

INFORME EN DERECHO

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

1º. DEL INFORME EN DERECHO.-

Se me ha solicitado informar acerca de la juridicidad de las actuaciones de la Superintendencia de Pensiones (SP), en relación con su Resolución N° E-220-2014, de 19 de diciembre de 2014, que autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) Argentum bajo condición suspensiva, y respecto de la Resolución N° E-221 de 2 de enero de 2015, que declaró cumplida la referida condición suspensiva y simultáneamente autorizó su fusión por absorción de AFP Cuprum, todo ello a la luz de los principios y normas del Derecho Público, particularmente del Derecho Administrativo, y en especial de las disposiciones contenidas en el decreto ley Núm. 3.500 de 1980, en el decreto con fuerza de ley Núm. 101, de 1980, del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en la Ley N° 20.255 de Reforma al Sistema de Pensiones y que crea la Superintendencia de Pensiones y restantes normas aplicables al caso.

2º. ANTECEDENTES PREVIOS.-

- a) De acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, mediante comunicación GG/1619/14_S, de fecha 11 de septiembre de 2014, la AFP Cuprum S.A. (en adelante la AFP Cuprum) informó a la Superintendencia de Pensiones que se había iniciado el proceso interno dirigido a acordar por su Junta Extraordinaria de Accionistas, la fusión por incorporación en la sociedad "PIC", subsistiendo esta última como absorbente, sujeta a diversas condiciones copulativas que se indican en la misma misiva. Es de destacar que en dicha comunicación no se indica cuál es la entidad individualizada como "PIC". Otros antecedentes tenidos a la vista, permiten determinar que "PIC" era 'Principal Institutional Chile S.A.' (en adelante "PIC") accionista mayoritario y controlador de AFP Cuprum.
- b) La Superintendencia de Pensiones respondió la carta precedente mediante el oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014, que permite aclarar los fundamentos de la petición formulada por la AFP Cuprum, no consignados en su carta GG/1619/14_S, de 11 de septiembre de 2014. Se señala en aquel oficio, que la petición de esa AFP tiene por objeto *"la reorganización que pretende realizar el Grupo Principal, a fin de simplificar la estructura societaria a*

través de la cual ejerce el control de AFP Cuprum".¹ Y se anota que *"Principal Institucional Chile S.A. es dueña de acciones que representan el 97,24% de las acciones emitidas por la AFP Cuprum S.A."*. En el oficio en referencia, la Superintendencia anota que de acuerdo a lo solicitado por AFP Cuprum ésta *"sería absorbida por su controlador, por lo que, además de pasar la totalidad del patrimonio y accionistas de la Administradora a "PIC", aquella se disolvería"*. Añade en seguida el regulador que: *"Como consecuencia de la disolución de la AFP, la administración de los fondos de pensiones quedarían en manos de una sociedad no constituida como Administradora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 A antes citado, en abierta infracción a lo dispuesto en el artículo 25 del mismo decreto ley [se refiere al decreto ley 3500, de 1980], pues la mera modificación de los estatutos de Principal Institucional Chile S.A. para adaptarlos a las normas aplicables a las AFP, no la autoriza para operar como una Administradora de Fondos de Pensiones"*. En conformidad con los antecedentes dados en dicho oficio y las disposiciones legales que cita, la Superintendencia de Pensiones concluye que *no corresponde en la especie autorizar la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. en "PIC", toda vez que esta última, no habiéndose constituido como Administradora, no puede administrar los Fondos de Pensiones a que se refiere el artículo 23 del D.L. 3.500*. En el último párrafo del Oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014, se señala textualmente: *"Finalmente, se hace presente que la fusión antes señalada 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 antes citadas"*.

- c) A continuación, mediante carta GG/1763/1_S, de fecha 7 de octubre de 2014, el Gerente General de Cuprum Sr. Ignacio Álvarez Avendaño da respuesta al oficio N° 21.449 de la Superintendencia de Pensiones y expresa *"la completa concordancia de AFP Cuprum con lo sentado en dicho oficio"*, sin perjuicio de lo cual reitera que la operación de fusión de Cuprum se hallará sujeta a la necesaria aprobación de la Superintendencia; que se someterá a *"control previo la formación de la Administradora de Fondos de Pensiones que se instituya como resultado de la fusión y consecuente disolución sin liquidación de AFP Cuprum [...]"* y que en general todo el proceso de creación de una nueva AFP y su posterior fusión se hará con la previa autorización de la Superintendencia.
- d) Mediante presentación escrita s/n, de 14 de noviembre de 2014, Principal Chile Limitada "accionista del 99,999% de las acciones emitidas por Principal Institucional Chile S.A. ("PIC")" señaló que en el marco del proceso de fusión por el cual absorbería a Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A. y de acuerdo a lo señalado en el oficio N° 21499 (de) la Superintendencia de Pensiones de fecha 25 de septiembre de 2014", *sometía a la consideración de esa entidad reguladora el proceso de autorizar a "PIC" como una sociedad administradora de fondos de pensiones*, bajo la estructura de una sociedad anónima abierta especial sujeta a las normas del decreto ley N° 3.500 de 1980 y otras aplicables. Se agregó en dicha presentación que "PIC", matriz de AFP Cuprum, era dueña del 97,26% de las acciones de esa sociedad. Y que el objeto de "PIC" *"será exclusivamente administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que se establecen"* en el decreto ley 3.500 de 1980. Se hace presente, asimismo, que de autorizarse a "PIC" como AFP, se solicitará a la Superintendencia se autorice la fusión de "PIC" por absorción de AFP Cuprum S.A. Para tales efectos, se acompañan antecedentes para acreditar los requisitos legales, entre ellos *"la información de las sociedades que forman parte de la cadena de propiedad de "PIC", la cual es la misma que la de Cuprum"* y la

¹ Las cursivas en este epígrafe corresponden a destacados del autor del informe.

información de todas las personas que ocuparán los cargos de Directores y Gerentes de la Administradora en formación.

- e) Entre la fecha de presentación de la solicitud mencionada en la letra anterior, esto es, el 14 de noviembre de 2014 y el 19 de diciembre de 2014, fecha de la Resolución N° E-220, de 2014, de la Superintendencia de Pensiones que autorizó la existencia de la AFP Argentum (ex “PIC”), esa Superintendencia estudió los antecedentes para la formación de la nueva AFP; formuló observaciones a los documentos acompañados; requirió información adicional; recibió de “PIC” las respuestas a dichas observaciones y la documentación correspondiente, todo lo cual fue evaluado y aceptado.
- f) Así, por oficio N° 28.155, de 1° de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones formuló diversos reparos, que debían ser subsanados para que la Superintendencia quedara en condiciones de emitir el Certificado Provisional de Autorización a que se refiere el artículo 130 de la Ley N°18.046. Entre las observaciones formuladas a “PIC” se destaca que antes de quedar en condiciones de fusionarse con AFP Cuprum, aquella debía solicitar autorización de existencia a la Superintendencia para constituirse como AFP; en cuanto a la fusión, la entidad reguladora hace presente que ésta *“comenzará a surtir efectos a contar de la fecha de la resolución de este Organismo, autorizándola [...]”*. *“Lo mismo es aplicable a la fecha de la liquidación de la sociedad absorbida”*.² Además, se hace presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del decreto ley N° 3500 *“los directores de una AFP están inhabilitados para ocupar el mismo cargo en otra Administradora de Fondos de Pensiones”*.³ Respecto de las observaciones formuladas a “PIC” (futura Argentum), se repara la circunstancia que el artículo 153 del decreto ley 3500, de 1980 *“establece la prohibición para el gerente general, comercial y de inversiones, los ejecutivos de áreas comercial y de inversiones y los agentes de ventas de una Administradora, de ejercer simultáneamente cargos similares en otra sociedad del grupo empresarial al que aquella pertenece. “Por lo tanto, los ejecutivos principales indicados, no podrán desempeñar las mismas funciones en ambas AFP, como se plantea en el organigrama propuesto para AFP Argentum S.A.”*.⁴
- g) Por Oficio N° 28856, de 5 de diciembre de 2014 la Superintendencia formuló otras observaciones relacionadas, entre otros aspectos, con los antecedentes que se habían hecho valer relacionados con contratos de AFP Cuprum que deberían cederse a la nueva AFP en formación; sobre el estudio de factibilidad y diversos parámetros financieros, de encaje, rentabilidad y otros; con el esquema organizacional y descripciones de funciones que *“se encuentran desactualizados respecto a la estructura actual de AFP Cuprum S.A.”* y se hace presente que los Directores de “PIC” son Directores de otras empresas del grupo [...] por lo cual quedan inhabilitados para ser Directores de AFP Argentum S.A. (en formación) en virtud de lo dispuesto en el artículo 156 del decreto ley 3500.⁵
- h) También en este lapso, se celebró, entre otros actos, una Junta Extraordinaria de Accionistas de la sociedad anónima cerrada Principal Institutional Chile S.A., con fecha 9 de diciembre de 2014, en la que se adoptaron diversos acuerdos, entre ellos: (i) la

² Oficio N° 28.155, de 1° de diciembre de 2014, Superintendencia de Pensiones, págs. 1-2.

³ Oficio N° 28.155, de 1° de diciembre de 2014, Superintendencia de Pensiones, págs. 2-3.

⁴ Al final de este oficio N°28.155, de 2014, se advierte que el plazo de 90 días para pronunciarse sobre los antecedentes de los directivos, sólo corre a contar del plazo de entrega de los mismos.

