

RESOLUCIÓN EXENTA N° 2620

Santiago, 13 de 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° 1555 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 1554 y 1555 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 1° de marzo de 2013 y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 24 A y 94 N° 1 del DL N° 3.500, de 1980, MetLife Inc. solicitó autorización a esta Superintendencia de Pensiones para adquirir hasta el 100% de las acciones de AFP Provida S.A. – cuya existencia fue autorizada por este Organismo mediante Resolución E-006-81, de fecha 1° de abril de 1981 – directamente o indirectamente a través de sus sociedades MetLife Chile Acquisition Co. S.A. e Inversiones MetLife Holdco Tres Ltda. Para tales efectos informaron a esta Superintendencia que en virtud del contrato de promesa de compraventa de acciones celebrado entre MetLife Inc., como compradora, y BBVA y BBVA Inversiones Chile S.A., como vendedoras, MetLife Chile Acquisition Co. S.A. lanzaría una oferta pública de adquisición (OPA) para adquirir hasta el 100% de las acciones de AFP Provida S.A., tanto en Chile como en los Estados Unidos de Norteamérica, obligándose el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) a vender la totalidad de los American Depositary Shares emitidos por la Administradora, que eran de

EW

su propiedad y que representaban el 12,7% de las acciones de AFP Provida S.A. y comprar a BBVA el 100% de las acciones de Inversiones Previsionales S.A. – controladora a esa época de la AFP con un 51,6% de su propiedad – menos una, que sería adquirida por Inversiones MetLife Holdco Tres Ltda;

- 3°.- Que de acuerdo a las instrucciones de carácter general impartidas por esta Superintendencia mediante su Oficio Ord. N° 11.129, de fecha 18 de julio de 2007, para la adquisición de acciones de una Administradora de Fondos de Pensiones, MetLife Inc. estuvo obligada a acompañar los antecedentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 24 A del DL N° 3.500, de 1980, requisito establecido por el legislador para que los accionistas fundadores de una Administradora de Fondos de Pensiones obtengan autorización para constituirla y, que en conformidad a las instrucciones contenidas en el Oficio Ord. N° 11.129 de 2007, le son igualmente aplicables al accionista que adquiere el 10% o más del patrimonio accionario de una Administradora de Fondos de Pensiones;
- 4°.- Que habiendo comprobado la concurrencia de los requisitos habilitantes a que se ha aludido en el considerando 3° precedente, contenidos en el artículo 24 A del D.L. N° 3.500, por Resolución N° E-217-2013, de fecha 19 de julio de 2013, esta Superintendencia autorizó a las sociedades MetLife Chile Acquisition Co. S.A. e Inversiones MetLife Holdco Tres Ltda. para adquirir en conjunto, directa e indirectamente la primera e indirectamente la segunda, hasta el 100% de las acciones de la Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A., transformándose, en definitiva MetLife Chile Acquisition Co. S.A. en la controladora de dicha Administradora;
- 5°.- Que mediante carta F-641-2014, de fecha 18 de noviembre de 2014, AFP Provida S.A. puso en conocimiento de esta Superintendencia, como hecho esencial, que su Directorio acogió la solicitud del accionista MetLife Chile Acquisition Co. S.A., de convocar a una junta extraordinaria de accionistas con el objeto de, entre otras materias, someter a votación la fusión por incorporación de la sociedad en su matriz Acquisition Co. S.A., en los términos y condiciones que constan en el "Texto refundido de acuerdo de fusión Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A. en MetLife Acquisition Co. S.A", protocolizado con fecha 9 de diciembre de 2014 en la Notaría Pública de Santiago de don José Musalem Saffie, bajo el Repertorio N° 15.307/2014. Agregó que la sociedad resultante pasaría a tener giro exclusivo de administración de fondos de pensiones al momento de la fusión, la que requería en forma previa, la autorización de esta Superintendencia;
- 6°.- Que por Oficio N° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014, que rola a fojas 5, esta Superintendencia, pronunciándose acerca de lo informado por AFP Provida S.A. en la carta detallada en el visto precedente, informó a su gerente general que, conforme a la reestructuración societaria propuesta, AFP Provida S.A. sería absorbida por su controlador, por lo que además de pasar la totalidad del patrimonio y accionistas de la administradora a MetLife Chile Acquisition Co. S.A., 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

EVA

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 Provida S.A. en MetLife Chile Acquisition Co. S.A., 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, MetLife Chile Acquisition Co. S.A. se constituía en Administradora de Fondos de Pensiones en conformidad a las normas citadas;

- 7°.- Que con fecha 8 de enero de 2015, AFP Provida S.A. informó a esta Superintendencia, entre otras materias, la realización de una Junta Extraordinaria de Accionistas el día 29 de diciembre de 2014, en la que se aprobó el documento referido en el considerando 5° precedente y la fusión por incorporación de aquélla en MetLife Chile Acquisition Co. S.A., subsistiendo la segunda como absorbente. La fusión, según consigna la respectiva acta, quedó sujeta a una serie de condiciones, una de las cuales era la autorización que la Superintendencia debía otorgar a la operación;
- 8°.- Que de igual modo, con fecha 14 de enero de 2015, MetLife Chile Acquisition Co. S.A. informó a esta Superintendencia la celebración de una junta extraordinaria de accionistas, también de fecha 29 de diciembre de 2014, en la que se acordaron las siguientes materias: i) Modificar los estatutos para adecuarlos a los de una sociedad anónima especial de objeto exclusivo de administración de fondos de pensiones, según el DL N° 3.500, de 1980; ii) Solicitar la autorización de existencia y funcionamiento a esta Superintendencia y por último, iii) Fusionar AFP Provida S.A., por incorporación, con MetLife Chile Acquisition Co. S.A.;
- 9°.- Que mediante carta de fecha 31 de marzo de 2015, que rola a fojas 6 de autos, MetLife Chile Acquisition Co. S.A. solicitó a esta Superintendencia la autorización de existencia como administradora de fondos de pensiones y posterior autorización de fusión con su filial AFP Provida S.A., adjuntando los antecedentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 24 A del D.L. N° 3.500, de 1980;
- 10°.- Que en juntas extraordinarias de accionistas de MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida S.A., ambas celebradas el 30 de abril de 2015, las sociedades acordaron modificar, complementar y precisar los acuerdos adoptados en las respectivas juntas extraordinarias de accionistas celebradas el 29 de diciembre de 2014, así como solicitar la autorización de existencia como Administradora de Fondos de Pensiones, para la primera;
- 11°.- Que con fecha 13 de mayo de 2015, MetLife Chile Acquisition Co. S.A. complementó la presentación efectuada ante esta Superintendencia en el mes de marzo del mismo año

por la que solicitó la autorización de existencia como administradora de fondos de pensiones y la aprobación consecuente de la fusión con su filial AFP Provida S.A.;

- 12°.- Que, luego del estudio y análisis de los antecedentes acompañados, con fecha 21 de agosto de 2015, esta Superintendencia remitió el Certificado Provisional de Autorización de Existencia de AFP Acquisition Co S.A., por lo que sus organizadores quedaron habilitados para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co. S.A. y los actos administrativos que tuvieran por objeto preparar su futuro funcionamiento, lo que fue notificado mediante Oficio N° 18.754, de fecha 21 de agosto de 2015, que rola a fojas 8;
- 13°.- Que por Oficio N° 18.916, de fecha 25 de agosto de 2015, que rola a fojas 10, esta Superintendencia notificó a Acquisition Co. S.A., la Resolución N° E-223-2015, de igual fecha, que autorizó su existencia como AFP, para el solo efecto de fusionarse con AFP Provida S.A., resolución que en su parte considerativa consignó, entre otros aspectos, que MetLife Chile Acquisition Co. S.A. acreditó suficientemente la concurrencia de todos los requisitos a que se refieren las disposiciones contenidas en los artículos 23, 24 A, 25 y 43 del D.L. N° 3.500, de 1980, del artículo 130 de la Ley N° 18.046, y en el DFL N° 101, de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social para la creación de una AFP. La referida autorización se sujetó a la condición suspensiva de que AFP Acquisition Co. S.A. se fusionara con AFP Provida S.A., mediante la incorporación de ésta a la primera;
- 14°.- Que con fecha 27 de agosto de 2015, AFP Acquisition Co. S.A. junto con comunicar a esta Superintendencia la inscripción del certificado en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y su publicación en el Diario Oficial, como también que la inscripción de AFP Acquisition Co. S.A. y sus acciones, en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros se encontraba en trámite, solicitó la aprobación de su fusión con AFP Provida S.A.;
- 15°.- Que por Resolución N° E-224-2015, de fecha 1° de septiembre de 2015, agregada a fojas 15, luego de acreditar las inscripciones ante la Superintendencia de Valores y Seguros y la Bolsa de Comercio de Santiago de la AFP Acquisition Co. S.A., sus acciones y accionistas, esta Superintendencia autorizó la fusión de esta administradora con AFP Provida S.A., dando por cumplida la condición suspensiva a que se sujetó la autorización de existencia de AFP Acquisition Co. S.A. y declarando disuelta y cancelada la autorización de existencia de AFP Provida S.A., otorgada por Resolución N° E-006-81, de fecha 1° de abril de 1981;

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

- 16°.- Que mediante Oficio N° 68.083 de 26 de agosto de 2015, a instancia de los H. Diputados Fuad Chahín Valenzuela, Patricio Vallespín López e Iván Flores García, 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 remitieran todos los antecedentes necesarios para resolver adecuadamente la presentación indicada;

- 17°.- 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;
- 18°.- Que por medio del dictamen N° 98.889, de 16 de diciembre de 2015, que rola a fojas 18, 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.;
- 19°.- 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;
- 20°.- 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:

- 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.

BGA

Para sostener esta primera conclusión, el Sr. Fiscal expresó que la condición señalada en el oficio de la Superintendencia a que se hace referencia, 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"*;

21°.- 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, Iván Flores García y Patricio Vallespín López hicieran 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;

22°.- 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

CUA

adjuntó la Resolución Exenta N° 513 de 2016 y el informe jurídico elaborado por el Sr. Fiscal, ambos antecedentes ya reseñados en el visto 20° anterior;

- 23°.- 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°s 98.889 de 2015 y 9.702 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;

- 24°.- 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;
- 25°.- Que atendido que los motivos que llevaron a la CGR a instruir la apertura del procedimiento de invalidación de las resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015, están también presentes en el caso de las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 2015, mediante Resolución Exenta N° 1.555 que rola a fojas 30, se ordenó abrir y se dio inicio a un procedimiento de invalidación de la Resolución N° E-223 de 2015, que autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co S.A. y aprobó sus estatutos, y de la Resolución N° E-224 de 2015, que aprobó la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Acquisition Co S.A. y Provida 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;
- 26°.- Que 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 N° 1.625 consigna, se ordenó pasar la Resolución Exenta N° 1.555 y sus antecedentes fundantes a esta Intendente de Fiscalización Subrogante, para que en su calidad de Superintendente Subrogante en lo que a ella se refiere, conozca de la misma y resuelva;

EA

- 27°.- Que mediante oficio N° 18.190, se notificó a AFP Provida S.A. la Resolución Exenta N° 1.555 de 2016. Ello, 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° 18.190 de 2016, también se notificó la Resolución Exenta N° 1.555 a los H. Diputados señores Fuad Chahín Valenzuela, Iván Flores García y Ricardo Rincón González, 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 46 de autos, con fecha 9 de agosto de 2016, se presentó don Gino Darío Lorenzini Barrios, por sí y en representación de Felices y Forrados SpA., quien en conformidad con lo dispuesto en la letra f) del artículo 17 de la Ley 19.880 formuló las siguientes alegaciones, que se resumen de esta manera¹:

a.- Normas vulneradas por el acto administrativo.

La resolución E-224 de 2015 vulnera las disposiciones tanto del DL 3.500 como de la ley 18.046. Si bien ese acto administrativo se dictó en virtud de las facultades otorgadas en el DL 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 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 debe tener fondos de pensiones.

Sin embargo, en la fusión AFP Acquisition – Provida no se produce la fusión de los fondos de pensiones que indica la norma, debido a que AFP Acquisition 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-223-2014 estableció como condición para su nacimiento a la vida jurídica su fusión con AFP Provida.

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

Conjuntamente con lo anterior, la resolución E-224 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 Acquisition S.A. (Sic), a mantener la razón social de la sociedad absorbida Administradora de Fondos de pensiones (Sic) Provida 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-223 de 2015 y E-224 de 2015 no puede ser cuestionadas 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 9702 de 8 de febrero de 2016, para un caso idéntico (fusión Argentum con Cuprum), señaló expresamente que el acto era ilegal, al disponer que no resulta admisible que en un proceso de constitución de una AFP se acompañe los antecedentes de otra. Además, que era ilegal que se autorice la fusión de dos AFPs, cuando una de ellas 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.

No se puede esgrimir en este proceso el principio de la confianza legítima, toda vez que la jurisprudencia judicial sería clara en señalar que un acto ilegal debe anularse (citando a dichos efectos 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 lo 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

CUA

concepto eminente privatista (Sic) 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 de 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 Provida los que indujeron a error a la Superintendencia de Pensiones, cuando para la aprobación de AFP Acquisition presentaron todos los prospectos de AFP Provida, 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-224 de 2015 es ilegal, además, porque autoriza una fusión cuyo objeto sería en sí mismo ilegal, toda vez que pretende obtener un goodwill o beneficio tributario sin cumplir las condiciones reales para obtenerlos - que realmente existan 2 sociedades -. 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 20.780 señala expresamente que hay elusión en los casos de abusos o simulación. Si la fusión entre Acquisition S.A. y Provida S.A. efectivamente tuvo como única finalidad la obtención de un beneficio tributario, 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 goodwill 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 74 de autos, con fecha 10 de agosto de 2016, compareció el H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela, quien señaló:

a. Mediante Resolución N° E-223 de fecha 25 de agosto de 2015, la Superintendencia de Pensiones, autorizó la existencia y aprobó los estatutos de AFP Acquisition S.A. Posteriormente, según consta en Resolución N° E-224 de fecha 1°

de septiembre de 2015, la misma Superintendencia autorizó la fusión por incorporación entre AFP Acquisition S.A. y AFP Provida S.A., siendo de vital relevancia destacar que según consta en Resolución N° E-223, la aprobación de existencia y estatutos de la AFP se realizó para el solo efecto de su fusión con Provida.

b. El procedimiento utilizado es similar y prácticamente idéntico al que se utilizó con motivo de la fusión en el caso de AFP Cuprum y AFP Argentum, según Resoluciones N° E-220 de fecha 19 de diciembre de 2014 y N° E-221 de fecha 1 de enero de 2015², ambas dictadas por esa misma Superintendencia, y cuyo proceso de invalidación se encuentra en el expediente administrativo abierto mediante Resolución Exenta N° 1554 de fecha 21 de julio de 2016, respecto del cual también solicitó hacerse parte, cuyos argumentos y consideraciones son plenamente aplicables a esta investigación y expediente, y que solicitó se tuvieran por reproducidos.

c. En este sentido, hace presente que según lo establecido en la Resolución Exenta N° 1555, la Superintendencia de Pensiones estableció que los motivos que llevan a la Contraloría General de la República a instruir la apertura de un procedimiento de invalidación de las resoluciones E-220 de 2014 y E-221-2015 (Caso Cuprum) están también presentes en el caso de las Resoluciones N° E-223 de 2015 y E-224 de 2015 (Caso Provida).

d. Continuó señalando que sin perjuicio de los vicios de ilegalidad que se pueden identificar en el proceso de fusión entre AFP Provida y Acquisition, desde el punto de vista tributario dicha operación 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 ejerció 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 280 millones de dólares, 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.

e. Finalmente, solicitó tener presente que todos los antecedentes, informes y consideraciones jurídicas aportadas en el procedimiento administrativo relativo al caso de AFP Cuprum y AFP Argentum, cuyo proceso de invalidación se encuentra en el expediente administrativo abierto mediante resolución exenta N° 1.554 de fecha 21 de julio de 2016, son plenamente aplicables al presente procedimiento, solicitando sean expresamente tenidas presente el resolver el mismo, esto es:

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

ELP

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, 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.

