos, la desviación de poder se presenta cada vez que un órgano administrativo ejerce sus potestades en conformidad a la letra de la ley, pero alejándose de su espíritu.

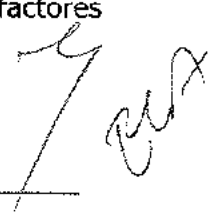
La desviación de poder se presenta en dos hipótesis paradigmáticas, la primera de carácter general, se produce cuando al ejercer sus potestades la Administración se aparta del fin general que debe perseguir, esto es el servicio público. En tanto la segunda, de carácter particular, se produce cuando en su actuación administrativa no busca aquella específica y concreta finalidad para la cual el legislador le atribuyó la potestad, en este caso, basta que la potestad se utilice para un fin diverso del previsto, aun cuando sea público.

Asimismo, la desviación de poder se puede analizar desde la perspectiva de quien analizó el acto, para determinar si efectivamente se apartó de la finalidad que es propia de la potestad otorgada, pudiendo ser de carácter subjetiva u objetiva. En el caso de la primera, es menester introducirse a la subjetividad del autor del acto, a fin de detectar sus intenciones; mientras que en el segundo caso, se verifica la conclusión del acto mismo y las circunstancias que lo rodean. Para esto, debe seguirse un proceso que se compone de dos investigaciones, esto es, en primer término el juez habrá de esclarecer la finalidad que ha querido perseguir la ley que otorga la potestad y luego, deberá examinar la finalidad que en los hechos ha perseguido la autoridad administrativa al ejercerla, y del resultado de esta confrontación, lleva al juez a determinar al juez si el respectivo acto es legal o no.

Luego, en relación a los elementos de la desviación de poder, se puede considerar la aparente regularidad externa del acto, el cual supone un acto al cual no cabe hacer reproche en lo formal, por lo que el vicio se presenta de una manera solapada y que solo se puede descubrir investigando la finalidad que se tuvo en vista al momento de dictarse el acto. Otro elemento es la irregularidad interna del fin, el cual se detecta siguiendo una doble investigación, debiendo determinarse en primer lugar el fin objetivo que la aplicación de la norma ha de perseguir según la ley. Habiéndose determinado esto, debe contrastarse dicho fin con aquél móvil o comportamiento reflejado en el acto que el funcionario tuvo en mente cuando lo dictó.

La determinación del fin objetivo de la norma es necesaria, dado que no obstante ser un elemento reglado en toda potestad, el fin muchas veces no aparece explícito en el texto de la ley. En términos sencillos, el emisor de un acto administrativo no puede procurar la obtención de cualquier fin público, sino que tan solo de los que se enmarcan dentro de sus potestades.

De esta manera, se debe analizar el texto expreso de la norma, para la eventualidad que el fin figurara explícitamente; si esto no sucede, la finalidad debe buscarse en la historia del establecimiento de la norma; si la finalidad no aparece, será menester analizar la naturaleza y contexto de las normas legales que habilitan el ejercicio de la respectiva potestad y si ninguno de estos pasos entrega el fin de la norma, debe ser definida por la jurisprudencia mediante una interpretación armónica y prudente de los diversos factores involucrados en el espíritu general del ordenamiento jurídico.



Así, en segundo lugar debe determinarse el móvil subjetivo del agente emisor del acto sujeto a escrutinio, lo que supone un desafío relevante que la jurisprudencia y doctrina han acometido de una forma que evite cualquier tipo de subjetividad: evidenciando objetivamente el propósito desviado del agente. Para una mejor comprensión es necesario someterse a la teoría general del acto administrativo, en lo relativo al elemento causal del mismo.

Todo acto administrativo tiene un elemento causal, que se compone de tres subelementos: el fin, el motivo y la causa del acto administrativo. En este caso el fin es el objetivo que el legislador persigue al asignar la potestad al órgano administrativo. En tanto el motivo, es el conjunto de antecedentes y presupuestos fácticos y jurídicos que le sirven de apoyo. Precisamente entre la vinculación del fin del acto y su motivo, resulta posible determinar el móvil que el funcionario tuvo en mente al momento de dictarlo.

De esta forma, la inexistencia del motivo es un claro indicio del móvil traicionero de la legalidad del funcionario emisor del acto, toda vez que la inexistencia del motivo lleva a centrar la atención en los hechos objetivos en que se basa la respectiva decisión administrativa y son éstos los que permiten descubrir aquella finalidad que realmente se tuvo en vista al dictar el acto. Esto ha sido reafirmado por la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema.

El control de la desviación de fin es de carácter objetivo, bastando solo analizar el acto administrativo y aquéllos documentos y antecedentes que lo complementan para constatarlo. En cuanto a las fuentes para detectar la desviación de poder, la primera de éstas emana de las mismas expresiones utilizadas en el fundamento de la decisión y, conforme a la LBPA, el procedimiento previo a la dictación de todo acto administrativo debe constar en un expediente administrativo, que sirve de control para el respectivo acto.

Enseguida, si se analiza los actos administrativos que dieron origen a la creación de la A.F.P. Argentum S.A., la Resolución E-220-2014 que autorizó la existencia y aprobó los estatutos de A.F.P. Argentum S.A. y la Resolución E-221-2014, que aprueba la fusión por incorporación de A.F.P. Cuprum S.A. por parte de A.F.P. Argentum S.A., se puede ver que hay una clara desviación de fin, en cuanto a su finalidad pública. El único móvil en autorizar la creación de esta "nueva" A.F.P., es que el particular obtenga una ventaja tributaria, encubriendo una simulación ilícita del ente privado, pues la nueva A.F.P. no solo tiene igual capital que la antigua A.F.P. Cuprum S.A., sino que la misma junta de accionistas, los mismo trabajadores, las mismas sucursales, cartera de clientes y hasta conservó el mismo nombre. Por ello, la nueva A.F.P. Argentum S.A. existe en el papel, no reporta utilidad o beneficio en la administración de los fondos de pensiones de los trabajadores que es la finalidad de toda A.F.P.

Por último, también se puede probar la desviación de poder por medio de inferencias probatorias. En primer término esta la dictación apresurada de decisiones administrativas y en este caso, en la precipitación se encuentra el indicio de la existencia de un fin diverso al interés general, como podría ser el cambio inminente de la tributación o que fueran a desaparecer ciertas ventajas fiscales. Luego, se encuentra la

discordancia entre el motivo del acto y la decisión que se adopta, en donde la inexistencia de presupuestos de hechos plausibles que justifiquen la decisión proporciona indicios suficientes para sostener que se aleja de la finalidad de la norma. Enseguida, está la oportunidad flagrante de la decisión, la que es demostrativa de la intención de defraudar la norma. Finalmente, el tratamiento desigual o ausencia de imparcialidad del autor del acto, en que el tratamiento discriminatorio de los administrados que no se fundamenta en el interés general demuestra que el órgano está ejerciendo sus potestades para otros propósitos que los queridos en la ley.

La desviación de poder es un parámetro que la jurisprudencia administrativa y judicial habitualmente ocupan para controlar la legalidad de los actos administrativos. Tratándose de la primera, enfatiza que las potestades administrativas deben ejercerse con miras al interés general y si ello no ocurre se vulnera el principio de probidad administrativa y por último, la ya analizada vinculación existente entre la desviación de fin y aquellas decisiones insuficientemente motivadas.

En cuanto a la jurisprudencia judicial, son varios los casos en que sea anulado actos administrativos por considerar que ha existido desviación de poder, utilizando una aproximación objetiva, que se vale del análisis de los motivos para detectarla. El denominador común en estas decisiones es el hallazgo que el móvil en que se inspira la decisión impugnada es diverso al fin que persigue la norma legal que autoriza su dictación.

La desviación de poder en la Resolución N° 220 de la Superintendencia de Pensiones:

Dentro del ámbito de competencia de la Superintendencia de Pensiones, está la potestad de autorizar la existencia y aprobar los estatutos de una A.F.P., conforme se desprende del artículo 94 N°1 del D.L. N°3.500, de 1980 y artículo 3, letra a) del D.F.L. N°101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, además de lo señalado en el artículo 47 N° 1, de la Ley N° 20.255.

Constatado el hecho de que la Superintendencia de Pensiones tiene potestades para autorizar la existencia de una A.F.P., es menester analizar si para la existencia de A.F.P. Argentum S.A. éstas han sido ejercidas rectamente, o sea para el fin que el legislador tuvo en vista al otorgárselas.

Es así que de los antecedentes ya descritos en que se autorizó la existencia de A.F.P. Argentum S.A. para el sólo efecto de que se fusionase con A.F.P. Cuprum S.A., existe prima facie un caso de desviación de poder. Sin embargo la interrogante es si la Superintendencia de Pensiones podría haber ignorado que la sociedad Argentum escondía una finalidad que motivaba la fusión y que se conectaba en forma directa con una ventaja tributaria. Al ejercer sus potestades la Superintendencia al parecer no se cuestionó la razón de la fusión, porque existía tanta premura, empero actuó en forma automática como si se tratara de un buzón que requiere realizar un test de cumplimiento de ciertas formalidades, sin auscultar cuáles son o podrían ser las motivaciones. Es obvio que no se trataba de una operación ordinaria, tanto así que primero la Superintendencia rechazó la fusión, ya que no existían dos A.F.P. para ello.

Enseguida, si se recurriese a la teoría de la desviación de poder, que se presenta donde una decisión administrativa es dictada por un órgano competente, pero tienen una finalidad diversa de aquella para la cual el acto es dictado. Vale decir, la finalidad de la ley que confirió a la Superintendencia de Pensiones la potestad de otorgar la autorización no pudo ser la de entregar un arma para satisfacer requerimientos de índole tributaria de los regulados, sino el de otorgar al órgano un instrumento que permitiera constituir auténticas sociedades que se dediquen a administrar los fondos de pensiones.

Es pertinente caracterizar la clase de desviación de poder que se evidencia en la dictación de la Resolución N°220. Como se ha visto anteriormente, existen dos clases de desviación de poder, una general y la otra particular. En el caso analizado, hay indicios suficientes para concluir que en este caso se está frente a la primera categoría de desviación de poder. Los antecedentes que constan en el expediente administrativo, permiten inferir que la potestad se ha ejercido para un fin diverso del interés general, esto es, el interés patrimonial de un regulado, consistente en la obtención de un beneficio tributario que, sin bien la Superintendencia de Pensiones expresa haber ignorado y que debía serle irrelevante, atendida sus competencias, debió contrastarlo para analizar las condiciones de creación de la A.F.P. que no era más que una operación simulada.

De esta manera, acá se verifica el primero de los elementos constitutivos de la desviación de poder, pues el acto administrativo adolece de un vicio de ilegalidad al no cumplir los supuestos facticos de la norma.

Luego, para determinar el segundo elemento constitutivo de la desviación de poder, esto es, la irregularidad interna del fin del mismo, se debe partir por establecer el fin objetivo de la aplicación de la norma, el artículo 94 N° 1 del DL N° 3.500 en concordancia con el artículo 3 del D.F.L. N° 101 y, el artículo 47 N° 1, de la ley N° 20.255, ha de perseguir según la ley.

En cuanto al fin objetivo de la aplicación de la norma que, sin perjuicio de otras disposiciones legales, es fundamentalmente el artículo 94 N° 1 del DL N° 3.500, de 1980, se está en un caso en que el fin no aparece en forma explícita en la ley, por lo que se debe recurrir a otros elementos para detectarlo. No existiendo historias del establecimiento de esta norma, se debe analizar el contexto de las normas legales que habilitan el ejercicio de la respectiva potestad, por lo que se deben considerar otras disposiciones del DL N° 3.500, de 1980, como son el artículo 1 y el artículo 23.

El artículo 1 del DL N° 3.500, de 1980, junto con crear un sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual, establece que ésta se realizará en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones. Por su parte, el artículo 23 ordena que la A.F.P. tengan como objetivo exclusivo el administrar los fondos de pensiones y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley. En definitiva, de ambas normas se desprende que las A.F.P. son el medio crucial en el que se apoya este esquema regulatorio para que exista un sistema basado en la capitalización individual.

GAX

Siendo esto así, se sigue que el fin de la potestad de la Superintendencia de Pensiones para autorizar la constitución de sociedades administradoras de fondos de pensiones no puede ser otro que permitir que se creen sociedades de esta índole que efectivamente administren las capitalizaciones individuales de las pensiones en cuestión. Esto no sucede en el caso en análisis, pues hay antecedentes suficientes para sostener que el órgano se vale de esta potestad para procurar un fin diverso: que un privado cumpla con un requisito necesario para obtener un beneficio tributario, lo que se refuerza con que la Resolución E-220-2016, autoriza la creación de A.F.P. Argentum S.A. "para el solo efecto de fusionarse con Cuprum S.A."

Esta conclusión que deriva del contenido mismo de la Resolución N°E-220-2014, se corrobora al analizarlos motivos de este acto administrativo. Los motivos están constituidos por antecedentes de hecho y derecho que justifican la dictación de un acto administrativo. Dentro de los primeros, se encuentra que esta Resolución se dictó en un contexto factico bien preciso: solo algunos días antes de que expire el beneficio tributario asociado a una fusión por incorporación. Entre los antecedentes de derecho, se encuentra la explícita sugerencia de la Superintendencia de Pensiones, en cuanto a que la fusión podía realizarse si la matriz de la sociedad administradora de fondos de pensiones, se convirtiera en una A.F.P. De este modo, considerando los elementos facticos y jurídicos, además de la indicación explícita de la Resolución E-220-2014, de que A.F.P. Argentum S.A. se autoriza bajo la condición suspensiva de fusionarse con A.F.P. Cuprum S.A. en un determinado lapso de tiempo, no cabe duda que la potestad para autorizar la constitución de una A.F.P. es un mero subterfugio para hacer viable la fusión y con ello que el regulado obtenga un beneficio tributario.

La desviación de poder se prueba en las expresiones formales contenidas en la fundamentación de la decisión y luego, en los antecedentes y documentos que le sirvan de sustentación o complemento esencial. En el caso de la Resolución E-220-2014, queda en evidencia el móvil torcido del órgano que la originó.

Asimismo, el conjunto de antecedentes y documentos que sirven de sustentación o complemento esencial de la referida Resolución, también apuntan a un ejercicio desviado de la potestad pública. Así, existe el párrafo final del Oficio de septiembre de 2014, de la Superintendencia de Pensiones, mediante el cual se rechaza la fusión de PIC con A.F.P. Cuprum S.A. donde se indica a PIC que para que la fusión sea procedente debe constituirse en una A.F.P. Luego, el antecedente contenido en los vistos de la Resolución E-221-2014, que autoriza la fusión, donde se indica que la existencia de Argentum fue autorizada para el sólo efecto de que se fusione con Cuprum.

Enseguida, también es posible detectar desviación de poder, vislumbrando en la autorización en cuestión un tratamiento desigual o ausencia de imparcialidad del agente emisor del acto, lo que es evidente en el párrafo final del Oficio de la Superintendencia que rechaza la solicitud presentada por PIC para fusionarse con A.F.P. Cuprum S.A. El que este Órgano otorgue al regulado la receta para poder cumplir con su propósito, habiendo antes dado argumentos contundentes para rechazar su solicitud, va más allá de su misión de velar por el buen funcionamiento del sistema de administración de fondos de pensiones. Más aun, al no tratarse de una A.F.P. nueva que aumenta la oferta

y haga más competitivo el mercado, sino que se trata de una existente que pretende reorganizarse para acceder a un beneficio tributario, la sugerencia parece privilegiar el interés de una A.F.P. por sobre el de las demás, demostrando ausencia de imparcialidad por la Superintendencia.

Frente a toda esta argumentación de los vicios existentes en la Resolución E-220-2014, puede objetarse que cada vez que la Superintendencia de Pensiones autorice la existencia de una A.F.P. y esta posteriormente es autorizada para fusionarse por incorporación con otra A.F.P., existiría desviación de poder, se puede señalar que hay autorizaciones y autorizaciones, unas lícitas y funcionales a intereses públicos y privados, y otras que solo maximizan los segundos, como ocurre en el caso de la Resolución en cuestión y que se demostró a lo largo de este informe.

- 31° Que a fojas 184 de autos, con fecha 10 de agosto de 2016, evacuó el traslado conferido en autos AFP Cuprum S.A., señalando lo siguiente:

I. Declaración preliminar

Para la adquisición de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A., PFS invirtió a través de diversas sociedades, mil quinientos millones de dólares aproximadamente. Tomó la decisión de efectuar una inversión de esta magnitud, luego de un meticuloso y exhaustivo análisis, en base a las reglas imperantes en ese momento en el país, que contemplaban, entre otras cosas, la amortización del goodwill tributario, con la convicción de que en Chile impera un Estado de Derecho y con el firme propósito de contribuir al desarrollo del sistema previsional chileno.

El proceso de adquisición y fusión de AFP Cuprum duró más de 2 años, contempló la realización de innumerables actuaciones ante distintos organismos reguladores, quienes de conformidad a la ley, ejercieron sus funciones fiscalizadoras dentro de sus correspondientes ámbitos de actuación, y solicitaron la entrega de información pormenorizada, lo que se cumplió a cabalidad.

El proceso completo fue divulgado amplia y transparentemente, e incluyó el envío de más de 18 hechos esenciales, de los cuales al menos 7 se relacionan directamente con la fusión. Cuprum y Principal actuaron en todo momento de buena fe y en cumplimiento de la ley y de las instrucciones recibidas de cada una de las autoridades públicas competentes.

Una de las etapas contempladas desde el inicio del proceso de compra fue la fusión de AFP Cuprum con su sociedad matriz, Principal Institucional Chile S.A. ("PIC"), lo que fue explícitamente comunicado el 27 de diciembre de 2012 al lanzar la Oferta Pública de Adquisición de Acciones ("OPA") por el 100% de las acciones de Cuprum, tal como se estableció en el Prospecto de la OPA. El proceso de reestructuración societaria contempló la operación de fusión como uno de sus aspectos básicos y con independencia y antelación a las modificaciones legales conocidas como Reforma Tributaria del 2014.

607

Existían, al menos, dos vías para concretar la fusión de Cuprum que producían la misma estructura final y que, por lo demás, generaban el mismo goodwill tributario. Un primer camino fue el iniciado por Principal y Cuprum a mediados de 2014, conforme al cual se entendió que, tal como la jurisprudencia administrativa lo había interpretado en casos anteriores, esta Superintendencia sólo debía autorizar la fusión y a la sociedad resultante de la misma en un mismo acto. Un segundo camino fue el instruido por esta Superintendencia, la que mediante Oficio N°21.449, de fecha 25 de septiembre de 2014, supeditó la fusión a la realización de un trámite adicional previo, cual era, la transformación de PIC en una Administradora de Fondos de Pensiones ("AFP").

Siguiendo las instrucciones de esta Superintendencia, Principal solicitó la autorización para transformar a PIC, propietaria del 97% aproximadamente de AFP Cuprum S.A., en una AFP, para los efectos de la fusión. Lo anterior obligó a Cuprum y Principal a efectuar un proceso de fusión más extenso en términos de duración y desafiante en cuanto a requisitos, cuyo cumplimiento se debió acreditar a satisfacción de esta Superintendencia.

El entendimiento expreso y público de AFP Cuprum S.A. era que la fusión no requería la transformación y autorización previa de PIC en AFP, ya fuera en forma pura o simple o sujeta a una condición suspensiva u otra modalidad, sino que sólo requería la autorización de la fusión y de la sociedad resultante de la misma como AFP, siendo esta propia Superintendencia quien exigió aquel trámite adicional.

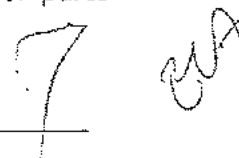
Cuprum y Principal obraron en todo momento de buena fe, conforme a las instrucciones que esta Superintendencia le comunicó en base a su potestad técnica en la materia, bajo la confianza legítima que, cumpliendo con los requisitos instruidos por esa Superintendencia y concretamente transformando a PIC en una Administradora de Fondos de Pensiones, obtendría las autorizaciones solicitadas. Lo anterior de hecho y de Derecho ocurrió, produciéndose situaciones jurídicas consolidadas, que han generado derechos que han sido adquiridos a lo largo del proceso de fusión y con posterioridad a él, tanto por Cuprum y Principal como por terceros; derechos y situaciones jurídicas que resultan simplemente irreversibles.

Sin perjuicio de todo lo anterior, estima que si bien el proceso de fusión pudo haber sido autorizado en la forma original iniciada por Cuprum y Principal, el procedimiento que esta Superintendencia instruyó, se ajustó a Derecho.

II. Antecedentes.

El proceso de adquisición y posterior fusión fue un proceso que demoró más de dos años de tramitación, el cual fue sometido al escrutinio, revisión y control de los reguladores sectoriales competentes, que involucró:

- a. Operación de adquisición de los derechos societarios de AFP Cuprum por parte



de Principal.

Principal inició el proceso de adquisición de AFP Cuprum a mediados de 2012, el que involucró la realización de actuaciones ante distintos organismos reguladores, entre las cuales se encuentran, entre otras, una solicitud de autorización para la adquisición de las acciones de Cuprum a esta Superintendencia, una solicitud de inversión extranjera ante el Comité de Inversión Extranjera, una solicitud de inscripción en el Registro de Valores a la Superintendencia de Valores y Seguros ("SVS"), y el lanzamiento de una Oferta Pública de Adquisición de Acciones ("OPA"), cuyo Prospecto en forma expresa ya señalaba que: "(...) [e]I oferente no descarta que como consecuencia de la Oferta, Cuprum deje de ser una sociedad anónima abierta y por consiguiente, que deba cancelar la inscripción de sus acciones en el Registro de Valores y en las bolsas de valores, ni la posibilidad de efectuar reorganizaciones o fusiones de Cuprum con el Oferente o con sociedades relacionadas a éste, como parte de un proceso de reestructuración. ".

b. Pronunciamiento de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE").