⁵ Las expresiones entre los paréntesis son de este informante.

sujeción de “PIC” a las normas de las sociedades anónimas abiertas; (ii) se modificaron los estatutos sociales de manera de adecuarlos al decreto ley N° 3.500, de 1980, para que pudiera ser autorizada como AFP; (iii) se declaró que estos estatutos de “PIC” no se encontraban sujetos a las condiciones suspensivas y copulativas establecidas con anterioridad para la “Operación” (así denominaba el grupo Principal el proceso de fusión entre “PIC” y AFP Cuprum); (iv) que la fusión se encontraba sujeta a las siguientes nuevas condiciones: (a) la inscripción de “PIC” y sus acciones en el Registro de Valores a cargo de la Superintendencia de Valores y Seguros; y (b) que se emita la autorización de la Superintendencia de Pensiones a la existencia de “PIC” como AFP y a la operación de fusión de ésta con AFP Cuprum, por incorporación de ésta última en la primera; (v) que la fusión comenzará a surtir efectos a contar de la fecha que señale la resolución de la Superintendencia de Pensiones autorizando la misma; (vi) se acordó, también, “dentro del marco del proceso de fusión” que el nombre de la sociedad continuadora legal luego de la fusión, a contar del día en que surta efectos será “Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.”, esto es, la misma razón social que tenía la AFP que sería absorbida por AFP Argentum.⁶

- i) Por carta de fecha 15 de diciembre de 2014, Principal Chile Limitada y Principal Institucional Chile S.A., informan sobre las observaciones formuladas por la Superintendencia y explican la forma en que las han subsanado. Entre otros temas, señalan que se ha procedido a la designación de un nuevo directorio de la sociedad (“PIC”) indicándose sus nuevos miembros. Y se agrega que *“tras la fusión, la intención es que el directorio sea conformado por los actuales directores de Cuprum”*, individualizándose los nombres de estos directores. En el punto 3.7. de esa comunicación se hace presente que el directorio de la nueva AFP *“aprobará la totalidad de la política que en la actualidad tiene vigente AFP Cuprum”*.
- j) Mediante Oficio N° 29.632, de 16 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones remite a Principal Chile Limitada *“tres ejemplares del Certificado Provisional de Autorización de Existencia de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Argentum Sociedad Anónima, de fecha 16 de diciembre de 2014, a fin de que en su mérito se realicen los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de dicha sociedad”*, todo ello en conformidad con los artículos 130 y siguientes de la Ley N°18.046.⁷
- k) Mediante Oficio N° 29.648, de 16 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones formula nuevas observaciones y requiere información faltante para el proceso de autorización de la AFP en formación.

⁶ Décimo Octava Junta extraordinaria de accionistas de la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum Sociedad Anónima, de fecha 19 de diciembre de 2014, certificada por la Notario de Santiago doña María Soledad Santos Muñoz.

⁷ El artículo 130 de la Ley N° 18.046 en su inciso 3° establece: “Aceptado un prospecto, se entregará un certificado provisional de autorización a los organizadores, que los habilitará para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y futuro funcionamiento. Para ello, se considerará que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado. No podrá solicitarse la autorización de existencia de la sociedad transcurridos diez meses desde la fecha de aquél”. Como bien lo señaló la Superintendencia de Pensiones en el oficio 29.632, de 2014, que se glosa, la personalidad jurídica que se otorga en carácter provisional está orientada a que *“se realicen los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de dicha sociedad”*.

- l) Por carta de fecha 17 de diciembre de 2014, Principal Chile Limitada y “PIC” entregan la información requerida por la Superintendencia de Pensiones, salvo dos excepciones: (i) la relacionada con los contratos suscritos por AFP Cuprum (que sería absorbida en el proceso de fusión) respecto de los cuales la Superintendencia había requerido que se acreditara que las contrapartes de esos contratos están de acuerdo con la fusión con AFP Argentum S.A. en formación. Se informa que esta información será entregada a la Superintendencia de Pensiones *el 26 de diciembre de 2014* y (ii) los certificados de la Superintendencia de Valores y Seguros relativos a los directores y ejecutivos de la sociedad una vez fusionada. Y se agrega que *“Los certificados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras serán entregados a la brevedad.”*
- m) En los antecedentes tenidos a la vista no hay constancia de la fecha en que Principal Chile Limitada y Principal Institutional Chile S.A. hicieron entrega de los certificados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a que se alude en la letra precedente. La información relativa a los contratos, fue entregada por Principal Chile Limitada y por “PIC” el 26 de diciembre de 2014, esto es, en una fecha posterior a la de emisión de la autorización de existencia condicional de AFP Argentum (19 de diciembre de 2014).
- n) Mediante Oficio N° 29.943, de 19 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones informa a Principal Chile Limitada que *“habida consideración de la documentación acompañada y del hecho de haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos habilitantes para la constitución de una Administradora, establecidos en el artículo 24 A del D.L. 3.500, de 1980, se ha resuelto autorizar la existencia y aprobar los estatutos de AFP Argentum S.A.”*. En el mismo oficio se hace presente que *“la referida autorización queda sujeta a la condición suspensiva de que Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. se fusione con Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum Sociedad Anónima, absorbiendo la primera a esta última [...]”*.
- o) En la misma fecha la Superintendencia de Pensiones dicta la Resolución N° E - 220, de 2014, cuyos aspectos más relevantes en relación con la materia de este informe, son los siguientes:
- i. En su considerando N° 1 la Superintendencia expresa que Principal Institutional Chile S.A., en su calidad de controlador de AFP Cuprum manifestó la intención de la matriz de ambas sociedades de efectuar una reorganización empresarial, *simplificando la cadena de propiedad de la Administradora mediante la fusión de ésta con la primera.*
 - ii. En sus considerandos N°s 2 y 3 se indica que los acuerdos para la fusión por absorción de la Administradora (se refiere a AFP Cuprum) en Principal Institutional Chile S.A. se hallan en sendas Juntas Extraordinarias de esas sociedades, celebradas los días 26 de septiembre (“PIC”) y 7 de octubre de 2014 (AFP Cuprum).
 - iii. En el considerando N° 4 se deja constancia que “PIC” modificó, complementó y precisó los referidos acuerdos, en Junta Extraordinaria de Accionista celebrada el 9 de diciembre de 2014, y que solicitó a la Superintendencia la autorización de existencia de “PIC” como Administradora de Fondos de Pensiones.
 - iv. En el considerando N° 5 se destaca que Principal Chile, en su calidad de controlador de “PIC” ha solicitado la autorización de la Superintendencia de

Pensiones para constituirla como Administradora de Fondos de Pensiones, *“con la finalidad de, posteriormente, fusionarse con AFP Cuprum de la cual es accionista controlador”*

- v. En el considerando N° 6 la Superintendencia de Pensiones recuerda que el artículo 43 del decreto ley N° 3.500 de 1980 *“sólo contempla la fusión entre Administradoras de Fondos de Pensiones”*.
- vi. En el considerando N° 7 la Superintendencia anota que conforme lo prescrito en el artículo 23 del decreto ley N° 3.500 de 1980 *“las Administradoras de Fondos de Pensiones son sociedades anónimas de fin único, constituidas con el objeto exclusivo de administrar fondos de pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece la ley”*.
- vii. En el considerando N° 8 deja establecido que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del decreto ley N° 3.500 de 1980, *“ninguna persona natural o jurídica puede arrogarse la calidad de Administradora de Fondos de Pensiones, sin haberse constituido como tal conforme a las disposiciones legales”*.
- viii. En los considerandos N°s 9 y 10 se señala que corresponde a la Superintendencia, entre otras funciones, autorizar la constitución de sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, en este caso de AFP Argentum, para cuyos efectos los solicitantes deben acreditar el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 24 A del decreto ley N° 3.500, con arreglo al procedimiento contemplado en el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones.
- ix. En el considerando N° 12 la Superintendencia de Pensiones concluye la exposición de las motivaciones, asentando que *“en mérito de los antecedentes aportados por la sociedad que ha solicitado la autorización de esta Superintendencia para constituir AFP Argentum se ha acreditado suficientemente la concurrencia de los requisitos habilitantes para tales efectos”*.

Y resuelve:

“Autorízase la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y apruébanse sus estatutos, los que constan en la escritura pública de fecha 9 de diciembre de 2014, otorgada en la Notaría Pública de don Eduardo Avello Concha, para el solo efecto de fusionarse con AFP. Cuprum S.A.”

“Sujétese la presente autorización a la condición suspensiva de que la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. se fusione con la Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum Sociedad Anónima, absorbiendo la primera a esta última, dentro del plazo de 60 días [...]”

- p) En la misma fecha de la Resolución N° E - 220, esto es, el 19 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones expidió, acto continuo, el Certificado de Existencia Legal de AFP Argentum S.A., conforme lo establecido en el artículo 131, inciso segundo, de la Ley N° 18.046. Este certificado acredita que la autoridad competente ha autorizado la existencia de la sociedad anónima Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A., y habilita a sus personeros para efectos de requerir las inscripciones y publicaciones que establece esa disposición. Cumple observar que este instrumento certificatorio público *omite indicar que la referida autorización se expidió bajo condición suspensiva*, esto es, que mientras la condición se encuentre pendiente, la autorización expedida debe entenderse como inexistente, hasta la fecha en que el evento futuro e incierto en que ella consiste, se cumpla o se entienda fallida.