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.

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.

Tratándose del 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, éste, luego de efectuar una relación cronológica de los hechos que desembocaron en las resoluciones E-220 y R221 de esta Superintendencia, señala:

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 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.

JP

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 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.

ECA

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".

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 Ley N° 18.046.

ELA

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 2º de la Ley N° 19.880, 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

ECA

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 Nº18.046, 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 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.

BUT

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

EUA

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 Nº19.880. 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 Ley Nº 18.046. En dicha labor la autoridad debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación (artículo 11, Ley Nº19.880), que le impone, entre otros aspectos, dar preeminencia al interés general sobre el particular (artículo 52, inciso 2º, Ley Nº18.575).

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

ECA

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 Ley N° 18.046 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 D.L. 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 resueltos.

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.

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 N°19.880. 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 N°18.046 en relación con el artículo 94 N°1 del D.L. N° 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. N°3.500, 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 N°18.046, 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 N°19.880, 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 N° 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 N° 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

E6A

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 Nº18.046, en relación al artículo 94 del D.L. Nº 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 Ley Nº 18.046.

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 Ley Nº 18.046. 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 tratase 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 Nº18.046 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 Nº E-221 DE 2015.

El 2 de enero de 2015 la Superintendencia de Pensiones dictó la Resolución E-221, disponiendo que 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 que 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 Nº 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 Nº 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 Nº 19.880.

BLA

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 Nº 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 D.L. 3.500.

BCA

Conforme 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 D.L. 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 3° resolutive, infringe directa y claramente la letra del artículo 43 del D.L. 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 *tendrá plenos efectos a contra del 1° de enero de 2015*. 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 D.L. 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

BLA

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 D.L. 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 N°19.880. Esa regla prevé de manera general que 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 Ley N° 18.046.

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 D.L. 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 Nº 18.046, coetáneamente con la Resolución Nº 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.

En seguida, 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 Nº 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 autorizara 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 autorizara 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 Nº 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 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 Nº E-221-2015, se ha observado que dicha autorización de fusión entre Argentum y Cuprum, infringió el artículo 43 del D.L. Nº 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 se condice con la declaración contenida en dicho acto administrativo que da vigencia a la operación de reorganización a contar del 1º 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 Nº 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.

BGA

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 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.

Tratándose del informe en derecho emitido por don Matías Guilloff y don Carlos Pizarro, referente 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 Superintendencias 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.

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, sólo 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 sólo 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° E-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 D.L. 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 D.L. N° 3.500, de 1980.

En relación al primer proceso, se debe tener presente lo prescrito en el artículo 23 del D.L. 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 Ley N° 18.046, 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 D.L. 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 D.L. N° 3.500, de 1980, ni su reglamento, ni la Ley N° 18.046 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 autoinvistió de potestades públicas de las que carece, vulnerando el principio de legalidad.

BGA

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 ley N° 18.046, 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 D.L. 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 Constitución Política 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.

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 aquélla 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 Ley N° 19.880, 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-221-2015, 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 aquéllas decisiones insuficientemente motivadas.

En cuanto a la jurisprudencia judicial, son varios los casos en que se ha 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, porqué 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 D.L. 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 D.L. 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 D.L. N° 3.500, de 1980, como son el artículo 1 y el artículo 23.

El artículo 1 del D.L. 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.

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-220-2014, 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 analizar los 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-221-2015, 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 80, con fecha 10 de agosto de 2016, compareció AFP Provida S.A.

evacuando el traslado que se le confirió en estos autos, en los siguientes términos:

Solicitó tener presente el contexto en el cual se da el presente procedimiento de invalidación, indicando que en el año 2013 MetLife, Inc. ("MetLife"), a través de su filial Acquisition adquirió más del 90% de las acciones de Provida. De esta manera, por razones de reorganización interna del grupo MetLife y para aprovechar el beneficio tributario derivado del mayor valor pagado en dicha operación, Acquisition y Provida iniciaron -dentro del plazo establecido por la ley- un proceso de fusión, el cual requería la aprobación de la Superintendencia. Al efecto, dichas sociedades propusieron un determinado procedimiento a esta Superintendencia para materializar la fusión, pero esta última decidió exigir un procedimiento distinto que requería que la sociedad absorbente (Acquisition) obtuviese previamente la autorización de existencia para funcionar como Administradora de Fondos de Pensiones ("AFP") en orden a poder fusionarse con Provida, esto aunque la ley no exigía dicha condición. Este requerimiento ya había sido exigido por la Superintendencia a Principal, quien había iniciado, con anterioridad, un proceso semejante para fusionarse con AFP Cuprum.

En estricto cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia y actuando en todo momento de buena fe, Provida y Acquisition iniciaron un proceso que duró cerca de 10 meses en que solicitaron la autorización de la fusión a esta Superintendencia. Dicho proceso culminó con las resoluciones de este organismo que autorizaron la existencia de Acquisition como AFP y la fusión entre ésta y Provida. En virtud de dichas autorizaciones, y en consolidación de la aprobada fusión, la actual Provida ha realizado una serie de actuaciones en el último año cuya eventual ineficacia acarrearía graves consecuencias para dicha compañía, sus accionistas y para el sistema en general.

La Contraloría General de la República ("Contraloría"), por solicitud de algunos Honorables Diputados, manifestó algunos cuestionamientos respecto del procedimiento diseñado y exigido por la propia Superintendencia para la fusión de las AFPs Cuprum y Argentum, algunos de los cuales la Superintendencia entendió aplicables también al procedimiento de fusión de Provida y Acquisition. Dichos cuestionamientos decían relación precisamente con el requerimiento de la Superintendencia de que la sociedad absorbente se constituyera previamente como AFP, exigencia no contemplada en la ley y que implicaba un procedimiento distinto al planteado por Provida y Acquisition.

Teniendo en consideración dichas objeciones, esta Superintendencia mediante un acto administrativo debidamente fundamentado (Resolución N° 513 de 4 de marzo de 2016), previo informe de su Fiscal, decidió no invalidar las Resoluciones N° E-223-2015 ("Resolución que Autoriza Existencia como AFP" o "E-223") y E-224-2015 ("Resolución que Autoriza la Fusión" o "E-224"). Esto es, la propia autoridad con competencia para resolver sobre una eventual invalidación de dichos actos administrativos, ya resolvió con fecha 4 de marzo de 2016, que no corresponde dejarlos sin efecto. Esto por cuanto, entre otras razones, y según lo indica la propia Superintendencia, Provida y Acquisition se vieron en la necesidad de seguir el

procedimiento requerido por la autoridad (lo que hicieron estrictamente), generándose a su respecto la legítima confianza de que su actuar fue conforme a derecho y de acuerdo a un procedimiento válido.

A este respecto, agrega, es necesario tener presente que con esta sola consideración basta para que esta Superintendencia rechace nuevamente la invalidación de las referidas resoluciones, por cuanto ya tuvo la oportunidad de revisar con detalle las objeciones planteadas y, por resolución fundada, decidió no dejarlas sin efecto.

Cabe señalar, continua, que con posterioridad a la Resolución N° 513 de 2016 que resolvió declarar improcedente invalidar, la Contraloría requirió a la Superintendencia que -por razones estrictamente procedimentales- iniciara un proceso formal de invalidación en el que se oyera a todos los interesados, ya que esta resolución se había dictado de oficio por dicha entidad. Esto ocurrió por Resolución Exenta N° 1555 de fecha 21 de julio de 2016, que es la que da inicio al referido proceso, respecto del cual esta AFP viene en contestar el respectivo traslado.

De esta manera, sostiene, nos encontramos en un proceso en que la propia autoridad instruyó al administrado, no una vez, sino en varias oportunidades la forma precisa en que debía actuar (no obstante que éste estimaba que debía seguirse otro procedimiento), cuestión que hizo rigurosamente y de buena fe. No solo lo anterior, sino que más aún, y en consolidación de la aprobada fusión, la actual Provida ha realizado numerosos actos durante el último año, cuya eventual invalidación (si es que fuera procedente y/o posible) traería graves consecuencia, según se explicará más adelante. Por último, la propia autoridad ya decidió no invalidar mediante resolución fundada y teniendo a la vista los mismos cuestionamientos del proceso, el que solo se inició por razones procedimentales.

En consecuencia, nos encontraríamos frente a un caso emblemático en que debe resguardarse la buena fe y la legítima confianza del administrado, consolidándose las situaciones creadas por la propia autoridad competente al efecto.

I. ANTECEDENTES

1.1 La adquisición de Provida por parte de Acquisition y la fusión entre ambas compañías.

El año 2013, MetLife, a través de su filial Acquisition (denominada a esa fecha como MetLife Chile Acquisition Co. S.A.) adquirió, directa e indirectamente, el 91,38% de las acciones de Provida. Dicha adquisición fue autorizada por esta Superintendencia el 19 de julio de 2013. A raíz de lo anterior, por razones de reorganización interna del grupo MetLife y para aprovechar el beneficio tributario derivado del mayor valor pagado en dicha operación, en noviembre de 2014 se dio inicio a un proceso de fusión entre Provida y Acquisition.

Durante el año 2014, Acquisition, Provida y sus accionistas ejecutaron varios actos tendientes a dar inicio al proceso de fusión, tal como lo exigían las normas transitorias de la Ley N° 20.780; así, entre otras cosas, durante el año 2014 ambas sociedades celebraron juntas extraordinarias de accionistas en las que se aprobó la fusión de ambas compañías en que la primera absorbería a la segunda.

De esta manera, mediante carta F-641-2014 del 18 de noviembre de 2014, Provida informó a la Superintendencia la decisión de su directorio de convocar a una junta extraordinaria de accionistas con objeto del someter a votación la fusión por absorción o incorporación de Provida en su matriz, Acquisition, sociedad que pasaría a tener giro exclusivo de administración de fondos de pensiones al momento de la fusión. Dicha fusión requería, evidentemente, de la autorización previa de la Superintendencia de Pensiones; sin embargo, atendido que no lo exige la ley, ni Provida ni Acquisition consideraron en el procedimiento planteado a la Superintendencia, el que Acquisition debía obtener de forma previa la autorización de existencia como AFP.

En efecto, tal carta indicaba expresamente lo siguiente: "[...] el Directorio de la Sociedad [AFP Provida] acordó acoger la solicitud del accionista MetLife Chile Acquisition Co. S.A. ("Acquisition Co. ") de convocar a una junta extraordinaria de accionistas de la Sociedad con el objeto de, entre otras materias, someter a votación la fusión por incorporación de la Sociedad en su matriz Acquisition Co. (la "Fusión"). [...] En caso de ser también aprobada la Fusión por los reguladores abajo descritos, Acquisition Co. absorberá a la Sociedad, adquiriendo todos sus activos, permisos, autorizaciones y pasivos, y sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones, incluyendo el uso del nombre y marca "Provida". Asimismo, se incorporará a Acquisition Co. la totalidad del patrimonio de la Sociedad, la cual quedará disuelta de pleno derecho. [...] En todo caso, la Fusión quedará sujeta a, entre otras cosas, el cumplimiento de la condición suspensiva consistente en que la Superintendencia de Pensiones autorice la Fusión y demás requisitos legales pertinentes, incluidos aquellos requeridos por la regulación de valores y la Superintendencia de Valores y Seguros".

No obstante lo anterior, mediante Oficio N° 28.947 de 9 de diciembre de 2014, la Superintendencia respondió a Provida que la fusión señalada en el párrafo precedente podría ser aprobada siempre y cuando, en forma previa, Acquisition se constituyera como AFP. En este caso, la Superintendencia hizo valer el precedente que quedaría establecido por ésta en la autorización que posteriormente otorgó para la fusión de las AFPs Argentum y Cuprum, mediante las Resoluciones N° E-220, de 19 de diciembre de 2014, y N° E-221 de 2 de enero de 2015. En este punto, señala que de acuerdo al artículo 94 N° 3 del DL 3.500 que Establece Nuevo Sistema de Pensiones ("DL 3.500"), la interpretación administrativa de la legislación hecha por la Superintendencia, es vinculante y obligatoria para las administradoras sujetas a su control.

Conforme a lo anterior, agrega, la Superintendencia indicó que los criterios para poder fusionar Provida en Acquisition eran los siguientes:

CUA

I. El artículo 43 del DL. N° 3.500 sólo permitiría la fusión entre dos o más AFP.

II. La sola modificación de los estatutos de Acquisition, en el sentido de adaptarlos a las normas que le son aplicables a una AFP, no resultaría suficiente para cumplir con la exigencia de giro único de las AFP.

III. Para cumplir con la normativa vigente en la materia, era necesario que Acquisition se constituyera previamente como AFP y, posteriormente, proceder a fusionarse con Provida.

IV. La sociedad absorbente debía seguir el mismo procedimiento previsto para la constitución de una AFP, incluido el prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la sociedad.

V. Aceptado el prospecto, la Superintendencia le entregaría a los organizadores un certificado provisional de autorización, el que los habilitaría para realizar los trámites conducentes a la autorización de existencia de Acquisition como AFP.

VI. La autorización se haría para el solo efecto de fusionarse con la AFP existente, por lo que se sujetaría a la condición suspensiva de que la nueva AFP se fusione con Provida.

De esta forma, y en estricto cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia, y que resultaban obligatorias para las compañías, Acquisition inició el proceso para obtener la autorización de existencia como AFP. En enero de 2015, Provida y Acquisition informaron a la Superintendencia que sus respectivas juntas de accionistas habían decidido aprobar la fusión por incorporación, lo que quedaría condicionado a la aprobación de la Superintendencia.

Seguidamente, y a propósito del proceso de inscripción de Acquisition y sus acciones en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros ("SVS"), dicho organismo refrendó el criterio de la Superintendencia antes señalado. En efecto, mediante Oficio N° 3.949 de 23 de febrero de 2015, la SVS le indicó a Acquisition que la inscripción de dicha sociedad y sus acciones en el Registro de Valores sólo se efectuaría una vez que la Superintendencia autorizara la existencia de Acquisition como Administradora de Fondos de Pensiones y dicha autorización fuere remitida a la SVS.

Luego, el 31 de marzo de 2015, Acquisition solicitó formalmente a la Superintendencia la autorización de existencia de "AFP Acquisition Co. S.A." y posterior fusión con Provida, dando lugar a un extenso y minucioso proceso de aprobación en el cual la Superintendencia emitió 19 oficios con comunicaciones relativas al proceso y observaciones a la referida presentación y sus antecedentes. Durante todo el proceso, Provida, Acquisition y sus accionistas cumplieron de buena fe con todos y cada uno de los requerimientos e instrucciones de la Superintendencia, subsanando la totalidad de las observaciones formuladas por dicho organismo en el proceso. El nivel de escrutinio fue tal que hizo que este proceso fuera muy largo y engorroso, habiendo hecho la Superintendencia una auténtica auditoría de la AFP con estricto celo, para resguardar los intereses del

ECP

sistema y de los afiliados.

Finalmente, mediante Ordinario N° 18.916, de 25 de agosto de 2015, la Superintendencia notificó a Acquisition la Resolución E-223, que autorizó la existencia como AFP de Acquisition bajo la condición suspensiva de que se fusionase con Provida dentro de 60 días. Por su parte, el 31 de agosto de 2015, la SVS autorizó la inscripción de Acquisition y sus acciones en el Registro de Valores de dicha Superintendencia. Por último, la Superintendencia de Pensiones, a través del Oficio N° 19.416 de 1 de septiembre de 2015, emitió la Resolución E-224 que autorizó la fusión de AFP Acquisition y Provida. En dicha Resolución, la Superintendencia indicó que se declaraba cumplida la condición suspensiva a la que había quedado sometida la autorización de existencia de AFP Acquisition Co. S.A., y aprobó la fusión por incorporación entre ambas AFPs.