Mediante el Oficio Ordinario N° 1773 y ejerciendo sus facultades fiscalizadoras en la integración de empresas del mismo rubro, la FNE resolvió archivar el expediente respectivo, en consideración a que no era posible advertir riesgos significativos derivados de la operación que justificaran iniciar una investigación.

c. Actuaciones efectuadas ante el Comité de Inversión Extranjera ("CIE").

Dentro de las actuaciones realizadas ante el Comité de Inversión Extranjera para efectos de adquirir las acciones de AFP Cuprum se destacan: (i) solicitud de Inversión Extranjera N°22.256 de PFS de fecha 27 de noviembre de 2012, y el correspondiente Formulario de Solicitud de Inversión Extranjera con autorización de liquidar divisas al amparo del Decreto Ley N° 600 de 1974; y (ii) solicitud de Inversión Extranjera N°22.308 de PFS, de fecha 30 de abril de 2013, y el correspondiente Formulario de Solicitud de Inversión Extranjera con autorización de liquidar divisas al amparo del D.L. N°600, de esa misma fecha. Asimismo, por escritura pública de fecha 11 de septiembre de 2013, otorgada en la Notaría de Santiago de don Eduardo Avello Concha, Repertorio N° 21.685-2013, se celebró el Contrato de Inversión Extranjera entre el Estado de Chile y PFS, en conformidad a lo dispuesto en el D.L. N°600; y a las solicitudes de inversión extranjera N°s 22.256 y 22.308, aprobadas por el Comité de Inversión Extranjera en sesión de fecha 8 de julio de 2013.

d. Proceso de fusión.

El proceso de fusión involucró una serie de actos, convenciones, contratos, como asimismo, la realización de gestiones conexas entre sí, todos ellos ante distintos reguladores sectoriales, esta SP, la SVS y el Servicio de Impuestos Internos.

Cuprum y Principal iniciaron el proceso de fusión asumiendo que, tal como había

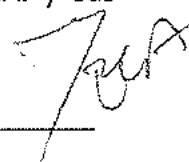
GA

ocurrido en el pasado, esta SP sólo exigiría para autorizar la fusión, que se le acreditara a su satisfacción que la sociedad resultante de la misma cumplía con los requisitos para ser AFP. Es así como el 26 de agosto de 2014 el Directorio de PIC acordó proponer al Directorio de Cuprum la fusión por incorporación de esta última en la primera; y, el 11 de septiembre del mismo año, el Directorio de Cuprum convocó a Junta General Extraordinaria de Accionistas con el objeto de, en resumen, (i) aprobar la fusión por incorporación de Cuprum en PIC sujeta a las siguientes condiciones suspensivas y copulativas: (1.) la autorización de la operación por la SP; (2.) la inscripción de PIC y sus acciones en el Registro de Valores de la SVS; y, (3.) todas las demás condiciones que acordaran los accionistas en la junta extraordinaria de accionistas correspondiente; (ii) aprobar los antecedentes que servían de base para la fusión; y (iii) acordar la relación de canje entre las acciones de PIC y Cuprum. Todo lo anterior se divulgó de conformidad a la normativa vigente, como hecho esencial; informándosele también a esta SP, al Depósito Central de Valores, a los accionistas y al público en general.

Con fecha 25 de septiembre de 2014, esta Superintendencia emitió el Oficio N° 21.449, en el que interpretó que no correspondía autorizar la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. en PIC, toda vez que esta última, no habiéndose constituido como administradora, no podía administrar los Fondos de Pensiones a que se refiere el art. 23 del DL N° 3.500. En el párrafo final del citado oficio, le comunica textualmente a la sociedad bajo su directa supervigilancia: "Finalmente, se le hace presente que la fusión antes señalada podría ser autorizada si, en forma previa, Principal Institutional Chile SA. se constituye en Administradora de Fondos de Pensiones, de conformidad con las normas antes citadas".

No obstante que Principal reiteró su postura en carta de 7 de octubre de 2014 - y en el Informe en Derecho que se acompañó a dicha carta, preparado por el profesor Luis Cordero Vega - señalando que el procedimiento iniciado originalmente se ajustaba a derecho y que, en consecuencia, esta Superintendencia estaba facultada para autorizar una fusión entre una AFP y una sociedad anónima cerrada, la Superintendencia mantuvo su interpretación al respecto, exigiendo que de forma previa a la fusión PIC se transformara en AFP. Por lo anterior, siguiendo las instrucciones de esta SP, Principal solicitó la autorización para transformar a PIC, dueña del 97% aproximadamente de las acciones de AFP Cuprum, en una AFP, para los efectos de la fusión, lo que desencadenó un sinnúmero de actuaciones de Principal ante la Superintendencia.

De esta manera PIC, que al inicio de la operación de fusión era una sociedad anónima cerrada vigente desde el 4 de octubre de 2012, fue autorizada primero provisionalmente como AFP por esta Superintendencia, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 130 de la LSA, de Sociedades Anónimas (LSA), con fecha 16 de diciembre de 2014. Luego, fue autorizada en forma definitiva como AFP Argentum por la Superintendencia, conforme lo establece el artículo 131 de la LSA, mediante la Resolución E-220, sujeta a la condición suspensiva de que AFP Argentum se fusionara con AFP Cuprum, absorbiendo la primera a la segunda, dentro del plazo de 60 días. Adquirió posteriormente, con fecha 29 de diciembre de 2014, la calidad de sociedad anónima abierta, al inscribirse la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y sus



acciones, en el Registro de Valores de la SVS bajo los N°. 1.125 y 1.014, respectivamente.

Finalmente, el 2 de enero de 2015, esta Superintendencia aprobó definitivamente la fusión por incorporación de AFP Cuprum en AFP Argentum, mediante la Resolución E-221. La sociedad resultante de la fusión adoptó el nombre de la sociedad absorbida - AFP Cuprum- para simplificar la relación con los afiliados y por motivos comerciales.

Se realizaron, además, una serie de gestiones adicionales. Así, con fecha 30 de diciembre de 2013 AFP Argentum, efectuó las siguientes presentaciones ante el SII: (i) Formulario N° 2117, adjuntando documentos y Declaración Jurada sobre inicio del proceso de fusión, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 20.780; (ii) formulario N° 3239 solicitando cambio de giro de PIC a AFP; y, (iii) formulario N° 3239 solicitando modificación de razón social de PIC a Argentum y pidiendo cambio de representante legal. Con fecha 23 de febrero de 2015, se presentó ante el SII el formulario N° 2117, informando la conclusión del proceso de fusión.

La SVS, por su parte, certificó con fecha 7 de agosto de 2015, la inscripción en el Registro de Valores de la disolución anticipada de AFP Cuprum, inscrita bajo el N° 107, producto de su fusión por incorporación al ser absorbida por AFP Argentum, pasando ésta última a ser la sucesora y continuadora legal de la primera. Por último, con fecha 18 de agosto de 2015, la SVS certificó también que mediante la Resolución E-221 esta Superintendencia había autorizado la fusión de AFP Argentum y AFP Cuprum, por incorporación de la segunda en la primera, que la absorbía, denominándose la continuadora legal Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.

Habiendo transcurrido más de diez meses, desde que la SVS certificó que esta Superintendencia había autorizado la fusión entre AFP Argentum y AFP Cuprum, y que la continuadora legal adquiriría el nombre de ésta última; hallándose consolidados derechos a favor de las personas jurídicas involucradas y de un sin número de terceros contratantes; estando dilucidado a través de la Resolución Exenta N° 513, de 4 de marzo de 2016, de esta Superintendencia ("Resolución N° 513") que la invalidación de las resoluciones N°s E-220 y E-221, es totalmente improcedente; y, aclarado también por parte de esta Superintendencia a la Contraloría General de la República, a través del Oficio Ordinario N° 8246 de 17 de mayo de 2016, que simplemente no correspondía "iniciar un procedimiento invalidatorio", recientemente, esto es, el 28 de junio de 2016, la Contraloría General de la República ("Contraloría") emitió el dictamen N° 47.645.

A través de este último Dictamen, la Contraloría se pronunció respecto de la información que le fuera remitida por la Superintendencia en relación con las medidas adoptadas como consecuencia de los pronunciamientos previamente emitidos por el propio ente contralor, N°s 98.889, de 2015, y 9.702, de 2016, y de las solicitudes de pronunciamiento realizadas por (i) los H. diputados don Fuad Eduardo Chahín Valenzuela, don Patricio Iván Vallespín López y don Iván Alberto Flores García, y por (ii) don Patricio Edgardo Herman Pacheco y don Gino Darío Lorenzini Barrios; respecto, entre otros asuntos, de la supuesta ilegalidad en que habría incurrido la Resolución

BUTX

Exenta N° 513, de 4 de marzo de 2016, de esta SP.

En el referido Dictamen N°47.645, la Contraloría expresó que en la Resolución N°513 esta Superintendencia determinó no invalidar las Resoluciones N°E-220, de 2014 y E-221, de 2015, sin haber iniciado formalmente un procedimiento administrativo de invalidación y que, por ello, debería dar lugar a la tramitación de aquel procedimiento a fin de resolver, en el contexto de dicho procedimiento administrativo, lo pertinente. Señala la Contraloría que:

"(....) la decisión de ejercer o no la potestad invalidatoria debe ser el resultado de un procedimiento administrativo en el que, una vez conferida audiencia a los interesados y con el mérito de los antecedentes del expediente, la Administración resuelva la mantención o expulsión del ordenamiento Jurídico de los actos en cuestión, situación que no ha tenido lugar en la especie

En consecuencia, resulta necesario que la Superintendencia de Pensiones inicie el respectivo procedimiento de invalidación, otorgue audiencia o traslado a los interesados y, con el mérito de los elementos de juicio que reúna en el expediente respectivo, resuelva lo que en Derecho corresponda, debiendo informar a esta Contraloría General el inicio del procedimiento de invalidación, dentro del término de 15 días hábiles a contar de la recepción del presente oficio, acompañando copia del acto que disponga la iniciación, una vez concluido, remita copia del acto terminal del mismo".

Así las cosas, esta Superintendencia de Pensiones ha sido compelida por la Contraloría a abrir un procedimiento invalidatorio a efectos de que se determine si resulta o no procedente invalidar: (i) la Resolución E-220, esto es, el acto administrativo que autorizó la existencia y aprobó los estatutos de AFP Argentum, bajo la condición suspensiva de que ella se fusionara dentro del plazo allí previsto con AFP Cuprum; y (ii) la Resolución E-221, esto es, el acto administrativo que autorizó la fusión por absorción de AFP Argentum y AFP Cuprum; tras declarar el cumplimiento de la condición precedente.

III. La invalidación de los actos administrativos.

Como es sabido, señala, AFP Cuprum S.A., la invalidación es "(. . .) la decisión adoptada por la Administración del Estado consistente en la pérdida de eficacia del acto administrativo por razones de su ilegalidad". El artículo 53 de la LBPA, "Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado" ("LBPA") dispone que la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar en forma total o parcial, los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

III.1. La invalidación es una facultad de la Administración, cuya procedencia está limitada a determinados y calificados casos.

La invalidación es una facultad conferida a la Administración, a fin de que existiendo elementos contrarios a Derecho ellos puedan ser dejados sin efecto. Ahora bien, la invalidación es un régimen diferente del de ilegalidad y, por ello, corresponde sólo frente a determinadas y precisas contravenciones normativas. Aunque la invalidez suele ser consecuencia de la ilegalidad, se trata de dos instituciones distintas y, relativamente, autónomas. Mientras que la ilegalidad constituye una mera confrontación del acto con el ordenamiento, la invalidez es una consecuencia que el sistema jurídico prevé teniendo en cuenta diversos factores, intereses y valores jurídicos (buena fe, situaciones consolidadas, derechos adquiridos, conservación del acto administrativo, etc.).

Los cauces para apreciar la ilegalidad de un acto -o sea, para destruir la presunción de legalidad- son más amplios y diversos que los que se admiten para apreciar la invalidación de un acto -o sea, para destruir la presunción de validez-, razón por la que la presunción de validez es más fuerte o resistente que la presunción de legalidad. En este sentido, toda invalidación requiere de una ilegalidad, pero no toda ilegalidad da lugar a una invalidez.

Por otro lado, la determinación de la invalidez de un acto administrativo no sólo es más estricta que la determinación de su ilegalidad pues requiere ponderar diversos factores, intereses y valores jurídicos, sino que, además, parte de la doctrina sostiene que sólo cierta clase de vicios podrían comprometer su validez: (i) la ausencia de investidura regular; (ii) la actuación fuera de la órbita de competencia del órgano; (iii) la ilegalidad por vicio de exceso de poder, abuso o desviación de fin; y, (iv) vicios de forma o esenciales que causan perjuicio al interesado, de conformidad con lo que dispone.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido uniformemente que no toda ilegalidad de un acto administrativo conlleva su nulidad, señalando que:

"En efecto, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como señala el inciso segundo del artículo 13 de la LBPA sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. **Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica.** Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados".

III.2. La potestad invalidatoria se encuentra limitada, además, por el respeto a los derechos adquiridos y situaciones consolidadas, y por la confianza legítima.

La potestad invalidatoria no solo tiene restringida su procedencia a ciertos y calificados casos sino que, además, se encuentra limitada, entre otras circunstancias, por la existencia de derechos adquiridos y situaciones consolidadas,

y por el respeto del principio de confianza legítima y, por ello, de conservación del acto administrativo y de buena fe.

En efecto, la administración no puede invalidar o dejar sin efecto actuaciones administrativas que hayan generado y consolidado derechos en el administrado, que confiando en la administración actuó conforme lo instruyó la autoridad y con la legítima expectativa que, luego, la administración no cambiaría de parecer.

Adicionalmente, tratándose de vicios de forma se exige que ellos sean esenciales, que generen perjuicio al interesado y que su invalidación no infrinja el principio de conservación de los actos administrativos y el principio de la no formalización consagrado en el ya citado artículo 13 de la LBPA. Aquella es la extensión de la potestad invalidatoria de la Administración: importa una facultad para la autoridad administrativa, aunque restringida a ciertos y calificados casos y al respeto de los derechos adquiridos, las situaciones jurídicas consolidadas y a los principios de confianza legítima, conservación del acto administrativo y buena fe.

IV. La Superintendencia no puede proceder a la invalidación toda vez que debe respetar las situaciones jurídicas consolidadas y observar el principio de la confianza legítima.

Resulta improcedente la invalidación de las Resoluciones de la Superintendencia puesto que ellas son, precisamente, fruto de la confianza legítima y buena fe de Cuprum y Principal en las actuaciones de esta SP. Las Resoluciones SP han desplegado todos sus efectos, generando derechos adquiridos y situaciones consolidadas a favor no sólo de Cuprum y Principal, sino también de los afiliados a los fondos de pensiones, accionistas y contrapartes.

Como se señaló, la potestad invalidatoria no es una potestad absoluta. Ella tiene claros límites en su ejercicio, los que se reconocen en los principios de buena fe y de certeza jurídica, los cuales, a su vez, se engarzan con el debido respeto de las situaciones jurídicas consolidadas y de la legítima confianza depositada en las autoridades públicas. En tal sentido, la Contraloría ha dictaminado:

"(..) el ejercicio de esta atribución de invalidar debe ser armonizado con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe, la seguridad y certeza jurídica. De este modo, se debe reiterar que la potestad invalidatoria no es absoluta, sino que se encuentra limitada, entre otras circunstancias, por la existencia de situaciones jurídicas consolidadas y la buena fe de terceros involucrados, esto es, con la creencia de los administrados de encontrarse frente a un escenario regular y legítimo, valores que priman sobre dicha potestad administrativa, cuestión que ha sido reconocida repetidamente por la jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes Nos 24.776, de 1995; 31.087, de 1996; 12.266, de 1999; 1, de 2001; 7348, de 2008; 8.058 y 22.790, de 2009 y 2.091, de 2010." (Dictamen N° 61.570 de 2010).

Así, el principio de protección de la confianza legítima se constituye como un categórico límite a la facultad de invalidación de los actos administrativos a consecuencia de la certeza que demanda la seguridad jurídica en pos de mantener aquellas situaciones que han creado derechos a favor de sujetos que confiaron en la legitimidad y continuidad de tales relaciones emanadas de actuaciones firmes - definitivas - de la Administración.

Concordante con lo anterior, la Contraloría ha indicado que

"(...)es conveniente tener presente que en virtud de principio de confianza legítima, quienes adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo no pueden ver afectadas situaciones jurídicas consolidadas a consecuencia de las actuaciones de los órganos de la Administración"³

A la misma conclusión arriba la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. Así, la Corte Suprema en los autos rol N° 7086/2010 (casación), de 2 de enero de 2013, resolvió:

"Que, asimismo, la actuación de la Municipalidad en los términos descritos en el motivo anterior vulnera el principio de la confianza legítima que la rige frente a los administrados.

El referido principio es manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica y de certeza de la situación de cada ciudadano, en que se basan, entre otras, las garantías que se consignan en los numerales 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del art. 19 de la Carta Política.

En tal virtud, era dable suponer que el actor al solicitar la información para adoptar la decisión de realizar una inversión de tal envergadura en la comuna, cumpliendo con todas las exigencias legales y los requisitos para obtener los permisos correspondientes, lo hizo confiado en que el municipio actuaría de manera acorde a su propia normativa y a lo que la autoridad de transporte le ordenaba."

Por esto, en el ejercicio de sus potestades de revisión por vicios de ilegalidad, la autoridad debe ponderar tanto la posibilidad de afectar la buena fe de los particulares involucrados como de alterar los efectos que el acto administrativo pudo haber ocasionado en el patrimonio de él (Sic) o los interesados, no pudiendo afectarse a quienes "(. . .) adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo" (Dictamen N° 7.430 de 2012), incluso si se tratara de situaciones jurídicas irregulares o ilegales. En tal sentido, la doctrina ha señalado que:

³ Subrayado y destacado en el original.

EVA

"Un acto es válido -no por su legalidad, sino- cuando su conservación está garantizada por el Derecho. En efecto puede haber actos que aun incurriendo en graves ilegalidades hayan creado una situación que el Derecho considera necesario tutelar y aconsejable preservar para salvaguardar un principio jurídico que en el caso concreto, tiene un mayor peso que la legalidad. La conformidad con el derecho ha de medirse atendiendo a si el ordenamiento considera necesario proteger ese acto, bien porque no ha cometido infracción o por las consecuencias producidas. "

Si tratándose de actos que adolezcan de ilegalidades -que no es el caso- la autoridad debe ponderar -e incluso conservarlos- en aras de las consecuencias que éstos han producido, con mayor razón la autoridad no puede desconocer los efectos y consecuencias de actos administrativos que se han desarrollado en el marco del ordenamiento jurídico, en los términos requeridos por la propia autoridad, como es la operación de fusión, y que han afectado tanto a los titulares del mismo como a terceros que de buena fe se encuentran vinculados con ellos. La premisa es evitar que por conducto de la invalidación "(. . .) se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes instrumentos (Dictamen 51.775 de 2013); afirmación aún más importante en este caso toda vez que las Resoluciones de la Superintendencia no generan ningún efecto dañoso que comparar frente a los que produciría una eventual invalidación. En otras palabras, las situaciones jurídicas, que como consecuencia de dichos actos se han llevado a cabo y consolidado, no pueden ser ignoradas.

El término situación jurídica consolidada ha adquirido relevancia a propósito de las consecuencias que se derivan de la declaración de nulidad o invalidez de un acto administrativo y de la interpretación retroactiva de las leyes. En efecto, y como señala la doctrina:

"(...) la noción de situación jurídica es, en concepto de Roubier, superior al término derecho adquirido, porque no entraña forzosamente como éste un carácter subjetivo (Subrayado y destacado en el original), pudiendo aplicarse a las situaciones como las del menor, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede siquiera hablarse de derechos adquiridos; no puede decirse que el estado de interdicción, de menor de edad, de pródigo es un derecho adquirido, pero sí que es una situación jurídica. También es superior a la noción de relación jurídica, tan usada en la ciencia contemporánea, y que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no ocurre con la situación jurídica, que puede ser unilateral y oponible a todos.

Agregándose que

"[d]ecir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, significa que la ley no debe burlar la confianza que en ella depositamos y que las situaciones establecidas, los actos realizados bajo su protección deben permanecer intactos, ocurra lo que ocurra".

7
ELA

Dicho concepto ha sido recogido también por nuestra jurisprudencia judicial, quien ha precisado:

"Agrega que en ese sentido, la administración puede y debe invalidar o enmendar sus actos, sin embargo, repetidamente se ha sostenido que este criterio encuentra **un importante límite frente a actos que han producido efectos jurídicos en el patrimonio de terceros de buena fe. Se trata acá de un proceso que se haya agotado, y cuyos efectos configuran una situación jurídica consolidada, que no resulta dable alterar mediante otro acto administrativo invalidatorio, toda vez que se ha actuado de buena fe y sus intereses no pueden ser afectados...**".

Esta propia Superintendencia, en su Resolución N°513, comprendió estos límites a la potestad invalidatoria:

"g) En cuanto a la procedencia de la invalidación, **la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República impone un límite a la potestad invalidatoria de la Administración activa, que consiste en respetar la confianza depositada por los administrados en los actos de la Administración.**

La Contraloría general de la República sostiene que la invalidación tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas, sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica lo exige. De otro modo, agrega, podría presentarse el caos y daños irreparables e injustos, al margen de que por haber producido sus efectos, la nulidad del acto írrito afectaría derechos de terceros. En consecuencia, **el ejercicio de la potestad invalidatoria de los actos administrativos debe ser armonizado con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe y la seguridad o certeza jurídicas, de tal manera que de producirse una colisión entre esa facultad-deber éstos, en determinadas situaciones, deben prevalecer dichos valores**".