- q) El 23 de diciembre de 2014 la AFP Argentum S.A. (autorizada bajo condición suspensiva),⁸ remite a la Superintendencia de Pensiones una comunicación, mediante la cual adjunta *una copia autorizada de la protocolización de la Resolución N° E - 220 - 2014 de esa Superintendencia y de la certificación de autorización de existencia y estatutos de la referida sociedad, junto con su publicación en el Diario Oficial de fecha 20 de diciembre de 2014, e inscripción en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, de fecha 22 de diciembre de 2014.*
- r) Mediante oficio N° 30.272, de 23 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones consulta nuevamente -ahora de cara al proceso de fusión por absorción de AFP Cuprum- lo mismo que había observado en el proceso de autorización de AFP Argentum, y que no se resolvió a la fecha de otorgarse dicha autorización, esto es, *la exigencia de la aceptación por parte de las contrapartes de los contratos suscritos por AFP Cuprum S.A., de la fusión con Argentum.*⁹
- s) Por comunicación de fecha 26 de diciembre de 2014, AFP Argentum S.A. (autorizada bajo condición suspensiva),¹⁰ informa a la Superintendencia de Pensiones que la situación de los contratos de Cuprum está superada, en los términos que indica.
- t) Por comunicación del mismo 26 de diciembre de 2014, AFP Argentum S.A. (autorizada bajo condición suspensiva),¹¹ y AFP Cuprum, solicitan conjuntamente a la Superintendencia de Pensiones que autorice la fusión por incorporación de esta última en AFP Argentum S.A. En apoyo de esa solicitud señalan que ya se ha autorizado la existencia de la AFP Argentum S.A.,¹² y que la Resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros inscribiendo a esta sociedad y sus acciones en el Registro de Valores “*se enviará a la brevedad*”. Se informa en la misma carta que “la fusión comenzará a surtir efectos a contar de la fecha que señale la resolución de la Superintendencia de Pensiones autorizando la fusión y a contar de esa fecha, la sociedad absorbente pasará a denominarse ‘Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.’”
- u) Por comunicación de fecha 30 de diciembre de 2014, la AFP Argentum (autorizada bajo condición suspensiva),¹³ acompaña certificados de la Superintendencia de Valores y Seguros, en los que consta la inscripción de la AFP Argentum y sus acciones en el Registro de Valores que lleva dicha entidad. Los referidos certificados, de fecha 29 de diciembre de 2014, de la Superintendencia de Valores y Seguros, acreditan que bajo el número 1125 “ha sido inscrita en el Registro de Valores que lleva esta Superintendencia, la entidad denominada ‘Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A.’”.
- v) Finalmente, mediante Resolución N° E-221-2015, de fecha 2 de enero de 2015, se autorizó por parte de la Superintendencia de Pensiones la fusión de la AFP Cuprum por absorción de la AFP Argentum S.A. Algunos de los considerandos en que esa

⁸ La frase entre los paréntesis es el autor del informe, no del pie de firma de la comunicación.

⁹ *Id.*, letras k), l) y m) de estos antecedentes.

¹⁰ La frase entre los paréntesis es del autor del informe.

¹¹ La frase entre los paréntesis es del autor del informe.

¹² Esta afirmación es efectiva sólo en parte, pues en la comunicación no se indica que la referida autorización se había otorgado bajo condición suspensiva, modalidad que a la fecha de la referida carta, se encontraba en estado de pendencia.

¹³ La frase entre los paréntesis es del autor del informe.

autorización se funda, aluden en sus tres primeros números a los acuerdos de las Juntas de Accionistas de la AFP Cuprum y de “PIC”. En el motivo 4º se menciona que la Resolución N° E- 220- 2014, de la Superintendencia de Pensiones autorizó la existencia y aprobó los estatutos de AFP Argentum S.A. “*para el solo efecto de su fusión con AFP Cuprum S.A.*” y que la referida autorización “*quedó sujeta a la condición suspensiva de producirse la mencionada fusión [...]*” dentro del plazo que indica. El considerando 5º destaca que tanto la Resolución N° E - 220-2014, como el certificado de existencia otorgado por la Superintendencia de Pensiones fue inscrito en el Registro de Comercio y publicado en el Diario Oficial. En el motivo 9º se anota que como AFP Argentum aún no ha iniciado operaciones, no mantiene Fondos de Pensiones, por lo que al momento en que se produzca la disolución de AFP Cuprum S.A. pasará a administrar los Fondos de Pensiones que administraba esta última, por lo que no hay necesidad de *fusionar Fondos de Pensiones*, como lo mandata el artículo 43 del decreto ley N° 3.500, en caso de fusión de administradoras de pensiones. Y en la expresión de motivos siguientes indica que: “*rigen para los afiliados incorporados a Argentum S.A. como consecuencia de la fusión, las comisiones de AFP. Cuprum S.A. actualmente vigentes*”.

Sobre la base de los fundamentos reseñados precedentemente, la Superintendencia de Pensiones resuelve:

1. “Declárase cumplida la condición suspensiva a la que quedó sujeta la autorización de existencia concedida a AFP Argentum S.A. mediante Resolución N° E – 220- 214, de 19 de diciembre de 2014, *por lo que a contar de esta fecha dicha autorización surtirá efectos*”.
2. “Apruébase la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y Cuprum S.A., por incorporación de la segunda a la primera, que la absorbe, denominándose la continuadora legal Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.”
3. “Declárase 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 N° 18.046 y 43 del D.L. 3.500 [...]”
4. “Declárase disuelta y cancelase la autorización de existencia de la actual AFP Cuprum S.A. [...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas”.¹⁴
5. “Déjase establecido que las comisiones que se aplican a los afiliados que se incorporan a la continuadora legal de A.F.P. Cuprum S.A., como consecuencia de la fusión, corresponden a la comisiones actualmente vigentes respecto de la Administradora que se disuelve”.

3º. DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA DE UNA AFP.

3.1. 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,

¹⁴ Cabe señalar que en el resuelto 3º de esta Resolución E-221-2015, se dice que AFP Cuprum *se disolvió el 1º de enero*. Sin embargo en este resuelto se ordena que se disuelva y se cancela la autorización de la misma AFP *sin indicar la fecha*, por lo tanto debe asumirse que los es a contar de la fecha de la propia resolución, esto es, el 2º de enero de 2015.

inspección o supervigilancia para cautelar el interés público y garantizar el cumplimiento del marco regulatorio aplicable a las mismas.¹⁵ En nuestro ordenamiento dicha tarea es cumplida por el Estado a través de servicios descentralizados denominados habitualmente “superintendencias”, definidas como entidades especializadas de carácter sectorial y organizadas como “instituciones autónomas, con personalidad jurídica, de duración indefinida y que se relacionan con el ejecutivo a través de los ministerios de los cuales dependen y se relacionan [sic]” (art. 2º, decreto ley N°3.551, de 1980).¹⁶ 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. Dentro de las más comunes es posible citar la facultad de “autorizar” la existencia o funcionamiento de las entidades sometidas a su control; la potestad de “dictar instrucciones obligatorias” para las entidades que conforman su sector; la de “interpretar administrativamente” las preceptivas aplicables a ese ámbito; la “fiscalización general de su actividad” en los aspectos jurídicos y financieros; y la “imposición de sanciones” en caso de infracciones al marco regulatorio aplicable, resoluciones que en todo caso son revisables por los Tribunales de Justicia mediante las acciones que contemplan habitualmente esas mismas preceptivas especiales.¹⁷ 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, nivel central que siempre mantiene las funciones de rectoría y fiscalización sectorial que se reconoce a las Secretarías de Estado en el artículo 22 inciso segundo de la Ley N°18.575.¹⁸

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, sobre Reforma Previsional. Dicha entidad, por mandato de los incisos 3º y 4º de dicho artículo, ha venido a suceder y ser continuador legal “con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones” de la ex Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (SAFP), organismo instituido originalmente por el artículo 93 del decreto ley N°3.500 de 1980 y regulado en el decreto con fuerza ley N°101, del Ministerio del Trabajo, de 1980, que fijó el estatuto orgánico de esa ex entidad, su organización y atribuciones, destacando dichos preceptos la asignación del rol de “autoridad técnica de supervigilancia y control de las AFP”.¹⁹ Por su parte agrega el mismo precepto que “las referencias que las leyes, reglamentos y

¹⁵ **GARCÍA URETA, AGUSTÍN**, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 13 ss.

¹⁶ **FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS**, “El principio del control en la Administración del Estado”, en *La Administración del Estado. Decenio 1990-2000*, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 2000, pág. 595-596.

¹⁷ **PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO**, *La Organización Administrativa del Estado*, Ed. Jurídica, Santiago, 1998, pág. 352-353.

¹⁸ Norma plenamente concordante con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N°20.255, en lo relativo a las funciones del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. . Cfr. **RIVERA CÁRCAMO, CRISTIÁN**, *La Potestad Fiscalizadora y Sancionadora de la Superintendencia de Pensiones. Consideraciones doctrinarias. Análisis crítico y jurisprudencia*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2015, págs. 71 y ss.

¹⁹ Según lo previsto en el numeral 1 del artículo 47 de la Ley N°20.255, de Reforma Previsional, corresponde como función de la nueva Superintendencia de Pensiones, en general, el: “1. Ejercer aquellas asignadas a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones en el decreto ley N° 3.500, de 1980, en el decreto con fuerza ley N° 101, del mismo año, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y en otras normas legales y reglamentarias vigentes”.

demás normas jurídicas hagan a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones se entenderán efectuadas a la Superintendencia 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.²⁰

La dirección superior y la administración de la Superintendencia de Pensiones corresponden al Superintendente de Pensiones, quien es el jefe superior del servicio y tiene la autoridad, atribuciones y deberes inherentes a esa calidad, de acuerdo al artículo 49 de la misma normativa. 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.²¹

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, labor de policía administrativa 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.²²

En lo que interesa a este informe nos centraremos en las facultades que ejerce la Superintendencia de Pensiones en lo relativo a la autorización de existencia legal de las AFP.