1.2 La consolidación de la fusión.

La autorización de existencia de Acquisition como administradora de fondos de pensiones, su posterior fusión con Provida, y la disolución de ésta última, son hechos que configuran una situación jurídica perfeccionada y consolidada, imposible de revertir. Tanto los entes reguladores como el mercado en general han reconocido que la actual Provida, sus afiliados y accionistas, son titulares de los derechos y obligaciones que anteriormente pertenecieron a la sociedad absorbida, sus afiliados y accionistas, respectivamente. Sólo a título ilustrativo, destaca los siguientes hechos relevantes vinculados a la consolidación de la fusión:

i. Propiedad accionaria de Acquisition: traspasos de acciones y transacciones efectuadas en bolsa. Al momento en que surtió efectos la fusión (1 de septiembre de 2015), el Depósito Central de Valores (DCV) procedió a actualizar el Registro de Accionistas de Acquisition, incorporando a dicha nómina todos los accionistas inscritos en el Registro de Accionistas de Provida que no hubiesen ejercido su derecho a retiro. A contar de ese día, los antiguos accionistas de la sociedad absorbida pasaron a ser accionistas de Acquisition, actual Provida. Desde la misma fecha de la autorización de la fusión, la sociedad absorbente tiene sus acciones registradas en la Bolsa de Comercio de Santiago, las cuales son transadas como valores de oferta pública y transfiriéndose libremente la propiedad de dichos títulos.

Por lo tanto, la nómina de accionistas de la actual Provida resulta muy distinta a aquella que existía antes de la fusión de las compañías. En tal sentido, pretender volver al estado anterior a la autorización de la fusión de las compañías resulta, en la práctica, imposible considerando que las nóminas de accionistas de dichas compañías incorporaban personas y entidades que hoy sencillamente ya no son accionistas de Provida.

De tal manera, la fusión de las compañías constituye una situación jurídica plenamente consolidada que, en éstos términos, resulta irreversible.

ii. Otras acciones. Junto a lo anterior, Provida, Acquisition y sus accionistas

BCA

realizaron una serie de trámites con el objeto de perfeccionar la fusión autorizada por la Superintendencia. El revertir estas actuaciones y situaciones jurídicas consolidadas exigiría nuevas gestiones y costos para la AFP y sus accionistas -que no deben asumir a raíz de errores propios de la Administración- y, algunas de ellas, podrían incluso afectar al sistema de pensiones en su conjunto, a saber:

a) Fortalecimiento del patrimonio de la AFP. Como consecuencia de la fusión entre Provida y Acquisition, el patrimonio de la AFP se vio sustancialmente fortalecido y aumentado. Al respecto, al 30 de junio de 2015 (esto es, con anterioridad a la fecha en que surtió efectos la fusión), el capital y patrimonio de Provida ascendía a M\$104.763.856 y M\$301.869.076, respectivamente. Sin embargo, una vez perfeccionada la fusión, el capital y patrimonio de la AFP se vieron fuertemente incrementados a la cantidad de M\$998.168.026 y M\$1.179.716.603, respectivamente. Esta consideración es particularmente relevante para la estabilidad sistema de pensiones, al contar con una AFP sustancialmente más capitalizada y con mayor patrimonio.

b) Acquisition como continuadora legal de los contratos suscritos por Provida. En cumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en sus oficios 12.001, 12.427 y 14.875, entre el 6 de mayo y el 10 de julio de 2015, Provida notificó a todos sus proveedores sobre el proceso de fusión y el hecho que, en virtud de la autorización de fusión que al efecto otorgase la Superintendencia, los contratos suscritos por Provida quedarían radicados en el patrimonio de Acquisition por expresa disposición legal (artículo 99 de la ley N° 18.046). Al día de hoy, la actual Provida es titular de todos los derechos y obligaciones contractuales que antiguamente Provida mantenía con sus proveedores. La invalidación de las Resoluciones E-223 y E-224 no solamente afectaría a la actual Provida desde un punto de vista operativo sino también en las inversiones de la AFP.

c) Aumento de capital de los accionistas de Acquisition. Previo a la fusión, esta Superintendencia -especialmente a través de los oficios 4.405, 12.001, 17.935 y 18.011, todos de 2015- hizo presente a Acquisition la necesidad de fortalecer el patrimonio de sus accionistas, con el objetivo de cumplir con el requisito establecido en el artículo 24 A del DL 3500 sobre "patrimonio neto consolidado". Lo anterior implicó que los accionistas de Acquisition (MetLife Chile Inversiones Limitada, Inversiones MetLife Holdco Dos Limitada, e Inversiones MetLife Holdco Tres Limitada) -actuales accionistas de Provida-, aumentaran sustancialmente sus capitales: si al 30 de junio de 2015 el capital de los 3 accionistas de Acquisition sumaba M\$343.247.439, al 12 de agosto de 2015 había aumentado a la cantidad de M\$946.879.8879. Tal capitalización de los actuales accionistas de Provida, uno de las mayores administradoras en el sistema, resulta también relevante para la estabilidad sistema de pensiones en su conjunto. (Sic).

1.3 La Superintendencia actuó en cumplimiento de sus objetivos regulatorios, realizando un correcto estudio y control de la operación, cautelando los intereses de los afiliados y la seguridad del sistema.

EJA

En este procedimiento, la Superintendencia cumplió a cabalidad con su mandato de velar por la seguridad del sistema de pensiones. En este sentido, verificó y comprobó la legalidad de la fusión, realizó un estudio acabado de la operación en particular, de la situación de las sociedades involucradas del estudio de factibilidad de AFP Acquisition, del patrimonio de los accionistas, los planes de negocio y de mitigación de riesgos, entre otros antecedentes. Esta revisión se hizo durante varios meses y a través de un intenso intercambio de oficios y respuesta a oficios relacionados con las entidades que se fusionaron.

En efecto, le corresponde a la Superintendencia la fiscalización del sistema de pensiones en su totalidad en resguardo de los afiliados, cotizantes y pensionados, y de la estabilidad del sistema. En este contexto, el objeto de la regulación de las AFPs, y consecuentemente las funciones de la Superintendencia, se refieren a asegurar el adecuado funcionamiento del sistema. Es decir, se busca emular condiciones de mercado, pero velando por el cumplimiento de los objetivos regulatorios.

En este contexto, la fusión de una AFP no tiene una regulación suficientemente acabada, conforme lo ha reconocido tanto la Contraloría como esta Superintendencia.

Al respecto, el DL 3.500 en el artículo 43 inciso 6° establece que la fusión entre 2 o más AFP requiere de la autorización de la Superintendencia, sin señalar los requisitos ni el procedimiento aplicable. Solamente señala que *"en caso de fusión, la autorización de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones deberá publicarse en el Diario Oficial dentro del plazo de quince días contado desde su otorgamiento y producirá el efecto de fusionar las sociedades y los fondos pensiones respectivos a los sesenta días de verificada la publicación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás trámites que establece la ley"*.

El poco desarrollo normativo en relación a la fusión de las AFPs (hecho reconocido por la propia Contraloría en su Dictamen N° 98.889) se explica porque el objetivo regulatorio de la Superintendencia -como señalamos- es velar por los intereses de los afiliados y la seguridad del sistema, y no restringir inadecuadamente las reestructuraciones u operaciones que realicen lícita y autónomamente estas sociedades. En este sentido, la fusión por incorporación es una operación común y se rige por las normas generales en la materia, sobre las cuales la función de la Superintendencia, conforme a las potestades que se le han conferido, se limita a velar por el interés de los afiliados y el correcto funcionamiento del sistema de pensiones en su conjunto.

En este estado y aplicado lo anterior al procedimiento de fusión en cuestión, la Superintendencia cumplió con su rol al permitir que se llevara a cabo una operación normal en el mercado, verificando que en la especie la fusión no presentaba problemas ni afectaba de manera alguna a los afiliados de la AFP involucrada ni a terceros interesados.

Además, el proceso permitió que la Superintendencia verificara todos los antecedentes de Provida, aún con mayor detalle del que permite la regulación vigente. Es decir, posibilitó una fiscalización o auditoría detallada del estado de la empresa pudiendo la Superintendencia comprobar, en cada etapa del procedimiento, que el resultado de la fusión no afectara el interés de los afiliados.

En efecto, tanto es así, que en relación con las extensas comunicaciones y requisitos exigidos por la Superintendencia durante el procedimiento de autorización de la fusión, dicha autoridad exigió un estudio de factibilidad que permitió una revisión de todos los antecedentes financieros y operacionales tanto de Acquisition como de Provida; asimismo, tuvo acceso y revisó los diversos contratos suscritos por Provida e incluso requirió aumentos patrimoniales para los accionistas de Acquisition, lo que implicó sucesivas capitalizaciones que reforzaron la solidez patrimonial del grupo empresarial al que pertenece Provida y, como es lógico, también de la entidad actualmente operativa luego de la fusión.

De esta manera, la fusión no generó incertidumbre o especulaciones en el mercado de AFPs, no hubo un desplazamiento masivo de afiliados, no se afectaron las pensiones, la AFP no dejó de funcionar en ningún momento y no se afectaron los servicios que presta a los usuarios. Por el contrario, como señaláramos precedentemente, luego de la fusión, la AFP resultante tenía una mayor solidez patrimonial que la anterior.

1.4 Conclusiones.

De acuerdo a los antecedentes descritos en los párrafos precedentes, la Administradora concluyó que (i) Provida, Acquisition y sus accionistas actuaron de buena fe, solicitando a la Superintendencia realizar una fusión legítima dentro del marco legal; (ii) Provida y Acquisition actuaron siguiendo las instrucciones expresas dictadas por la Superintendencia, las que les resultaban vinculantes; (iii) Acquisition y Provida iniciaron este procedimiento por razones de reorganización interna del grupo MetLife y para ejercer el legítimo derecho de aprovechar el beneficio tributario derivado del mayor valor pagado en la adquisición de Provida por parte de Acquisition. (iv) durante el proceso de autorización de existencia de Acquisition como AFP y de autorización de su fusión con Provida, la Superintendencia realizó una completa auditoría de ambas compañías y sometió a un profundo escrutinio los antecedentes presentados, lo que permitió a la Superintendencia cumplir con su deber de velar por la seguridad del sistema; (v) la fusión ha sido consolidada por casi un año de operación, por lo que resulta imposible de revertir y, aún en el hipotético evento que esto fuera posible, exigiría nuevas gestiones y costos para la actual Provida y sus accionistas -que no deben asumir a raíz de errores propios de la Administración- y que incluso podrían afectar al sistema de pensiones en su conjunto.

II. LA SUPERINTENDENCIA YA HA DECIDIDO NO INVALIDAR LAS RESOLUCIONES Nº E-223 Y E-224 DE 2015, TENIENDO EN CUENTA LOS CUESTIONAMIENTOS EFECTUADOS POR LA CONTRALORÍA LOS CUALES, A MAYOR

ABUNDAMIENTO, NO SON CORRECTOS NI TIENEN LA ENTIDAD SUFICIENTE PARA INVALIDAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CUESTIÓN.

2.1 Los cuestionamientos efectuados por la Contraloría no son correctos y, en todo caso se trata solo de reparos de forma o procedimiento, que eran fácilmente evitables por la Superintendencia.

Por medio de una solicitud de algunos Honorables Diputados de la República, la Contraloría se ha pronunciado en tres ocasiones sobre el procedimiento de fusión entre las AFPs Cuprum y Argentum, realizando cuestionamientos a través de diferentes dictámenes. La Superintendencia ha entendido que algunas de las consideraciones realizadas por la Contraloría serían extensivas también al proceso de Acquisition y Provida.

En primer lugar, la Contraloría emitió el Dictamen N° 98.889 de diciembre de 2015, en el que se concluyó lo siguiente:

i. En primer lugar, se respalda el procedimiento de la Superintendencia, estimando que no existiría una asesoría ilegal de la Superintendencia a Principal (grupo empresarial al que pertenece AFP Cuprum), habiendo esta Superintendencia cumplido con su deber legal de fundamentar su decisión. Por otra parte y de relevancia para este caso, la Contraloría es enfática en determinar que las empresas mencionadas únicamente se limitaron a dar cumplimiento a las instrucciones dictadas por la Superintendencia en relación con el procedimiento de fusión.

ii. Ahora bien, por otra parte, formula reparos respecto del procedimiento indicado por la Superintendencia para llevar a cabo la fusión de las entidades toda vez que, a su juicio: (i) no sería admisible que en el proceso de constitución de una AFP se acompañen los antecedentes de otra AFP; y (ii) que resultaría contradictorio aprobar una fusión en la cual participa una entidad que para tener existencia legal requiere precisamente fusionarse.

Dicha decisión de la Contraloría fue disputada ante el mismo organismo por la Superintendencia y Principal, quienes presentaron una solicitud de reconsideración. Esto produjo un segundo pronunciamiento de la Contraloría, a través del Dictamen N° 9.702 de 2016, en el que el órgano contralor, reconociendo su competencia para ejercer el control de legalidad de los actos de la Superintendencia, indica que no estaría promoviendo una invalidación en el Dictamen N° 98.889 y a su vez agregando que el ejercicio de la potestad invalidatoria le corresponde a la Superintendencia y no a la Contraloría.

Sobre la base de dicho pronunciamiento, el Superintendente dictó la Resolución Exenta N° 513 de 4 de marzo de 2016, mediante la cual, de oficio en un acto administrativo motivado en cuyo procedimiento se recabó el informe de la fiscalía de esta Superintendencia y contó con asesoría externa especializada requerida al efecto, se adoptó la decisión de no invalidar los procesos de Cuprum/Argentum y de Provida/Acquisition.

En relación con esta última resolución de la Superintendencia, la Contraloría dicta un tercer pronunciamiento, Dictamen N° 47.645 de 28 junio de 2016, en el que reitera que la potestad invalidatoria pertenece a la Superintendencia pero señalando que, sin embargo, la decisión de ejercer o no a potestad invalidatoria debe ser el resultado de un procedimiento administrativo, en el cuál debe concederse audiencia a los interesados y, con el mérito de los elementos de juicio que reúna en el dependiente respectivo, resolver lo que en derecho corresponda. Sobre la base de dichas consideraciones, la Contraloría ordena a la Superintendencia iniciar un procedimiento de invalidación, dando traslado a los interesados.

Conforme a lo indicado, sólo el primero de los dictámenes se refiere directamente al procedimiento de fusión seguido ante la Superintendencia y establece los reparos que formula a su respecto.

En definitiva, en su Dictamen N° 98.889 la Contraloría efectuó los siguientes cuestionamientos generales respecto a los actos administrativos que aprobaron la fusión entre las AFPs Cuprum y Argentum, consideraciones que la Superintendencia ha hecho extensivas a la fusión entre Provida y Acquisition.

- i. Que resultaría contradictorio aprobar una fusión en la cual participa una entidad que para tener existencia legal requiere precisamente fusionarse; y,
- ii. Que no sería admisible que en el proceso de constitución de una AFP se acompañen los antecedentes de otra AFP.

2.2 No obstante, la Superintendencia, en un acto administrativo debidamente fundado, teniendo a la vista los antecedentes planteados por la Contraloría, ya manifestó su voluntad en cuanto a no invalidar las Resoluciones N° E-223 y E-224 de 2015.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, tras la dictación de los dictámenes de la Contraloría, la Superintendencia se pronunció sobre la posibilidad de invalidar las Resoluciones en cuestión, y resolvió expresamente no invalidarlas.

Al respecto, se pronunció en primer lugar, en la Resolución Exenta N° 513 de 4 de marzo de 2016, señalando que (i) los procesos de transformación y fusión de las AFPs Cuprum/Argentum y Provida/Acquisition fueron llevados a cabo de una manera distinta a la que proponían los regulados; (ii) las AFPs se vieron en la necesidad de llevar a cabo el proceso de fusión de esta manera debido a las instrucciones impartidas por la Superintendencia; (iii) 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 del sistema, la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico; (iv) 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; y (v) por lo tanto, la Superintendencia se encontraría limitada para invalidar dichos actos administrativos por la confianza legítima y la certeza jurídica, principios que han sido sobradamente recogidos por la jurisprudencia de la Contraloría.