IV.1. De la buena fe y la confianza legítima. Cuprum y Principal actuaron, antes y después del procedimiento administrativo llevado ante esta SP, de buena fe, ajustando su proceder a las instrucciones emanadas de las autoridades administrativas.

Conforme con lo expuesto precedentemente, es absolutamente improcedente que esta Superintendencia desconozca sus actos positivos, conforme a los cuales Cuprum y Principal ajustaron su actuar, con la genuina creencia de que se trataba de instrucciones que emanaban del legítimo ejercicio del poder público. Proceder de otra manera constituiría lisa y llanamente una infracción al principio de la buena fe y de la protección de la confianza legítima.

BUT

Esta propia SP ya habría reconocido lo anterior en su Resolución N°513 al determinar que:

"La facultad invalidatoria de esta Superintendencia respecto de las resoluciones en análisis se encuentra limitada por el respeto a la situaciones jurídicas ya consolidadas. En efecto, **los administrados siguieron instrucciones explícitas de esta Superintendencia** (...)

Que estando obligadas las administradoras a acatar las instrucciones que les impartió esta Superintendencia, actuaron bajo el convencimiento de la legalidad del procedimiento instruido por ella, lo que les otorgaba la confianza de estar obrando en el marco del ordenamiento jurídico vigente;

Que **habiéndose limitado los regulados a dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia** (...), debe entenderse que éstos han actuado de buena fe."

También lo hizo la propia Contraloría en su pronunciamiento N°98.889, de diciembre de 2015. En él, la Contraloría estableció que el comportamiento de Cuprum y Principal obedeció a las instrucciones dadas por la SP:

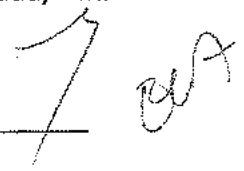
"Con todo, y sin perjuicio de lo anterior, se estima necesario consignar que, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, **las empresas mencionadas se limitaron a dar cumplimiento a las instrucciones recibidas de la SP**, a través de las comunicaciones pertinente".

En este sentido, debe recordarse que Cuprum y Principal dieron cumplimiento estricto a todos los requisitos establecidos en la ley y exigidos por las autoridades sectoriales. En efecto, la Superintendencia en la Resolución N°E-220 se pronunció respecto de la constitución de AFP Argentum y señaló que "(...) en mérito de los antecedentes aportados por la sociedad que ha solicitado la autorización de esta Superintendencia para constituir AFP Argentum SA., **se ha acreditado suficientemente la concurrencia de los requisitos habilitantes para tales efectos**".

Así, fue esta propia SP -autoridad sectorial y técnica competente- la que impuso los requisitos para permitir la fusión, los cuales fueron acabadamente cumplidos por mi representada.

Por lo demás, debe recordarse que Cuprum y Principal no sólo presentaron, informaron y solicitaron, en su caso, la autorización de esta SP sino que, además y según se ha explicado, se encargaron de informar y concurrir a las demás autoridades que podían tener también injerencia en la operación.

Todas estas actuaciones -y todas las otras actuaciones que precedieron a las Resoluciones SP- constan en el expediente administrativo tramitado y sancionado ante esta Superintendencia. Ellas demuestran que, sin lugar a duda, mi



representada actuó de buena fe, cumpliendo con todos los requisitos y trámites que este regulador les exigió, razón por la que resulta improcedente cualquier invalidación de las Resoluciones SP, en tanto actos autorizatorios que emanaron de la autoridad sectorial competente y que fueron fruto de sus propias instrucciones.

En suma, en la situación específica que nos ocupa, el principio de la confianza legítima citado se traduce en que mi representada confió legítimamente en que sus actos, realizados en cumplimiento de precisas instrucciones de esta SP, eran lícitos y ajustados a derecho, de acuerdo con el ordenamiento normativo vigente, por lo que es forzoso sigan reconocidos como tales, es decir, como actuaciones válidas y permitidas. Si hoy la administración cambiara de parecer, y a los hechos antes reconocidos les atribuyera ahora fisonomía de ilicitud, se violentaría la seguridad jurídica de los ciudadanos y se desconocerían e infringirían los principios de protección de la confianza legítima y la buena fe.

Los actos desarrollados por Cuprum y Principal, con plena sumisión a las instrucciones emanadas de esta Superintendencia, se engarzan en el contexto de un marco legal que la autoridad definió como lícito. Cuprum y Principal actuaron siempre en este sentido de buena fe, bajo el convencimiento de haberse ajustado siempre a derecho.

Todo lo anterior, no sólo consta en las diversas actuaciones realizadas por sus representadas ante esta Superintendencia sino que también en las opiniones de la Contraloría y de esta mismísima Superintendencia.

IV.2. De los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas. Las autorizaciones otorgadas por esta Superintendencia a través de las Resoluciones SP produjeron situaciones jurídicas consolidadas, adquiriendo Principal, Cuprum y terceros derechos patrimoniales protegidos por el ordenamiento jurídico, y, que a mayor abundamiento son irreversibles.

Como consecuencia de la obtención de las autorizaciones pertinentes, Cuprum y Principal materializaron una extensa y compleja operación de fusión y reorganización empresarial que finalizó en la existencia de la actual AFP Cuprum. En otros términos, las autorizaciones otorgadas por la Superintendencia permitieron a la actual AFP Cuprum ejercer una actividad económica regulada, con todos sus derechos y obligaciones.

Así las cosas, Cuprum y Principal incorporaron derechos legítimamente adquiridos a su patrimonio, sobre los cuales tienen un derecho de propiedad, el que no puede ser legalmente desconocido o afectado en este proceso de invalidación. Y es que este caso no trata sobre meras expectativas, o sobre la esperanza de obtener una situación jurídica; sino sobre un administrado que, actuando de buena fe y confiando en la actuación del Estado, obtuvo una autorización o habilitación que luego implementó y con la cual lleva largo tiempo operando.

CUX

En este contexto, debe advertirse que una invalidación de las Resoluciones SP no sólo desconocería y violaría los derechos legítimamente adquiridos por Cuprum y Principal, sino también por afiliados y terceros, lo que generaría una serie de perjuicios que trascienden al caso. Y ello resulta relevante toda vez que, más allá de la responsabilidad patrimonial del Estado, es pacífico en nuestra doctrina y jurisprudencia que debe evitarse que a través de una invalidación administrativa "(...) se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación" de los correspondientes instrumentos".

De este modo y, habiendo sido la propia autoridad competente en la materia la que impuso requisitos para permitir la fusión, los cuales fueron cabalmente cumplidos por Cuprum y Principal, procediéndose en consecuencia luego a autorizar dicha fusión, es que la nueva AFP Cuprum celebró y llevo a cabo una serie de actos, algunos de los cuales se precisan a continuación, los que generaron situaciones jurídicas consolidadas tanto respecto del titular de la operación, como en relación con los actos mismos que se llevaron a cabo, así como con los terceros de buena fe en ellos involucrados, y que en consecuencia no pueden ser desconocidos por la autoridad y menos aún dejados sin efecto, puesto que (i) en algunos casos no es posible retrotraer dichos actos al momento previo a la fusión, (ii) en otros, las consecuencias jurídicas de dichos actos se han agotado o bien, por último, (iii) su anulación ocasionaría consecuencias más perniciosas que las que se producirían con su conservación.

En esta materia es preciso recordar que de acuerdo al inciso tercero del art. 99 LSA, "[h]ay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos": y, que conforme al inciso cuarto: "[e]n estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbida".

En consecuencia, como efecto de la fusión por incorporación se produce la disolución de la sociedad absorbida, de manera que todo su patrimonio y accionistas se radican en plenitud y por imperio de la ley en la sociedad absorbente, la cual la sucede, según lo dispone el inciso primero del citado artículo 99 de la LSA, lo que constituye una característica distintiva de la fusión y como tal es irrenunciable, en términos que si acaso subsistiera la sociedad absorbida habría que determinar que no existe fusión.

Se trata como lo establece expresamente la ley de una disolución sin liquidación. Ello porque todo el patrimonio de la sociedad absorbida como asimismo todos y cada uno de sus accionistas son asignados a la sociedad absorbente pasando a formar parte de ella, no pudiendo subsistir la sociedad incorporada al no tener patrimonio de ninguna clase ni socios que la integren.

Por ello se sostiene que la sociedad absorbida se extingue, dejando de existir la

⁴ Ídem.

7
C.A.

sociedad como persona jurídica o sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones civiles. En estas circunstancias, es muy importante poder establecer en qué momento se produce la fusión que provoca la extinción de la sociedad absorbida. La respuesta a esa interrogante se encuentra en el art. 158 del Reglamento de Sociedades Anónimas ("RSA") que establece lo siguiente: "Se considerará como fecha de la fusión aquella en que surte efecto la aprobación de la fusión de acuerdo al art. 5 de este reglamento. Si este efecto no se produce en un mismo día para todas las sociedades que participan, la fecha de la fusión será aquella en que la última aprobación surta efecto. En consecuencia, esa fecha será la de constitución de la nueva sociedad que nace en caso de una fusión por creación y será también la fecha en que se entenderán disueltas las sociedades absorbidas por la fusión. Lo anterior, sin perjuicio que pueda acordarse de que la fusión quede sujeta a plazo o condición y, en consecuencia, surta efecto una vez cumplida dicha modalidad".

A su vez el citado art. 5 del RSA en su inciso segundo señala: "La modificación de los estatutos de la sociedad anónima especial [caso de las sociedades anónimas administradoras de fondos de pensiones] o la disolución de la misma, producirá efecto a partir de la fecha de la respectiva resolución que la apruebe, siempre que el certificado especial que la Superintendencia expida acredite tal circunstancia y, en su caso, contenga un extracto de las cláusulas del estatuto social que han sido modificadas, según lo determine dicho organismo, y sea oportunamente inscrito y publicado de acuerdo al art. 127 de la ley". El art. 127 de la LSA nos remite para estos efectos al art. 126 del mismo cuerpo legal conforme al cual, el certificado en referencia a continuación se debe inscribir en el Registro de Comercio del domicilio social y publicarse por una vez en el Diario Oficial, todo ello dentro del plazo fatal de 60 días corridos contados desde la fecha de la resolución. Tratándose de la fusión acordada entre dos sociedades anónimas especiales, esas idénticas formalidades deberán cumplirse respecto de cada una de las dos sociedades que se fusionan.

En el momento mismo que surte efecto la fusión por incorporación, determinado éste en la forma señalada en los preceptos legales y reglamentarios antes citados, la sociedad absorbida se extingue definitiva y totalmente, sin que a partir de ese hecho se requiera del cumplimiento de ninguna otra formalidad o condición. Así, la absorbida y antigua AFP Cuprum hoy se encuentra disuelta y estando en esta calidad, y además cancelada su autorización de existencia e inscrita y publicada su disolución, es imposible volverla a la vida jurídica. No se puede revivir simplemente lo que no existe. Después de la fusión se produjo una integración de patrimonios y una natural confusión de los mismos, por lo que resulta imposible volver al pasado el efecto connatural de toda invalidación.

Así, por ejemplo, desde el 2 de enero de 2015 y hasta el 30 de junio de 2016, en materia de inversiones efectuadas por Cuprum en representación de los fondos, se han realizado alrededor de 200.000 transacciones, por un monto aproximado total de 200 mil millones de dólares, cifra cercana al PIB de Chile en el 2015. Asimismo, sólo en los últimos doce meses, Cuprum ha recaudado 1.300.530 mil millones de

pesos; ha pagado más de 584.737 pensiones; ha efectuado más de 845.136 traspasos de fondos; ha realizado pagos por concepto de herencias, ascendentes a aproximadamente 16.842 mil millones de pesos; ha efectuado traspasos de fondos a compañías de seguros a fin de financiar pagos de primas de rentas vitalicias previsionales, ascendentes a aproximadamente 795.894 mil millones.

A mayor abundamiento, Cuprum ha preparado y enviado a esta SP estados financieros, los cuales han sido debidamente auditados por auditores externos, información que se ha divulgado al mercado y sobre cuya base se han comprado y enajenado acciones de AFP Cuprum.

En suma, resulta simplemente imposible retrotraer las cosas al estado anterior a los múltiples actos conexos, complejos y continuos realizados por Cuprum en un espacio de tiempo tan prolongado. Se ocasionaría daño inconmensurable no sólo a Cuprum y Principal, sino también a sus afiliados, accionistas, terceros que celebraron actos, convenciones y contratos con aquéllas, y, en general, al mercado de capitales y al orden jurídico económico y social.

En este sentido, dichas situaciones jurídicas merecen la debida protección, como así lo ha precisado la doctrina.

Por último, cabe considerar que la Contraloría en su Oficio N° 98.889 y esta Superintendencia en su Resolución N°513 han estimado que la norma aplicable a la fusión goza de poca precisión. En este contexto, esta Superintendencia ahora no puede pretender desconocer un acto que fue instruido por ella misma y que cumplía con la ley usando para ello una sobreviniente, nueva y distinta interpretación de la normativa aplicable. En tal sentido la jurisprudencia judicial ha precisado que: **"El error administrativo no puede servir de base para alterar una situación jurídica preexistente"** y firme, porque ello implicaría modificar un acto administrativo mediante otro, pasando por sobre el derecho adquirido por el particular afectado, así como hacer recaer el propio error de la administración no en quien lo cometió sino en dicho particular. Un acto administrativo que ya ha producido sus efectos hace ingresar al patrimonio del administrado de buena fe un derecho sobre el cual la administración carece de facultad de autotutela declarativa, pues, ésta corresponde a juez y no a la administración".

Conforme a lo señalado precedentemente, una hipotética invalidación resulta imposible toda vez que los efectos naturales de ella son simplemente impracticables. En efecto, invalidar las Resoluciones SP no podría tener el efecto de rehabilitar a la sociedad absorbida, y consecuentemente no se podría retrotraer a las sociedades al mismo estado en que ambas se hallarían si no hubiere existido la fusión. En tal sentido, debido a la consecuencia derivada de la inexorable extinción de la sociedad absorbida, habría una imposibilidad jurídica para poder revertir tal situación y así volver al pasado; o, en otros términos, habría una imposibilidad jurídica de invalidar.

7
EAT

V. La operación entre AFP Argentum y AFP Cuprum no tiene vicios que justifiquen su invalidación.

V.1. Existía otra alternativa de fusión igualmente legítima en virtud de lo dispuesto por la ley del ramo y la función de resguardo regulatorio de la Superintendencia de Pensiones.

Resulta necesario detenerse sobre un aspecto nada de trivial del que da cuenta la Resolución N° 513, como es la existencia de más de una alternativa correcta para materializar la fusión por absorción entre PIC y la antigua AFP Cuprum. En efecto, la Superintendencia, remitiéndose al informe elaborado por el señor Fiscal, expuso:

"a) Los procesos de creación de las AFPs Argentum S.A. y Acquisition Co. S.A. y las posteriores fusiones con AFP Cuprum S.A. y AFP Provida S.A., respectivamente, pudieron haberse realizado de otra forma, llegando al mismo resultado. En su carta de fecha 11 de septiembre de 2014, AFP Cuprum SA. informó a esta Superintendencia de Pensiones su intención de realizar la fusión por absorción de Cuprum en Principal Institutional Chile SA. (en adelante indistintamente "PIC"), subsistiendo la última como absorbente, sujeto a las condiciones suspensivas y copulativas que en la misma carta expuso. La Superintendencia contestó la carta de AFP Cuprum SA. mediante el Oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2015. En él, esta Superintendencia señaló: (..) Como consecuencia de la disolución de la AFP, la administración de los Fondos de Pensiones quedaría en manos de una sociedad no constituida como Administradora de conformidad Administradora de Fondos de Pensiones, de conformidad con las normas citadas".

b) La condición señalada por esta Superintendencia en el oficio mencionado era innecesaria y fue instruida en forma errónea, ya que implicaba la imposición de una exigencia adicional a los operadores de este sistema, al que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico. ...)

c) En consecuencia, la Superintendencia estaba habilitada legalmente para autorizar la fusión informada en la carta de AFP Cuprum S.A. de 11 de septiembre de 2014, sin requerir la constitución de PIC como AFP en una fecha y actuación posterior. En efecto, la Superintendencia pudo haber autorizado, en un solo acto, la fusión entre PIC y AFP Cuprum S.A. y, simultáneamente, la transformación de la entidad resultante en una AFP, mecanismo legalmente idóneo para el resultado solicitado".

En la misma resolución esta Superintendencia hizo suyas las conclusiones de la fiscalía de la Superintendencia y concluyó:

"[q]ue comparte este Superintendente el criterio sostenido por el Sr. Fiscal, en el sentido de que la condición señalada por esta Superintendencia para llevar adelante las fusiones era innecesaria ya que implicaba la imposición de una

exigencia adicional a los operadores de este sistema (...)"

No se trata de volver inoficiosamente en el tiempo e insistir en la validez de un mecanismo de fusión que, en definitiva, no se llegó a materializar debido a la instrucción dada por esta Superintendencia en el Oficio N°21.449, de 2014. Por el contrario, se trata de demostrar que Cuprum y Principal mantuvieron siempre una conducta propositiva, velando porque su cometido se ajustase en todo momento a Derecho y a las instrucciones que daban las autoridades competentes. Es también relevante por cuanto los cuestionamientos efectuados a las Resoluciones SP, aunque infundados, emanan precisamente del trámite o gestión adicional instruido por esta SP en orden a transformar a PIC en AFP en forma previa a la fusión.

En ese contexto resulta pertinente destacar que PIC y Cuprum iniciaron el proceso de fusión con fecha 26 de agosto de 2014, al celebrar la primera la Sesión de Directorio, oportunidad en que se acordó proponer al Directorio de Cuprum la fusión por absorción de ésta, entendiendo que la SP solamente debía autorizar la fusión y a la sociedad resultante de la misma como AFP -luego de revisar que la sociedad resultante de la fusión cumplía todos los requisitos para ser AFP-, en el mismo acto o en forma separada pero simultánea.

La posibilidad de una fusión como la analizada no era antojadiza sino que tenía respaldo en lo interpretado por la jurisprudencia administrativa, emanada tanto de esta SP como de la SVS, instituciones que habían aprobado anteriormente operaciones como ésta.

En uno de esos casos, la SVS incluso señaló las características esenciales de una fusión por incorporación:

"(.. ..) a " Reunión" de dos o más sociedades en una.

El término "Reunión" utilizado por la norma citada no tiene otra connotación que denotar que dos o más sociedades, personas jurídicas distintas, se unen en una sola, que en el caso de la fusión por incorporación, es la persona jurídica de la sociedad absorbente.

b) La sociedad en la cual se fusionan las demás, las sucede en todos sus derechos y obligaciones.

En relación a este punto la ley del ramo establece como efecto de toda fusión que la sociedad absorbente sucede a la absorbida en todos sus derechos y obligaciones.

De acuerdo a lo anterior, el efecto de sucesión referido en el párrafo anterior implica una suerte de transmisión universal del total del conjunto de las relaciones activas y pasivas de la sociedad absorbida, en un solo acto, sin necesidad de cumplir para cada uno de los bienes singulares que componen el patrimonio de tal sociedad, las reglas de transferencia correspondientes.

c) Incorporación a la sociedad absorbente de la totalidad del patrimonio y accionistas de las sociedades absorbidas.

En cuanto a la incorporación de la "totalidad del patrimonio" de las sociedades absorbidas a la sociedad absorbente, tratándose de la fusión por incorporación, dicho efecto es consecuencia necesaria del efecto de sucesión tratado, en la letra anterior, toda vez que la absorbente pasará a ser titular de todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida. "

(...)

d) Disolución de las sociedades absorbidas.

Esta característica de la institución en comento, no se contiene, a diferencia de las anteriores, en el inciso primero del art. 99, sino que en su inciso 3º: "Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos".

A pesar de todo lo anterior y que tanto el procedimiento de fusión iniciado por Cuprum y Principal, como aquél instruido por esta SP, producían una misma estructura societaria e idénticos efectos tributarios; la SP emitió en el ejercicio de sus facultades, el antes referido Oficio N° 21.449. Es importante enfatizar que la SP no sólo tiene en esta materia amplias facultades, sino también que el ejercicio de las mismas-ya sea por la vía interpretativa o potestativa- es obligatorio para los entes sometidos a su fiscalización.

Por último, cabe agregar que con posterioridad a lo resuelto por esta SP en el Oficio N° 21.449, Principal reiteró su postura, en carta de 7 de octubre de 2014 -y en el Informe en Derecho que se acompañó a dicha carta-, señalando que el procedimiento iniciado originalmente se ajustaba a derecho y que, en consecuencia, esta SP estaba facultada para autorizar una fusión entre una AFP y una sociedad anónima cerrada. No obstante dicha comunicación, Principal debió ajustar el procedimiento que había propuesto al indicado por esta SP, y ejecutó los actos jurídicos necesarios y acompañó los antecedentes adicionales, que se derivaban de las instrucciones expresas de esta SP. Es pues, en ese contexto y en cumplimiento de las instrucciones realizadas por esta SP, que PIC se transformó en AFP Argentum, adquiriendo a continuación la calidad de sociedad anónima abierta tras haberse inscrito en el Registro de Valores a cargo de la SVS, con fecha 29 de diciembre de 2014, tanto la sociedad como sus acciones bajo los registros N° 1.125 y 1.014, respectivamente.

V.2 El proceso de fusión incluyendo la transformación de Principal Institucional Chile S.A. en AFP Argentum y la fusión de esta última con AFP Cuprum, cumplió con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, no

BUA

existiendo vicio alguno que pudiera justificar una invalidación administrativa, para lo cual expone cómo se verifican los requisitos y condiciones para la creación de una AFP –revisando para ello lo establecido en la LSA y en la LP y, luego, como se cumplen los requisitos y condiciones para la fusión de una AFP.