3.2. NORMATIVA APLICABLE. Diversas normas legales, reglamentarias y técnicas conforman *directamente* el marco jurídico aplicable a la autorización de existencia de una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) y la regulación de la autorización de fusión de dos AFP. Ellas se encuentran dispersas en distintos cuerpos legales y reglamentarios. Estas disposiciones tienen sustantiva relevancia tanto en la determinación del alcance y finalidad de las potestades públicas involucradas, como en los requisitos y procedimientos administrativos que deben ser observados en el proceso de aprobación de las autorizaciones públicas de existencia y fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Estas normas están 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

²⁰ Cfr. **CARMONA SANTANDER, CARLOS**, *Derecho Administrativo, El Principio de Control*, t. III Apuntes de Clase, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000, pág. 15.

²¹ No obstante lo anterior, debe puntualizarse que en la etapa de control preventivo de constitucionalidad de esta norma legal conforme al artículo 93 N°1 de la Constitución, el Tribunal Constitucional expresó que dicha limitación a la fiscalización de Contraloría sólo podía considerarse como constitucional si se interpretaba en forma de no excluir el control de legalidad general consagrado en el artículo 98 de la Carta Política, con lo cual la limitación en los hechos carece de objeto. Cfr. Sentencia Tribunal Constitucional (STC), rol 1032-2008, de 4 de marzo de 2008, considerandos 16° y 17°.

²² **ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN**, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, Memoria de Prueba, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (UCV), Valparaíso, 1985, pág. 4-5.

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, sobre reforma previsional, que creó la Superintendencia de Pensiones como sucesora legal de la ex Superintendencia de AFP, para todos los efectos legales.²³ También resulta aplicable la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y su reglamento contenido en el decreto supremo N° 702, de 2012, del Ministerio de Hacienda. En seguida, es necesario mencionar en el plano de las normas técnicas, el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, de la Superintendencia del ramo, específicamente en su Libro V, Título I, capítulos 1º, 2º y 3º, todos referidos al rubro de la autorización de existencia de las administradoras. Cabe finalmente mencionar, en lo que fuere pertinente, la Ley N° 19.880 Sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, en la medida que las tramitaciones que debe seguir dicho organismo fiscalizador para el ejercicio de estas facultades tienen precisamente dicha índole.

De acuerdo con estos cuerpos normativos, los preceptos especiales referidos a las facultades autorizatorias de la Superintendencia de Pensiones y a los procesos autorizatorios de existencia y fusión de Administradoras de Fondos de Pensiones, 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.²⁴

3.3. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES EN EL PROCESO DE AUTORIZACIÓN DE EXISTENCIA DE UNA AFP. El artículo 94 N° 1 del decreto ley Núm. 3.500, de 1980, en armonía con los artículos 3 letra a) del decreto con fuerza de ley Núm. 101, del mismo año y con el artículo 47 N°1 de la Ley Núm. 20.255, expresa que corresponde a la Superintendencia de Pensiones, como continuadora de la ex Superintendencia de AFP, la función de:

“1.- Autorizar la constitución de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, de las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23, la adquisición de acciones de una Administradora de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política de la República, de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y llevar un Registro de estas entidades”.

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. Así lo impone el artículo 23 del decreto ley citado:

*“Las Administradoras de Fondos de Pensiones serán sociedades anónimas que tendrán **como objeto exclusivo** administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece la Ley”*

²³ Los textos legales relacionados con el Nuevo Sistema de Pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500 de 1980, en vigor con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 20.255, no fueron modificados formalmente para reemplazar la denominación y, por consiguientes, en ellos el ente fiscalizador sigue figurando como “Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones”.

²⁴ Artículo 132, Ley N°18.046: “Las sociedades administradoras de fondos de pensiones se rigen por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas abiertas en cuanto esas disposiciones puedan conciliarse o no se opongan a las normas de la legislación especial a que se encuentran sometidas. En consecuencia, a estas sociedades le serán aplicables íntegramente las disposiciones sobre sociedades anónimas abiertas”.

Luego, el artículo 25 de este mismo cuerpo legal prohíbe de manera expresa *arrogarse* la calidad de AFP a sujetos que formalmente no estén constituidos y autorizados como tales:

*“Ninguna persona natural o jurídica que no se hubiere constituido conforme a las disposiciones de esta ley como Administradora de Fondos de Pensiones **podrá arrogarse la calidad de tal**”.*

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:²⁵

*“No obstante si la disolución se produjere por **fusión de dos o más Administradoras**, no procederá la liquidación de ellas ni la de sus respectivos Fondos de Pensiones, ni será aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 42.*

*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 de pensiones respectivos a los sesenta días de verificada la publicación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás trámites que establece la ley**”.*

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, todas demostrativas del riguroso control a que están afectas las AFP dada la relevancia que revisten desde una perspectiva económica y social.²⁶ Este control las somete a un procedimiento particular de autorización administrativa a cargo de la Superintendencia de Pensiones, que se ciñe en lo esencial al modelo de formación y aprobación de las sociedades anónimas que regía con anterioridad a la dictación de la Ley Núm. 18.046.²⁷

²⁵ **ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN**, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 66.

²⁶ *Ibid.*, págs.9-10.

²⁷ Si bien la Ley Núm. 18.046 persiguió liberalizar el trámite de constitución de la sociedad anónima, prefirió atendida la importancia de ciertas sociedades especiales en el campo de los mercados regulados, mantener la fiscalización y supervigilancia por parte de específicos órganos fiscalizadores, entre ellos la Superintendencia de Pensiones (ex AFP), en lo relativo al control de los requisitos y condiciones de su constitución, dejando afecto a trámite aprobatorio administrativo su formación y funcionamiento. Este esquema se ve particularmente reforzado en el caso de las Administradoras de Fondos de Pensiones con la consagración de obligaciones legales de ejercicio de giro único para dichas sociedades, al margen de la prohibición expresa de cualquier sujeto o persona de arrogarse la calidad de AFP (arts. 23 y 25, decreto ley N°3.500, de 1980) con lo cual quedan sometidas a un estricto criterio de clausura y reserva en el ejercicio de su giro especial. Cfr. **BAEZA OVALLE, GONZALO**, *Tratado de Derecho Comercial*, t. II, Lexis Nexis, Santiago, 2008, pág. 881.

Se distinguen tres etapas en el proceso administrativo de autorización de una AFP.²⁸

3.3.1.- PRESENTACIÓN DEL PROSPECTO. SU CALIFICACIÓN. Esta primera etapa se inicia mediante la presentación de un prospecto (antiguamente llamado también folleto o circular) 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 decreto ley Núm. 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 (artículos 23 y 25, decreto ley Núm. 3500, 1980). Así lo expresa el artículo 130, inciso primero, de la Ley Núm. 18.046:

“Para iniciar su constitución, los organizadores deberán presentar a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones un prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la sociedad y de la forma como desarrollará sus actividades. Este prospecto será calificado por el Superintendente especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla”.

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. Así lo reconoce la literatura especializada. Se trata - se ha dicho - de una fiscalización preventiva para “[...] evitar la conformación de una sociedad que no cumpla con las condiciones humanas y materiales mínimas para prestar un servicio eficiente, o con las normas legales que rigen su constitución”. Por ende, continúa la doctrina, la “*actividad de policía que desarrolla la Superintendencia en esta etapa es la de verificar si la administradora que se pretende formar cuenta con los elementos materiales y humanos necesarios que permitan constituir una sociedad cuya función tendrá transcendencia pública*”.²⁹

La doctrina ha entendido que este juicio de “calificación”, que debe ser ejercido por el Superintendente “*especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla*”, constituye “*sin lugar a dudas una facultad ampliamente discrecional* [...]” de dicho regulador.³⁰ 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. Por ende la solicitud podría reunir las condiciones objetivas de legalidad que impone la normativa, pero no obstante podría ser inoportuna, inconveniente o desventajosa. Así lo ejemplifica un autor:

“Por ejemplo, si un grupo de particulares solicita la autorización para existir de una AFP en un lugar inhabitado, puede ocurrir que dichos organizadores cumplan con todos los requisitos objetivos exigidos por la ley, sin embargo, la Autoridad Administrativa llegue a la conclusión que no es conveniente dicha autorización,

²⁸ Cfr. ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 10 y ss.

²⁹ *Ibid.*, pág. 12, 24.

³⁰ *Ibid.*, pág. 78.