Tales son los fundamentos en los hechos y en el derecho, en los que la Superintendencia basó su conclusión en cuanto a la improcedencia de invalidar las Resoluciones N°s E-220 de 2014, E-221, E-223 y E-224 de 2015, los cuales comparte.

Luego, agrega, esta Superintendencia reafirmó esos argumentos en el Oficio Ordinario N° 8.246 de 18 de abril de 2016 que evacúa el informe solicitado por la Contraloría respecto a qué medidas concretas había dispuesto para dar cumplimiento a los dictámenes N°s 98.889 de 2015 y 9.702 de 2016.

En este Oficio, la Superintendencia explicó las medidas tomadas y el detalle del procedimiento administrativo que sirvió como fundamento a la dictación de la Resolución N° 513. En efecto, el Superintendente indicó que una vez que asumió su cargo en febrero de 2016 tomó conocimiento del caso y recabó toda la información necesaria. Una vez iniciado el procedimiento le solicitó un informe al Fiscal de la Superintendencia y contó con la asesoría externa de destacados profesores de derecho, el Sr. Juan Carlos Ferrada Bórquez, profesor de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, y el Sr. Andrés Cuneo Machiavello, ex fiscal de la Superintendencia (entre los años 1990-2004) y ex decano de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Con dicha base jurídica, en el referido Oficio, la Superintendencia reafirmó la postura establecida en la Resolución N° 513. En particular concluyó que: (i) la Resolución N° 513 de la Superintendencia es un acto administrativo que se dictó para fijar la posición de este órgano frente al procedimiento de fusión de las AFPs Cuprum y Argentum, y que se extendió al procedimiento de fusión de las AFPs Provida y Acquisition; (ii) los procesos instruidos no fueron los más idóneos para alcanzar el resultado final, sin perjuicio de las dificultades interpretativas que planteaba la normativa vigente; (iii) los eventuales errores o anomalías que se podrían haber producido en el procedimiento de fusión de las referidas AFPs, no constituyen vicios esenciales que generen perjuicios a interesados determinados, requisitos indispensables para la nulidad de la actuación administrativa; (iv) en el evento de considerarse que los errores o anomalías establecidas en el procedimiento de fusión de las AFPs tuvieran ese alcance, esto sólo podría ser perseguido por los interesados ante los tribunales de justicia y no haciendo ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración del Estado, ya que ésta tiene como límites la buena fe, las situaciones jurídicas consolidadas y el principio de confianza legítima; y (v) la confianza legítima opera como un límite a la potestad administrativa invalidatoria, no obstante la irregularidad de la actuación administrativa original.

Finalmente, sobre la base de lo anterior -antecedentes jurídicos serios y que no

BPA

hacen sino ratificar la invariable jurisprudencia administrativa y judicial al efecto- el Superintendente nuevamente señalo que se "formó la convicción de que no corresponde iniciar un procedimiento invalidatorio" en contra de las Resoluciones en cuestión.

De esta forma, con la sola consideración de estos antecedentes basta para determinar que no corresponde invalidar las Resoluciones E-223 y E-224 ambas de 2015, puesto que esta Superintendencia ya se ha pronunciado fundadamente al respecto.

A continuación, la Administradora presentó los fundamentos que señala le asisten en defensa de Provida, sus accionistas y demás terceros de buena fe para que esta Superintendencia desestime la invalidación de las Resoluciones E-223 y E- 224 y reafirme la plena vigencia de las mismas.

2.3 Los reparos planteados por la Contraloría no son correctos, y en cualquier caso no tienen la relevancia necesaria para invalidar el acto.

Señala la AFP que ambos cuestionamientos realizados por la Contraloría no solo no son efectivo sino que, a mayor abundamiento, ni siquiera constituyen reparos suficientes como para la invalidación de los actos administrativos.

(a) Supuesta contradicción en aprobar una fusión en la cual participa una entidad que para tener existencia legal requiere fusionarse:

Respecto a este primer reparo levantado por la Contraloría, hace presente que dicho órgano Contralor no tuvo en consideración que Acquisition sí existía como sociedad con anterioridad a la resolución que autoriza la fusión. Acquisition había sido válidamente constituida como sociedad anónima cerrada por escritura pública de fecha 22 de febrero de 2013 otorgada en la Notaría de Santiago de don Iván Torrealba Acevedo. Un extracto de dicha escritura se inscribió a fojas 16.784 número 11.041 del Registro de Comercio de Santiago correspondiente al año 2013, y se publicó en el Diario Oficial N° 40.493 de fecha 23 de febrero de 2013. Lo anterior queda evidenciado en que el año 2013 Acquisition adquirió el control de Provida, lo que fue autorizado por la propia Superintendencia. Por ende, lo único que se encontraba en suspenso bajo la Resolución E-223 (que autoriza la existencia de Acquisition como AFP, bajo una condición suspensiva) era la autorización para operar como AFP, y no la existencia legal de la sociedad. De esta forma, era perfectamente posible que ambas sociedades con existencia legal se fusionaran, de acuerdo a lo propuesto originalmente por Acquisition y Provida (proposición que se encuentra reconocida por la Superintendencia en el Oficio N° 28.947 de 9 de diciembre de 2014), considerando que no existe ninguna norma que establezca que una AFP sólo se puede fusionar con otra AFP.

En efecto, y como expresáramos anteriormente, el procedimiento de fusión propuesto por Acquisition y Provida, que no consideraba la autorización previa de existencia de Acquisition como AFP, fue incluida en carta F-641-2014 del 18 de

noviembre de 2014, dirigida por Provida a la Superintendencia. Sin embargo, mediante Oficio N° 28.947 de 9 de diciembre de 2014, la Superintendencia respondió a Provida rechazando dicho procedimiento e indicando que la fusión sólo podría tener lugar en caso que, previamente, Acquisition se constituyera como AFP.

En cualquier caso, pese a que la ley no exige que la fusión sea necesariamente entre dos AFPs, igualmente en la especie Provida y Acquisition se vieron en la necesidad de cumplir con este procedimiento, bajo la condición suspensiva impuesta por la Superintendencia. Efectivamente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 94, numeral 3 del DL 3.500, la Superintendencia cuenta con la facultad de *"Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del Sistema, con carácter obligatorio para las Administradoras, las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23 y las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y dictar normas generales para su aplicación"*.

Ahora bien, formulada dicha exigencia, cabe destacar que tal condición suspensiva para la autorización de existencia de Acquisition como AFP y la posterior fusión con Provida igualmente podía operar en la práctica pues no existe ninguna norma ni principio jurídico que prohíba que dos instituciones jurídicas produzcan efectos simultáneos. Es decir, es perfectamente válido que se diera por cumplida la condición suspensiva, y al mismo tiempo, se aprobara la fusión, produciéndose ambos efectos en forma simultánea.

A mayor abundamiento, a pesar de que existen argumentos suficientes para entender que el primer reparo de la Contraloría no es correcto, de todas formas debe tenerse en consideración que este reparo es de una entidad menor. En efecto, para llegar legalmente al mismo resultado en la autorización de la existencia de Acquisition como AFP en orden a fusionarse con Provida, bastaba con una pequeña diferencia en la redacción de sus condiciones de operación o bien en la propia condición suspensiva. Así, la resolución que autoriza la existencia como AFP se podría haber formulado de una manera tal que, en vez de dejar en suspenso la existencia de Acquisition como AFP, hubiese autorizado su existencia como AFP pero suspendiendo su entrada en operación en tal calidad hasta el momento de la fusión. De esta manera, se cumpliría el objetivo perseguido por la Superintendencia de impedir el funcionamiento de Acquisition como AFP antes de su fusión con Provida, pero sin limitar su existencia como AFP, para objeto de que pudiera ser fusionada sin reparos formales.

Esto demuestra que cualquier inconveniente o reparo que podría atribuirse a la operación de la condición suspensiva exigida por la Superintendencia para la autorización de Acquisition como AFP corresponde, en el peor de los casos, a una redacción inadecuada. De tal manera, y a todas luces, este reparo levantado por la Contraloría constituye simplemente un mero error de forma y de poca entidad y es un error no trascendente ya que no afecta un requisito esencial (como lo reconoce el artículo 13 de la Ley N° 19.880), por lo que no puede ser considerado como un vicio que permita declarar la invalidación del acto.

(b) Supuesta inadmisibilidad de acompañar antecedentes de otra AFP en el proceso de autorización de existencia de una AFP.

El segundo reparo formulado por la Contraloría, aun cuando lo ha levantado para la fusión entre Cuprum/Argentum, diría relación con la utilización de determinados antecedentes de la sociedad a ser absorbida -en este caso Provida-, tales como la estructura organizacional, sistemas tecnológicos, red de servicios presenciales y remotos, fuerza de ventas y modelo de gestión de riesgo, para la autorización de existencia como AFP de la sociedad absorbente -en este caso Acquisition-.

Debe tenerse en cuenta que la entrega de estos antecedentes se materializa dentro del procedimiento de autorización de existencia de Acquisition como AFP, requisito y procedimiento que la propia Superintendencia ha declarado como innecesario para efectos de aprobar la fusión entre Provida y Acquisition. En efecto, así lo declaró en Resolución Exenta N° 513 de 4 de marzo de 2016 en la que indica que "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 la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico".

Habida consideración que la propia Superintendencia consideró como innecesario e irrelevante el procedimiento exigido a Acquisition para obtener la autorización de existencia como una AFP en orden a fusionarse con Provida, los reparos formulados por la Contraloría sobre antecedentes aportados en dicho procedimiento innecesario (que provenían desde Provida), carecen absolutamente de trascendencia. Esto, considerando además, que se ha cumplido con el objeto de la fusión, cual es finalmente la existencia de una AFP que se ajusta a la normativa legal aplicable.

Por otra parte, cabe mencionar que, aun cuando este procedimiento de autorización de Acquisition como AFP era absolutamente innecesario, la revisión de los antecedentes que en él se llevó a efecto por parte de la Superintendencia tuvo por objeto realizar un análisis detallado de la sociedad que resultaría de la fusión (como señaláramos, análisis de un estudio de factibilidad, antecedentes financieros y operacionales, contratos suscritos, entre otros antecedentes) y esto con el único objeto de velar que la operación de dicha AFP resultante de la fusión no afectara los intereses de los afiliados ni la estabilidad del sistema, lo que se cumplió a cabalidad.

Por lo tanto, resulta imposible alegar que derive algún perjuicio en el uso por parte de la Superintendencia de determinados antecedentes adicionales, relevantes en la evaluación de la sociedad que finalmente operaría como AFP producto de la fusión, esto considerando la finalidad última que cumple la Superintendencia en esta materia.

III. LA LEY PROTEGE LA VALIDEZ DE LAS RESOLUCIONES N° E-223-2015 Y E- 224-2015 ANTE DEFECTOS DE ENTIDAD MENOR, COMO LOS QUE OBSERVÓ LA CONTRALORÍA EN EL PRESENTE CASO, IMPIDIENDO A LA SUPERINTENDENCIA

SU INVALIDACIÓN.

3.1 Aplicación del principio de conservación del acto administrativo: los reparos planteados por la Contraloría no constituyen vicios de gravedad o trascendencia.

Argumenta la AFP que los reparos planteados por la Contraloría no constituyen vicios de gravedad o trascendencia, sino que recaen sobre aspectos meramente formales. En este sentido, nada obsta a que la condición suspensiva impuesta por la Superintendencia para la autorización de existencia de Acquisition como AFP sea entendida de tal manera que, en primer lugar se haya producido la autorización de existencia de Acquisition como AFP y luego su fusión con Provida, o bien, hayan operado y generado su efecto jurídico en forma simultánea.

Adicionalmente, según lo ha reconocido esta misma Superintendencia, se podría haber llegado al mismo resultado de autorizar la fusión entre Provida y Acquisition a través de una vía diferente, sin solicitar que Acquisition se constituyera previamente como una AFP. Bajo esta premisa, y como es lógico, el uso por la Superintendencia de cualquier antecedente presentado en dicho procedimiento innecesario será intrascendente a efectos de aprobar la fusión. Es decir los reparos levantados por la Contraloría no constituyen defectos que tengan la aptitud de cambiar las consecuencias jurídicas del acto.

De hecho, la falta de esencialidad de los pretendidos vicios ha sido reconocida también por esta entidad en su Resolución Exenta N° 513 de 4 de marzo de 2016 y en el Ordinario N° 8.246 de 18 de abril de 2016. En efecto, la Superintendencia ha señalado que "los eventuales errores o anomalías que se podrían haber producido en el procedimiento de fusión de las referidas AFPs, no constituían vicios esenciales que generaban perjuicios a interesados determinados, requisitos indispensable para la nulidad de la actuación administrativa por infracciones procedimentales, tal como lo señala el artículo 13 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos".

En efecto, como lo indica la Superintendencia, la Ley N° 19.880 contiene el principio de conservación o permanencia de los actos administrativos, conforme al cual se persigue la preservación de los actos dictados por autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones, cuando éstos puedan ser afectados por vicios de menor entidad. Así, según este principio, debería declararse la invalidación de un acto administrativo sólo en aquellos casos en que resulte imperioso y fundado en motivos graves.

Es decir, si bien para la ley no resulta indiferente la ilegalidad del acto administrativo, no permitirá la extinción del mismo por cualquier vicio, sino que es exigible la concurrencia de ciertos requisitos para afectar la validez del acto. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 19.880, que señala que "el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo,

sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado".

En consecuencia, tratándose de reparos formales, como los señalados por la Contraloría en el presente caso, la norma restringe la nulidad o invalidación, reservándola solo para el incumplimiento de requisitos esenciales y siempre que no exista perjuicio. En caso contrario, se haría imposible la actividad administrativa y la seguridad jurídica de los particulares, ya que la primera se vería obligada a invalidar sus propios actos siempre que éstos tengan hasta el más mínimo error formal, sin importar las consecuencias gravosas que esto generaría para los interesados.

Esta línea interpretativa es la que también ha seguido la Corte Suprema, que ha reconocido la aplicación del principio de conservación, morigerando la nulidad de derecho público como sanción ante vicios de ilegalidad. De la misma manera lo ha reconocido la Contraloría.

Por último, debe considerarse que la importancia del principio de conservación se ve también ratificada por las nociones de convalidación y conversión del acto administrativo, según las cuales los actos viciados pueden ser corregidos o rectificados, a objeto de que no pierdan eficacia. En este sentido, siempre que no se afecte un requisito esencial del acto, no procederá la anulabilidad, sino que habrá una irregularidad del acto, la que podría ser siempre subsanada posteriormente por la administración, lo que es una facultad legal que, en todo caso, pudo y puede utilizar la Superintendencia para conservar la vigencia de las Resoluciones E-223- y E-224.

3.2 Principio de trascendencia: no hay nulidad sin perjuicio. En el procedimiento de fusión no se han irrogado perjuicios a terceros como consecuencia de los supuestos cuestionamientos efectuados por la Contraloría.

En este sentido, no existe perjuicio alguno a los interesados con la dictación de las Resoluciones E-223 y E-224. En efecto, la autorización de existencia de Acquisition como AFP y posterior fusión con Provida permitieron a Acquisition operar como AFP sin inconvenientes. Efectivamente, Provida continuó funcionando sin problemas y de forma ininterrumpida durante toda la tramitación de la fusión y, con posterioridad a ésta, Acquisition, como su continuadora legal, continuó ininterrumpidamente dicho giro y servicio.

De esta manera, en la especie no existen terceros afectados por la fusión. La operación no tuvo consecuencias negativas para el mercado ni para los cotizantes y pensionados.

De acuerdo a lo anterior, el principio de conservación de los actos administrativos guarda una estrecha relación y se complementa directamente con una exigencia adicional que ha aplicado recientemente la Corte Suprema al analizar la procedencia de la nulidad de un acto administrativo: el principio de trascendencia.