A.- Requisitos y condiciones para la creación de una AFP.

i.- Requisitos establecidos en la LSA:

El art. 130 de la LSA establece que la AFP deberá constituirse como una sociedad anónima especial, observando los requisitos que allí se establecen, señalando AFP Cuprum S.A. cómo, tratándose de AFP Argentum S.A., éstos se habrían cumplido.

a) "Para iniciar su constitución, los organizadores deberán presentar a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones un prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la sociedad y de la forma como desarrollará sus actividades".

Mediante presentación de fecha 14 de noviembre de 2014, Principal Chile Limitada ("PCL") dueña del 99,999% de las acciones emitidas de PIC, sometió a la consideración de esta SP un proyecto para autorizar a PIC como una sociedad administradora de fondos de pensiones, bajo la estructura de una sociedad anónima abierta especial sujeta a las normas y reglamentos de la LSA y a las disposiciones de la LP. Dicha solicitud obedeció a la instrucción dada por esta Superintendencia en el Oficio N°21.449, con la finalidad de que la fusión antes señalada pudiese ser autorizada, tal como se instruyó.

Luego, con fecha 17 de noviembre de 2014, PCL entregó a la SP un Estudio de Factibilidad ("Estudio de Factibilidad y sus Anexos, a que se refiere la Sección II del Índice General del Proyecto"), según lo señalado en el proyecto presentado el 14 de noviembre de 2014. En ese prospecto, se trataron antecedentes, tales como los ingresos actuales y proyectados de la compañía, flujos financieros, estrategias de negocios, proyecciones del mercado, estructura de costos, proyecciones respecto de las comisiones a pagar por los afiliados, márgenes de ganancia y utilidades, contratos suscritos con terceros, entre otros. En otras palabras, se trató de un plan de negocios real y existente. Tanto es así que en él se basa la estrategia que actualmente se encuentra ejecutando la entidad resultante de la operación: AFP Cuprum.

En esta materia es necesario tener presente que la autorización de PIC como AFP se otorgó en el contexto del proceso de fusión, en el que ésta iba a ser la sociedad absorbente sobreviviente, que iba a empezar a operar como tal una vez materializada la fusión, y AFP Cuprum la sociedad absorbida. Es así como Principal, al adecuar el proceso de fusión a lo dispuesto en las instrucciones de la autoridad competente y al someter a su consideración el proyecto para autorizar a PIC, como

EUA

AFP, señaló que ello lo hacía en "(...) el marco del proceso de fusión por el cual PIC absorbería a "Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A...., y de acuerdo a lo señalado en el oficio N° 21.449 la Superintendencia de Pensiones de fecha 25 de septiembre de 2014". Por la misma razón, agrega, esta SP sujetó la autorización de Principal como AFP a la condición suspensiva de que ésta última se fusionara con AFP Cuprum, dentro del plazo de 60 días.

Al momento de iniciar el proceso de fusión, PIC era, además y como consecuencia de la OPA de las acciones de AFP Cuprum lanzada a fines del año 2012, -proceso sometido a la estricta supervisión de la SVS-, propietaria de un 97% aproximadamente de la propiedad accionaria de Cuprum, su único activo relevante.

A la luz de las dos consideraciones anteriores, a nadie puede extrañar que el proyecto o prospecto de la sociedad absorbente sobreviviente se refiriese a varios aspectos (organizacionales, administrativos, de recursos humanos, etc.) de Cuprum.

(b)"Este prospecto será calificado por el Superintendente especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla".

En esta materia, sostiene, resulta evidente que la evaluación de esta SP fue correcta. La adquisición y posterior fusión de PIC-Argentum y Cuprum, representan un ideal paretiano, en términos regulatorios. Se producen los beneficios asociados a este tipo de procesos y ninguno de sus costos o riesgos.

Desde la perspectiva de los beneficios, ingresó a la industria de AFP un nuevo actor, con amplia experiencia internacional en la administración de activos, especialista en pensiones, con más de 135 años de existencia, presencia en 18 países alrededor del mundo y donde atiende a más de 19,7 millones de clientes; que creyó en la seguridad y estabilidad jurídica de nuestro país y que estuvo dispuesto a pagar un precio mayor al que estaban siendo transadas las acciones de la antigua Cuprum. La participación de este nuevo actor en el mercado de las administradoras de fondos de pensiones, generaría -y, como hemos visto, generó- mayor competencia, evitando la concentración que podría haberse producido de no haberse autorizado por parte de esta SP la solicitud para la adquisición de acciones (en el año 2012) y la posterior autorización de fusión. Este último efecto no es trivial pues una mayor competencia en el mercado de las AFP va en directo beneficio de los afiliados al sistema.

Asimismo, es evidente que cuando Principal realizó una oferta por las acciones de la antigua Cuprum, por una suma mayor al valor de transacción en el mercado financiero, asumió racionalmente que iba a lograr una mayor productividad de Cuprum y, consecuentemente, a generar flujos que lo justifiquen, los que se afectarán en su momento con impuesto a la renta, flujos que de no haberse permitido el ingreso de Principal al mercado de las AFP no se generarían.

Adicionalmente, si bien los fondos de pensiones constituyen un patrimonio

BNA

independiente y diverso del patrimonio de la AFP, la solvencia de las AFP es relevante en otros sentidos. Por una parte, una mayor solvencia patrimonial disminuye las probabilidades de stress financiero, lo cual influye en el riesgo de todos los procesos llevados a cabo por la administradora. Asimismo, una mayor solvencia facilita el cumplimiento por parte de la administradora de sus obligaciones de encaje (1% de los activos administrados), lo cual garantiza de mejor manera el pago de las compensaciones que correspondan en caso que no se cumplan las rentabilidades mínimas exigidas por el sistema de pensiones. En este sentido, resulta pertinente destacar que como consecuencia de la fusión, el aporte de capital generado en la adquisición de Cuprum pasó a formar parte del patrimonio de Argentum, lo que produjo un fortalecimiento patrimonial de más de cuatro veces de la nueva AFP Cuprum post fusión, pasando de un patrimonio contable de \$ 178.370.296.000 a \$ 725.794.503.109.

Finalmente, indica, no se produjeron ninguno de los costos o riesgos que normalmente se producen en este tipo de procesos. Desde la perspectiva de la protección de los accionistas minoritarios, por cuanto la adquisición o compra se hizo por medio de una OPA, de modo que los beneficios de la transacción fueron percibidos por todos los agentes independientemente de su control sobre la sociedad; el impacto económico del goodwill tributario se repartió equitativamente y proporcionalmente con los accionistas minoritarios; y, desde la perspectiva de la libre competencia, no se produjo un aumento de la concentración del mercado o de poder de mercado, precisamente porque quién absorbió a Cuprum fue su sociedad matriz, a quien el año 2012 se le había autorizado a adquirir las acciones, y no otra AFP.

(c) "Aceptado un Prospecto, se entregará un certificado provisional de autorización a los organizadores, que los habilitará para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y futuro funcionamiento"

Mediante Oficio N° 29.362 de fecha 16 de diciembre de 2014, la SP remitió a PCL tres copias del certificado provisional de autorización de existencia a la AFP en formación. Tal como señaló la SP en el referido certificado "se ha aceptado el estudio de factibilidad para iniciar la constitución de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum Sociedad Anónima (...)"

(d) "No podrá solicitarse la autorización de existencia de la sociedad transcurridos diez meses desde la fecha de aquél"

Por Resolución N°E-220-2014, de fecha 19 de diciembre de 2014, la SP autorizó la existencia de la sociedad anónima AFP Argentum S.A. y se aprobaron sus estatutos, los que constan en la escritura pública de fecha 9 de diciembre de 2014, otorgada ante el Notario Público don Eduardo Avello Concha, para el solo efecto de fusionarse con AFP Cuprum. En la resolución aludida, la SP señala que "en mérito de los antecedentes aportados por la sociedad que ha solicitado la autorización de

7
EAF

esta Superintendencia para constituir AFP Argentum S.A., se ha acreditado suficientemente la concurrencia de los requisitos habilitantes para tales efectos."

Tal como lo había señalado e instruido la SP en su Oficio N° 21.449, la autorización en cuestión se sujetó a la condición suspensiva que AFP Argentum S.A. se fusionara con AFP Cuprum S.A., absorbiendo la primera a esta última, dentro del plazo de 60 días. La fusión de ambas AFP fue aprobada con fecha 2 de enero de 2015, mediante Resolución E-221, por lo cual, la existencia de AFP Argentum S.A. fue otorgada dentro del plazo de 10 meses que ordena la norma transcrita, desde la autorización provisoria referida en la letra anterior. En otras palabras, este requisito también fue cumplido.

(e) "Dichos organizadores estarán obligados a depositar en alguna institución bancaria o financiera y a nombre de la sociedad administradora en formación los fondos que reciban en pago de suscripción de acciones. Estos fondos sólo podrán girarse una vez que haya sido autorizada la existencia de la sociedad y que entre en funciones su directorio. Los organizadores serán personal y solidariamente responsables de la devolución de dichos fondos. (...)":

En relación a este requerimiento es necesario tener presente que el depósito al que alude la norma no resultaba aplicable, toda vez que no se trataba de la constitución de una nueva sociedad, sino que de la transformación de una sociedad anónima existente desde el año 2012 en una sociedad anónima especial denominada AFP, cuyas acciones ya habían sido suscritas y pagadas con anterioridad.

Cabe recordar que de acuerdo al inciso primero del art. 97 LSA, en "(. . .) la transformación de otros tipos o especies de sociedades en sociedades anónimas, sólo deberá cumplirse con las formalidades señaladas en el artículo 5° de esta ley si se tratare de transformación en sociedades anónimas especiales, con las que específicamente se hubieren consignado para estas".

La disposición antes citada permite que cualquier tipo o especie de sociedad se transforme en una sociedad anónima especial, que son aquellas indicadas en el Título XIII de la LSA (art. 2° inciso tercero), entre las cuales, conforme lo establece el art. 130 de ese mismo cuerpo legal, se encuentran las sociedades administradoras de fondos de pensiones.

(f) Los organizadores no podrán recibir remuneración alguna por el trabajo que ejecuten en tal carácter.

Quienes actuaron como organizadores en la solicitud de autorización de AFP Argentum no recibieron remuneración alguna en tal carácter.

ii.- Requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 3.500. de 1980

Requisitos y condiciones establecidas en los artículos 23 y 24 de la LP y cómo ellos

BA

se cumplieron cabalmente:

- (a.) La exigencia de objeto único establecida en el art. 23 del Decreto Ley N° 3.500.

El art. 23 de la LP señala en su inciso primero: "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." En otras palabras, esta disposición establece que las AFP tendrán un objeto único, cuál es la administración de los fondos de pensiones 42 y el otorgamiento y administración de las prestaciones y beneficios que establece dicho cuerpo legal.

En relación con este requisito cabe destacar que, como se puede apreciar en el punto 8.4 del Acta de la Junta Extraordinaria de Accionistas de PIC de 9 de diciembre de 2014, la unanimidad los accionistas acordó modificar los estatutos sociales de esta sociedad, para así poder cumplir con los requisitos establecidos por la ley para que PIC se constituyera como AFP; y, en particular, estableció en el art. tercero de los nuevos estatutos sociales que: "[L]a Sociedad tendrá como objeto exclusivo administrar y otorgar en los términos del Decreto Ley tres mil quinientos, de mil novecientos ochenta, las prestaciones y beneficios que dicho Decreto Ley establece".

- (b.) Las exigencias de capital mínimo y de idoneidad de los accionistas establecida en el art. 24 del Decreto Ley N° 3.500.

En relación al capital mínimo necesario para la formación de una AFP, el art. 24 de la LP indica que éste será el equivalente a UF 5.000, capital que deberá encontrarse suscrito y pagado en dinero efectivo al tiempo de otorgarse la escritura social.

Asimismo, la disposición analizada exige que la AFP mantenga de forma permanente un patrimonio al menos igual al capital mínimo exigido -porque en virtud del inciso primero del art. 33 del mismo DL N° 3.500, los fondos constituyen patrimonios independientes y diversos del patrimonio de la AFP, sin que esta tenga dominio sobre aquellos-, que aumentará en relación al número de afiliados con que cuente: UF 10.000 al completar los 5.000; UF 15.000 al completar los 7.500; y, UF 20.000 al completar los 10.000.

Respecto a este requisito, consta del art. cuarto de los estatutos sociales aprobados por unanimidad en la Junta Extraordinaria de Accionistas de Principal Institucional Chile S.A. de 9 de diciembre de 2014, que "[E]l capital de la Sociedad es la suma de 638.063.378.571 pesos": esto es, un capital muy superior al exigido por la LP.

En relación al requisito de idoneidad y solvencia que deben cumplir los accionistas fundadores de una AFP, establecido en el art. 24 A de la LP, los organizadores de la AFP Argentum en formación dieron cabal cumplimiento a lo requerido por la norma

citada, entregando información completa no solamente respecto de los accionistas fundadores, sino también de las sociedades parte de la cadena de propiedad de PIC, tal como consta en la presentación de fecha 14 de noviembre de 2014 y de 15 de diciembre del mismo año.

B.- Requisitos y condiciones para la fusión de una Administradora de Fondos de Pensiones

Del mismo modo en que la transformación y/o creación de la AFP Argentum cumplió con la regulación vigente, la fusión por absorción entre AFP Argentum y Cuprum dio estricto cumplimiento a las normas contenidas en: (i) la LSA, (ii) el Reglamento de dicha ley, establecido por Decreto Supremo N°702 de 2011, publicado en el Diario Oficial de 6 de julio 2012 ("RSA"); (iii) la LP; y, (iv) a las instrucciones que fueron impartidas, conforme a sus facultades, según corresponda, por esta SP y la SVS.

Respecto de los argumentos centrales en que se basa la Contraloría para instruir a esta SP la apertura de un proceso de invalidación, sostiene: (i) que el art. 43 de la LP no establece una prohibición para la fusión entre una AFP y una sociedad de distinto giro; (ii) que AFP Argentum existía válidamente al momento de verificarse la fusión, y que, en todo caso, la condición suspensiva establecida en una resolución administrativa opera con efecto retroactivo.

i) Correcta interpretación del art. 43 de la LP: no se prohíbe la fusión de una AFP con una sociedad de distinto giro.

En el Oficio N° 98.889, de 16 de diciembre de 2015, la Contraloría señaló que esta SP le informó que la fusión no era posible, en virtud de lo prescrito por el art. 43 de la LP, esto es "toda vez que la citada controladora no estaba constituida como AFP, con arreglo al art. 23 de ese texto normativo, y que el ordenamiento en vigor sólo admitiría las fusiones entre entidades del mismo giro".

Así, la Contraloría se basó en lo que le habría informado previamente esta SP. Lo anterior guarda armonía con la afirmación contenida en el Dictamen N° 9.702, de 8 de febrero de 2016, en el que la Contraloría señaló que sólo "se pronunció sobre la legalidad de las actuaciones administrativas involucradas, sin extenderse a aspectos de orden técnico"; y, con la parte considerativa del Dictamen N° 47.645, en que dicho órgano de control expresó que con posterioridad a la emisión de sus dos pronunciamientos previos en la materia, esta SP le había acompañado antecedentes de los que cabría inferir que en su oportunidad habría sido procedente fusionar directamente a AFP Cuprum con PIC, "(...) ya que, ... -según información que ahora acompaña-, existirían casos precedentes que admitirían la adopción de ese mecanismo."

Lo anterior -esto es, la supuesta exigencia de que sólo se pueden fusionar dos administradoras de fondos de pensiones- no es efectiva, como lo reconoce, por lo demás, esta SP en la Resolución N° 513, de 2016. Las AFP se rigen no sólo por la

LP sino también y en forma íntegra por las normas aplicables a las sociedades anónimas especiales, entre ellas la LSA y RSA. Lo anterior era particularmente claro en el caso de AFP Cuprum que tenía, además, al momento de la fusión la calidad de sociedad anónima abierta, por lo que se regía también por las normas aplicables a dicho tipo de sociedades, constituidas fundamentalmente por la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores ("LMV") y normas administrativas emanadas de la SVS, entre ellas, la Norma de Carácter General N° 30.

La conclusión anterior no admitiría duda alguna. De acuerdo al inciso tercero del art. 52 del Decreto N°57, de 20 de julio de 1990 ("RLP"), a las AFP les son aplicables "... las normas del D.L N°3.500, de 1980, y supletoriamente las disposiciones de la LSA y del D.L N° 3.538, de 1980, y sus modificaciones y reglamentos o la legislación que corresponda.". El art. 132 de la LSA es más claro aún y señala que las "sociedades administradoras de fondos de pensiones se rigen por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas abiertas en cuanto esas disposiciones puedan conciliarse o no se opongan a las normas de la legislación especial a que se encuentran sometidas. En consecuencia, a estas sociedades le serán aplicables íntegramente las disposiciones sobre sociedades anónimas abiertas. "

El art. 43 de la LP, no prohíbe la fusión de una AFP con una sociedad de distinto giro, ni siquiera es una norma imperativa, simplemente señala que "si la disolución se produjere por fusión de dos o más Administradoras, no procederá la liquidación de ellas ni la de sus respectivos Fondos de Pensiones, ni será aplicable lo dispuesto en el inciso final del art. 42."

La norma anterior establece que no se deben disolver y liquidar los fondos de pensiones cuando se fusionan "dos o más AFP". La norma anterior resulta necesaria y no es redundante ya que la fusión entre dos o más AFP involucra necesariamente la de los fondos de pensiones por ellos administrados, situación no contemplada en la LSA y de particular relevancia sectorial. Los fondos de pensiones tienen afiliados diferentes, portafolios distintos y valores cuotas también distintos, pudiendo producirse con ocasión de la fusión de los mismos hipótesis de traspasos de valor entre afiliados, constituyendo éste el único caso en que una fusión puede afectar de manera directa al objeto primordial de protección sectorial: los afiliados. Ese es pues, el sentido del art. 43 LP.

Por lo anterior, las AFP pueden fusionarse con sociedades de distinto giro, al igual que pueden dividirse o celebrar otro tipo de reorganizaciones societarias. Tan evidente es lo anterior que con anterioridad a las Resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015, la Superintendencia de AFP, liderada en cada oportunidad por un Superintendente distinto, autorizó - al menos- en tres oportunidades, fusiones de AFP con sociedades de distinto giro. En efecto, así ocurrió con la resolución de la Superintendencia de AFP N°E-173-2001, de 28 de Agosto de 2001, que autorizó la fusión de la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat y sus filial Habitat Servicios Internacionales; con la resolución de la Superintendencia de AFP N°E-183-2004, de fecha 30 de agosto de 2004, que autorizó la fusión de la Administradora

de Fondos de Pensiones Summa Bansander y la sociedad Inversiones Internacionales Bansander; y, con la resolución N°E-189-2007, de 15 de marzo de 2007, que autorizó la fusión de la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat y la sociedad Habitat Desarrollo Internacional S.A. En armonía con lo anterior, las AFP pueden también dividirse o efectuar otro tipo de reorganizaciones societarias, no contempladas en la LP.

Por último, no sólo no tiene ningún asidero legal el pretender que una AFP sólo puede fusionarse con otra u otras AFP, sino que ello no tendría sentido alguno, desde una perspectiva regulatoria. Constituiría una discriminación arbitraria, desincentivaría el ingreso de nuevos actores a la industria de las AFP y promovería la concentración de la misma, objetivos todos exactamente opuestos a los que nuestro marco regulatorio promueve y persigue.

ii) AFP Argentum existía válidamente al momento de verificarse la fusión. En todo caso, la condición suspensiva opera con efecto retroactivo.

En el oficio N° 98.889, de 16 de diciembre de 2015, la Contraloría señaló, además:

"En tercer lugar, en lo que atañe a la fusión debe considerarse que según la definición de ésta, que contempla nuestro ordenamiento jurídico, en particular, el art. 99 de la LSA, esa operación supone la existencia de dos o más sociedades, y en la especie, comoquiera que sólo existía válidamente AFP Cuprum SA. y no AFP Argentum SA. al momento de verificarse la fusión, esta última institución no se encontraba en condiciones de concurrir aquella."

La opinión anterior - relativa a que AFP Argentum no habría existido al momento de verificarse la fusión - es errada. Tal como señaló precedentemente, la sociedad en comento se constituyó el 4 de octubre de 2012, bajo la razón social de Principal Institucional de Chile S.A. No sólo se encontraba válidamente constituida y vigente desde la fecha recién mencionada, sino que era una sociedad que había efectuado numerosas actuaciones y actos jurídicos, entre otros: (i) una OPA de las acciones de AFP Cuprum -proceso sometido a la fiscalización de la SVS-, que fue declarada exitosa; (ii) la apertura de un poder comprador de las acciones remanentes de AFP Cuprum; (iii) su inscripción y la de sus acciones en el Registro de Valores, bajo los N°s 1.125 y 1.014, y, en la Bolsas de Comercio de Santiago; etc.

La sociedad contaba, además, con la autorización provisoria como AFP desde el 16 de diciembre de 2014, fecha a partir de la cual se debe considerar que la sociedad tiene personalidad jurídica como AFP, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 130 LSA. En efecto, esta disposición prescribe que "aceptado un prospecto, se entregará un certificado provisional de autorización a los organizadores, que los habilitará para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y futuro financiamiento. Para ello, se considerará que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado."