*invocando como motivo la carencia de habitantes en la zona lo que implica que dicha sociedad o no tendrá afiliados o el número de ellos será muy escaso”.*³¹

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.³²

3.3.2.- 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”. Así lo pormenoriza el propio Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, de la Superintendencia del ramo, en su Libro V, Título I, Capítulo III, en su numeral 3°:

*“3. Una vez que la Superintendencia estime **que no existen observaciones al proyecto y que se haya calificado la conveniencia de establecer la Administradora de Fondos de Pensiones**, otorgará un certificado provisional de autorización, de conformidad al artículo 130 de la Ley No 18.046, que habilitará a los organizadores para realizar todos los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y futuro funcionamiento, considerándose, para estos efectos, que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado”.*

Como se observa, 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 (definitiva) 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 “[...] sólo al efecto de obtener la autorización definitiva de su existencia legal”. Como ha precisado la doctrina, durante esta etapa y en base a este instrumento público, provisorio y temporal, la administradora en formación “[...] no podrá ser sujeto de derechos [...]”; salvo la habilitación estricta para los trámites orientados al estricto objeto indicado.³³ Así lo avala el inciso segundo del artículo 130 de la Ley Núm. 18.046:

“Aceptado un prospecto, se entregará un certificado provisional de autorización a los organizadores, que los habilitará para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y futuro funcionamiento. Para ello, se considerará que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado. No podrá solicitarse la autorización de existencia de la sociedad transcurridos diez meses desde la fecha de aquél”.

Este último plazo de 10 meses 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.

³¹ *Ibid.*, pág. 22-23.

³² *Ibid.*, pág. 78.

³³ *Ibid.*, pág. 15

3.3.3.- 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.

“Solicitada la autorización de existencia y acompañada copia autorizada de la escritura pública que contenga los estatutos, en la que deberá insertarse el certificado a que se refiere el artículo anterior, el Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones comprobará la efectividad del capital de la empresa. Demostrando lo anterior, dictará una resolución que autorice la existencia de la sociedad y apruebe sus estatutos”. (artículo 131, inciso primero, Ley Núm. 18.046)

Este pronunciamiento importa la valoración conjunta de aspectos de forma y de fondo, que debe fiscalizar la Superintendencia.³⁴

1. *En cuanto a los aspectos formales:* a) Cumplimiento de las actuaciones legales y reglamentarias, escritura de constitución; inserción del certificado; correspondencia con el prospecto aprobado; b) Debe velar por el estricto cumplimiento en dichos estatutos de los establecido en los artículos 23 y siguientes del decreto ley Núm. 3500, de 1980; y c) Análisis de factibilidad de giro y suficiencia de capital, no pudiendo ser autorizada una administradora que carece de capital efectivo y proporcionado de conformidad a la ley a la magnitud de la empresa, al margen de forma y plazos de entero del capital.
2. *En cuanto a los aspectos de fondo:* a) Control de legalidad en cuanto que la organización que se autoriza cumpla con la totalidad de normas jurídicas vigentes y aplicables en sus aspectos de organización. En este punto la doctrina expresa: *“Al respecto, la Superintendencia hace un análisis que podemos denominar de orden público; así, se prohíbe la existencia de toda administradora contraria al orden público y en general, a la legislación vigente”;*³⁵ y b) Control de contenido, en cuanto a que los estatutos propuestos, además de no vulnerar normas legales expresas, sean adecuados de modo de que ofrezca garantía de buena administración, dada la trascendencia de la actividad que desarrollará.

Si dado todo lo anterior, además, se comprueba materialmente la existencia real del capital de la administradora en el mercado, la Superintendencia de Pensiones procederá a dictar la resolución que autoriza su existencia legal y aprueba sus estatutos. Para esos efectos debe este organismo emitir un certificado acreditativo de dicha circunstancia (autorización y aprobación de sus estatutos) conteniendo un extracto de los mismos, a fin de que éste sea

³⁴ *Ibid.*, pág. 17

³⁵ *Ibid.*, pág. 19-20.

inscrito en el Registro de Comercio respectivo, procediendo su publicación en el Diario Oficial dentro del plazo de 60 días desde la fecha de la resolución aprobatoria.³⁶

“La Superintendencia del ramo expedirá un certificado que acredite tal circunstancia y contenga un extracto de los estatutos. El certificado se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio social y se publicará en el Diario Oficial dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de la resolución aprobatoria. Lo mismo deberá hacerse con las reformas que se introduzcan a los estatutos o con las resoluciones que aprueben o decreten la disolución anticipada de la sociedad.” (Artículo 131, inciso segundo, Ley Núm. 18.046)

Se ha expresado que 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,³⁷ 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:

*“7. Una vez verificada por la Superintendencia la existencia de requisitos mínimos que permitan el inicio de funcionamiento de la Administradora con absoluta normalidad y en forma ininterrumpida, dictará una resolución que habilite a la Administradora recién constituida para iniciar el proceso de afiliación e incorporación a ella”.*³⁸

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

3.4.1. DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN GENERAL. La autorización constituye una forma de intervención de la Administración en la actividad de los particulares.³⁹ 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”.⁴⁰ Son declaraciones de voluntad de la Administración que confieren al administrado la

³⁶ Conforme al Libro V, Título I, Capítulo III, numeral 6° del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, de la Superintendencia del ramo, en rigor debiera entenderse que la existencia legal principia en el momento de la publicación del extracto: “Una vez acreditado ante la Superintendencia el cumplimiento de los trámites señalados en el número anterior, para lo cual se deberá acompañar copias autorizadas de la inscripción y publicación del certificado aludido, debidamente protocolizados, se considerará a la Administradora formalmente constituida para todos los efectos legales. La protocolización no es requisito para que la AFP tenga existencia legal, **bastando la publicación en el Diario Oficial**”.

³⁷ Cfr. ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 20.

³⁸ Cfr. Compendio de Normas del Sistema de Pensiones. Libro V, Título I, Capítulo III, numeral 7°. Superintendencia de Pensiones.

³⁹ La autorización configura uno de los más tradicionales instrumentos o técnicas de intervención administrativa en la regulación del ejercicio de actividades privadas. Forma así parte del elenco de técnicas que ejerce el Estado para limitar derechos con la finalidad de mantener el orden público y controlar la adecuación del accionar de los particulares al bien común (actividad de policía). De tal manera que “las especies concretas de actos administrativos más utilizados en el terreno de la policía son las *autorizaciones*, las *órdenes* y las *prohibiciones*”. Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 174.

⁴⁰ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, 2006, Madrid, pág. 53.

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*). En la autorización el derecho – al menos abstractamente considerado – existe en la esfera de libertad del particular, pero su ejercicio queda sometido – por motivos de policía - a la comprobación previa por la Administración de su adecuación al ordenamiento jurídico y al interés público implicado.⁴¹⁻⁴²

En nuestra doctrina se la ha definido como “una declaración de voluntad de la Administración Pública con la que se permite a otro sujeto público o privado el ejercicio de un derecho, del que ya era titular, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, con relación a aquella zona del orden público que el sujeto autorizante debe tutelar, por lo que la licencia no implica transferencia de derecho del ente público al sujeto privado, sino la simple eliminación de unas cortapisas establecidas previamente en el ordenamiento, a objeto de que el ejercicio de ciertos derechos por el particular no puede tenerse sin un cierto control”.⁴³

Explicación general aplicable al ámbito regulatorio de la autorización de existencia de una AFP en que se ha expresado que “los actos de autorización suponen un derecho preexistente por parte del administrado, cuyo ejercicio se subordina a un acto habilitante de la administración, acto mediante el cual se remueve el obstáculo jurídico que el derecho objetivo, en el caso concreto ha establecido”.⁴⁴

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

3.4.2.1.- LA RESOLUCIÓN AUTORIZATORIA DE UNA AFP 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 “decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

⁴¹ Se ha expresado que “la autorización se perfila como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”. Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN**, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 7ª Edición, 1995, civitas, Madrid, pág. 135.

⁴² Se la define también como “un acto que, con carácter discrecional o reglado, habilita al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa suya, a los efectos de coordinar el interés particular y el público.” Cfr. **MORELL OCAÑA, LUIS**, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II., Universidad Complutense, Madrid, 2002, pág. 810 ss.

⁴³ Cfr. **CARMONA SANTANDER, CARLOS**, *Derecho Administrativo. Los Contenidos típicos de la actividad administrativa*, t. VI, Apuntes de Clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001, p. 92.

⁴⁴ **ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN**, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 21.

En cuanto acto unilateral, no requiere del consentimiento de los beneficiarios para su perfeccionamiento. Aspecto que la separa de la concesión administrativa -especialmente de la concesión de servicio público- a la que se reconoce generalmente base “contractual”.⁴⁵

En el mismo sentido “*la autorización es un acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad inicialmente prohibida no ha de producir en el caso concreto considerado perturbación alguna para el buen orden de la cosa pública*”.⁴⁶

Valga aclarar que la autorización no otorga derechos, sino que declara la posibilidad de su ejercicio.⁴⁷ 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.⁴⁸

Sobre este aspecto, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ expresan, “*la autorización, en la medida en que presupone la titularidad previa de un derecho, queda marcada por un neto carácter declarativo que la distingue con toda claridad de la concesión*”.⁴⁹

3.4.2.2.- 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.⁵⁰ 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.⁵¹

En este sentido la autorización constituye una *condictio iuris* del ejercicio de una situación jurídica propia del particular.⁵² De esta forma, la habilitación va referida a una situación jurídica activa del particular, en la que interviene la Administración, bien respetándola en su

⁴⁵ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 53, 89; En el mismo sentido: CARMONA SANTANDER, CARLOS, *op. cit.*, pág. 58.

⁴⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *op. cit.*, t. II, pág. 133.

⁴⁷ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 37.

⁴⁸ SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, *Principios de Derecho Administrativo*, V. II, CEURA, Madrid, 2002, pág. 266. En la misma línea se ha afirmado: “La autorización de policía no confiere ningún derecho *ex novo* al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno de los que ya estaban dentro de su patrimonio jurídico”. Cfr. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *op. cit.*, pág. 176.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *op. cit.*, t. II, pág. 133.

⁵⁰ Cfr. ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 21.