Así, el máximo tribunal en una sentencia del año 2013 y tras reiterar su doctrina

acerca del principio de conservación señaló que "(...) en virtud del principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, pas de nullité sans grief, según el cual no hay nulidad sin perjuicio por lo que no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se debe demostrar que inciden de manera concreta en el quebrante de los derechos de los sujetos procesales. El perjuicio debe ser cierto, concreto, real y sólo puede decir relación con el interés jurídico explicitado en la defensa esgrimida en autos, para lo cual no sólo se debe atender a lo resolutivo de la sentencia, sino que al efecto de ella". De esta manera, este fallo explicita una exigencia adicional para que sea procedente la nulidad o invalidación del acto administrativo: la existencia de un perjuicio cierto, concreto y real. (Corte Suprema, sentencia rol N° 3078-2013, 31 de enero de 2014).

En consecuencia, la Corte Suprema confirma el exigente estándar que ha de cumplirse para declarar la invalidación o nulidad de un acto administrativo, esto es, que sólo procede en caso que exista un vicio esencial, grave, que requiera enmendar un perjuicio efectivo el que necesariamente debe ser cierto, concreto y real. Pues bien, ninguna de estas exigencias se verifica en el caso de las Resoluciones E-223 y E-224.

IV. LA LEY PROTEGE LA VALIDEZ DE LAS RESOLUCIONES N° E-223-2015 Y E-224-2015 BAJO LA CONFIANZA LEGÍTIMA QUE ACQUISITION Y PROVIDA DEPOSITARON EN LAS ACTUACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA, IMPIDIENDO A DICHA ENTIDAD SU INVALIDACIÓN.

En la especie se ha generado la confianza legítima de Provida, Acquisition, sus accionistas y demás terceros de buena fe sobre los actos administrativos de la Superintendencia, limitando su facultad de invalidación respecto de las Resoluciones N° E-223 y E-224.

La Superintendencia ha reconocido y aceptado la plena aplicación del principio de protección de la confianza legítima como un límite a sus facultades, impidiéndole la invalidación de las Resoluciones E-223 y E-224.

Complementando lo ya resuelto por la Superintendencia en este caso, es posible determinar ciertas directrices para la procedencia y aplicación del principio de protección de la confianza legítima que permiten defender la plena vigencia y validez de dichos actos administrativos otorgados a favor de Acquisition y Provida, limitando cualquier intento de invalidación de éstos por parte de la Superintendencia.

Para el caso concreto, tales directrices pueden resumirse en los siguientes requisitos: (i) Presunción de legalidad de las resoluciones E-223 y E-224; (ii) Existencia de buena fe por parte de Provida y Acquisition durante el procedimiento administrativo seguido ante la Superintendencia; (iii) Existencia de derechos subjetivos y situaciones jurídicas consolidadas generadas bajo las Resoluciones E-223 y E-224; (iv) Imputabilidad o error de la Superintendencia en el supuesto vicio

que afecta a las Resoluciones E-223 y E-224.

Como veremos, agrega, cada una de estas directrices se cumple a cabalidad en el presente caso.

4.1 Los actos administrativos mediante los cuales se obtuvo la autorización de existencia de Acquisition como AFP y la autorización de fusión de ésta con Provida corresponden a actuaciones administrativas unilaterales de la Superintendencia revestidas de legalidad, imperio y exigibilidad frente a los administrados.

La seguridad y certeza jurídica que exige la actuación de la Administración bajo un Estado de Derecho, se reflejan en la presunción de legalidad y ejecutoriedad inmediata de sus actos.

Los actos administrativos mediante los cuales se obtuvo la autorización de existencia de Acquisition como AFP y la autorización de fusión de ésta con Provida corresponden a actuaciones administrativas unilaterales de la Superintendencia, que resultaban obligatorias para Provida y Acquisition, en las cuales la autoridad tuvo la oportunidad y facultad de establecer cada uno de los requisitos aplicables así como recibir la información y documentación exigida para formar su convencimiento y voluntad en la dictación del acto terminal que aprobó la fusión entre las compañías.

En este sentido, cabe destacar que las compañías en este procedimiento de fusión informaron a la Superintendencia, con fecha 18 de noviembre de 2014, que sometería a votación la fusión por incorporación de Provida en su matriz Acquisition. En respuesta a dicha comunicación, el 9 de diciembre del mismo año, la Superintendencia respondió a Provida que la fusión podría ser aprobada pero bajo un procedimiento diverso, esto es, requiriendo que Acquisition previamente obtuviese la autorización de existencia para operar como AFP, aplicando, para estos efectos, el precedente administrativo y criterio que había empleado con anterioridad.

De este modo, y cumpliendo con tal exigencia, Provida y Acquisition iniciaron el procedimiento de fusión ante la Superintendencia. Luego de múltiples observaciones y comunicaciones dirigidas por la autoridad a las compañías para materializar los requerimientos -necesarios a juicio de la Superintendencia para completar la fusión entre las entidades- la Superintendencia, en agosto de 2015, otorgó la autorización provisional de existencia de Acquisition como AFP bajo la condición suspensiva del que dentro de 60 días se fusionase con Provida.

Es más, con fecha 31 de agosto de 2015, la SVS autorizó la inscripción de AFP Acquisition y sus acciones en el Registro de Valores que lleva dicha Superintendencia.

Finalmente, con fecha 1 de septiembre de 2015, mediante la Resolución E-224 de ese año, la Superintendencia declaró por cumplida la condición suspensiva y

autorizó la fusión solicitada a contar de esa misma fecha, declarando la disolución de Provida.

Como puede apreciarse de los hechos expuestos, no queda lugar a dudas que la Superintendencia desarrolló un extenso procedimiento administrativo en el cual fue construyendo y concatenando, paso a paso, los diversos requisitos y exigencias impuestas a Provida y Acquisition en orden a autorizar la fusión solicitada.

i. No obstante haberse propuesto un procedimiento diverso por parte de Provida y Acquisition para efectos de proceder a la fusión, la Superintendencia instruyó con carácter obligatorio una forma distinta en que, a su juicio, debía realizarse la operación de fusión;

ii. Emitió en el procedimiento -que se tramitó por cerca de 10 meses- 19 oficios incluyendo diversas comunicaciones y observaciones a los antecedentes aportados durante el procedimiento, materializando una serie de actos administrativos coherentes y consecutivos exigiendo requerimientos a Provida y Acquisition para poder proceder a la autorización final de la fusión;

iii. En todos estos actos, se anticipó que el resultado que se obtendría con su cumplimiento sería la autorización de existencia y posterior fusión de la AFP que se pretendía crear; y

iv. Dictó finalmente los actos administrativos terminales de autorización de existencia de Acquisition como AFP y de fusión con Provida, previa constatación del cumplimiento de los requisitos que exigió a través del procedimiento administrativo.

De tal forma, la voluntad de la Superintendencia, expresada mediante tales actos administrativos, se encuentra revestida de absoluta legalidad, imperio y exigibilidad frente a Provida y Acquisition, no pudiendo ni debiendo estas entidades cuestionar dicha determinación. Esto, considerando la obligatoriedad de la interpretación de la autoridad dispuesta en el artículo 94, numeral 3 del DL 3.500, así como la presunción de legalidad que para estos actos consagra la Ley N° 19.880.

En efecto, de los principios constitucionales de Legalidad y Estado de Derecho (artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 19 N°26 de la Constitución) se desprende que los organismos del Estado actúan válidamente dentro de la esfera de su competencia y que existirá una permanencia en la aplicación de la potestad reguladora y en la aplicación consistente de las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, la propia legislación reconoce que los actos de la Administración gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, y esto desde su entrada en vigencia. Bajo este precepto, el acto administrativo se presume válido y presenta el carácter de una verdadera imposición al ciudadano, quien, por tanto, debe acatarlo, confiando no solo en la legalidad de dicho acto, sino en que éste es regular en el ordenamiento jurídico en su conjunto. De este modo, frente a un acto pretendidamente irregular, el ciudadano que confió y desarrolló actividades o ejecutó inversiones descansando en la legalidad de dicha actuación administrativa debe ser protegido atendida la

estabilidad y certeza que le concede el ordenamiento jurídico.

La falta de seguridad jurídica, como es lógico, impacta gravemente en las decisiones de los administrados que han obrado de buena fe, sobre la base de lo resuelto por un órgano administrativo cuya actuación se presume legal y obligatoria, y erradica, sin más, cualquier atisbo de previsibilidad de las consecuencias jurídicas que derivan del actuar propio de la Administración.

Esto es particularmente grave para los actos administrativos favorables, como lo son las Resoluciones E-223 y E-224. En efecto, estos actos favorables hicieron nacer un derecho o beneficio en el patrimonio de Provida, Acquisition y sus accionistas quienes presuponen que dichos derechos o facultades concedidos pueden efectivamente ser utilizados para la planificación de sus decisiones, actuaciones, inversiones, estructura de negocios y, en general, en su quehacer cotidiano en la sociedad y el mercado. En otras palabras, desconocer los efectos de las Resoluciones E-223 y E-224, priva al sistema de seguridad jurídica y excluye y deja en la indefensión toda confianza legítima depositada razonablemente en la Administración por parte de Provida, Acquisition y sus accionistas, en cuanto a la observancia y respeto a situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas, sin la cual no existirá un verdadero Estado de Derecho en el cual pueda desarrollarse el mercado.

4.2 La buena fe de Provida, Acquisition y sus accionistas, materializada desde el comienzo de la operación de restructuración, no puede ser desconocida y la misma constituye un límite a la potestad de invalidación.

Señala la Administradora que en el presente caso, la buena fe de Provida, Acquisition y sus accionistas no puede desconocerse y se materializa desde el comienzo de la tramitación de la operación de restructuración. En todo momento las compañías actuaron de forma transparente y colaborativa con la Superintendencia, cumpliendo correctamente con las instrucciones y solicitudes hechas por la autoridad y todo esto bajo el entendido y convencimiento que las gestiones requeridas y realizadas se sujetaban estrictamente a la legalidad vigente para materializar el efecto jurídico de obtener la autorización de fusión por parte de la Superintendencia.

Cabe destacar que, tal como lo reconoció la Superintendencia para este caso, la protección de la buena fe, bajo el concepto de confianza legítima, constituye un límite al ejercicio de la potestad invalidatoria. En efecto, la buena fe es uno de los principios generales inspiradores del derecho que se extiende a todo el ordenamiento jurídico y que supone la convicción de que los destinatarios de un acto jurídico o de una norma se encuentran en una situación regular. Doctrinariamente, la buena fe se ha entendido como el convencimiento del administrado de proceder dentro de un ámbito de juridicidad. Dicha convicción de obrar conforme a derecho es la que precisamente protege al administrado frente a los errores que pueda cometer la Administración.

EUA

Esta convicción en el obrar con apego a derecho y el pleno acatamiento de las instrucciones de la autoridad se mantuvo inalterable por las compañías y sus accionistas durante todo el procedimiento administrativo y hasta su conclusión siendo refrendado en las diversas comunicaciones que se sostuvieron con la Superintendencia durante el transcurso de dicho proceso, como se ejemplifica a continuación:

1. Provida y Acquisition, mediante carta F-641-2014 del 18 de noviembre de 2014, informaron a la Superintendencia su intención de proceder a la fusión por incorporación de Provida en su matriz Acquisition, subsistiendo ésta última. No obstante, la Superintendencia mediante Oficio N° 28.947 de 9 de diciembre de 2014, desecha el procedimiento propuesto e indica expresamente los criterios y requisitos, formas y etapas que deben tener lugar para la autorización de la fusión, basándose en criterios y requisitos diversos a los propuestos por Provida y Acquisition, exigiendo previamente la autorización de existencia como AFP de Acquisition, todo esto en consideración a los precedentes ya establecidos. Para estos efectos, indica que una vez cumplidos estos trámites y requisitos, procede la autorización de existencia de la nueva AFP aprobando sus estatutos con expresa indicación que es "para el solo efecto de fusionarse" con la AFP existente.

2. Luego que las compañías enviaran las respectivas juntas extraordinarias de accionistas que aprobaban la fusión, la Superintendencia, mediante Oficio N° 4405 de fecha 25 de febrero de 2015, expresamente señala que:

- a) Las compañías deberán citar a nuevas Juntas Extraordinarias de Accionistas con la finalidad de modificar los acuerdos en el sentido indicado en el Oficio.
- b) De concederse la autorización de existencia de la nueva AFP, ésta se otorgaría "bajo la condición suspensiva de autorizarse su posterior fusión con AFP Provida S.A., por lo que no entrará en funcionamiento sino hasta después de cumplida esa condición".
- c) En lo tocante a la fusión por incorporación de Provida en su matriz Acquisition, la Superintendencia indica que los acuerdos de fusión incorporados en las juntas extraordinarias de accionistas de ambas compañías debían quedar sujetos a las condiciones de "1. Que la Superintendencia de Valores y Seguros inscriba la sociedad y sus acciones en el Registro de Valores y, 2. Que esta Superintendencia otorgue autorización de existencia como AFP a MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y, asimismo, autorice la operación de fusión".
- d) Una vez subsanadas las observaciones levantadas en dicho Oficio N° 4405, la Superintendencia estaría "en condiciones de iniciar el proceso de autorización de existencia de la nueva Administradora de Fondos de Pensiones, y su posterior fusión con AFP Provida S.A. por lo que no entrará en funcionamiento sino hasta después de cumplida esa condición".

3. El 30 de abril de 2015 las compañías dieron respuesta al Oficio antes indicado, entregando copia de las respectivas juntas de accionistas. El 1 de junio, mediante Oficio N° 12.001 de 2015 la Superintendencia formula nuevas observaciones y señala expresamente que "una vez que se acompañaran la totalidad de los

EUP

antecedentes necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 24 A del DL 3.500 y el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, se iniciará el plazo al que alude el referido artículo para que ella emita su pronunciamiento".

4. Entre el 30 de abril y el 4 de agosto de 2015 existieron sucesivas comunicaciones de la Superintendencia haciendo observaciones a los antecedentes entregados por las compañías a los cuales se dieron las correspondientes respuestas.

5. En carta de 4 de agosto de 2015, Acquisition indica a la Superintendencia que atendido el avance del proceso y la respuesta en tiempo y forma de las observaciones levantadas, las entidades estaban en la posición de materializar la fusión a contar del día 1 de septiembre de 2015 solicitando a la autoridad confirmar la fecha estimada para materializar la fusión. Adicionalmente se indica a la autoridad que "la fusión de Provida en su matriz corresponde a un proceso de reorganización interna del grupo MetLife, explicado de manera relevante por el ejercicio de un legítimo derecho contenido en determinadas disposiciones transitorias de la denominada Reforma Tributaria de 2014, el cual requiere ser finalizado dentro de ciertos plazos, que de no cumplirse, pueden implicar -tanto para los accionistas de Provida como de Acquisition- considerables perjuicios".

6. Entre el 7 y el 19 de agosto de 2015 existieron sucesivas comunicaciones de la Superintendencia haciendo observaciones a los antecedentes entregados por las compañías a los cuales se dieron, nuevamente, las correspondientes respuestas.

7. En carta de 20 de agosto de 2015, Acquisition responde a las observaciones del Oficio N° 18.587, y reitera la solicitud de emitir por parte de la Superintendencia el Certificado Provisional de Existencia y la Resolución de Autorización de Existencia como AFP, habiéndose respondido en forma íntegra a las observaciones formuladas.

8. El 21 de agosto de 2015, a través de Oficio N° 18.745, la Superintendencia remite cuatro ejemplares del Certificado Provisional de Autorización de Constitución de AFP Acquisition aceptando el estudio de factibilidad para iniciar la autorización de existencia de la "Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Sociedad Anónima", y quedando los organizadores "habilitados para realizar los trámites conducentes para obtener la autorización de existencia de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Sociedad Anónima y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su futuro funcionamiento".