La circunstancia de que la autorización definitiva de existencia de la misma se haya sujetado a la condición suspensiva de que la sociedad "(.. .) se fusione con la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum Sociedad Anónima, absorbiendo la primera a esta última, dentro del plazo de 60 días, no altera la conclusión anterior. Aún si se interpretara que una AFP sólo se puede fusionar con otra AFP -lo que, como vimos, constituye un error- y que no basta la autorización provisoria -lo que constituiría un nuevo error-, la condición suspensiva cumplida opera con efecto retroactivo. Así lo ha expresado la doctrina:

"Si bien en estricto rigor el derecho del acreedor y la obligación del deudor sólo adquieren existencia una vez que se la condición se cumple, la ley finge que tanto el derecho como la obligación existen desde el momento en que se constituye la relación de obligación, como si ésta hubiera sido pura y simple. Por eso se dice que la condición suspensiva cumplida opera con efecto retroactivo".

De este modo y teniendo en consideración que se dio cumplimiento a la condición impuesta por esta SP, aún si se llegase a interpretar que una AFP sólo se puede fusionar con otra AFP, AFP Argentum tuvo existencia legal como AFP, al menos, desde la fecha de la Resolución E-220, esto es, el 19 de diciembre de 2014 - con anterioridad al momento de aprobación de la fusión efectuado por la SP mediante Resolución E-221, de 2 de enero de 2015 -.

La señora Subcontralora General de la República, declaró, además, en la Sesión 18ª Ordinaria de la Comisión Investigadora del rol de la SP, SVS y SII en el proceso de fusión de las AFP Cuprum y Argentum, celebrada en martes 15 de marzo de 2016, que: "(..) [A]parece con claridad que la Contraloría estima que es ilegal (léase la fusión), porque se usó una condición suspensiva cuya existencia no está contenida en norma legal alguna."

Lo anterior constituye un nuevo error. La utilización de la condición suspensiva es permitida por la ley, y así lo confirma la doctrina y lo ratifica la jurisprudencia.

En efecto, la LBPA reconoce explícitamente el que las resoluciones administrativas - como la Resolución-- pueden tener una eficacia inmediata, demorada e incluso en ciertos casos retroactiva. Si bien la regla general en cuanto a la eficacia temporal de las resoluciones administrativas es la establecida en el inciso 2º del art. 51 LBPA, conforme a la cual las resoluciones producen sus efectos desde la fecha de su notificación o publicación; el art. 49 LBPA permite que los actos administrativos que sean publicados en el Diario Oficial -como es el caso de la Resolución E-220- establezcan reglas diferentes sobre la fecha en que hayan de entrar en vigencia, pudiendo establecer a su respecto lo que la doctrina denomina una eficacia demorada.

Nuestro marco regulatorio sólo establece restricciones para la eficacia retroactiva de

las resoluciones administrativas, al exigir de manera general para los actos administrativos en estos casos, que produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros, no para la eficacia demorada.

La doctrina nacional reconoce también de manera general la posibilidad de una eficacia demorada de los actos administrativos, mediante la incorporación de modalidades como el plazo, la condición o incluso el modo. Se señala en este sentido que: "[d]ichas modalidades pueden ser de carácter accesorio, es decir, impuestas por la Administración que resuelve y que son necesarias para no rechazar la solicitud, o para autorizar la actuación sin vulnerar un bien jurídico superior o el principio de legalidad, o modalidades legales, que son aquellas señaladas en la ley e incorporadas expresamente entre las cláusulas de la resolución, sin perjuicio de que ellas puedan regir directamente."

Por último, agrega, las Superintendencias frecuentemente han sujetado a una condición suspensiva la entrada en vigencia de resoluciones administrativas, citando como ejemplos los siguientes:

La Superintendencia de Bancos dispuso en el Certificado de la Resolución N° 132, de 17 de septiembre de 1996, que autorizó la existencia y aprobó los estatutos del "Banco de Chile": "La constitución del Banco de Chile quedará sujeta a la condición suspensiva de que se suscriba el contrato de modificación de las condiciones de pago de la obligación subordinada con el Banco Central de Chile."

La Superintendencia de AFP, por su parte, en la Resolución N°E-135-97, de 6 de enero de 1997 estableció: "3.- Se aumenta capital de la sociedad fusionada, de \$6.754.445.999.-, dividido en 3.992.000 acciones nominativas, de una misma serie, sin valor nominal, en \$10.000.000.000.-, mediante la emisión de 26.008.000 acciones de pago nominativas, de una misma serie, sin valor nominal, dentro del plazo de dos años contado desde la fecha de la Resolución de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones que apruebe dicho aumento, y a condición de que tanto la sociedad como sus acciones y el aumento de capital se encuentren inscritos en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, en conformidad a lo establecido en los artículos 5° y 6° de la ley N° 18.045."

La Superintendencia de Valores y Seguros dispuso, a su vez, en la Resolución Exenta N° 46, de fecha 20 de febrero de 2015, en que se aprobaron las reformas de estatutos de Compass Group Chile S.A. Administradora General de Fondos consistentes en modificar su objeto social y disminuir su capital, que: ". . . [la] materialización de dicha disminución de capital quedará sujeta a la condición suspensiva que de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 del Código Tributario, ésta sea aprobada previamente por el Servido de Impuestos Internos."

Ahora bien, la Contraloría General de la República en el Oficio N°98.889, de 16 de diciembre de 2015 plantea un argumento diferente. Señala en esta materia el Oficio

en comentario:

"(...) En tercer lugar, en lo que atañe a la fusión debe considerarse que según la definición de ésta, que contempla nuestro ordenamiento jurídico, en particular, el art. 99 de la LSA, esa operación supone la existencia de dos o más sociedades, y en la especie, comoquiera que sólo existía válidamente AFP Cuprum SA. y no AFP Argentum SA. al momento de verificarse la fusión, esta última institución no se encontraba en condiciones de concurrir a aquella. De esta manera, resulta contradictoria la figura de que se apruebe una fusión en la cual participe una entidad que para tener existencia legal requiera precisamente fusionarse con otra.

Debe agregarse que los casos que aduce la SP en su oficio N° 28.164, de 2015, de fusiones previamente autorizadas, en 1994 y 2008, no se condicen con la hipótesis de que se trata, cual es, una constitución sujeta a una condición suspensiva de fusión, sino que ellos se refieren a fusiones sujetas a una condición.

En definitiva, no es la circunstancia abstracta de establecer una condición suspensiva lo que se cuestiona, sino que el hecho de que la condición fijada, en sí misma resultaba impracticable."

La opinión anterior es nuevamente errónea, tanto desde una perspectiva jurídica como lógica. Al momento de la fusión AFP Argentum tenía existencia legal como sociedad - único requisito realmente exigible- y como AFP. Tal como vimos precedentemente, señala, la sociedad se encontraba válidamente constituida y vigente desde el 4 de octubre de 2012. Contaba, además, con la autorización provisoria como AFP desde el 16 de diciembre de 2014, fecha a partir de la cual se debe considerar tiene personalidad jurídica como AFP, a la luz de lo dispuesto en el art. 130 LSA. Por último y a mayor abundamiento, al cumplirse la condición suspensiva -léase la fusión- ésta operó con efecto retroactivo, por lo que la autorización definitiva de AFP Argentum tuvo realmente vigencia a partir del 19 de diciembre de 2014, fecha en que se emitió la Resolución E-220.

Tampoco existe el problema lógico que la CGR señala. En el lenguaje jurídico y filosófico, se habla de las condiciones necesarias y suficientes para la producción de un determinado efecto. En el caso en comentario, el nacimiento de AFP Argentum es condición necesaria para la fusión. La condición suficiente es la existencia legal de la otra AFP (Cuprum). A su vez, la fusión es condición necesaria y suficiente para la constitución de AFP Argentum. Si todas las condiciones concurren al mismo tiempo, se verifican todos los efectos simultáneamente sin existir problema lógico alguno.

En suma, se cumplieron en el proceso autorizador en comentario todos los requisitos que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas establecían.

En definitiva, concluye, esta SP deberá resolver que no es procedente ni existe

mérito jurídico alguno para invalidar, total o parcialmente, las Resoluciones SP debido a que:

- Cuprum y Principal actuaron en todo momento de buena fe, ajustando su actuar a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia de Pensiones, con la genuina creencia de que se trataban y tratan de instrucciones que emanan del legítimo ejercicio del poder público; circunstancia que constituye un límite a la potestad invalidatoria.
- Las autorizaciones otorgadas por esta Superintendencia de Pensiones han generado situaciones jurídicas consolidadas y derechos patrimoniales adquiridos y protegidos por el ordenamiento jurídico; circunstancias que nuevamente se constituyen como una limitante a la potestad invalidatoria.
- No es posible retrotraer los actos constitutivos del proceso de fusión a un estado anterior a la misma y, en cualquier caso, ello causaría un inconmensurable perjuicio tanto a Cuprum y Principal, como a sus afiliados, accionistas y terceros que celebraron actos, convenciones y contratos con aquellas, así como también al mercado de capitales y al orden jurídico económico social.
- La condición establecida por esta Superintendencia en orden a que PIC se transformara en forma previa en AFP a efectos de aprobar la fusión, constituyó un trámite o gestión adicional instruido por esta propia SP, puesto que pudo haber autorizado, en un solo acto, la fusión entre PIC y AFP Cuprum S.A. y simultáneamente la transformación de la entidad resultante en una AFP.
- Durante el proceso de fusión se cumplieron a cabalidad con todas las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, no existiendo vicio o ilegalidad alguna que justifique una invalidación. En particular, en el proceso se cumplieron con cada uno de los requisitos establecidos en el art. 130, de la Ley de Sociedades Anónimas, en los artículos 23, 24 y 24 A del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, además de todas las instrucciones emanadas de las autoridades regulatorias competentes.

Finalmente, sobre la base de las argumentaciones anteriormente expuestas, AFP Cuprum S.A. solicitó resolver que no es procedente ni existe mérito jurídico alguno para invalidar, total o parcialmente, las resoluciones de esta Superintendencia E-220 de 2014 y E-221 de 2015;

- 32°.- Que a fojas 239 se tuvo por evacuado el traslado conferido a AFP Cuprum S.A.; a fojas 240 se tuvo como parte interesada al H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela, y a fojas 241 se tuvo por formuladas las alegaciones efectuadas por don Gino Lorenzini Barrios sólo en conformidad a lo prescrito en la letra f) del artículo 17 de la LBPA, al no tener la calidad de interesado en el presente procedimiento administrativo;
- 33°.- Que a fojas 254 AFP Cuprum S.A. interpuso recurso de reposición contra la resolución

que reconoció la calidad de interesado del H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela, el cual, previo traslado evacuado por el H. Diputado a fojas 271, fue rechazado mediante resolución de fojas 650, estableciendo que la condición y cargo del H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela, así como el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por él en los procedimientos administrativos y constitucionales previos que le sirven de base al presente procedimiento, sumado a su comparecencia en éste, permiten considerar que efectivamente ostenta un interés en estos autos sobre invalidación y que, en consecuencia, al haber tomado la iniciativa de comparecer en ellos, se le debe tener como interesado en los mismos;

- 34°.- Que AFP Cuprum S.A. acompañó los siguientes documentos: a fojas 268 informe en derecho elaborado por el profesor Dr. Alejandro Vergara Blanco, agregado a fojas 290 y siguientes del cuaderno de anexos; a fojas 270 informe en derecho elaborado por el profesor Dr. Luis Cordero Vega, agregado a fojas 325 y siguiente del cuaderno de anexos; a fojas 285, 72 documentos relativos a *antecedentes legales y principales actuaciones en el proceso de adquisición de AFP Cuprum y su posterior fusión con AFP Argentum* y copia de las resoluciones de esta Superintendencia N°s E-173-2001; E-183-2004 y E-189 de 2007, agregados a fojas 301 a 644 de autos;

Término probatorio.

- 35°.- Que a fojas 652 mediante oficio N°26.049, de fecha 7 de octubre de 2016, se dispuso la apertura de un período de prueba por el término de 10 días hábiles, con el objeto de que los interesados hicieran llegar todos los antecedentes que consideren oportunos y que respalden los siguientes hechos: (1) Circunstancias que acreditan la relevancia o gravedad del o de los vicios que afectarían la validez del procedimiento de autorización de AFP Argentum S.A. y su fusión con AFP Cuprum S.A., y los efectos que ellos generan; y (2) concurrencia de los elementos que configuran alguno de los límites dispuestos en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la potestad invalidatoria por parte de la Superintendencia de Pensiones;
- 36°.- Que a fojas 653, mediante oficio N°26.428, de 12 de octubre de 2016, se instruyó oficiar al Servicio de Impuestos Internos (SII) a fin de que se sirviera informar, dentro del ámbito de su competencia, los siguientes aspectos relacionados con la legislación aplicable al proceso de fusión de dos sociedades anónimas, con especial énfasis en cuanto a los efectos de dicho régimen en materia de recaudación fiscal: (1) Régimen tributario aplicable al goodwill que pueda producirse como resultado de una fusión entre dos Administradoras de Fondos de Pensiones, que se hubiese perfeccionado antes del día 31 de diciembre de 2015; (2) diferencias, si las hubiere, con el régimen tributario aplicable al goodwill que pueda producirse como resultado de una fusión entre una Administradora de Fondos de Pensiones y una sociedad anónima que no haya sido constituida como sociedad anónima especial de conformidad al artículo 130 de la LSA sobre Sociedades Anónimas, y que se hubiese perfeccionado antes del día 31 de diciembre de 2015 y, 3) Efectos de (1) y (2) en materia de recaudación fiscal;
- 37°.- Que a fojas 656, con fecha 14 de octubre de 2016, el H. Diputado Fuad Chahín

Valenzuela dedujo recurso de reposición contra la resolución que resolvió la apertura del término probatorio, solicitando la complementación del punto de prueba numerado (1), de modo que este quedara establecido de la siguiente manera: *Circunstancias que acreditan el cumplimiento de los requisitos y elementos esenciales que el ordenamiento jurídico establece para la procedencia del procedimiento de autorización de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A.; relevancia o gravedad del o de los vicios que afectarían su validez; y eventuales efectos y perjuicios que ellos generan, tanto para terceros como para el Estado de Chile, determinación de los mismos.* Conjuntamente solicitó que el término probatorio sólo se computase a partir de la notificación de la resolución que resuelva el recurso de reposición interpuesto;

38°.- Que mediante oficio N°27.029 de fecha 17 de octubre de 2016 que rola a fojas 662 se rechazó el recurso de reposición interpuesto, disponiéndose:

Que en relación a la primera parte del punto de prueba solicitado por el requirente modificar, esto es, circunstancias que acreditan el cumplimiento de los requisitos y elementos esenciales que el ordenamiento jurídico establece para la procedencia del procedimiento de autorización de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A., cabe señalar que la Contraloría General de la República en sus dictámenes N°s 98.889 de 2015 y 9.702 de 2016 ya se pronunció señalando cómo en la creación de la AFP resultante de la fusión de AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A., no se cumplían las exigencias fijadas por el legislador al efecto, acorde con lo previsto en el artículo 130 de la LSA, en relación con los artículos 23 y 24 A del DL 3.500 de 1980. Y que justamente esas irregularidades son las que motivaron a ese Organismo de Control a dictar el oficio N°47.645 de 2016 que instruyó a esta Superintendencia iniciar el procedimiento invalidatorio de autos.

Que en consecuencia, resulta improcedente, por innecesaria, acceder a la petición del solicitante en esa parte de reposición.

Que tratándose de la segunda parte del punto de prueba que mediante su reposición solicita sea incorporado, esto es, relevancia o gravedad del o de los vicios que afectarían su validez; y eventuales efectos y perjuicios que ellos generan, tanto para terceros como para el Estado de Chile, determinación de los mismos, no resulta necesaria ni pertinente su modificación en la forma solicitada, considerando los términos amplios en los que el punto de prueba objeto de reposición ha sido redactado.

Que adicionalmente, rola en autos a fojas 653 copia del oficio N° 26.428 de fecha 12 de octubre de 2016, mediante el cual se ordenó oficial al Servicio de Impuestos Internos para que tuviera a bien informar, entre otras cuestiones, los efectos en materia de recaudación fiscal de las operaciones cuestionadas, lo que daría cobertura suficiente al punto planteado en la reposición.

Que en consecuencia, sobre la base de las consideraciones que anteceden, y de las pruebas que de oficio se han instruido agregar a estos autos, no resulta admisible

Cura

tampoco en esta parte el recurso de reposición interpuesto.

Que finalmente, respecto de la solicitud contenida en el otrosí de la presentación consignada en antecedentes 2, debe señalarse que conforme al inciso final del artículo 9 de la Ley N°19.880, que establece el principio de economía procedimental, las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

Que, adicionalmente, debe estarse a lo que dispone el inciso primero del artículo 57 de la citada LBPA, en cuanto señala que la interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Adicionalmente, el principio de la no formalización contenido en el artículo 13 de la citada LBPA, exige que el procedimiento se desarrolle con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

Que en consecuencia, la interposición del recurso de reposición de fojas 656 y siguientes no suspende el período de prueba que se ha ordenado abrir en estos autos administrativos, sin que se advierta tampoco mérito para ello;

Que sobre la base de los antecedentes de hecho y las consideraciones de derecho precedentemente expuestas,

Resuelvo:

A lo principal de la presentación que rola a fojas 656, no ha lugar, sin perjuicio de los antecedentes que consideren oportunos hacer llegar los intervinientes y que respalden los hechos en que fundan sus alegaciones, en los términos exigidos en el artículo 35 de la LBPA;

Al otrosí de la presentación que rola a fojas 656, no ha lugar, estese al mérito del término probatorio fijado en el oficio N° 26.049 de fecha 7 de octubre de 2016, notificado a las partes con esa misma fecha.

- 39°.- Que a fojas 665 se agregó a autos por la defensa del H. Diputado Chahín, informe técnico jurídico elaborado por los abogados Alfredo Ugarte Soto y Juan Ignacio García Villar emitido con fecha 17 de octubre de 2016, denominado "CASO CUPRUM-PROVIDA. BUSINESS PURPOSE DOCTRINE. ¿PUEDE UNA EMPRESA MATRIZ NORTEAMERICANA HACER EN CHILE LO QUE EN SU PAÍS NO ESTÁ PERMITIDO?";
- 40°.- Que a fojas 687 con fecha 20 de octubre de 2016, el H. Diputado Chahín solicitó oficiar nuevamente al Servicio de Impuestos Internos con el objeto de complementar el oficio N° 26.428 referido en el visto 36° anterior, solicitando se le requiriera que: i) Analice, determine y concluya si los actos y procedimientos referentes a la fusión por absorción

de AFP Cuprum, se enmarcan dentro de una correcta interpretación, armónica y sistematizada de la ley tributaria, especialmente si existe o ha existido una legítima razón de negocios que justifique, valide y ampare tal operación; ii) Si se dio cumplimiento a la legislación tributaria vigente en Chile y si conforme ello era procedente autorizar la fusión en la forma que se otorgó y; iii) Evaluación, monto y perjuicios que produce al fisco de Chile la procedencia de estas fusiones en los términos autorizados por la Superintendencia de Pensiones;

- 41°.- Que mediante oficio N°27.600 de 24 de octubre de 2016, que rola a fojas 828, si bien se resolvió rechazar la solicitud de complementación del oficio N°26.428 de 2016 dirigido al SII, sí se concedió lo solicitado de modo independiente, despachándose al efecto el oficio N°27.691, de 25 de octubre de 2016, en los términos indicados en el visto 40° anterior, que rola a fojas 829;
- 42°.- Que a fojas 693 AFP Cuprum S.A. acompañó los documentos que se agregaron a fojas 708 a 816 de autos, consistentes en 26 documentos relativos a actuaciones de la Superintendencia de Pensiones y comunicaciones sostenidas entre ella y Principal Chile Ltda., Principal Institucional Chile S.A. y/o la antigua AFP Cuprum S.A.; 10 documentos referidos a actuaciones de la Superintendencia de Valores y Seguros y comunicaciones sostenidas entre ella y Principal Institucional Chile S.A.; 10 documentos relativos a la actual AFP Cuprum S.A., ex AFP Argentum S.A.; 47 documentos relativos a la fusión de AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A. y copia de la resolución exenta de la Superintendencia de Valores y Seguros N° 40, de fecha 20 de febrero de 2015;
- 43°.- Que por presentación de fojas 817, el H. Diputado Chahín solicitó citar a declarar a la ex Superintendente de Pensiones Sra. Tamara Agníc Martínez y a la ex Fiscal T. y P. de esta Superintendencia Sra. María Lorena Salinas Cucullú, con el objeto de que declarasen sobre los antecedentes de hecho y de derecho que a su juicio habrían justificado las resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015.