⁵¹ “La autorización constituye un control de actividades que descontroladas podrían dañar el interés público, control no exclusivamente policial”. Cfr. LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 39, 56 y ss.

⁵² Cfr. MORELL OCAÑA, LUIS, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II., pág. 811, 814.

integridad, bien despojándola de contenidos que sean contrarios a la ley o al interés público.⁵³

3.4.2.3.- 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,⁵⁴ más allá del instante inicial de control.⁵⁵ 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.⁵⁶ Se mantiene aquí una constante vigilancia sobre la actividad permitida. La doctrina también las denomina indistintamente *autorizaciones concesionales*, *autorizaciones reglamentadas* o *vinculadas* o - con mayor extensión - *autorizaciones operativas*.⁵⁷

En virtud de esta intervención facultada por la ley, la Administración puede adoptar distintas medidas en relación al sujeto autorizado, v. gr., impartirle órdenes, levantar prohibiciones, fiscalizarlas, inspeccionarlas, requerirles información, sancionar contravenciones, etc.⁵⁸

En este marco la autorización, en definitiva, no sólo elimina un obstáculo inicial a la actividad, sino que faculta a la Administración para intervenir posteriormente en la fiscalización de la legalidad u oportunidad de su ejercicio.⁵⁹

3.4.2.4.- 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.⁶⁰

⁵³ Para algunos autores “hablar de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas, que muestra con toda claridad hasta qué punto difieren las posiciones del sujeto autorizado antes y después de la autorización”. Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN**, *op. cit.*, t. II, pág. 134.

⁵⁴ Cfr. **MORELL OCAÑA, LUIS**, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II., pág. 812, 905-906.

⁵⁵ En estos casos la Administración no se ve despojada de sus prerrogativas originarias, sino que las mantiene para cautelar los fines de interés general. La autorización pasa así del simple control *negativo* del ejercicio del derecho de que se trate, a la regulación permanente de la actividad con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente ésta en el sentido de objetivos previamente programados. Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN**, *op. cit.*, t. II, pág. 136; Cfr. **GARCÍA URETA, AGUSTÍN**, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 306.

⁵⁶ *Ibid.*, pág. 73.

⁵⁷ **GARCÍA-TREVIANO FOS, JOSÉ ANTONIO**, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 249 y ss.

⁵⁸ **CARMONA SANTANDER, CARLOS**, *op. cit.*, pág. 60.

⁵⁹ **LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS**, *La autorización administrativa*, pág. 37.

⁶⁰ **MORELL OCAÑA, LUIS**, *op. cit.*, pág. 811-812.

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. Según se ha dicho, también durante el despliegue de la actividad autorizada – las denominadas “autorizaciones de funcionamiento” – la Administración puede efectuar un control posterior de dicho interés.⁶¹

Por ello se ha expresado que *“mediante la autorización, una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar”*.⁶²

La actividad previsional privada que ejecutan las AFP configura un rubro económico regulado de *carácter excepcional, en razón de las consideraciones de orden público e interés social* que su autorización implica y que las deja sometidas al control y supervigilancia de un organismo técnico especializado (art. 2, Decreto con fuerza de ley Núm. 101, de 1980 en relación al artículo 46 de la Ley N°20.255). Lo dicho es congruente con la Garantía Fundamental del artículo 19 N°21 de la Carta Política que asegura a todas las personas *“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”*.

A fin de legitimar la actividad de las administradoras de fondos de pensiones, abstractamente limitada por razones de policía, los prospectos respectivos para desarrollar la misma deben someterse a un régimen de control preventivo que verifica el cumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias que hacen compatible dicha actividad con el interés público tutelado. La autorización de existencia legal de la AFP por consiguiente es requisito legal previo para su ejecución lícita, teniendo presente que se trata además de sociedades de giro único y exclusivo (artículo 23, decreto con fuerza de ley Núm. 3.500, de 1980) y que existe una prohibición general a todo sujeto de *arrojarse* la calidad de AFP sin haber sido autorizado en la forma establecida en la ley (artículo 25, decreto con fuerza de ley Núm. 3.500, de 1980). Por ello, es manifiesto que la resolución administrativa que aprueba el ejercicio de dicha actividad por un sujeto remueve la *restricción general* impuesta por la ley.

En conclusión, la autorización de existencia legal de una AFP 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.

3.4.2.5.- 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 ley prevé exhaustivamente su contenido, determinando cabalmente las condiciones de ejercicio de la potestad autorizatoria. La Administración en tal caso se limita a una simple operación de

⁶¹ CARMONA SANTANDER, CARLOS, *Derecho Administrativo. Los Contenidos típicos de la actividad administrativa*, t. VI, pág. 62.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *op. cit.*, t. II, pág. 131.

constatación con las condiciones y requisitos legalmente previstos por la norma habilitante respectiva.⁶³

La autorización debe otorgarse si se cumplen todos los requisitos que establece el ordenamiento jurídico. La Administración no puede negar libremente su otorgamiento, salvo en los ámbitos concretos que se le habiliten para ello. La negativa a otorgarla por lo mismo debe ser fundada (artículo 11, inc. 2º, Ley N°19.880).

Por otra parte, la autorización también es reglada en la medida que *no pueden establecerse otras condiciones, obligaciones o deberes* que los que expresamente permite el ordenamiento jurídico.⁶⁴

En el caso del otorgamiento de la autorización de existencia de una Administradora de Fondos de Pensiones, 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 ya expuesto en materia de fiscalización y control y en cuanto al proceso de otorgamiento de la autorización de existencia de estas entidades, se articula sobre la base de un sistema reglado, en que la regulación determina cada uno de los aspectos de contenido y forma de la autorización de existencia de las AFP.

No obstante lo anterior, ello no resulta incompatible con el reconocimiento de *elementos discrecionales* en el campo del ejercicio de esta potestad, particularmente aquel contenido en la frase final del artículo 130, inciso primero, de la Ley N°18.046, que impone el Superintendente la obligación de “calificar” la solicitud de autorización, especialmente conforme a la “*conveniencia de establecerla*”, otorgando amplias facultades para la denegación de dicha solicitud por razones de oportunidad o interés público, negativa que deberá ser fundada y justificada conforme lo impone el ordenamiento jurídico.⁶⁵

3.4.2.6.- 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 AFP además de ser un acto favorable, configura también una condición de la legalidad de la actuación del sujeto autorizado y *una carga para él*.⁶⁶ Mediante la autorización “no se accede simplemente a un derecho a realizar determinadas actividades, sino a un auténtico deber de llevarlas a cabo”.⁶⁷

⁶³ Cfr. ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 191 ss.

⁶⁴ CARMONA SANTANDER, CARLOS, *op. cit.*, pág. 63.

⁶⁵ Cfr. ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 78.

⁶⁶ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 81, 154 y ss.

⁶⁷ MORELL OCAÑA, LUIS, *op. cit.*, t. II, pág. 905.

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 AFP. 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. Así lo expresa la normativa técnica aplicable,⁶⁸ y lo ratifica la doctrina:

*“En la práctica, la Superintendencia ejerce, previo a conceder la autorización de existencia a una administradora, una fiscalización de carácter preventivo en el sentido de evitar la constitución de una sociedad que no cumpla con las condiciones humanas y materiales mínimas para prestar un servicio eficiente, o con las normas legales que rigen su constitución”.*⁶⁹

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. Antes de entrar al examen en particular de las irregularidades, corresponde efectuar una relación somera del proceso de autorización de existencia de “PIC” en AFP Argentum y su posterior fusión por absorción de AFP Cuprum. Esta síntesis permitirá fundar y explicar la forma en que se concretaron las irregularidades.

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. En dicha comunicación dirigida por esa entidad fiscalizadora al Gerente General de AFP Cuprum, se justifica la negativa inicial del regulador a autorizar la fusión por absorción de AFP Cuprum en su accionista controladora Principal Institutional Chile S.A., en adelante “PIC”, dueña a la sazón del 97,24% de la propiedad de la primera, operación solicitada por AFP 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

⁶⁸ “7. Una vez verificada por la Superintendencia la existencia de requisitos mínimos que permitan el inicio de funcionamiento de la Administradora con absoluta normalidad y en forma ininterrumpida, dictará una resolución que habilite a la Administradora recién constituida para iniciar el proceso de afiliación e incorporación a ella”. (Compendio de Normas del Sistema de Pensiones. Libro V, Título I, Capítulo III, Superintendencia de Pensiones).

⁶⁹ Cfr. ESPONDA FERNÁNDEZ, GERMÁN, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*, pág. 24.

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, que establecen respectivamente tanto el principio del giro único, los requisitos y condiciones que deben reunir estos sujetos autorizados y la prohibición general de arrogarse la calidad de AFP a entidades o personas no autorizados conforme a la ley.

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.⁷⁰

No obstante el criterio anterior, en el mismo oficio de la Superintendencia, dicha institución agrega una opinión final que dará origen a los trámites y resoluciones posteriores que han sido objeto del análisis legal de este informe. En ella se expresa:

“Finalmente, se le hace presente que la fusión antes señalada, 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 antes citadas”.

Tal como se explicará en lo sucesivo, este criterio final expresado por el órgano regulador resultó ser ineficaz, inidóneo y aún artificioso jurídicamente para superar las objeciones manifestadas por esa misma autoridad en dicho oficio N°21.449, de 25 de septiembre de 2014, a despecho que, como se ha comprobado, la constitución de “PIC” en AFP no se produjo *en forma previa* a la fusión, sino de forma concomitante a ésta, ni se materializó *de conformidad con las normas antes citadas* por dicho regulador, sino con vulneración de las mismas.