9. Mediante Ordinario N° 18.916, de 25 de agosto de 2015, la Superintendencia notificó a Acquisition la Resolución E-223, que autoriza la existencia de Acquisition como AFP, bajo la condición suspensiva de que se fusione con Provida dentro de 60 días. Al efecto, indica "Autorízase la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co. S.A. y apruébense sus estatutos, los que constan en la escritura pública de fecha 7 de mayo de 2015, otorgada en la notaría pública de don José Musalem Saffie, para el solo efecto de fusionarse con AFP Provida S.A.

Sujétase la presente autorización a la condición suspensiva de que la Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co. S.A. se fusione con la Administradora de Fondos de Pensiones Provida Sociedad Anónima, absorbiendo la primera a esta última, dentro del plazo de 60 días”.

10. El 31 de agosto de 2015, la SVS autorizó la inscripción en el Registro de Valores de la AFP Acquisition.

11. Finalmente, la Superintendencia mediante Oficio N° 19.416 de 1 de septiembre de 2015, remitió la resolución que autoriza la fusión acompañándose el respectivo certificado. En dicha Resolución, la Superintendencia indica que “en virtud de los antecedentes proporcionados por AFP Acquisition Co. S.A. y AFP Provida S.A. se ha podido establecer que las Administradoras han dado cumplimiento a los requisitos legales para autorizar la fusión por absorción de la segunda por la primera de las nombradas, por lo que debe tenerse por cumplida la condición suspensiva a que esta Superintendencia sujetó la autorización de existencia de AFP Acquisition Co. S.A.” y declara la disolución de AFP Provida S.A.

Como queda de manifiesto, continua, en virtud de lo expuesto precedentemente, el procedimiento para la fusión de Provida con su matriz Acquisition fue totalmente diseñado por la Superintendencia, supervisando la observancia de los requisitos establecidos al efecto y dando cuenta en cada una de las etapas del proceso de su cumplimiento por parte de las compañías.

Habiéndose dado respuesta satisfactoria a todas y cada una de las observaciones levantadas por la Superintendencia a lo largo del proceso y finalmente habiéndose declarado por la autoridad el pleno “cumplimiento de los requisitos legales para autorizar la fusión por absorción” de las compañías, no puede sino concluirse la buena fe bajo la cual Provida, Acquisition y sus accionistas actuaron en el procedimiento administrativo, guiando todos sus actos por el convencimiento de actuar con pleno apego al derecho y legislación vigente, según lo declaró la autoridad competente.

La Contraloría ha entendido, en forma reiterada, que la buena fe es un límite a la potestad invalidatoria. En efecto, el órgano de control ha señalado que “no resulta posible aplicar la sanción de nulidad cuando ella produce efectos más perniciosos que los que se intentan evitar con esa medida, puesto que, de lo contrario, se atentaría contra principios elementales de seguridad de las relaciones jurídicas, advirtiéndose la conveniencia de proteger a las personas que han actuado de buena fe y mantener la estabilidad de los hechos jurídicos que revistan caracteres de consolidados”. Muy recientemente, la Contraloría ha reafirmado este criterio al señalar que: “un error de la Administración no puede perjudicar a quienes han actuado de buena fe, siguiendo las orientaciones e instrucciones que esta les imparta y de las cuales se deriva la privación de un derecho que, conforme al ordenamiento jurídico y de no mediar un equívoco como el que existió en esta ocasión, legítimamente le hubiese correspondido”.

Agrega que no puede, por ende, sino estar conteste con la Superintendencia en cuanto a que Acquisition, Provida y sus accionistas han actuado de buena fe, 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, por lo que esto constituye un límite que no permite invalidar las Resoluciones E-223 y E-224.

4.3 La consolidación de situaciones jurídicas y los derechos que conforme a ella han nacido para y se han concretizado por la actual Provida se demuestran en la materialización de la fusión, desde el 1 de septiembre de 2015 lo que constituye un límite a la potestad invalidatoria de la administración.

En este caso, la consolidación de las situaciones jurídicas y los derechos que benefician y se han concretizado por la actual Provida se demuestran en la materialización de la fusión por incorporación de Provida, desde el 1 de septiembre de 2015 y la continuación en las operaciones económicas bajo el giro exclusivo de AFP, con las responsabilidades y obligaciones que conlleva la administración de los fondos de pensiones de todos sus afiliados, los cuales se encuentran invertidos. Tales situaciones y actos, en algunos casos son sencillamente imposibles de retrotraer, y aun en caso que eso fuere posible, afectaría no sólo a Provida, sino que también el patrimonio de sus accionistas, ante la incertidumbre que generaría en relación con las inversiones realizadas y los fondos y pensiones que administra a este respecto.

En este sentido, Provida sobre la base de la autorización otorgada por parte de la Superintendencia en cuya juridicidad legítimamente confía, ha ejecutado multiplicidad de actos con diversas personas y entidades, los cuales, a su vez, han contratado con Provida bajo la seguridad jurídica que otorga el ordenamiento al revestir de Ilegalidad los actos de la Administración.

Específicamente, el tener que intentar reversar todos los procesos efectuados con ocasión de la aprobación de la fusión requeridos por esta Superintendencia, afectaría la continuidad contractual y operacional de la administradora, y en tal sentido, afectaría también a terceros de buena fe.

Como no puede ser de otra manera, la consolidación y continuidad en los efectos de dichos actos, celebrados de buena fe, han de ser amparados por el derecho y deben mantenerse indemnes y excluidos del alcance de la potestad invalidatoria del Estado en resguardo de la seguridad y certeza jurídica. Así lo ha lo ha reconocido expresamente la Contraloría al indicar que "A su vez, la jurisprudencia administrativa emanada de esta Entidad de Control ha manifestado reiteradamente que debe tenerse presente 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 de tal relación amerita su amparo. De otro modo, 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, quienes legítimamente los han incorporado a sus

BCA

patrimonios. Tal criterio se ha manifestado, entre otros, en los dictámenes N°s 21393, de 1974; 5019 y 17799, de 1990; 24087, de 1991; 15194, de 1995; 44492, de 2000; y 7742, de 2000".

De esta manera, la propia Contraloría reconoce que de no darse adecuado resguardo a la buena fe del administrado y a su legítima confianza, mediante la limitación a las potestades invalidatorias de la autoridad, podría generarse un caos y daños irreparables e injustos, los que naturalmente debieran ser resarcidos por aquél que los causó, en este caso, la propia autoridad. Dicha responsabilidad puede hacerse valer tanto en el ordenamiento interno, como internacional, a través de los mecanismos que resguardan a los inversionistas extranjeros, como por ejemplo el CIADI.

Al efecto, se ha reconocido que actividades administrativas habilitantes tales como una autorización o inscripción exigida como prerequisite para ejercer una determinada actividad económica, constituyen también una situación jurídica consolidada. Es en virtud de estas situaciones consolidadas que los administrados adquieren derechos y ejercen actos de buena fe bajo la legítima confianza de obrar conforme a derecho, concretizando y materializando, en definitiva, el contenido de los actos administrativos favorables en virtud de los cuales operan.

A modo de ejemplo, en la legislación alemana estos actos concretos pueden implicar que el administrado beneficiario haya agotado las prestaciones concedidas o bien que haya suscrito compromisos de naturaleza patrimonial que no pueden ser obviados nada más que soportando graves desventajas.

Por su parte ya en el año 1997, la Excelentísima Corte Suprema reconocía a los derechos subjetivos obtenidos por terceros de buena fe y a la consolidación de las situaciones jurídicas y patrimoniales generadas a partir de un acto administrativo irregular como un fundamento para el límite de la potestad invalidatoria de la Administración señalando que "La jurisprudencia y la doctrina coinciden en que la facultad invalidatoria de los órganos de la Administración reconoce como límite el derecho patrimonial de terceros de buena fe. La Administración no puede invalidar sus actos irregulares, ya que, habiendo ellos producido efectos respecto de la autoridad o de los ciudadanos, debe preferirse la estabilidad de las situaciones jurídicas constituidas como efecto de tales actos. Su invalidación deberá plantearse ante el órgano jurisdiccional competente".

Ahora bien, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 la Corte Suprema, en fallo de 10 de septiembre de 2003, reconoce la vigencia legal de este principio como límite a la potestad invalidatoria de la Administración. (Corte Suprema, sentencia rol 3125-2003).

Más recientemente, la Contraloría es explícita al indicar, en Dictamen N° 1.088 que "la invalidación administrativa de los actos irregulares -como los permisos a que se refiere el recurrente-, que tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación

EJA

legítima de los órganos de la Administración, de manera que las consecuencias de aquéllas no pueden afectar a terceros que adquirieron derechos de buena fe al amparo de las mismas, aspecto que debe ser debidamente ponderado por el titular de la potestad invalidatoria en los casos que corresponda y conforme al mérito de los antecedentes respectivos".

Por ende, las situaciones jurídicas irreversibles y ya consolidadas para la actual Provida, sus accionistas y para otros terceros de buena fe a raíz de la dictación de las Resoluciones E-223 y E-224, constituyen un verdadero resguardo de la certeza jurídica que impide, como bien superior, el ejercicio de la potestad invalidatoria de la Superintendencia respecto de dicho actos jurídicos.

4.4 Los derechos subjetivos adquiridos de buena fe por Acquisition y Provida sobre situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectados por errores de la Administración.

Por último, sobre la base de la lata jurisprudencia administrativa y principios generales aplicables, resulta evidente que los derechos subjetivos adquiridos de buena fe sobre situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectados por errores de la Administración.

El principio básico es que "los errores de la Administración deben ser soportados por ella, además que los efectos jurídicos producidos por el acto administrativo defectuoso contienen derechos individuales protegidos por la Constitución". (Dictamen de la CGR N° 1.088 de 2011).

En este caso, sostiene, no cabe lugar a dudas que cualquier objeción o reparo de legalidad aducido sobre el acto administrativo que autorizó la fusión entre Provida y Acquisition proviene de un error de la Administración. Tanto es así, que la Superintendencia lo ha reconocido explícitamente como un error propio en Resolución Exenta N° 513 de 4 de marzo de 2016 en cuyos considerandos 4° y 5° indican:

"4° Que analizado en detalle el informe evacuado por el Sr. Fiscal, descrito en el considerando precedente, este Superintendente, teniendo a la vista los antecedentes de los procesos de transformación y fusión de las AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A., señala primeramente que dichos procesos fueron llevados a cabo de una manera distinta a la que proponían los regulados. Así, mediante instrucciones expresas impartidas por esta Superintendencia, tanto AFP Cuprum S.A. como AFP Provida S.A. se vieron en la necesidad de llevar a cabo la fusión con sus matrices o controladores, previa transformación de éstas en Administradoras de Fondos de Pensiones, a saber, AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A., en conformidad a lo instruido en los oficios N° 21.449 de 25 de septiembre de 2014 y N° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014, respectivamente, instrucciones impartidas a partir de una interpretación efectuada por esta Superintendencia, que en virtud de lo prescrito en el artículo 94 N° 3 del DL N° 3500 y artículo 3° letra i) del DFL N° 101 de 1980, era obligatoria para las

administradoras;

5º Que 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, la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico. En este sentido, resultaba factible acoger el procedimiento de fusión informado por las administradoras, lo que permitía alcanzar el mismo resultado".

Continua señalando la administradora que el límite a la potestad invalidatoria de la Administración bajo la confianza legítima, se ha explicado también bajo la aplicación del principio general que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos. De este modo, la autoridad administrativa está impedida de invalidar sus decisiones cuando los supuestos vicios o anomalías jurídicas que pudieran afectarles no provienen de un hecho imputable del interesado, sino que obedecen a un error cometido por el propio ente administrativo (*nemo allegans propriam turpitudinem*). Lo anterior encuentra explicación en fundamentos básicos de nuestro sistema jurídico como lo es la norma constitucional que impide al Estado invocar el bien común o la soberanía como causal tendiente a lesionar las garantías de las personas.

Asimismo, es un principio general de derecho que le está vedado alegar la nulidad a todo aquel que ha ejecutado, un acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En el caso de los órganos de la Administración que cuentan con facultades interpretativas y fiscalizadoras de la legislación, cuyo caso paradigmático es una superintendencia como la Superintendencia de Pensiones, el haber debido conocer el pretendido vicio que se imputa al acto supuestamente irregular es evidente y por esto, resulta categórico que no puede luego alegar dicha pretendida irregularidad de un acto propio e imputable a la propia Administración, para ir en contra de sus propias decisiones en perjuicio de los administrados.

Es por esto que, atendido el reconocimiento expreso de error propio por parte de la autoridad en este caso, resulta imposible jurídicamente y en justicia hacer recaer en el patrimonio de la actual Provida, sus accionistas y demás terceros de buena fe, los efectos perniciosos que se generarían a raíz de una invalidación de las Resoluciones E-223 y E-224.

En conclusión, finaliza:

En el presente caso se cumplen cabalmente las directrices y requisitos para que el principio de la protección de la confianza legítima opere como un límite efectivo ante la potestad invalidatoria que pudiera pretender ejercer la Superintendencia frente a la autorización de la fusión de Provida y Acquisition y la autorización de existencia de ésta última.

En este sentido, está en completo acuerdo con lo ya sostenido por la propia

BA

Superintendencia, reconociendo la existencia del principio de confianza legítima que acude en protección de la actual Provida y sus accionistas. La Superintendencia ha sido clara al destacar, en Resolución Exenta N° 513 de 4 de marzo de 2016, 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" y que, "en consecuencia, esta Superintendencia se encontraría limitada para invalidar dichos actos administrativos, so pena de infringir la certeza jurídica, que ha sido recogida por la Contraloría General de la República en su jurisprudencia, como el respeto a la confianza legítima".

Es más, considerando los hechos extensamente explicados y el reconocimiento expreso por parte de la Superintendencia de sus errores propios y buena fe de los administrados en la constitución de situaciones jurídicas consolidadas, el presente constituye un caso -y quizás el caso- (Sic) emblemático de aplicación del principio de confianza legítima como institución protectora ante la potestad invalidatoria de la Administración.

Reitera que en esta decisión, la Superintendencia no hace sino confirmar lo señalado ya por la Contraloría, en su reiterada jurisprudencia ejemplificada en el Dictamen N° 48.554 de 2004 en cuanto a que "no todo vicio conduce necesariamente a la invalidación de los actos administrativos" debiendo considerarse para definir la forma de proceder al respecto "el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de la irregularidad, la buena fe del contribuyente -si actuó con el convencimiento que el acto administrativo se ajustaba a derecho- el principio de seguridad jurídica y la confianza en los actos de la Administración, la que no puede aprovecharse de su propia negligencia".

Por lo mismo, finaliza, sobre la base de los fundamentos y principios arriba explicitados, fundamentados tanto en la doctrina como la consistente jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema y de la Contraloría, sencillamente no puede hacerse lugar a la invalidación de las Resoluciones E-223 y E-224, debiendo reafirmarse su plena validez, atendido que:

- i. Provida y Acquisition actuaron en todo momento de buena fe y en estricto cumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia. En este sentido, fue la Superintendencia la que desechó el procedimiento originalmente propuesto por Provida y Acquisition para la fusión entre las compañías, ordenando un procedimiento diverso para llevarla a cabo e incorporando requisitos no exigidos por la ley. Dicha procedimiento era obligatorio para Provida y Acquisition.
- ii. En virtud de la autorización de la fusión entre las compañías, Acquisition (hoy AFP Provida S.A.) realizó múltiples actos que dieron origen a situaciones jurídicas consolidadas para la compañía, sus accionistas, y demás terceros de buena fe. Algunas de dichas operaciones son imposibles de revertir y otras, de ser retrotraídas, podrían causarles graves perjuicios.
- iii. Los reparos que se han formulado respecto del procedimiento diseñado y las

BGA

autorizaciones otorgadas para la fusión entre AFP Cuprum y Argentum -y que la Superintendencia hace extensivas para la fusión de Provida y Acquisition- ya fueron desechados por esta propia Superintendencia, mediante un acto administrativo debidamente fundamentado, quien manifestó su voluntad de no invalidar las resoluciones N° E-223-2015 y E-224-2015.

iv. Adicionalmente, tales reparos formulados por la Contraloría, no son efectivos, y en cualquier caso, no generan perjuicio alguno ni tienen la relevancia suficiente para invalidar los actos administrativos en cuestión.

v. Las Resoluciones N° E-223-2015 y E-224-2015 no pueden ser invalidadas toda vez que la actuación de la Superintendencia de Pensiones ha generado en Provida, sus accionistas y demás terceros de buena fe la confianza legítima de que su actuar fue conforme a derecho y de acuerdo a un procedimiento válido, lo que se funda en:

- a) La actuación previa de la Superintendencia revestida de presunción de legalidad;
- b) La constante e invariable buena fe de Provida, Acquisition y sus accionistas durante la tramitación del procedimiento administrativo que dio lugar a las Resoluciones N° E-223-2015 y E-224-2015;
- c) Las situaciones jurídicas consolidadas que se han realizado tras la dictación de tales resoluciones en orden a materializar la fusión y que resultan en determinados casos irreversibles; y
- d) La improcedencia de afectar los patrimonios de Provida, sus accionistas y demás terceros de buena fe a raíz de los errores expresamente reconocidos por la Superintendencia en la tramitación del procedimiento administrativo que dio lugar a la dictación de las Resoluciones N° E-223-2015 y E-224-2015.