Asimismo, según consta en presentación de fojas 819, el H. Diputado solicitó también que se incorporaran y exhibieran en parte de prueba 14 documentos que individualizó, y a fojas 822 solicitó se oficiara al Servicio de Impuestos Internos a fin que informara al tenor de lo ya concedido mediante oficio N°27.691 y que se certificara por parte de esta Superintendencia: *i) fecha de autorización de existencia de AFP Argentum S.A.; ii) fecha de fusión de AFP Argentum S.A. con AFP Cuprum S.A.; iii) se certifique desde qué fecha hasta qué fecha AFP Argentum ejerció su giro comercial como AFP, cuántos afiliados alcanzó a tener y las razones entregadas a esta Superintendencia para fusionarse con AFP Cuprum, y iv) en caso contrario, esto es, en la hipótesis que AFP Argentum no haya ejercido nunca el giro como AFP ni haya contado con ningún afiliado, se certifique cuánto tiempo estuvo vigente su autorización de existencia como tal de acuerdo a los registros de esta Superintendencia;*

- 44°.- Que mediante oficio N°27.793, a fojas 833, de 26 de octubre de 2016, se resolvieron las presentaciones indicadas en el visto precedente del modo que sigue:

EUP

a.- Respecto de la solicitud para que se prestara declaración efectuada a fojas 817, se resolvió:

Vistos, lo dispuesto en el artículo 35 de la LBPA, y

Considerando,

Que se ha solicitado citar a declarar en estos autos a la ex Superintendente de Pensiones y a la ex Fiscal y Jefa del Departamento de Derecho Corporativo de esta Institución, sin señalar los puntos de prueba para los cuales requiere sus declaraciones ni los hechos sobre los cuales se requieren las mismas;

Que, adicionalmente, para los efectos de resolver el procedimiento invalidatorio de autos, esta sustanciadora tiene a la vista todos los antecedentes y sus fundamentos de los actos administrativos iniciales, de instrucción y de finalización que dieron lugar a la creación de AFP Argentum S.A. y su posterior con AFP Cuprum S.A., razón por la cual no se advierte el mérito ni la necesidad de la prueba testimonial solicitada;

Resuelvo:

No ha lugar a la prueba testimonial solicitada, por innecesaria.

b.- Respecto de la solicitud de fojas 819 para que se incorporaran y exhibieran en parte de prueba 14 documentos que individualizó:

Atendido lo dispuesto en la letra c) del artículo 17 de la LBPA, no ha lugar por innecesario.

c.- Respecto de la solicitud de fojas 822 mediante la cual solicitó oficiar al Servicio de Impuestos Internos a fin que informara al tenor de lo ya concedido mediante oficio N° 27.691 y en cuanto solicitó las certificaciones precedentemente transcritas:

A lo principal: no ha lugar, estese al mérito de lo resuelto mediante oficio N° 27.600 de fecha 24 de octubre de 2016, que rola a fojas 828 de estos autos.

Al otrosí: no ha lugar por innecesario, estese al mérito de las resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015, de esta Superintendencia.

45°.- Que según presentación de fojas 835, de fecha 28 de octubre de 2016, el H. Diputado Chahín interpuso recurso de reposición en contra del oficio N° 27.793, de 2016, reseñado en el visto anterior;

46°.- Que a fojas 888, mediante oficio N° 29.472, de 17 noviembre de 2016, se resolvió el recurso de reposición en los siguientes términos que enseguida se reproducen, y se agregó desde fojas 867 a 880 copia de la declaración efectuada por la ex

7
EVA

Superintendente de Pensiones doña Tamara Agnic Martínez ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados:

1) En cuanto a la solicitud de citación a declarar a las ex funcionarias, señoras Tamara Agnic Martínez y María Lorena Salinas Cucullú.

Al respecto, corresponde señalar que el objeto del procedimiento administrativo de autos se encuentra circunscrito exclusivamente a la determinación de la procedencia o no de la sanción de invalidación administrativa de las resoluciones E-220/2014 y E-221/2015, ambas de esta superintendencia, por las cuales se autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y aprobó sus estatutos, y se aprobó la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y Cuprum S.A., por incorporación de la segunda a la primera, respectivamente. Dicha decisión, de si corresponde o no invalidar, tiene su fundamento en el hecho que las mencionadas resoluciones adolecerían de una serie de irregularidades o vicios, cuya existencia ha sido establecida por la Contraloría General de la República en sus oficios N°s 98.881 de 2014 y 9.702 y 47.645, ambos de 2015.

En este sentido, el objeto de este procedimiento administrativo, instruido iniciar por la Contraloría General de la República, es decidir si corresponde invalidar o conservar las resoluciones E-220/2014 y E-221/2015, para lo cual es necesario determinar si en este caso específico las irregularidades o vicios que afectan las referidas resoluciones reúnen la suficiente entidad o gravedad y han producido efectos tales que las hagan merecedoras de la sanción de invalidación, en cuyo caso se debe descartar, finalmente, si concurre o no algún límite al ejercicio de la potestad invalidatoria. Esta es la cuestión jurídica que esta autoridad está llamada por ley a resolver, no otra.

En razón de lo anterior, la apertura del término probatorio tuvo por objeto permitir que los interesados en este procedimiento administrativo allegaran prueba en relación con, precisamente, la gravedad y efectos que produjeron en el caso concreto las irregularidades de que adolecen según la Contraloría General de la República las resoluciones E-220/2014 y E-221/2015, así como en relación con la concurrencia o no de límites aplicables a esta autoridad administrativa para ejercer lícitamente la potestad invalidatoria. En ese contexto, cualquier medio de prueba ofrecido por los interesados que no esté relacionado con alguno de estos puntos debe considerarse impertinente y, en consecuencia, no puede ser admitido.

Dicho lo anterior, cabe referirse ahora a la presentación de fojas 817 en que los representantes del H. Diputado Chahín Valenzuela solicitaron que, en parte de prueba, se citara a declarar a las ex funcionarias de este servicio, señoras Agnic Martínez y Salinas Cucullú, con el objeto que expusieran acerca de "los antecedentes de hecho y derecho que a su juicio habrían justificado dichas resoluciones", prueba que según da cuenta el oficio N°27.793 de fojas 833 fue rechazada por no señalar la referida solicitud "los puntos de prueba para los cuales

se requiere tales declaraciones ni los hechos específicos sobre los cuales se requería de las mismas”, agregando que, a mayor abundamiento, todos los antecedentes y fundamentos de las resoluciones E-220/2014 y E-221/2015 están en poder de esta sustanciadora, siendo en consecuencia innecesario admitir la prueba solicitada.

Así, para determinar la procedencia de la prueba testimonial solicitada, se ha ponderado su pertinencia en relación con el fin para el cual fue abierto el término probatorio y, en última instancia, con el objeto de este procedimiento administrativo, el cual, según se ha explicado, no dice relación con la existencia de irregularidades o vicios en las resoluciones E-220/2014 y E-221/2015, pues dicha circunstancia no es una cuestión controvertida en autos, sino que, por el contrario, un antecedente dado y respecto de cuya existencia la Contraloría General de la República se ha pronunciado.

De manera que, a juicio de esta sustanciadora, indagar acerca de la existencia de irregularidades o vicios que terminaron afectando las resoluciones E-220/2014 y E-221/2015 en nada aporta para resolver la cuestión jurídica que plantea este caso, pues por más detalles y aspectos de contexto que se acompañen, el resultado sería siempre el mismo, esto es, que las referidas resoluciones adolecerían de los vicios o irregularidades determinadas por el órgano contralor.

No obstante lo razonado previamente, cabe considerar que la interesada solicitó tener presente en estos autos todos los antecedentes que acompañó al procedimiento de invalidación iniciado con motivo de la resolución N°1.554 de 2016, entre los cuales consta el expediente virtual de los antecedentes recabados por la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados – disponible en https://www.camara.cl/trabajamos/comisión_portada.aspx?prmID=980. Dicho expediente contiene, entre otros antecedentes, la presentación de la ex Superintendente de Pensiones efectuada en la sesión de fecha 21 de julio de 2015 de dicha comisión, ocasión en la cual informó y contestó las preguntas de los H. integrantes acerca de la operación de creación y posterior fusión de AFP Argentum y Cuprum, declaración y presentación de la ex Superintendente de Pensiones que a mayor abundamiento se ha agregado a estos autos administrativos a fojas 867 y siguientes de autos.

De ello se sigue que la solicitud de citación a declarar a la Sra. Agníc Martínez es, además, innecesaria, pues a requerimiento de la propia recurrente, la declaración de la ex funcionaria, que a la sazón era la Superintendente, ya ha sido tenida a la vista y agregada a autos.

Atendido lo anteriormente expuesto, se rechaza el recurso de reposición en este aspecto.

2) En cuanto a la solicitud de incorporación y exhibición de documentos.

Los representantes del H. Diputado Chahín Valenzuela, también han solicitado

revocar la decisión de esta Superintendencia de no acompañar y exhibir los documentos solicitados por esa parte.

Que al respecto, debe señalarse que tales documentos obran en poder de esta superintendencia, por lo que no resulta necesario que esa parte los incorpore. Con todo, con la finalidad de dar resguardo al principio de contradictoriedad, resuelvo:

Se acoge el recurso de reposición, agréguese los documentos solicitados correspondientes a los N°s 2, 3, 4, 6, 8, 9 (Ingreso SP N° 39961), 12 y 15 de la presentación de fojas 819. Respecto de los indicados en el N° 13, no ha lugar por inexistente.

Respecto de los documentos indicados en los N°s 1, 5, 7, 9 (Ingreso SP N° 39973), 10, 11 y 14 de la presentación de fojas 819, tratándose de información que la interesada AFP CUPRUM S.A. ha calificado como confidencial, y respecto de la cual esta superintendencia ha accedido en ejercicio de sus potestades de supervisión y fiscalización, traslado a dicha administradora por el plazo de tres días.

- 47°.- Que a fojas 847, con fecha 3 de noviembre de 2016, el H. Diputado Chahín solicitó la inhabilitación de esta sustanciadora para seguir conociendo del presente procedimiento administrativo invalidatorio sobre la base de los siguientes argumentos: (a) Que atendido que esta sustanciadora posee una relación de jerarquía y dependencia respecto del Superintendente Sr. Macías, quien conforme a la Resolución Exenta N°513 de 2016 ya habría fijado la posición de la Superintendencia de Pensiones respecto de la improcedencia de invalidar las resoluciones E-220 de 2014; y E-221, E-223 y E-224, estas últimas de 2015, carecería de la imparcialidad necesaria para seguir sustanciando el presente procedimiento; (b) adicionalmente, argumentó que la referida falta de imparcialidad de esta sustanciadora se vería reflejada en ciertas situaciones, principalmente, por la negativa a la prueba testimonial y a la exhibitoria de documentos que solicitó a fojas 817 y 819 de autos, respectivamente;
- 48°.- Que a fojas 859, con fecha 3 de noviembre de 2016, AFP Cuprum S.A. solicitó tener presente que con motivo del oficio N°27.029 de 2016, mediante el cual fue rechazada la reposición deducida contra la resolución que fijó los puntos a probar en el período de prueba que se ordenó abrir al efecto, la sustanciadora de este procedimiento habría adelantado un juicio que le correspondería emitir al concluir el presente procedimiento administrativo, lo que podría llegar a dar cuenta de un indicio de afectación al principio de imparcialidad;
- 49°.- Que mediante oficio N°29.474, de fecha 17 de noviembre de 2016, que rola a fojas 891, se resolvió la solicitud de inhabilitación consignada en el visto 47°, en los siguientes términos:

Considerando:

Que la invalidación es la potestad de la Administración de anular un acto

administrativo que adolece de un vicio de legalidad, que se encuentra radicada en el mismo órgano que emitió el acto. Sea que se inicie de oficio o a petición de parte, la autoridad llamada a ejercer la potestad invalidatoria es justamente aquella que dictó el acto administrativo que adolece del vicio. En ese sentido, si se considerara que los funcionarios de un órgano de la Administración que participaron de la dictación de un acto se encuentran inhabilitados para resolver acerca de su validez, la potestad de invalidación no podría ejercerse jamás, pues no habría funcionario o autoridad habilitada que pudiera ejercerla.

Que una situación muy distinta es la inhabilitación del Superintendente de Pensiones y su Fiscal para resolver el procedimiento de invalidación de autos, pues en esos casos, la causal de inhabilitación no se refiere a haber participado en la dictación de los actos que ahora son objeto del presente procedimiento invalidatorio, sino que, por haber participado directamente en la dictación de la Resolución N°513 de 2016, que contiene un pronunciamiento formal en contra de la procedencia de la invalidación de las Resoluciones E-220/2014 y E-221/2015, ambas de esta superintendencia, y respecto de las cuales esta sustanciadora no tuvo participación alguna.

Que considerando la inhabilitación del Superintendente, debe operar la figura de la subrogación de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° inciso final del Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos, el cual dispone que "son subrogantes aquellos funcionarios que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente por el solo ministerio de la ley, cuando éstos se encuentren impedidos de desempeñarlo por cualquier causa", siendo ello obligación del funcionario público según prescribe el artículo 80 del mismo cuerpo legal.

Que una de estas hipótesis es la inhabilitación o la concurrencia de motivos de abstención del artículo 12 de la LBPA, por lo que concurriendo ésta, en el caso de un jefe superior de un servicio (como es el caso del Superintendente de Pensiones), la regla general es que asuma el funcionario que le siga en el orden jerárquico, al que evidentemente no se le traspasan los deberes de abstención, salvo que concurren algunas de las inhabilitaciones específicas establecidas en ese artículo, pero personalmente.

Que sostener que la inhabilitación de la autoridad superior contamina a todos los funcionarios del mismo servicio sería hacer inoperante las reglas legales de subrogación, paralizando el servicio público y haciendo inoperable, en este caso, la potestad invalidatoria establecida en la ley para el propio órgano administrativo que dictó el acto.

Que, adicionalmente, una causal de inhabilitación debe plantearse al inicio del procedimiento como cuestión previa, y no extemporáneamente como se ha hecho en estos autos.

Que, en lo relativo a la supuesta falta de imparcialidad, cabe hacer presente que

toda decisión de la autoridad es susceptible de ser impugnada a través de los recursos que franquea la ley, en particular durante la tramitación de un procedimiento administrativo a través del recurso de reposición contemplado en el artículo 59 de la LBPA y no a través de una solicitud de inhabilitación, la que resulta improcedente por las razones que anteriormente se han expresado, y por no tener esta sustanciadora interés alguno en la resolución del presente procedimiento de invalidación, que no sea el resolverlo imparcialmente y conforme derecho, resuelvo:

No ha lugar a lo solicitado por improcedente.

- 50°.- Que a fojas 865, con fecha 3 de noviembre de 2016, los representantes del H. Diputado Chahín solicitaron audiencia a objeto de reunirse con esta sustanciadora, *todo ello en atención al estado actual y avance de este expediente de invalidación*, y mediante oficio N° 29.473, de fecha 17 de noviembre de 2016, a fojas 890, se resolvió rechazar dicha solicitud, considerando que constituye un trámite no contemplado en la ley, y que de aceptarse implicaría eventualmente vulnerar los principios de contradictoriedad, imparcialidad y transparencia, al impedir que los otros intervinientes tengan conocimiento de las peticiones o consideraciones que esa parte expondría a esta sustanciadora;
- 51°.- Que con fecha 15 de noviembre de 2016, se recibió el oficio N°3.051 del Director del Servicio de Impuestos Internos, que rola a fojas 881 y siguientes, dando respuesta al oficio de esta Superintendencia N°26.428 de fecha 12 de octubre de 2016, que rola a fojas 653 de autos, mencionado en el visto 36° el cual fue notificado a los intervinientes acompañando copia del mismo mediante oficio N°29.512, de 18 de noviembre de 2016, y cuyo contenido se transcribe a continuación:

"Se ha recibido en esta Dirección Nacional, su presentación indicada en el antecedente mediante la cual solicita informar a vuestra Superintendencia una serie de aspectos relacionados con el tratamiento tributario del menor valor o goodwill originado en la fusión de dos sociedades anónimas y efectos de aquel en materia de recaudación fiscal.

I. ANTECEDENTES.

En conformidad a lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de la Ley N°19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, y en los artículos 3°, inciso segundo, y 5° de la Ley N° 18.575, sobre Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y en el marco de los procesos de invalidación que se encuentra conociendo la Superintendencia de Pensiones, solicita se le informe, dentro del ámbito de competencia de este Servicio, los siguientes aspectos relacionados con la legislación aplicable al proceso de fusión de dos sociedades anónimas, con especial énfasis en cuanto a los efectos de dicho proceso en materia de recaudación fiscal:

- 1) *Régimen tributario aplicable al goodwill que pueda producirse como resultado de una fusión entre dos Administradoras de Fondos de Pensiones, que se hubiese*

perfeccionado antes del día 31 de diciembre de 2015.

2) *Diferencias, si las hubiere, con el régimen tributario aplicable al goodwill que pueda producirse como resultado de una fusión entre una Administradora de Fondos de Pensiones y una sociedad anónima que no haya sido constituida como sociedad anónima especial de conformidad al artículo 130 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas, y que se hubiese perfeccionado antes del día 31 de diciembre de 2015.*

3) *Efectos de 1) y 2) en materia de recaudación fiscal.*

II. ANÁLISIS.

A.- Consideración previa.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1º, del D.F.L. N° 7, del 1980, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, a este Servicio le corresponde la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieron, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente.

Resulta de la aplicación de la referida norma que el Servicio de Impuestos Internos debe operar dentro del marco establecido y sólo con el objeto de realizar los fines que se le han encomendado.

B.- Tratamiento tributario del menor valor o goodwill.

Atendida la vigencia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.780 a los incisos 3º y siguientes, del N° 9, del artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR)⁵ norma que regula el tratamiento tributario del menor valor o goodwill, y considerando que las consultas efectuadas aluden a fusiones perfeccionadas antes del 31 de diciembre de 2015, el referido tratamiento será analizado considerando dicha vigencia, según da cuenta la letra d) siguiente⁶:

a) Concepto de menor valor o goodwill.

Corresponde a la diferencia que se determina cuando el valor total de la inversión efectuada por la absorbente en las acciones o derechos sociales de la sociedad absorbida, es mayor al valor total o proporcional del capital propio tributario de esta última, determinado a la fecha de la fusión.

⁵ De acuerdo a lo dispuesto en la letra b), del numeral 15), del artículo 1º.- de la Ley N° 20.780 y en la letra b) del artículo primero.- y numeral XIX del artículo tercero.-, ambos de las disposiciones transitorias de dicho cuerpo legal.

⁶ Este Servicio impartió las instrucciones pertinentes mediante las Circulares N°s 13 de 2014 y 1 de 2015.

7
EVA

Por valor total de la inversión, debe entenderse el costo tributario de las acciones o derechos sociales determinado a la fecha de la fusión, debidamente reajustado, y por capital propio tributario, el determinado a la misma fecha, de acuerdo a lo dispuesto en el N° 1, del inciso 1º, del artículo 41 de la LIR. En el caso de una fusión por incorporación, sólo debe considerarse la parte del capital propio tributario que corresponda a la proporción que representa la inversión en acciones o derechos sociales de la sociedad absorbida, sobre el total de las acciones o derechos sociales de ésta.

b) Requisitos.

i. Que se trate de un proceso de fusión de sociedades, comprendiéndose dentro de éste, la disolución de una sociedad por reunirse el total de las acciones o derechos sociales en manos de una misma persona. Se excluye, sin embargo, la fusión por creación.

ii. Que la absorbente haya realizado previamente una inversión en acciones o derechos sociales de la sociedad absorbida.

c) Distribución del menor valor o goodwill.

El goodwill debe distribuirse entre cada uno de los activos no monetarios recibidos desde la sociedad absorbida con ocasión de la fusión, cuyo valor de costo tributario sea inferior a su valor corriente en plaza. Dicha distribución debe efectuarse proporcionalmente, en la forma establecida en la LIR, entre los referidos activos hasta el valor corriente en plaza de éstos o hasta el valor que se cobre o cobraría en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

Para estos efectos, se entiende por activos no monetarios, aquellos que de alguna manera se autoprotegen del proceso inflacionario, ya sea porque su naturaleza impide que la desvalorización monetaria ocasione menoscabo en su valor real o se encuentren protegidos de la inflación por existir cláusulas de reajustabilidad establecidas por ley o pactadas en forma contractual.

La cantidad que finalmente resulte distribuida entre los activos no monetarios, deberá sumarse al costo tributario de éstos para reflejar el nuevo valor de dichos activos en la sociedad absorbente para todos los efectos tributarios.

En caso de que no existan activos no monetarios, o el valor tributario de cada uno de ellos sea igual o superior a su valor corriente en plaza, o si efectuada la distribución señalada aún subsiste una diferencia, dicho goodwill no distribuido tendrá el tratamiento que se señala en la letra d) siguiente.

d) Menor valor o goodwill no distribuido.

i. Activo intangible. Modificación al régimen del menor valor o goodwill no distribuido y norma transitoria.

TUA

La Ley N° 20.780, como se señaló, modificó los incisos 3° y siguientes del N° 9, del artículo 31 de la LIR, a partir del 1° de enero de 2015, estableciendo un nuevo régimen al menor valor o goodwill no distribuido.

De este modo, en caso de que no existan activos no monetarios, o el valor tributario de cada uno de ellos sea igual o superior a su valor corriente en plaza, o si efectuada la distribución señalada aún subsiste una diferencia de menor valor o goodwill no distribuida, éste o su diferencia, siempre que se hubiere originado en fusiones realizadas a contar del 1° de enero de 2015, se considera para efectos tributarios como un activo intangible que debe ser amortizado o castigado solamente a la fecha de la disolución de la absorbente o al término de giro de ésta, debidamente reajustado⁷.

Sin embargo, este nuevo régimen tributario no afecta a aquellos procesos de fusión que se hubieren iniciado con anterioridad al 1° de enero de 2015 y que se hubieren concluido hasta el 1° de enero de 2016, siempre que tal inicio se hubiere informado y pueda acreditarse de manera fehaciente ante este Servicio⁸ ⁹. Respecto de estas fusiones, el goodwill no distribuido continuará tratándose como un gasto diferido en los términos establecidos con anterioridad a las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.780 y según se indica en el literal ii. Siguiente.

ii. Gasto diferido.

En caso que no existan activos no monetarios, o el valor tributario de cada uno de ellos sea igual o superior a su valor corriente en plaza, o si efectuada la distribución señalada aún subsiste una diferencia de menor valor o goodwill no distribuida, éste o su diferencia, se considera para efectos tributarios como un gasto diferido que debe ser deducido en partes iguales por el contribuyente, debidamente reajustado, en un lapso de diez ejercicios comerciales consecutivos, contados desde aquel en que se generó el menor valor o goodwill, esto es, desde el ejercicio comercial en que se produce la fusión.

e) Facultad de tasar.

Este Servicio podrá tasar fundadamente el valor de los activos no monetarios determinado por el contribuyente, cuando sea notoriamente superior a los valores corrientes en plaza, o a los que se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación.