En efecto, frente a la negativa inicial de la Superintendencia de Pensiones, la vía de solución sugerida por ese ente regulador tampoco era apta ni permitía superar las limitaciones legales objetivas que determinaron la denegación inicial a lo propuesto por “PIC”. El camino sugerido por la Superintendencia del ramo forzó 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.

Las trabas jurídicas que impidieron que se pudiera realizar legítimamente todo este proceso, se hallan presentes en diversas prohibiciones consagradas legalmente o bien recogidas por el derecho administrativo: a) Objeto único y exclusivo que supone que una AFP no puede ser dueña de otra AFP; b) sólo puede perfeccionarse una fusión entre sociedades

⁷⁰ Así lo sintetiza el Of. 21.449 de 25 de septiembre de 2014, de la Superintendencia de Pensiones: *“En consecuencia, en mérito de lo expuesto y según lo dispuesto en los artículos 23, 24 A, 25 y 94 N°1 del D.L. 3500 de 1980, y artículos 126 y siguientes de la Ley N°18.046, no corresponde en la especie autorizar la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. en “PIC”, toda vez que esta última, no habiéndose constituido como Administradora, no puede administrar los Fondos de Pensiones a que se refiere el artículo 23 del D.L. 3500.”*

autorizadas como AFP; c) el otorgamiento de una autorización condicional (condición suspensiva), que fue empleada como instrumento jurídico para soslayar las prohibiciones legales antes señaladas y que en definitiva no sólo demostró no ser eficaz al efecto sino que hizo incurrir, en el desarrollo de este proceso, en otras inobservancias o irregularidades.

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.⁷¹

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. Diversos y connotados autores del Derecho Administrativo chileno y comparado, así lo han afirmado.⁷²

⁷¹ La Corte Suprema ha planteado últimamente con esta amplitud el control jurídico de los vicios de los actos administrativos: “[...] para que se prive de efectos jurídicos a un acto de algún órgano del Estado es menester que éste hubiera actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes, fuera de la órbita de su competencia, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinada, o sin tener la autoridad conferida por ley; o también que se hubiera violado directamente la ley en cuanto a su objeto, motivos o desviación de poder; vale decir, debe haberse producido algún vicio que produzca la referida sanción” (“Benavides del Villar c/ Fisco”, Corte Suprema, 27.10.2011, rol 900-2009, Considerando 16°. También ha expresado que: “[...] los vicios que pudieron afectar a la solicitud del particular que dio origen al procedimiento administrativo y que culminó con la dictación de las resoluciones [...] cuestionadas también son susceptibles de ocasionar la nulidad de derecho público del acto administrativo, toda vez que entre las causales que ameritan la procedencia de tal sanción se encuentran la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto y la violación de la ley de fondo, además de la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de éste y la desviación de poder”. “Aciades Ordenes c/ Municipalidad de Copiapó”, Corte Suprema, 14.03.2013, rol CS 1163-2012, considerando 3°.

⁷² “El control de los motivos de hecho, de su exactitud material, su calificación y la necesidad de su debida apreciación o valoración por la Administración, se fundamenta en que estos constituyen presupuestos anteriores al ejercicio mismo de cualquier prerrogativa administrativa” (EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA); “Todas las veces que una cuestión de hecho comanda la legalidad de una decisión, pertenece al juez administrativo conocer la materialidad de los hechos y su apreciación jurídica” (GEORGES VEDEL); “Si el hecho sobre el que se fundamenta un acto no se ha producido, el acto en ausencia de un motivo

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. Una resolución administrativa no apegada a la realidad o a la correcta calificación de dichos datos fácticos será contraria al ordenamiento jurídico.

Que a toda resolución administrativa deba preceder una correcta fijación o constatación de los hechos que le sirve de fundamento y que justifican el actuar del servicio, está recogida con toda claridad en el artículo 34 de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que exige a la autoridad que tramita un procedimiento administrativo la realización *de oficio* [inciso 2°] de todos los actos “*necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto*” [inciso 1°]. 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 Núm. 18.046:

*“Para iniciar su constitución, los organizadores deberán presentar a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones un prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la sociedad y de la forma como desarrollará sus actividades. **Este prospecto será calificado por el Superintendente especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla**”.*

En dicha labor la autoridad debe actuar con *objetividad* y respetar el principio de *probidad* consagrado en la legislación (artículo 11, Ley N°19.880), que le impone, entre otros aspectos, dar preeminencia al interés general sobre el particular (artículo 52, inciso 2°, Ley N°18.575).

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

El desapego del acto de la correcta calificación de su presupuesto fáctico configura en el fondo un *error de hecho*.⁷³ 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.⁷⁴ En este caso, la ilegalidad radica en la *ausencia, falsedad o error en los hechos que motivan la dictación del acto administrativo por parte de la autoridad respectiva*.⁷⁵

real, pierde su justificación [...] si esta situación no existe, si los motivos que la Administración ha atribuido a sus actos desaparecen, entonces el acto es nulo” (JEAN RIVERO); “Si la decisión discrecional se basa en hechos, su control por el juez es parte del control de legalidad del acto” (PEDRO PIERRY). Todos citados por: SAAVEDRA FERNÁNDEZ, RUBÉN, Discrecionalidad administrativa, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pág. 113 ss.

⁷³ “Error de hecho” que cuando es determinante y manifiesto configura causal de impugnación de los actos administrativos conforme a la letra b) del artículo 60 de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.

⁷⁴ JARA SCHNETTLER, JAIME, *La nulidad de Derecho Público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Libromar, Santiago, 2004, pág. 231-232.

⁷⁵ Cfr. CASTILLO VIAL, JAVIER y ROMERO CALDERÓN, ANDRÉS, *La nulidad de derecho público: análisis de la*

Se ha expresado que 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.⁷⁶ Bajo este vicio la ilegitimidad a que da lugar, estriba en que esos hechos no son tal y como aparecen plasmados en el presupuesto del acto, sino que ofrecen una sustantividad diversa. El error configura así 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.⁷⁷

El “error de hecho” como vicio invalidante puede explicarse como 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.⁷⁸

También se ha denominado a este vicio como “error de motivo”: 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, la que consistirá normalmente en la constatación o apreciación de un hecho o de un estado de hecho. Su ausencia o su apreciación errónea o equivocada por la autoridad ejecutiva, compromete la validez de la declaración de voluntad de la Administración. Por ello el “motivo” del acto *“debe existir y estar jurídicamente bien calificado. Que el motivo o motivación de hecho exista significa que debe ser real y efectivo, vale decir, debe ser concreto y cierto. De darse la situación contraria, se tipificaría la falsedad del motivo, lo que ameritaría para demandar la nulidad del acto administrativo”*.⁷⁹ Así la *“fundamentación del acto no sólo debe existir, sino debe estar bien calificada, esto es, no puede ser errada o falsa”*, caso en que queda allanada la posibilidad de reclamar la ilegalidad del acto por vía de recurso administrativo o jurisdiccional.⁸⁰

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. Por

jurisprudencia entre los años 1990 y 1999, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2000, pág. 32. Para estos autores, el control de los motivos de hecho puede asumir tres formas diversas: a) *Control de la exactitud material de los hechos*, que pretende determinar los casos en que el acto carece de base legal, esto es, cuando ha sido motivado por hechos inexistentes o materialmente inexactos; b) *Control de la calificación jurídica de los hechos*, que indaga la debida correspondencia y concurrencia de los motivos tenidos a la vista por el administrador y aquellos establecidos en la regla jurídica; y c) *Control de la apreciación de los hechos*, que se aplica en los casos en que la legalidad de la decisión administrativa está condicionada al hecho de la apreciación que se materializa en el examen jurisdiccional de la oportunidad y necesidad del acto (*loc. cit.*).

⁷⁶ **RETORTILLO BAQUER, SEBASTIÁN MARTÍN**, “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, en *Revista de Administración Pública* N°23, 1957, Madrid, pág. 138.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 136-137.

⁷⁸ **GARRIDO FALLA, FERNANDO**, “Los motivos de impugnación del acto administrativo”, en *Revista de Administración Pública* N°17, 1955, Madrid, pág. 52.

⁷⁹ **ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN**, “La motivación de los actos administrativos en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho UCV*, X, 1986, pág. 505. En el mismo sentido: **SILVA CIMMA, ENRIQUE**, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 113.

⁸⁰ **FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO y BARAHONA GONZÁLEZ, JORGE**, “La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿Constituye un vicio de nulidad?”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año VII, N°7, 2003, pág. 79 ss.

ello la doctrina ha afirmado que si el contenido del acto o resolución administrativa no está adecuado a la ley, el acto será inválido; poco importa que la disconformidad sea intencional, que resulte de error, de dolo o de violencia moral. En todos esos casos la consecuencia será la invalidez del acto respectivo.⁸¹

4.2.1.2. PRESUPUESTOS ERRÓNEOS EN EL ACTO AUTORIZATORIO DE AFP ARGENTUM: PROCESO AUTORIZATORIO Y RESOLUCIÓN E-220-2014 NO SE AJUSTARON A LAS NORMAS APLICABLES. La autorización otorgada en la Resolución E-220-2014 de la Superintendencia de Pensiones se sustenta en presupuestos erróneos que la vician de ilegitimidad. En efecto dicho acto aprobatorio de “PIC” en AFP no se conformó con los artículos 130 y 131 de la Ley N° 18.046 y 24 A del decreto ley N° 3.500 y en consecuencia no pudo ser apto para generar una válida autorización conforme a la ley. Ello por las siguientes razones:

1.- Porque con dicha autorización igualmente se infringió el principio del *giro único u objeto exclusivo* establecido como condición de existencia de las AFP en el inciso 1° del artículo 23 del decreto ley Núm. 3.500, de 1980 (“administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”) ya que la AFP Argentum, autorizada como tal, por transformación de “PIC”, bajo condición suspensiva, según la Resolución E-220, del 19 de diciembre de 2014, de la Superintendencia de Pensiones, mantenía a ese instante y también al 2 de enero de 2015, (fecha en que se dio por cumplida la condición suspensiva), la propiedad de un porcentaje accionario superior al 95% *de otra AFP ya existente y en funcionamiento* en el mercado (Cuprum).