Acompañó los siguientes documentos:

1. Resolución N° E-223-2015 de la Superintendencia de Pensiones, de 25 de agosto de 2015, Se autoriza existencia y aprueba estatutos de Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co. S.A.;
2. Resolución N° E-224-2015 de la Superintendencia de Pensiones, de 1 de septiembre de 2015, que Autoriza fusión de Administradoras de Fondos de Pensiones Acquisition Co. S.A. y Provida S.A.;
3. Dictamen N° 98.889 de la Contraloría General de la República, de 16 de diciembre de 2015, que Informa sobre constitución y posterior fusión de Administradora de Fondos de Pensiones que indica;
4. Dictamen N° 9.702 de la Contraloría General de la República, de 8 de febrero de 2016, que Aclara y complementa el dictamen N° 98.889, de 2015 de esta Contraloría General, relativo a la constitución de la Administradora de Fondos de Pensiones que indica y su posterior fusión con otra;
5. Resolución Exenta N° 513 de la Superintendencia de Pensiones, de 4 de marzo de 2016;
6. Oficio N° 22.697 de la Contraloría General de la República, de 24 de marzo de 2016, que solicita informe sobre cumplimiento de los dictámenes N°s 98.889, de 2015, y 9.702, de 2016, y respecto de la presentación que indica;
7. Oficio N° 8.246 de la Superintendencia de Pensiones, de 18 de abril de 2016,

que Evacúa informe solicitado;

8. Dictamen N° 47.645 de la Contraloría General de la República, de 28 de junio de 2016, que Ordena que Superintendencia de Pensiones debe iniciar procedimiento de invalidación que se indica;

9. Resolución Exenta N° 1.555 de la Superintendencia de Pensiones, de 21 de julio de 2016;

10. Dictamen N° 24.337 de la Contraloría General de la República, de 1 de julio de 2002;

11. Dictamen N° 16.238 de la Contraloría General de la República, de 12 de abril de 2007;

12. Dictamen N° 8.058 de la Contraloría General de la República, de 18 de febrero de 2009;

13. Dictamen N° 1.088 de la Contraloría General de la República, de 10 de enero de 2011;

14. Dictamen N° 1.501 de la Contraloría General de la República, de 11 de enero de 2011;

15. Dictamen N° 5.609 de la Contraloría General de la República, de 28 de enero de 2011;

16. Dictamen N° 19.890 de la Contraloría General de la República, de 5 de abril de 2012;

17. Dictamen N° 41.121 de la Contraloría General de la República, de 10 de junio de 2014;

18. Dictamen N° 78.756 de la Contraloría General de la República, de 10 de octubre de 2014;

19. Dictamen N° 16.693 de la Contraloría General de la República, de 2 de marzo de 2016;

20. Corte Suprema, sentencia rol N° 3125-2003, de fecha 10 de septiembre de 2003, c. 3°;

21. Corte Suprema, sentencia rol N° 5973-2011, de 11 de diciembre de 2012;

22. Corte Suprema, sentencia rol N° 5293-2013, de 14 de octubre de 2013, c. 4° y 10°;

23. Corte Suprema, sentencia rol N° 57-2011, de 20 de noviembre de 2013, c. 5°;

24. Corte Suprema, sentencia rol N° 3078-2013, de 31 de enero de 2014, c. 27°;

25. Corte Suprema, sentencia rol N° 1119-2015, 30 de septiembre de 2015, c. 14°;

26. CORDERO, Eduardo, Informe en Derecho (abril 2016) titulado "Análisis de la Actuación de la Superintendencia de Pensiones respecto de la improcedencia de invalidación (Sic) las resoluciones dictadas en los procedimientos de autorización de fusión de Administradoras de Fondos de Pensiones: A propósito de la Resolución Exenta N° 0513, de 04 de marzo de 2016";

27. FERMANDOIS, Arturo, Informe en Derecho (mayo 2016) titulado "Invalidación de Autorización de Existencia y Fusión de Administradoras de Fondos de Pensiones ante el Derecho Público";

28. AROSTICA, Iván (2003): "La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio: Ley N° 19.880 sobre

BIA

Procedimientos Administrativos". Conferencias, Santo Tomás de Aquino. Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás (Santiago);

29. BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria", En: Revista de Derecho (Valdivia), pp. 86, 88, 89, 93;

30. BERMÚDEZ, Jorge (2010): "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?". En: Revista de Derecho (Valdivia), v.23 n.1, pp. 108, 109;

31. MILLAR SILVA, Javier (2005): "Influencia y recepción del principio de protección e la confianza legítima en el derecho administrativo chileno". En: Revista de Derecho (Valdivia), v.18 n.2, p. 2,3;

- 32°.- Que a fojas 123 de autos se tuvo por evacuado el traslado por parte de AFP Provida S.A. y por acompañados los documentos ofrecidos en su respuesta; a fojas 124 se tuvo como parte interesada al H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela y se tuvo presente todos los antecedentes, informes y consideraciones jurídicas incorporadas al procedimiento invalidatorio iniciado en virtud de la resolución N° 1.554 de 2016, y a fojas 125 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 Ley 19.880, al no tener la calidad de interesado en el presente procedimiento administrativo;

Término probatorio.

- 33°.- Que a fojas 129, mediante oficio N° 26.048 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 Acquisition Co. S.A. y su fusión con AFP Provida 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;
- 34°.- Que a fojas 130, mediante oficio N° 26.428 de fecha 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 Ley N°18.046 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;

2016

- 35°.- Que a fojas 132, con fecha 14 de octubre de 2016, la defensa del H. Diputado Fuad Chahín Valenzuela, dedujo recurso de reposición contra la resolución que resolvió la apertura del término probatorio, solicitando la complementación del punto a probar N° 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 Acquisition S.A. y su posterior fusión con AFP Provida 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;
- 36°.- Que mediante oficio N° 27.030 de fecha 17 de octubre de 2016 que rola a fojas 137 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 Acquisition S.A. y su posterior fusión con AFP Provida 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., procedimiento de iguales características al que es objeto del procedimiento de invalidación de autos, no se cumplían las exigencias fijadas por el legislador al efecto, acorde con lo previsto en el artículo 130 de la ley N° 18.046, 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 sirvió de antecedente a esta Superintendencia para 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 130 copia del oficio N° 26.428 de fecha 12 de octubre de 2016, mediante el cual se ordenó oficiar 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 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 ley N° 19.880, 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 ley N° 19.880, 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 132 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 132, 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 ley 19.880;

Al otrosí de la presentación que rola a fojas 132, no ha lugar, estese al mérito del término probatorio fijado en el oficio N° 26.048 de fecha 7 de octubre de 2016, notificado a las partes con esa misma fecha.

- 37°.- Que a fojas 139 AFP Provida S.A. presentó lista de testigos quienes depondrían al tenor de lo siguiente: a) Don Eduardo Cordero Quinzacara, abogado, Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Administrativo, quien declararía al punto de prueba N° 1; y b) Don Arturo Fermandois Vöhringer, abogado, Profesor titular de Derecho Constitucional, quien declararía al punto de prueba N° 2;
- 38°.- Que a fojas 143 se agregó a autos por la defensa del H. Diputado Chahín, informe técnico jurídico elaborado por los abogados don Alfredo Ugarte Soto y don 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 PAIS NO ESTÁ PERMITIDO?" Se señala en esta presentación que en *"dicho informe, a través de un examen legal y jurisprudencial de derecho comparado y nacional, se aborda la historia, antecedentes, elementos y requisitos de la business purpose doctrine o doctrina de la legítima razón de negocios, resaltándose la gran importancia que ella adquiere para efectos de apreciar si al momento de efectuar la operación de fusión materia de autos, se dio cumplimiento a todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico nacional y, en específico, aquellos relacionados con la legislación tributaria"*. Agrega que *"debemos tener presente que el Estado de Chile es uno sólo y que se organiza en Ministerios, Subsecretarías, Servicios Públicos, Superintendencias y otros sólo para mejor cumplir su función, pero su regulación y obligaciones legales son aplicables a todos los organismos del Estado, ya sea de modo directo o supletorio, de forma armónica y sistemática; así y luego de analizar la mencionada operación de fusión, no sólo debe ser evaluada desde el punto de vista formal, sino que también desde el aspecto impositivo, por ello en el documento que se acompaña se concluye que la referida reestructuración societaria no es acorde ni armónica con la legislación tributaria, particularmente porque todos los antecedentes tenidos a la vista permiten establecer que no existió una legítima razón de negocios detrás de la operación de fusión, toda vez que la única y exclusiva finalidad de la misma fue la obtención de un beneficio tributario, y no el desarrollo de actividades comerciales o la ampliación de las mismas. Así las cosas, no existiendo una legítima razón de negocios que ampare tal reestructuración societaria, la misma no puede tener validez ni efectos."*;

- 39°.- Que a fojas 165 con fecha 20 de octubre de 2016, la defensa del H. Diputado Chahín solicitó remitir oficio al Servicio de Impuestos Internos, con el objeto de complementar el oficio N° 26.428 referido en el visto 34° anterior, solicitando se le requiriera que: i) Analice, determine y concluya si los actos y procedimientos referentes a la fusión por absorción de AFP Provida, 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;
- 40°.- Que a fojas 171, con fecha 24 de octubre de 2016, AFP Provida S.A. acompañó documentos que se agregaron a fojas 187 a 325 de autos, consistentes en copia de 16 oficios emitidos por esta Superintendencia, copia de la resolución Exenta N° 513 de 2016 de esta Superintendencia, y copia del acta de sesión N° 17 de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados del rol de la Superintendencia de Pensiones, de la Superintendencia de Valores y Seguros y del Servicio de Impuestos Internos en el proceso de fusión de las AFP Cuprum y Argentum, celebrada el 8 de marzo de 2016;
- 41°.- Que a fojas 326 con fecha 24 de octubre de 2016 la defensa del H. Diputado Chahín solicitó citar a declarar a la ex Superintendente de Pensiones doña Tamara Agnic Martínez y a la ex Fiscal T. y P. de esta Superintendencia doña María Lorena Salinas

Cucullú, con el objeto de que declaren sobre los antecedentes de hecho y de derecho que a su juicio habrían justificado las resoluciones E-223 de 2015 y E-224 de 2015;

- 42°.- Que a fojas 328 con fecha 24 de octubre de 2016 la defensa del H. Diputado Chahín solicitó se incorporaran y exhibieran en parte de prueba 12 documentos que individualizó, y que en general se refieren a escrituras societarias, actas de juntas de accionistas y directorios, citaciones a las mismas, y otros;
- 43°.- Que a fojas 331 con fecha 24 de octubre de 2016 la defensa del H. Diputado Chahín solicitó se oficiara al Servicio de Impuestos Internos a fin que informara al tenor de lo ya solicitado a fojas 165 y que se certificara: *i) fecha de autorización de existencia de AFP Acquisition S.A.; ii) fecha de fusión de AFP Acquisition S.A. con AFP Provida S.A.; iii) desde qué fecha hasta qué fecha AFP Acquisition ejerció su giro comercial como AFP, cuántos afiliados alcanzó a tener y las razones entregadas a esta Superintendencia para fusionarse con AFP Provida, y iv) en caso contrario, esto es, en la hipótesis que AFP Acquisition 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° 27.601 de fecha 24 de octubre de 2016 que rola a fojas 336, 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 fecha 25 de octubre de 2016, en los términos solicitados por el interviniente en el visto 39°;
- 45°.- Que con fecha 26 de octubre de 2016, se recibió la prueba testimonial ofrecida por AFP Provida S.A., compareciendo solamente el testigo don Eduardo Cordero Quinzacara, quien concurrió a declarar respecto del informe que elaboró, y que se agregó a fojas 70 del expediente de anexos;
- 46°.- Que mediante oficio N° 27.794 de fecha 26 de octubre de 2016, que rola a fojas 349, se resolvieron las presentaciones consignadas en los vistos 41° a 43°, del modo que sigue:

- a.- Respecto de la solicitud para que se prestara declaración efectuada a fojas 326:

Vistos, lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 19.880, 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 específicos 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

CUA

finalización que dieron lugar a la creación de AFP Acquisition S.A. y su posterior fusión con AFP Provida 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 328 para que se incorporaran y exhibieran en parte de prueba 12 documentos que individualizó:

Atendido lo dispuesto en la letra c) del artículo 17 de la ley N° 19.880, no ha lugar por innecesario.

c.- Respecto de la solicitud de fojas 331 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° 27.601 de fecha 24 de octubre de 2016, que rola fojas 336 de estos autos.

Al otrosí: No ha lugar por innecesario, estese al mérito de las resoluciones E-223 de 2015 y E-224 de 2015, de esta Superintendencia.

47°.- Que mediante presentación de fecha 28 de octubre de 2016, que rola a fojas 352 de autos, la defensa del H. Diputado Chahín interpuso recurso de reposición contra el oficio N° 27.794 de 2016. Tratándose de la testimonial ofrecida, solicitó se dé lugar a la declaración de la ex Superintendente de Pensiones y de la ex Fiscal T. y P. de este Organismo, fundándolo en la pertinencia de sus declaraciones atendido no sólo su injerencia en la dictación de las resoluciones cuya invalidación se analiza en estos autos, sino que por su *expertise* en la materia. Agrega que si en este procedimiento se permitió una declaración testimonial para ratificar un informe en derecho elaborado por el testigo, acompañado en autos, debiera admitirse esta prueba testimonial. Respecto de la exhibición e incorporación de documentos, manifestó que la decisión de la Superintendencia, en cuanto denegó tal probanza sobre la base de lo dispuesto en la letra c) del artículo 17 de la Ley N° 19.880, no cumpliría con fundar adecuadamente la decisión. Adicionalmente, la resolución que repone entiende que la Superintendencia tiene en su poder dichos documentos necesarios para resolver, sin embargo esa parte no ha tenido acceso a los mismos;

48°.- Que a fojas 364, con fecha 3 de noviembre de 2016, la defensa del H. Diputado Chahín solicitó la inhabilitación de esta sustanciadora para seguir conociendo del presente procedimiento administrativo invalidatorio, sobre la base de que: a) El Superintendente de Pensiones don Osvaldo Macías Muñoz ya se pronunció acerca de la improcedencia de invalidar las resoluciones E-220 de 2014; E-221, E-223 y E-224, estas últimas de 2015 en virtud de la resolución exenta N° 513 de 2016. Por ello, atendido que esta sustanciadora posee una relación de jerarquía y dependencia respecto del Superintendente Macías, quien ya habría fijado la posición de la Superintendencia de

BUA

Pensiones respecto de las citadas resoluciones, esta sustanciadora carecería de la imparcialidad necesaria para seguir sustanciando el presente procedimiento. Adicionalmente, argumentó que la falta de imparcialidad que alega de esta sustanciadora se vería reflejada en ciertas situaciones, principalmente al tenor de lo que expone respecto de la negativa a la prueba testimonial y a la exhibitoria de documentos que solicitó a fojas 326 y 328 de autos, respectivamente;

- 49°.- Que a fojas 377, con fecha 3 de noviembre de 2016, la defensa del H. Diputado Chahín solicitó audiencia a esta sustanciadora, a objeto de reunirse en *atención al estado actual y avance* de este expediente de invalidación;
- 50°.- Que a fojas 401 mediante oficio N° 29.741 de fecha 17 de noviembre de 2016, se agregó a fojas 379 a 392 de autos, copia de la declaración efectuada por la ex Superintendente de Pensiones doña Tamara Agnic Martínez en la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, y se resolvió el recurso de reposición en los siguientes términos:

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-223/2015 y E-224/2015, ambas de esta superintendencia, por las cuales se autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition S.A. y aprobó sus estatutos, y se aprobó la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Acquisition S.A. y Provida 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 por la Contraloría General de la República, es decidir si corresponde invalidar o conservar las resoluciones E-223/2015 y E-224/2015, para lo cual es necesario determinar si en este caso específico las irregularidades o vicios que afectarían 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-223/2015 y E-224/2015, 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 326, 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 Agníc 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°27.794 de fojas 349, 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-223/2015 y E-224/2015 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-223/2015 y E-224/2015, 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-223/2015 y E-224/2015 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, proceso de iguales características al que es objeto del presente procedimiento administrativo, declaración y presentación de la ex Superintendente de Pensiones que a mayor abundamiento se ha agregado a estos autos

EJA

administrativos a fojas 379 y siguientes de autos.