Las diferencias así determinadas, se considerarán como parte del gasto diferido que

⁷ Este Servicio impartió las instrucciones pertinentes mediante la Circular N° 1 de 2015.

⁸ Por disposición del numeral XIX del artículo tercero.- de las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.780.

⁹ Este Servicio impartió las instrucciones pertinentes mediante la Resolución N° 111 de 2014.

7
Res

deberá deducirse en el período de diez ejercicios comerciales consecutivos señalado.

III.- CONCLUSIÓN.

En base al análisis efectuado, y considerando los aspectos que solicitó informar en su presentación, se indica:

- 1) El tratamiento tributario del menor valor o goodwill originado en la fusión de dos Administradoras de Fondos de Pensiones, perfeccionada hasta el 31 de diciembre de 2015, corresponde al informado en la letra B.- del apartado II precedente.*

Cabe recalcar, sin embargo, en lo que dice relación con el régimen tributario aplicable al menor valor o goodwill no distribuido, que si aquel se originó en fusiones efectuadas a partir del 1º de enero de 2015, se considera para efectos tributarios como un activo intangible, salvo que se hubiere originado en fusiones iniciadas con anterioridad al 1º de enero de 2015 y concluidas hasta el 1º de enero de 2016 -siempre que tal inicio se hubiere informado a este Servicio y se acredite fehacientemente-, caso en el cual se considera para efectos tributarios como un gasto diferido, en los términos referidos en los literales i. y ii., de la letra d), de la letra B.-, del apartado precedente, respectivamente.

- 2) En el tratamiento tributario del menor valor o goodwill no tiene incidencia el tipo social de las sociedades fusionadas, por cuanto atiende a otras variables: valor de total de la inversión previa en acciones o derechos sociales efectuada por la absorbente en la absorbida y valor total o proporcional del capital propio de esta última sociedad, según se desprende del propio concepto de menor valor o goodwill, referido en la letra a), de la letra B.- del apartado II anterior, y existencia o no de activos no monetarios provenientes de la sociedad absorbida.*

Por lo anterior, de genera[r]se un menor valor o goodwill en la fusión de una Administradora de Fondos de Pensiones y una sociedad anónima no constituida como sociedad anónima especial de conformidad a lo dispuesto [en el] artículo 130 de la Ley Nº18.046, perfeccionada antes del 31 de diciembre de 2015, si fuere factible tal fusión¹⁰, se someterá al mismo tratamiento tributario informado en la letra B.- del apartado II precedente.

- 3) En materia recaudatoria, el menor valor o goodwill se traduce, en términos generales, en la disminución de las futuras bases imponibles de la absorbente respecto del Impuesto de Primera Categoría (IDPC), y por lo tanto, en una menor recaudación fiscal. En efecto:*
 - a) La proporción del menor valor o goodwill distribuida entre cada uno de los activos no monetarios recibidos desde la sociedad absorbida con ocasión de*

¹⁰ Cuestión que no es de competencia de este Servicio. (Sic)

207

la fusión, en los términos referidos en la letra c), de la letra B.- del apartado II precedente, disminuye la Renta Líquida Imponible (RLI) de la sociedad absorbente, ya sea vía enajenación (mayor costo) o vía depreciación (gasto).

b) Asimismo, bajo el supuesto que se trate de fusiones que se hubieren iniciado con anterioridad al 1º de enero de 2015 y que se hubieren concluido a más tardar el 1º de enero de 2016, y que cumplan los requisitos establecidos al efecto, la deducción de un décimo del menor valor o goodwill no distribuido en cada uno de los diez ejercicios comerciales consecutivos (gasto diferido), disminuye la RLI de la absorbente correspondiente a dichos períodos.

En ambos casos, y de generarse pérdidas tributarias, podrían tener lugar Pagos Provisionales por Utilidades Absorbidas (PPUA) -siempre que se cumplan los requisitos respectivos-, con la consecuente devolución del IDPC que se haya pagado sobre las utilidades que resulten absorbidas por las pérdidas tributarias¹¹.

Saluda a Ud.,

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR

- 52º.- Que a fojas 893, con fecha 22 de noviembre de 2016, AFP Cuprum S.A. evacuó el traslado a la exhibición de documentos conferido mediante oficio N°29.472 de 2016, oponiéndose a la exhibición de la carta de fecha 17 de noviembre de 2014, enviada por Principal Chile Limitada; a la carta de fecha 15 de diciembre de 2014, enviada por Principal Chile Limitada y Principal Institucional Chile S.A., y a la carta de fecha 30 de diciembre de 2014 enviada por AFP Argentum S.A. (Ingreso 39.973) sólo en lo relativo al N° 3 de la misma, especialmente en cuanto contienen el Estudio de Factibilidad, información confidencial en la cual se basa la estrategia que actualmente se encuentra desarrollando la Administradora, lo que constituye información sensible cuya exhibición afectaría gravemente la esfera de sus derechos de carácter comercial y económicos, y allanándose parcialmente a la exhibición de los restantes documentos;
- 53º.- Que mediante oficio N°30.253, de fecha 25 de noviembre de 2016, que rola a fojas 895, se resolvió la incidencia a la exhibición de documentos, acogiendo la oposición de AFP Cuprum S.A. respecto del documento singularizado en el visto precedente y ordenándose agregar los restantes documentos;
- 54º.- Que a fojas 896, con fecha 23 de noviembre de 2016, la defensa del H. Diputado Chahín presentó un recurso de reposición contra la resolución contenida en el oficio N°29.474, de fecha 17 de noviembre de 2016, que no dio lugar a la solicitud de inhabilitación efectuada a fojas 847 de autos, resolviéndose, en virtud de oficio N°30.254, de fecha 25 de noviembre de 2016, que rola a fojas 909, no ha lugar, estese al mérito de la

¹¹ Cabe hacer presente que el N° 3, del inciso 4º, del artículo 31 de la LIR, que regula la materia en comento, fue modificado a partir del 1º de enero de 2017, por la letra d), del numeral 15), del artículo 1º.- de la Ley N° 20.780, literal que fue modificado a su vez por el literal i., de la letra f., del N° 1, del artículo 8º.- de la Ley N° 20.899.

7
BCP

resolución de fojas 891 de autos;

- 55°.- Que a fojas 910, con fecha 23 de noviembre de 2016, la defensa del H. Diputado Chahín solicitó tener presente consideraciones que hizo en relación a su solicitud de audiencia con esta sustanciadora, que fuera rechazada mediante oficio N°29.474, de fecha 17 de noviembre de 2016, y a fojas 912 de autos pidió cuenta del oficio N°27.691, de fecha 25 de octubre de 2016, dirigido al Servicio de Impuestos Internos;
- 56°.- Que mediante oficio N°30.258, de fecha 25 de noviembre de 2016 que rola a fojas 914, se resolvieron las presentaciones consignadas en el visto precedente, teniéndose presente las consideraciones efectuadas mediante presentación de fojas 910 de autos, y ordenándose reiterar el oficio N°27.691 de 2016, dirigido al Servicio de Impuestos Internos, lo que se formalizó mediante oficio N°30.257, de fecha 25 de noviembre de 2016, que rola a fojas 915;
- 57°.- Que con fecha 29 de noviembre de 2016 se recibió el oficio N°3.178, de fecha 25 de noviembre de 2016, mediante el cual el Servicio de Impuestos Internos dio respuesta a las consultas que se le efectuaron por medio del oficio N°27.691 de 2016, dirigido al Servicio de Impuestos Internos a solicitud de los representantes del H. Diputado Chahín, agregándose a fojas 917 de autos, y cuyo texto se transcribe enseguida:

"Se ha recibido en esta Dirección Nacional, su presentación indicada en el antecedente mediante la cual solicita informar a vuestra Superintendencia, una serie de aspectos relacionados con el cumplimiento de la legislación en la fusión por incorporación de AFP Cuprum S.A. en AFP Argentum S.A. y de AFP Provida S.A. en AFP Acquisition S.A., y con la incidencia de dichas fusiones en materia de recaudación fiscal.

En el marco de los procesos de invalidación que se encuentra conociendo la Superintendencia de Pensiones y a petición de un interviniente de los mismos, solicita se informe, dentro del ámbito de competencia de este Servicio, lo siguiente:

1. Si los actos y procedimientos referentes a las fusiones señaladas, se enmarcan dentro de una correcta interpretación, armónica y sistematizada de la ley tributaria, especialmente si existe o ha existido una legítima razón de negocios que justifique, valide y ampare tal operación.

2. Si se dio cumplimiento a la legislación tributaria vigente en Chile y si conforme a ello era procedente autorizar la fusión en la forma que se otorgó.

3. Evaluación, monto y perjuicios que produce al Fisco de Chile la procedencia de estas fusiones en los términos autorizados por la Superintendencia de Pensiones.

Respecto a la primera consulta, cabe señalar que los aspectos que se

solicita informar son materia de la instancia de fiscalización respectiva, la que este Servicio puede llevar a cabo estando vigentes los plazos de prescripción establecidos en el artículo 200 del Código Tributario. Cabe indicar, en este sentido, que bajo el supuesto que se trate de fusiones que se hubieren iniciado con anterioridad al 1° de enero de 2015 y que se hubieren concluido a más tardar el 1° de enero de 2016, y que cumplan los requisitos establecidos en la legislación tributaria, el mayor valor pagado (menor valor de la inversión) o goodwill no distribuido se considerará un activo diferido que deberá deducirse en cuotas de un décimo, por el plazo de diez años, de modo que este Servicio deberá fiscalizar el tratamiento de aquel hasta su total deducción.

Respecto a la segunda consulta, se hace presente, tal como se indicó en el párrafo precedente, que la verificación del cumplimiento de la legislación tributaria es materia de la instancia de fiscalización respectiva y que no le corresponde a este Servicio pronunciarse sobre la procedencia de las autorizaciones otorgadas por la Superintendencia de Pensiones respecto de la fusión por incorporación de AFP Cuprum S.A. en AFP Argentum S.A. y de AFP Provida S.A. en AFP Acquisition S.A., por cuanto aquello resulta ajeno a su competencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 1°, del D.F.L. N° 7, de 1980, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, dispone la referida norma que al Servicio de Impuestos Internos le corresponde la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente.

Finalmente, respecto a la tercera consulta, necesario es reiterar que aquellos ítems han de determinarse en la instancia de fiscalización respectiva.

Saluda a Ud.,

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR

58°.- Que a fojas 921, con fecha 5 de diciembre de 2016, AFP Cuprum S.A. solicitó, en lo principal, tener presente consideraciones efectuadas al informe presentado por la defensa del H. Diputado Chahín a fojas 665, ofreciendo dos informes en derecho elaborados por el profesor y abogado Francisco Saffie Gatica, y por los abogados señora Carolina Fuensalida M. y señor Jaime del Valle V., respectivamente, y en el otrosí solicitó que, atendido el estado del procedimiento, se dictara la resolución final del mismo;

59°.- Que a fojas 1015, se resolvió la presentación indicada en el visto anterior, mediante oficio N°31.022, de fecha 7 de diciembre de 2016, en virtud del cual se dispuso: *Resolviendo la presentación consignada en antecedentes, que rola a fojas 921 de autos: A lo principal: Atendido lo dispuesto en el inciso primero del artículo 10 de la Ley N° 19.880, en cuanto dispone que los interesados podrán, en cualquier momento del*

procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio: téngase presente; Al otro sí: siendo la dictación de la resolución final una obligación impuesta por el artículo 40 de la ley N° 19.880 para la finalización de todo procedimiento administrativo una vez finalizados los actos de iniciación e instrucción, no ha lugar por innecesario;

60°.- Que con lo visto y relacionado, apreciados los antecedentes y las pruebas agregadas a autos en conformidad a lo prescrito en el inciso primero del artículo 35 de la Ley N°19.880 y;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que según se ha expresado en la parte expositiva de esta resolución exenta, el presente procedimiento se inició en virtud de lo dispuesto en el oficio N°47.645 de 28 de junio de 2016, en el cual la CGR señaló que conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LBPA, *"la decisión de ejercer o no la potestad invalidatoria debe ser resultado de un procedimiento administrativo, en el que, una vez conferida audiencia a los interesados y con el mérito de los antecedentes del expediente, la Administración resuelva la mantención o expulsión del ordenamiento jurídico de los actos en cuestión, situación que no ha tenido lugar en la especie."* En vista de lo anterior, se inició el respectivo procedimiento administrativo de invalidación de las E-220-2014 y E-221-2015, ambas de esta Superintendencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 LBPA, otorgando audiencia a los interesados y realizando las demás actuaciones referidas en la parte expositiva de esta resolución

En conformidad a lo observado por la CGR, el objetivo del presente procedimiento se encuentra circunscrito a determinar la procedencia o no de la sanción de invalidación administrativa de las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, ambas de esta Superintendencia, por las cuales se autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y aprobó sus estatutos, y se aprobó la fusión de AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A., por incorporación de la segunda a la primera, respectivamente;

SEGUNDO: Que la decisión de si corresponde o no invalidar las referidas resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 tiene su fundamento en la circunstancia que, según se ha detallado en el N°19 de la parte expositiva de esta resolución, la CGR ha resuelto (dictámenes N°98.889 y N°9.702) que tales actos administrativos adolecen de los siguientes vicios de legalidad:

a) En cuanto al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 130 de la LSA para la constitución de una nueva sociedad administradora de fondos de pensiones, ello en relación con las exigencias prescritas en los artículos 23 y 24 A del DL N°3.500 aplicables a las administradoras mismas y a sus accionistas fundadores, respectivamente:

(i) Que no resulta admisible que en el proceso de constitución de una AFP se acompañen antecedentes de otra, aun cuando aquélla sea su controladora y;

bw

- (ii) *Que no se aportaron antecedentes que permitan acreditar cabalmente la utilidad o provecho para el sistema de pensiones que reporta la operación cuestionada, y*

b) En cuanto a la autorización de existencia de AFP Argentum S.A., particularmente en lo que se refiere al hecho de haber sujetado su vigencia al cumplimiento de una condición suspensiva consistente en que dicha AFP se fusionara con AFP Cuprum S.A. dentro de los 60 días siguientes, por absorción de la segunda en la primera:

- (iii) Que dicha figura era contradictoria, en el sentido que la condición fijada, en sí misma, resultaba impracticable, pues conforme al artículo 99 de la LSA una operación de fusión supone la existencia de dos o más sociedades, y en la especie, al momento de la fusión sólo existía válidamente AFP Cuprum S.A. y no AFP Argentum S.A.

Estos vicios de legalidad fueron observados como tales por la propia CGR. Respecto de ellos se ha dispuesto la instrucción de este procedimiento administrativo de invalidación y, en consecuencia, son las únicas irregularidades o vicios de legalidad de que adolecerían las Resoluciones E-220 y E-221, sobre las cuales cabe pronunciarse en cuanto a si por su gravedad y efectos deben ser sancionadas con la invalidación de las resoluciones que las contienen o si, por el contrario, deberían conservarse;

TERCERO: Que existe consenso en la doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a que la invalidación no constituye un recurso administrativo ni un medio de impugnación ordinario de actos administrativos, sino una potestad de revisión unilateral de los mismos (Sentencia de la Excm. Corte Suprema 7167-2010), y es una atribución propia de la autoridad que dictó el acto, que se ejerce excepcionalmente en casos calificados (Sentencia de la Excm. Corte Suprema 7728-2013).

La invalidez como sanción de un acto administrativo que adolece de un vicio de legalidad es, entonces, un remedio excepcional, que el ordenamiento prescribe exclusivamente para ciertas ilegalidades extremas.

En efecto, conforme a la LBPA, en general, los vicios de forma no afectan el procedimiento administrativo y, por el contrario, solo atentan contra la validez de los actos administrativos en aquellos casos en que incidan en un requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por disponerlo así el ordenamiento jurídico, e irroguen perjuicio o daño al interesado.

A esta excepcionalidad del instituto de la invalidación como remedio jurídico frente a la concurrencia de vicios de legalidad que afectan actos administrativos se le denomina el "*Principio de Conservación*", que se expresa, básicamente, en la idea de que pese a la concurrencia de ciertos vicios en su generación, en determinadas circunstancias la validez de un acto administrativo se mantendrá o justificará cuando cumpla las finalidades que el derecho igualmente le impone.

La vigencia de este *Principio de Conservación*, que tiene como contrapartida la exigencia de aplicar la sanción de invalidación de modo excepcional y como *ultima ratio*, ha sido recogida por

la Excelentísima Corte Suprema al señalar que:

En efecto, uno de los principios que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial, como señala el inciso segundo del artículo 13 de la LBPA. Subyacen a este principio de conservación otros principios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como la buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados. (Sentencia de la Excma. Corte Suprema rol 8650-2015).

CUARTO: Que esta sustanciadora ha tenido a la vista y ha analizado las presentaciones de los intervinientes consignados en los vistos 29°, 30° y 31°, como las posteriores presentaciones y pruebas aportadas en el presente proceso;

QUINTO: Que conforme al inciso primero del artículo 53 de la LBPA, para que pueda imponerse la sanción de invalidación a un acto administrativo que adolece de un vicio de legalidad, la autoridad que dictó el acto viciado debe ejercer la potestad invalidatoria en el plazo de dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

Asimismo, de acuerdo a la doctrina nacional los vicios que pueden comprometer la validez de los actos administrativos por infracción del principio de legalidad son únicamente: **(a)** ausencia de investidura regular; **(b)** ilegalidad por vicio de exceso de poder, abuso o desviación de fin; y **(c)** vicios de forma o procedimientos de naturaleza esencial que, conforme al artículo 13 de la LBPA, causan perjuicio al interesado (*Cordero Vega, Luis: "Lecciones de Derecho Administrativo". Thomson Reuters. 2015. P. 293. y Jara Schnetler (2004). p. 11.*)

SEXTO: Que atendido que las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 adolecerían de vicios de legalidad, para decidir si corresponde invalidarlas es necesario determinar, enseguida, si en el caso de autos se cumplen los demás presupuestos o condiciones que conforme al derecho chileno se requieren para que sea procedente la invalidación;

SÉPTIMO: Que, en lo que respecta al plazo para invalidar, cabe tener presente que según se ha detallado en los puntos 15° y 16° de la parte expositiva, la Resolución E-220-2014 fue dictada el día 19 de diciembre de 2014 y la Resolución E-221-2015 el día 2 de enero de 2015, de manera tal que, conforme al artículo 53 de la LBPA, el plazo para ejercer la potestad invalidatoria respecto de ambas resoluciones aún no ha caducado;

OCTAVO: Que en lo que respecta a los vicios de legalidad de que adolecerían las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, se debe tener presente que, según se ha dado cuenta detalladamente en la parte expositiva de esta resolución (N°19) y en el considerando segundo anterior, conforme a lo dictaminado por la CGR, aquéllos se refieren a incumplimientos de exigencias o requisitos específicos establecidos por la ley a las sociedades anónimas especiales

7
EPA

que actúan como administradoras de fondos de pensiones, pero en ningún caso se trata de infracciones legales asociadas a la falta de investidura regular de la autoridad que las dictó, ni de haber sido dictadas tales resoluciones por vicio de exceso de poder, abuso o desviación de fin, ambas categorías de vicios de legalidad que, según se ha expresado, pueden ser merecedoras de la sanción de invalidación del acto administrativo que adolece de ellos.

En relación a esta última hipótesis, esto es, la eventual concurrencia de un vicio de exceso de poder, abuso o desviación de fin en la dictación de las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, si bien dos de los informes en derecho acompañados por el H. Diputado Chahín razonan sobre ello, según se ha dado cuenta en el visto 30°, lo cierto es que vicios de esa categoría no han sido observados al efecto por la CGR y, en consecuencia, no forman parte del conjunto de vicios de ilegalidad atribuidos a las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, que son los que en definitiva fijan el marco de competencia del presente proceso de invalidación;

NOVENO: Que, en consecuencia, corresponde ahora determinar si los vicios de legalidad de que adolecerían las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 son de naturaleza esencial, esto es, si reúnen o no la suficiente entidad o gravedad y si han producido efectos tales que las hagan merecedoras de la sanción de invalidación, en cuyo caso se debe dilucidar, finalmente, si concurre o no algún límite al ejercicio de la potestad invalidatoria que recae en esta Superintendencia.

Resolver estas dos materias, esto es: (i) gravedad o entidad de los vicios de legalidad y sus efectos, y (ii) concurrencia de límites al ejercicio de la potestad invalidatoria; constituyen el sustrato de la cuestión jurídica que esta autoridad está llamada a resolver;

DÉCIMO: Que en relación con la esencialidad, entidad o gravedad de los vicios de que adolecerían las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 y sus efectos, cabe tener presente, en primer lugar, que la distinción entre los tipos de vicios que pueden dar lugar a la invalidación de un acto de la Administración constituye una cuestión de práctica jurisprudencial y un problema de evaluación concreta a resolverse de acuerdo a las circunstancias de cada caso (Ver Forsthoft, Ernst: "Tratado de Derecho Administrativo". 1958. Madrid. P. 314.).

A ello se refieren García de Enterría y Ramón Fernández al expresar que:

"...la apreciación de si el vicio cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, de las derivaciones que motive, de la situación de los interesados en el expediente, y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o mantenerlos" (García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. 11° Ed. 2002 p. 646).

De manera tal que, para discernir si un determinado vicio reúne cierta esencialidad, gravedad o materialidad que puede devenir en la invalidación del o de los actos administrativos que los contienen, se deben analizar sus efectos en el caso concreto y no de modo general o abstracto;

UNDÉCIMO: Que un criterio de extrema utilidad para analizar los efectos prácticos y concretos

7
WA

de un vicio que afecta un acto administrativo y, en consecuencia, que permite resolver si una infracción legal reviste una entidad tal que debería acarrear la invalidación del acto que lo contiene, consiste en apreciar la relación existente entre el vicio de forma detectado y la decisión de fondo adoptada por el acto viciado, y ponderar sobre todo lo que hubiera podido variar el acto administrativo que motiva el procedimiento de invalidación en caso de haberse observado el trámite omitido (Ver *García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. 11ª Ed. 2002 p. 646*).

Al aplicar este criterio o test, en unos casos será posible determinar que, aunque no hubiera existido el vicio de legalidad o irregularidad, la decisión de fondo hubiera sido la misma, caso en el cual, en aplicación del principio de economía procedimental señalado en el artículo 9 de la LBPA, no tendría sentido optar por invalidar el acto o resolución administrativas, retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo, pues aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto igual al que se anula. (Criterio que se ha aplicado en *Sentencia 6/11/63. Citada por García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. 11ª Ed. 2002 p. 646*).

Dicho de otra forma, si la decisión de fondo hubiera permanecido, no tendría sentido anular el acto viciado por motivos formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado ya se conoce (*García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. 11ª Ed. 2002 p. 646*).

En cambio, en otros casos podría ocurrir que el vicio de forma haya influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que ésta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal. A esta clase de vicios invalidantes se les denomina "*privación de elementos de juicio esenciales*" y, en general, sólo a esta clase de vicios suele atribuírsele una verdadera "*trascendencia anulatoria*" (ver *García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás: "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. 11ª Ed. 2002 p. 650*).

En suma, el criterio o test de la entidad o gravedad consiste en dilucidar si los efectos del acto administrativo viciado hubiesen variado en el caso en que hubiese sido dictado lícitamente, esto es, sin vicios de forma. Para el caso en que los efectos hubiesen sido similares, se entenderá que el o los vicios de legalidad son más bien inocuos y, en consecuencia, no revisten la entidad, gravedad o materialidad necesarias para provocar la invalidación del acto. Por el contrario, si los efectos de tales actos, para el caso en que hubiesen sido dictados sin la concurrencia de vicios, hubiesen variado o no fuese posible determinarlos, se entenderá que los vicios de legalidad que les afectan son graves o revisten una entidad tal que deberían traer apareada la invalidación;

DUODÉCIMO: Que para aplicar al caso de autos el criterio o test de la entidad o gravedad señalado en el considerando precedente, es necesario señalar que, conforme ha quedado de manifiesto en los números 2º, 3º, 4º y 5º de la parte expositiva, por Resolución E-216-2012, de 21 de diciembre de 2012, previa comprobación de que PIC cumplía efectivamente con los requisitos que establece el artículo 24 A del DL N°3.500, esta Superintendencia autorizó a dicha compañía para adquirir el 99,99999% de las acciones de AFP Cuprum S.A., operación que se materializó y permitió a PIC adquirir para sí y para todos los efectos a que haya lugar en

conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 212 de la Ley 18.045, la cantidad de 16.272.432 acciones de AFP Cuprum S.A., lo que le permitió alcanzar un porcentaje de control de aproximadamente un 90,42% de las acciones ordinarias, de una sola serie, sin valor nominal, íntegramente suscritas y pagadas de esa sociedad.

De este modo, en la práctica PIC no sólo tomó el control de AFP Cuprum S.A., sino que al haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 24 A del DL N° 3.500, de 1980, debidamente ponderados y calificados por esta Superintendencia, se encontraba habilitada, eventualmente, para constituirse como Administradora de Fondos de Pensiones.

Enseguida, mediante Carta GG/851/14, de fecha 11 de septiembre de 2014, como se indicó en el visto 7°, AFP Cuprum S.A. puso en conocimiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, como hecho esencial, con copia a esta Superintendencia, la decisión de su Directorio a propuesta de su matriz PIC, de convocar a junta extraordinaria de accionistas a fin de someter a su aprobación, entre otras materias, la fusión por incorporación de AFP Cuprum S.A. en PIC, subsistiendo esta última como absorbente.

De lo anterior queda en evidencia que, el propósito declarado de PIC era llevar a cabo la reorganización de su grupo empresarial en Chile, particularmente con respecto a la empresa controlada AFP Cuprum S.A., a través de una operación de fusión con ella para, previa las autorizaciones de la autoridades competentes, especialmente de esta Superintendencia, absorberla y, simultáneamente, transformarse en la AFP continuadora.

Finalmente, según se ha detallado en el número 10° de la parte expositiva, la Superintendencia de Pensiones, mediante el oficio N° 21.449 de fecha 25 de septiembre de 2014 instruyó a AFP Cuprum S.A. ejecutar la reorganización empresarial de un modo distinto y condicionó la autorización de la fusión informada por la administradora a que PIC se transformase previamente en Administradora de Fondos de Pensiones, con el solo objeto de evitar las infracciones a la normativa vigente que en dicho oficio fueron erróneamente advertidas;

DÉCIMO TERCERO: Que en esta misma línea, según da cuenta el N°21 de la parte expositiva de esta resolución, tanto la Resolución Exenta N° 513 como el informe jurídico preparado por el Sr. Fiscal de esta Superintendencia, y que sirvió de fundamento para la dictación de la referida resolución, reconocen que el proceso de constitución de AFP Argentum S.A. y la fusión posterior con AFP Cuprum S.A. pudo haberse realizado de otra forma, llegando al mismo resultado.

En este sentido, tanto la referida Resolución Exenta N°513 como el informe jurídico que le sirve de sustento establecen que la condición suspensiva señalada en el Oficio Ord. N° 21.449, de fecha 25 de septiembre de 2014 de esta Superintendencia, y que consistía básicamente en que PIC debía constituirse en administradora de fondos de pensiones en conformidad a la ley como requisito previo a la autorización de la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A., había sido instruida por la Superintendencia en forma errónea, pues esta última se encontraba habilitada legalmente para autorizar la referida fusión de PIC por absorción de AFP Cuprum S.A., en los términos propuestos originalmente por PIC, es decir, en un solo acto y, simultáneamente, autorizar la transformación de la entidad resultante en una AFP, mecanismo legalmente idóneo para producir el resultado solicitado;

DÉCIMO CUARTO: Que del aserto anterior se concluye que, en aplicación al caso concreto de autos del criterio o test de la entidad o gravedad señalado en el considerando décimo precedente, es posible advertir que aun cuando los vicios de legalidad dictaminados por la CGR no hubiesen tenido lugar en las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, el tenor de las decisiones administrativas de la Superintendencia en relación a la solicitud de autorización de una fusión entre PIC y AFP Cuprum S.A. habría sido igualmente concedida y, en definitiva, el resultado para efectos de la reorganización empresarial solicitada habría sido el mismo que dan cuenta las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, más allá de los vicios de legalidad de que adolecerían en los hechos.

Dicho de otro modo, en el supuesto que las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 hubiesen sido dictadas por la Superintendencia sin los defectos o vicios de legalidad observados por la CGR, que finalmente terminaron afectándolas, igualmente dicha resolución habría tenido por objeto autorizar la fusión por incorporación de AFP Cuprum S.A. en PIC, subsistiendo esta última como absorbente;

DÉCIMO QUINTO: Que, asimismo, de lo expuesto en el considerando anterior es posible concluir también que los eventuales efectos de una resolución sin vicios de legalidad como los dictaminados por la CGR, habrían sido similares a aquellos que produjeron las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, en cuanto al cumplimiento de exigencias legales, societarias y aquellas aplicables en su condición de sociedad anónima especial y de administradora de fondos de pensiones.

De igual modo, conforme a los antecedentes aportados por parte del Servicio de Impuestos Internos en sendos oficios remitidos a esta Superintendencia, y cuyo contenido ha sido transcrito en los números 51° y 57° de la parte expositiva, para el caso que las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 hubiesen sido dictadas sin los defectos o vicios de legalidad que finalmente terminaron afectándolas, los efectos tributarios de la reorganización empresarial de marras habrían sido idénticos a los que efectivamente tuvieron lugar con ocasión de la dictación de las resoluciones E-220-2014- y E-221-2015.

En efecto, conforme a lo informado por la autoridad tributaria en el oficio transcrito en el número 51° de la parte expositiva, en el tratamiento tributario del menor valor o goodwill no tiene incidencia el tipo social de las sociedades fusionadas, por cuanto en su criterio, este atiende a otras variables, como el valor del total de la inversión previa en acciones o derechos sociales efectuada por la absorbente en la absorbida y valor total o proporcional del capital propio de esta última sociedad, y la existencia o no de activos no monetarios provenientes de la sociedad absorbida.

En este sentido, para el Servicio de Impuestos Internos, de generarse un menor valor o goodwill en la fusión de una Administradora de Fondos de Pensiones y una sociedad anónima no constituida como sociedad anónima especial de conformidad a lo dispuesto artículo 130 de la LSA, perfeccionada antes del 31 de diciembre de 2015 se habría sometido al mismo tratamiento tributario establecido para el caso de una fusión entre dos administradoras de fondos de

pensiones, tal como ocurrió con la fusión entre AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A., que en efecto fue autorizada;

DÉCIMO SEXTO: Que sin perjuicio de lo señalado en los considerandos anteriores, conforme a lo expresado por el Servicio de Impuestos Internos, para el caso que las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 hubiesen sido dictadas sin los defectos o vicios de legalidad que fueron finalmente observados por la CGR, es posible concluir también que los efectos de esa reorganización empresarial en materia de recaudación fiscal habrían sido idénticos a los que en los hechos se produjeron. De ello se sigue además, que desde el punto de vista fiscal o recaudatorio, los vicios de que adolecerían las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 son totalmente inocuos, pues para el caso en que éstos no hubiesen tenido lugar, el efecto tributario y fiscal habría sido el mismo que el que en definitiva generaron las cuestionadas resoluciones;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de lo razonado hasta aquí resulta evidente que los vicios de legalidad que afectan las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 no reúnen la suficiente entidad o gravedad, y en el caso concreto no han producido efectos tales que ameriten sancionarlas con su invalidación pues según se ha analizado, en aplicación del criterio o test de la entidad o gravedad de los vicios, para el caso en que estos últimos no hubiesen tenido lugar, la actuación de la Superintendencia habría sido similar, y los efectos de sus resoluciones desde el punto de vista legal, regulatorio, fiscal y tributario, habrían sido idénticos;

DÉCIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, para el caso en que las resoluciones E-220-2014 y E-221-2015 hubiesen sido dictadas sin vicios de forma, sus efectos habrían sido similares, cuestión que permite concluir que se trata de vicios de legalidad más bien inocuos, y que además no han irrogado un daño a los interesados, ni perjudicado el interés fiscal, según se desprende de los oficios N°s 3.051 de fecha 15 de noviembre de 2016 y 3.178 de fecha 25 de noviembre de 2016, ambos del Servicio de Impuestos Internos, consignados en los vistos 51° y 57°, de los cuales no es posible advertir la existencia de aquél;

DÉCIMO NOVENO: Que sin perjuicio de que los razonamientos antes expuestos permiten afirmar la improcedencia del ejercicio de la potestad invalidatoria en estos autos, atendido el carácter no esencial del vicio invocado, así como la inexistencia de perjuicios que hagan necesaria la anulación administrativa de los actos impugnados, deben también tenerse en cuenta los límites que establece la doctrina y la jurisprudencia para el ejercicio regular de la potestad invalidatoria de un órgano de la Administración del Estado, aun cuando el texto legal que consagra la potestad no señale nada en términos expresos;

VIGÉSIMO: Que, en efecto, el artículo 53 de la LBPA al establecer la potestad invalidatoria para todos los órganos de la Administración del Estado no señala límites materiales para el ejercicio de aquella, sino sólo uno temporal (2 años) y otro procedimental (audiencia de los interesados), los que nada expresan sobre la posible afectación de los derechos o situaciones jurídicas de los terceros;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que no obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia han venido elaborando desde hace un tiempo algunos límites sustantivos frente a la potestad invalidatoria de la Administración del Estado, siendo uno de los más relevantes el principio de confianza legítima. Este principio, que encuentra su fundamento más inmediato en el principio mayor de la seguridad jurídica y que se vincula estrechamente con la vigencia misma del Estado de Derecho, la doctrina lo deriva de "una conducta, manifestada en ciertos actos del poder público, que ha hecho generar cierta confianza que se actuaría en un determinado sentido a un sector de ciudadanos o colectivos determinados" (*Castillo Blanco, Federico. "La protección de confianza en el Derecho Administrativo", Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 98*). En el mismo sentido, y con análogos fundamentos, la doctrina nacional define esta confianza legítima como "el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que como ha venido actuando de una determinada manera, lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares". (*Bermúdez Soto, Jorge. "Derecho Administrativo General", Thomson Reuters, Santiago, 2014, pág. 110*).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que dicho principio, según esta misma doctrina nacional, siguiendo en ello muy de cerca a las doctrinas española y alemana, tendría sustento en nuestro ordenamiento jurídico en la propia Constitución Política de la República, principalmente en los artículos 5, 6, 7, 8 y 19 N°26, en cuanto estas disposiciones contienen los principios estructurales del Estado de Derecho y la seguridad jurídica, lo que, como acabamos de señalar, constituye el marco dogmático de referencia de este principio en análisis. Ello supone que el resguardo o protección de la confianza legítima es una exigencia que se impone en nuestro derecho a partir de los propios valores jurídicos que propugna nuestro orden constitucional, particularmente la seguridad jurídica en el contexto de un Estado de Derecho;

VIGÉSIMO TERCERO: Que la vigencia de esta confianza legítima, como principio constitucional relevante en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido reconocida por la jurisprudencia administrativa y judicial, encontrándose numerosos dictámenes de la CGR y sentencias de la Excm. Corte Suprema que hacen aplicación del mismo, para limitar los alcances de una norma legal o establecer modulaciones a las potestades que reconoce el ordenamiento jurídico a un órgano de la Administración del Estado. Valga en este sentido citar la abundante jurisprudencia de la CGR en el último tiempo sobre los límites de la autoridad para disponer la no renovación de los nombramientos a contrata, en que precisamente su fundamento radica en la confianza legítima como principio jurídico de relevancia en la actuación administrativa (Dictamen N° 22.766/2016);

VIGÉSIMO CUARTO: Que este principio, así delineado, tiene diversas aplicaciones y expresiones en nuestro derecho y en el derecho comparado. Algunas de las principales son la vinculatoriedad de los órganos de la Administración del Estado al precedente administrativo, el deber de éstos de comunicar con anticipación a los particulares los cambios de interpretación o de conducta que los afectan, el deber de establecer plazos de vacancia o transitoriedad para la aplicación de una nueva norma o interpretación de la misma, y la protección de los derechos o situaciones jurídicas reconocidas por la propia Administración en un momento anterior,

BVA

especialmente si ellas ya se encuentran consolidadas en el ordenamiento jurídico, aun cuando no haya estrictamente derecho de propiedad sobre las mismas (*Bermúdez Soto, Jorge. "Derecho Administrativo General", ob.cit., págs. 110-114*);

VIGÉSIMO QUINTO: Que precisamente vinculado a este último ámbito, la confianza legítima opera entonces también como un límite a la potestad invalidatoria, en la medida que el acto administrativo que se pretende declarar ilegal contiene derechos o situaciones jurídicas de terceros reconocidas como válidas, las cuales no pueden ser dejadas lisa y llanamente sin efecto, no obstante la irregularidad de la actuación administrativa, ya que de hacerlo se podrían generar consecuencias más desfavorables para los propios intereses públicos, como una eventual responsabilidad patrimonial para la Administración del Estado;

VIGÉSIMO SEXTO: Que así lo ha sostenido por lo demás la jurisprudencia de la CGR, la que precisamente ha impedido que opere la invalidación en ciertos casos, afirmando la existencia de la confianza legítima como límite a aquella. Así el órgano contralor ha señalado que "se debe tener presente el criterio de esta Contraloría General contenido en los dictámenes N°s 7.348, de 2008, 22.790, de 2009 y 2.091, de 2010, conforme al cual, el ejercicio de la potestad invalidatoria de los actos administrativos debe ser armonizada con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe y la seguridad o certeza jurídica, de tal manera que, de producirse una colisión entre esa facultad-deber y éstos, en determinadas situaciones, deben prevalecer dichos valores". Y añade a continuación: "Es conveniente tener presente que el principio de la confianza legítima se hace aplicable en situaciones jurídicas consolidadas en que las consecuencias de las medidas adoptadas por la Administración no pueden afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo, lo que resulta conforme con lo señalado, entre otros, en el dictamen N° 59.072, de 2010, de este Órgano de Control" (Dictamen N° 7430/2012);

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en este mismo sentido la Excmá. Corte Suprema, acogiendo la tesis antes expuesta y estableciendo la confianza legítima como un límite a la potestad invalidatoria ha señalado enfáticamente que "uno de los principios del Derecho Administrativo es el de protección de la confianza legítima, esto es, que las actuaciones de los poderes públicos generan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. Lo anterior vinculado directamente con el principio de conservación del acto administrativo, de la buena fe y de la seguridad jurídica, los que constituyen resguardos de la tutela invalidatoria ejercida por la propia Administración en relación con sus actos" (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 293-2013).

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, ahora bien, no obstante la amplitud que pareciera tener el principio en estudio, para que opere dicho límite la doctrina y la jurisprudencia exigen la concurrencia de algunos elementos que permitan configurar la referida situación de confianza que exige la protección jurídica. Así, esto se produce, entre otros casos, cuando el órgano de la Administración del Estado competente dicta un acto administrativo por el que reconoce un derecho o una situación jurídica consolidada a un particular, cuando existe una jurisprudencia administrativa consistente en un sentido determinado que permite anticipar o prever la aplicación de una norma jurídica en un sentido determinado o, en fin, cuando la Administración del Estado realiza actuaciones que induzcan u ordenen al particular a actuar en determinado

sentido, haciendo una interpretación y aplicación de una norma jurídica aparentemente conforme con la legalidad;

VIGÉSIMO NOVENO: Que la última de las situaciones mencionadas en el considerando precedente es precisamente la que se presenta en la especie, ya que, como se sabe, PIC y AFP Cuprum S.A. actuaron de la manera que se ha venido señalando, a partir de las actuaciones realizadas por esta Superintendencia, las que se formalizaron a través del oficio N°21.449 de fecha 25 de septiembre de 2014, por medio del cual dispuso y aprobó el procedimiento que debía seguir aquella para concretar la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. por su matriz, de acuerdo a lo instruido por este Organismo, procedimiento de fusión que concluyó en las Resoluciones E-220-2014 y E-221-2015.

Dicho procedimiento, como ya se expresó, suponía la creación de otra Administradora de Fondos de Pensiones que hiciera posible la fusión entre entidades equivalentes, de acuerdo a lo dispuesto por esta Superintendencia, obligación que originalmente PIC y AFP Cuprum S.A. no estimaban que se encontraban sujetas a cumplir, pero a la que se sometieron atendiendo lo ordenado precisamente por esta autoridad regulatoria;

TRIGÉSIMO: Que, precisamente, a partir de esa interpretación se generaron una serie de situaciones jurídicas que involucraron a PIC y AFP Cuprum S.A., en el marco del procedimiento de fusión llevado adelante por la primera, todas las cuales se realizaron de buena fe, bajo el convencimiento de que ellas constituían la forma jurídica regular de realizar esta reorganización empresarial, de acuerdo a lo ordenado por esta Superintendencia como órgano fiscalizador del rubro;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que así, es claro que los actos administrativos irregulares que se pretenden invalidar a través de este procedimiento, se sustentan precisamente en una actuación de este órgano de la Administración del Estado, el que le señaló erróneamente el procedimiento administrativo a seguir en estos casos, generando en PIC y AFP Cuprum S.A. la confianza en la regularidad de la decisión administrativa, lo que se deriva además de la presunción de legalidad de que gozan todos los actos administrativos (artículo 3° de la LBPA);

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que la actuación de esta Superintendencia supuso, además, la creación de una situación jurídica concreta para PIC y AFP Cuprum S.A., situación que a estas alturas se encuentra totalmente consolidada bajo el amparo de las leyes vigentes al momento de realizarse, lo que evidentemente tiene protección jurídica en nuestro ordenamiento, aun cuando ello no genere técnicamente un derecho de propiedad sobre aquella. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el desconocimiento de dichas situaciones jurídicas ya señaladas podría acarrear eventuales responsabilidades patrimoniales para la Administración del Estado, pudiendo afectar con ello los intereses públicos, más que la mera ilegalidad del acto impugnado a través de esta vía;

RESUELVO:

No ha lugar a la invalidación de las Resoluciones N°s E-220 de 2014 y E-221 de 2015, ambas de esta Superintendencia.

Contra la presente resolución procede el recurso de reposición contemplado en el artículo 59 de la ley N° 19.880, sin perjuicio de los demás recursos y acciones generales que sean pertinentes.

Notifíquese, comuníquese y archívese.

COPIA FIEL DEL ORIGINAL

ELIANA CISTERNAS ARANEDA
Intendente de Fiscalización de
Prestadores Públicos y Privados (S)

Distribución:

- AFP Cuprum S.A. (Hernán Bosselin Correa – Doctor Sotero del Río 326 oficina 407, Comuna de Santiago)
- H. Diputado Sr. Fuad Chahín Valenzuela (Sr. Alfredo Ugarte Soto y/o Sergio Troncoso Mella - Rosario Norte N° 555, oficina 1703, Las Condes, Santiago)
- Sr. Superintendente
- Fiscalía
- Gabinete
- Intendencia de Fiscalización de Prestadores Públicos y Privados
- Intendencia de Regulación de Prestadores Públicos y Privados
- División Control de Instituciones
- División Prestaciones y Seguros
- División Financiera
- División Desarrollo Estratégico y Administración
- División Estudios
- División Desarrollo Normativo
- División Comisiones Médicas y Ergonómicas
- División Atención y Servicios al Usuario
- Oficina de Partes
- Archivo