De ello se sigue que la solicitud de citación a declarar a la Sra. Agnic 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:

Respecto de los documentos indicados en los N°s 1 al 9, 11 y 12 de la presentación de fojas 328, se acoge el recurso de reposición interpuesto. Agréguese tales documentos al expediente.

Respecto de los documentos indicados en el N° 10, considerando que se trata de información estratégica que la interesada AFP PROVIDA 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.

- 51°.- Que mediante oficio N° 29.477 de fecha 17 de noviembre de 2016, que rola a fojas 405, se resolvió la solicitud de inhabilitación 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

ELA

en esos casos, la causal de inhabilidad 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-223/2015 y E-224/2015, 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 inhabilidad 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 inhabilidades específicas establecidas en ese artículo, pero personalmente.

Que sostener que la inhabilidad 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 inhabilidad 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.

52°.- Que a fojas 403, mediante oficio N° 29.475 de fecha 17 de noviembre de 2016, se resolvió la solicitud de audiencia consignada en el visto 49°, en los siguientes términos:

BPA

Atendido que la solicitud de ese interviniente constituye un trámite no contemplado en la ley, y 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, resuelvo:

No ha lugar por improcedente.

- 53°.- Que con fecha 15 de noviembre de 2016, se recibió el oficio N° 3.051 del Director del Servicio de Impuestos Internos, agregado a fojas 394, dando respuesta al oficio de esta Superintendencia N° 26.428 de fecha 12 de octubre de 2016, el cual fue notificado a los intervinientes acompañando copia del mismo mediante oficio N° 29.511 de fecha 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 3º, inciso segundo, y 5º 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.

BA

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 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.

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)³ 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) siguiente⁴:

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.

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.

³ 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.

⁴ Este Servicio impartió las instrucciones pertinentes mediante las Circulares N°s 13 de 2014 y 1 de 2015.

W

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.

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

BGA

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 reajustado⁵.

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 Servicio⁶ ⁷. 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. Siguiendo.

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 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*

⁵ Este Servicio impartió las instrucciones pertinentes mediante la Circular N° 1 de 2015.

⁶ Por disposición del numeral XIX del artículo tercero.- de las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.780.

⁷ Este Servicio impartió las instrucciones pertinentes mediante la Resolución N° 111 de 2014.

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 N°18.046, perfeccionada antes del 31 de diciembre de 2015, si fuere factible tal fusión⁸, 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 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.

⁸ Cuestión que no es de competencia de éste se Servicio. (Sic)

ELA

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 tributarias⁹.

Saluda a Ud.,

FERNANDO BARRAZA LUENGO
DIRECTOR

- 54°.- Que a fojas 407, con fecha 22 de noviembre de 2016, AFP Provida S.A. evacuó el traslado a la exhibición de documentos conferido mediante oficio N° 29.471 de 2016, oponiéndose a la exhibición del documento denominado "Estudio de Factibilidad de AFP Acquisition S.A. y sus 12 anexos", atendido a que, sostienen, contiene información comercial extraordinariamente sensible, cuya divulgación podría generar evidentes perjuicios a su representada, dado que incluye información estratégica y clave de la compañía y su negocio. Hizo presente que se encuentra en proceso la tramitación de una medida prejudicial de exhibición de ese documento en el 4° Juzgado Civil, rol C-17.860-2016, y que aún no ha sido resuelta por dicho tribunal y que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 50 de la Ley 20.255, la Superintendencia tiene obligación de guardar reserva y secreto de los documentos que se le entreguen en carácter confidencial;
- 55°.- Que mediante oficio N° 30.259 de fecha 25 de noviembre de 2016, agregado a fojas 412, se resolvió la incidencia a la exhibición de documentos, acogiendo la oposición de AFP Provida S.A. respecto del documento singularizado en el visto precedente y ordenándose agregar los restantes documentos;
- 56°.- Que a fojas 413, 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° 29.477 de fecha 17 de noviembre de 2016, que no dio lugar a la solicitud de inhabilitación efectuada a fojas 364 de autos, resolviéndose, en virtud de oficio N° 30.256 de fecha 25 de noviembre de 2016 que rola a fojas 426, *no ha lugar, estese al mérito de la resolución de fojas 405 de autos*;
- 57°.- Que a fojas 427, 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° 29.475 de fecha 17 de noviembre de 2016, y a fojas 429 de autos pidió cuenta del oficio N° 27.691 de fecha 25 de octubre de 2016, dirigido al Servicio de Impuestos Internos;
- 58°.- Que mediante oficio N° 30.255 de fecha 25 de noviembre de 2016 que rola a fojas 431, se resolvieron las presentaciones consignadas en el considerando precedente,

⁹ Cabe hacer presente que el N° 3, del inciso 4°, del artículo 31 de la LJR, que regula la materia en comento, fue modificado a partir del 1° de enero de 2017, por la letra d), del numeral 15), del artículo 1°.- 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 8°.- de la Ley N° 20.899.

BLA

teniéndose presente las consideraciones efectuadas mediante presentación de fojas 427 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;

- 59°.- Que con fecha 29 de noviembre de 2016 se recibió el Oficio N° 3.178 de fecha 25 de noviembre de 2016, que rola a fojas 434, 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, agregándose a fojas 434 de autos, el cual fue notificado a los intervinientes acompañando copia del mismo mediante oficio N° 30.586 de fecha 30 de noviembre de 2016, oficio del citado Servicio cuyo texto 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 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 1º, 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

60º.- 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 como se señaló en los vistos 24º y 25º atendido que lo instruido por la CGR en su oficio N° 47.645 de 2016 respecto de las resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015, es aplicable a las resoluciones objeto del procedimiento invalidatorio de autos, mediante Resolución Exenta N° 1.555 de 2016 se ordenó abrir y se dio inicio a un procedimiento de invalidación de la Resolución N° E-223 de 2015, que autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co S.A. y aprobó sus estatutos, y de la Resolución N° E-224 de 2015, que aprobó la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Acquisition Co S.A. y Provida 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;

SEGUNDO: Que en el oficio N° 47.645 de 2016, 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". Atendido ello y lo señalado en el considerando precedente, se inició el presente procedimiento administrativo de invalidación de las resoluciones E-223-2015 y E-224-2015, ambas de esta Superintendencia, otorgando audiencia a los interesados y realizando

CPA

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-223-2015 y E-224-2015, ambas de esta Superintendencia, por las cuales se autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Acquisition Co. S.A. y aprobó sus estatutos, y se aprobó la fusión de AFP Acquisition Co. S.A. y AFP Provida S.A., por incorporación de la segunda a la primera, respectivamente;

TERCERO: Que la decisión de si corresponde o no invalidar las referidas resoluciones E-223-2015 y E-224-2015 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 los actos administrativos contenidos en las Resoluciones E-220 de 2014 y E-221 de 2015, actos administrativos de similar naturaleza a las resoluciones E-223 de 2015 y E-224 de 2015, adolecen de los siguientes vicios de legalidad:

a) En cuanto al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 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 acompañaran antecedentes de otra, aun cuando aquella sea su controladora y;*
- (ii) *Que no se aportaron antecedentes que permitían 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:

- (i) *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.*

Atendido que los vicios de legalidad antes observados por la CGR se encontrarían también presentes en las Resoluciones E-223 y E-224, de 2015, son esos vicios respecto de los cuales esta sustanciadora debe pronunciarse en cuanto a si por su gravedad y efectos deben ser sancionados con la invalidación de las resoluciones que los contienen o si, por el contrario, deben conservarse;

CUARTO: 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 Excma. Corte Suprema rol 7167-2010), y es una atribución propia de la autoridad que dictó el acto, que se ejerce excepcionalmente en casos calificados (Sentencia Excma. Corte Suprema rol 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 Excma. Corte Suprema rol 8650-2015).

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 mismo.

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, Jaime (2004). p. 11.)

BGA

SEXTO: Que atendido que las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 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 vistos 14° y 16°, la Resolución E-223-2015 fue dictada el día 25 de agosto de 2015 y la Resolución E-224-2015 el día 1° de septiembre 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-223 y E-224, ambas de 2015, se debe tener presente que, según se ha dado cuenta detalladamente en la parte expositiva de esta resolución (18°) y en el considerando tercero 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 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-223 y E-224, ambas de 2015, si bien dos de los informes en derecho que el H. Diputado Chahín solicitó tener a la vista, razonan sobre ello, lo cierto es que vicios de esa categoría no han sido observados al efecto por la CGR respecto de las Resoluciones E-220-2014 y E-221-2015, y en consecuencia tampoco forman parte de los vicios atribuibles a las Resoluciones E-223 y E-224, ambas de 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-223 y E-224, ambas de 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 ilegalidad 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 adolecen las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 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

Forsthoff, Ernst: "Tratado de Derecho Administrativo". 1958. Madrid. P. 314.).

A ello se refieren los autores 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. 11ª 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 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

BUT

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 y 4º de la parte expositiva, por Resolución N° E-217-2013, de fecha 19 de julio de 2013, esta Superintendencia autorizó a MetLife Chile Acquisition Co. S.A. e Inversiones Metlife Holdco Tres Ltda., previa comprobación de que cumplían efectivamente con los requisitos que establece el artículo 24 A del D.L. N°3.500, para adquirir en conjunto, directa o indirectamente la primera e indirectamente la segunda, hasta el 100% de las acciones de AFP Provida S.A., operación que se materializó y permitió a MetLife Chile Acquisition Co. S.A. tomar el control de dicha Administradora;

De este modo, en la práctica MetLife Chile Acquisition Co. S.A. no sólo tomó el control de AFP Provida 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 F-641-2014, de fecha 18 de noviembre de 2014, como se indicó en el visto 5º, AFP Provida S.A. puso en conocimiento de esta Superintendencia, como hecho esencial, que su Directorio acogió la solicitud del accionista MetLife Chile Acquisition Co. S.A., de convocar a una junta extraordinaria de accionistas con el objeto de, entre otras materias, someter a votación la fusión por incorporación de la sociedad en su matriz MetLife Chile Acquisition Co. S.A.

De lo anterior queda en evidencia que, el propósito declarado de MetLife Chile Acquisition Co. S.A., era llevar a cabo la reorganización de su grupo empresarial en Chile, particularmente con respecto a la empresa controlada AFP Provida 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 6º de la parte expositiva, la Superintendencia de Pensiones, mediante el oficio N° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014, instruyó a AFP Provida S.A. ejecutar la reorganización empresarial de un modo distinto y condicionó la autorización de la fusión informada por la administradora a que MetLife Chile Acquisition Co. S.A., 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° 20 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 Acquisition Co. S.A. y la fusión posterior con AFP Provida 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 N° 21.449, de fecha 25 de septiembre de 2014 de esta Superintendencia – y en consecuencia aquella señalada en el Oficio N° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014 relativa al proceso de fusión entre MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida S.A. - y que consistía básicamente en que la matriz 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 la AFP controlada, había sido instruida por la Superintendencia en forma errónea, pues esta última se encontraba habilitada legalmente para autorizar la referida fusión de la matriz con la AFP, en los términos propuestos originalmente por aquella, 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 undécimo precedente, es posible advertir que aun cuando los vicios de legalidad dictaminados por la CGR no hubiesen tenido lugar en las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 2015, el tenor de las decisiones administrativas de la Superintendencia en relación a la solicitud de autorización de una fusión entre MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida 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-223 y E-224, ambas de 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-223 y E-224, ambas de 2015, hubiesen sido dictadas por la Superintendencia sin los defectos o vicios de legalidad que finalmente terminaron afectándolas, igualmente dicha resolución habría tenido por objeto autorizar la fusión por incorporación de AFP Provida S.A. en MetLife Chile Acquisition Co. S.A., 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 autorizatoria dictada sin vicios de legalidad como los dictaminados por la CGR, habrían sido similares a aquellos que produjeron las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 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 53° y 59° de la parte expositiva, para el caso que las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 2015, hubiesen sido dictadas sin los defectos o vicios de legalidad que finalmente terminaron afectándolas, los efectos tributarios de la reorganización empresarial de

EUA

marras habrían sido idénticos a los que efectivamente tuvieron lugar con ocasión de la dictación de las resoluciones E-223 y E-224, ambas de 2015.

En efecto, conforme a lo informado por la autoridad tributaria en el oficio transcrito en el número 53° 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 Acquisition S.A. y AFP Provida 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-223 y E-224, ambas de 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-223 y E-224, ambas de 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-223 y E-224, ambas de 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-223 y E-224, ambas de 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, 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

EJA

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 aquélla, 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;

VIGESIMO 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, se acaba 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);

BLA

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, 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 Excm. 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 exige la

TWA

conurrencia 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, MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida 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° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014, por medio del cual se dispuso y aprobó el procedimiento que debía seguir aquella para concretar la fusión por absorción de AFP Provida S.A., procedimiento de fusión que concluyó en las Resoluciones E-223 y E-224, ambas de 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 MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida S.A. no estimaban que se encontraban sujetas a cumplir, pero a la que se sujetaron 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 MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida 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 MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida 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 MetLife Chile Acquisition Co. S.A. y AFP Provida 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 aquélla. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el desconocimiento de dichas situaciones jurídicas ya señaladas podría acarrear eventuales responsabilidades patrimoniales para la

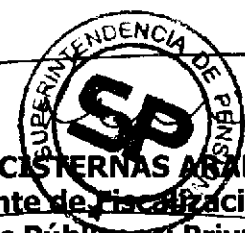
Administración del Estado, pudiendo afectar con ello los intereses públicos, más que la mera ilegalidad del acto impugnado a través de esta vía;

RESUELVO:

No ha lugar a la invalidación de las Resoluciones N°s E-223 y E-224, ambas de 2015, de esta Superintendencia.

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

Notifíquese, comuníquese y archívese.



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

Distribución:

- AFP Provida S.A. (Sr. Gonzalo Fernández Ruiz y/o Ignacio Gillmore Valenzuela y/o Beatriz von Loebenstein Weil – Av. Isidora Goyenechea N° 2.800, piso 43, Las Condes, Santiago)
- H. Diputado señor Fuad Chahín Valenzuela (Sr. Alfredo Ugarte Soto y/o Sergio Troncoso Mella – Rosario Norte N° 555, oficina 1703, Comuna de 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