Esa circunstancia impedía y constituía una infracción manifiesta a la exigencia del artículo 23 del decreto ley Núm. 3.500 que obliga a mantener un objeto único,⁸² y que, por cierto, impide que una Administradora de Fondos de Pensiones sea dueña de otra de estas entidades previsionales. Y ese impedimento debía ser observado —en el hipotético evento de ser procedente la condición suspensiva en los actos administrativos que del caso según se examinará— tanto a la fecha de haber sido autorizada bajo condición como a la data de cumplirse; y

2.- Porque 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, *que fueran distintivos e independientes de aquellos que ya pertenecían a una AFP constituida y vigente a la sazón, esto es AFP Cuprum*. Por el contrario, *la Superintendencia de Pensiones validó requisitos, recursos humanos, contables, financieros, de infraestructura, técnicos y gerenciales que pertenecían y estaban considerados en la estructura funcional de una AFP existente a la sazón*.

Así queda en evidencia de la lectura del Oficio Ordinario N° 13.302, de 6 de junio de 2015, remitido por la Superintendente de Pensiones al Ministerio del Trabajo. Dicho oficio, que se ha tenido a la vista, se envió por ese servicio como respuesta al informe de antecedentes requerido por la cartera ministerial para recabar información sobre el proceso de creación

⁸¹ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El Acto Administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1956, pág. 329.

⁸² “[...] administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley [...]”.

de AFP Argentum y de fusión de esta última con AFP Cuprum.⁸³ En el mencionado oficio dicha entidad fiscalizadora da cuenta detallada del trámite autorizador de existencia aludido y de su estudio de factibilidad, así como de la autorización otorgada para la absorción de AFP Cuprum por “PIC”.

Interesa destacar, en relación a la *comprobación de la exactitud de los datos y antecedentes* incluidos en el prospecto descriptivo de la nueva entidad según el artículo 130 de la Ley N°18.046, en especial al requisito de capacidad de administración de fondos del ente propuesto a aprobación,⁸⁴ que la propia Superintendencia aclaró:

*“[...] cabe señalar que un supuesto relevante de considerar en el análisis de las proyecciones, fue que la existencia de AFP Argentum S.A. estaba condicionada a su posterior fusión con AFP Cuprum S.A., **permitiendo así que los valores iniciales de las variables relevantes correspondan a los vigentes en AFP Cuprum S.A.**”⁸⁵*

Este aserto demuestra cómo, en la realidad de los hechos, la autoridad sectorial asumió como natural y aceptó que diversos elementos, requisitos y condiciones exigidos por las normas aplicables para el prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la nueva entidad propuesta para ser autorizada, 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 AFP 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, en que manifiesta textualmente:

“Con todo es necesario precisar que si bien se autorizó la constitución de una nueva AFP sobre la base de condiciones propias de otra Administradora como lo son los aspectos patrimoniales, administrativos, recursos humanos y materiales como se expresa en el Oficio de ese Ministerio, esto tiene su fundamento en que la nueva AFP fue creada con el propósito de fusionarse con AFP Cuprum S.A.”⁸⁶

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. Así sucede en relación al elemento “capacidad para administrar fondos” referido en el acápite i. del citado oficio,⁸⁷ en particular en relación a los proveedores de servicio de la AFP en formación. En este aspecto específico “PIC” (Argentum) informa en el prospecto que “*mantendría los contratos de prestación de servicios vigentes al momento de la fusión*”, agregando que “*remitió copia de [...] 250 contratos vigentes en AFP Cuprum S.A.*”, cuyas materias se detallan.⁸⁸ Lo mismo se da en lo relativo al requisito de “capacidades vinculadas a atención de usuarios,”⁸⁹ como el “proyecto de canales de atención” a clientes en que se tuvo por

⁸³ Of. Ord. ministerial Núm. 281, de 4 de junio de 2015, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social

⁸⁴ Oficio núm. 13.302 de 06.06.2015, Superintendencia de Pensiones, epígrafe i., pág. 2.

⁸⁵ *Ibid.*, pág. 8.

⁸⁶ Oficio N° 17.700, de 05.08.2015, Superintendencia de Pensiones, pág. 2.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 2.

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 6.

⁸⁹ Oficio núm. 13.302 de 06.06.2015, Superintendencia de Pensiones, epígrafe ii., pág. 8.

comprobada la exigencia sobre la base de los mismos canales (sucursales y otros) que mantenía la AFP Cuprum a la fecha del análisis del prospecto. Igual situación se verifica en el epígrafe iv., en lo referente a “sistemas de gestión de riesgos” en que se da por aprobado el requisito en base a la organización y cargo (Subgerente de Riesgo y Calidad) ya presente en la AFP Cuprum.⁹⁰ Otro tanto sucede en los acápites vi.,⁹¹ sobre “Otorgamiento de beneficios”) y vii., relativo a “plan de negocios”,⁹² en que se da por aprobada la exigencia normativa en base a requisitos y condiciones pertenecientes a la entidad vigente (Cuprum): “[...] la AFP en formación presentó una estructura organizacional consistente con la de AFP Cuprum S.A. [...]”, agregando en seguida la descripción del cargo de un ejecutivo superior y de la dotación actual presente en dicha institución, en funcionamiento a esa data. Lo mismo se da en el caso del “plan de negocios” en que la Superintendencia da cuenta que la valoración y aprobación de dicho requisito consideró un documento de análisis de la AFP Cuprum S.A., descriptivo de la “misión y visión” de dicha entidad ya autorizada en el mercado.⁹³ En cuanto al plan estratégico y al análisis de fortalezas y debilidades (FODA) de la nueva AFP en formación, sus organizadores expresaron la “*percepción del mercado de ser una de las más caras de la industria*”, comprobación que para la autoridad debió resultar paradójica considerando que la solicitud de aprobación se refería a una entidad (AFP Argentum S.A. en formación) que no operaba a la sazón en el rubro.⁹⁴

Como se observa, una relevante variedad de requisitos y elementos fueron acreditados en el trámite de autorización de “PIC” como AFP (Argentum) sobre la base de condiciones ausentes o inexactas o a lo menos fundadas en un presupuesto erróneo, porque sólo respaldaban el funcionamiento y operación de otra AFP relacionada (Cuprum), que a la sazón respondía al principio del giro especial, propio y exclusivo (artículo 23, decreto ley Núm. 3.500, de 1980). 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 AFP Argentum. De esta manera, “PIC” cumplió, de manera real y concreta, con algunas limitadas exigencias que eran propias, relativas a capital, organizadores, directivos y ejecutivos superiores, ya que el resto de sus requisitos de aprobación, tales como dotación de personal, sucursales, planes comerciales, contratos complementarios, entre otros, se llenó con componentes y elementos “aportados” y que servían a la sazón a otra entidad previsional vigente y en operación (AFP Cuprum).

Es la propia Superintendencia del ramo que en el Oficio núm. 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 anterior *“permitió que el análisis de la factibilidad operacional de la fusión fuera examinado conjuntamente con el proyecto de creación de la AFP”*”⁹⁵

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 17.

⁹¹ *Ibid.*, pág. 18.

⁹² *Ibid.*, pág. 19.

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ Oficio núm. 13.302 de 06.06.2015, Superintendencia de Pensiones, pág. 20.

⁹⁵ Oficio núm. 13.302 de 06.06.2015, Superintendencia de Pensiones, pág. 22. Esta irregularidad queda particularmente ratificada por la propia Superintendente de Pensiones cuando justifica la precipitación del acto de autorización de la absorción Argentum/Cuprum de 2 de enero último, en la minuta que contiene el

No dudamos en estimar este proceder como artificioso y contrario a la lógica causal más elemental, toda vez que se coloca el análisis del efecto (fusión) antes que la causa (autorización de “PIC” como Argentum).

Lo expresado pugna con la norma del artículo 126, inciso 3°, de la Ley de Sociedades Anónimas, disposición que es categórica en expresar - en tiempo presente- la necesidad de comprobación por parte de la autoridad de dichas condiciones y elementos como presupuesto actual de su otorgamiento: “La Superintendencia *deberá comprobar* que estas sociedades cumplen con las exigencias legales y económicas requeridas al efecto, *para autorizar su existencia*”. 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, los que ya no podrían incidir en la apreciación de la conformidad o disconformidad de esas circunstancias.⁹⁶⁻⁹⁷

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. Ello obliga a examinar brevemente y de manera general la legitimidad de la condición suspensiva en las autorizaciones administrativas, inserta en la más amplia temática de las cláusulas accesorias del acto administrativo, para luego analizar su incidencia en el caso particular objeto de este informe.

Como se ha expresado la autorización administrativa es un acto generalmente reglado. 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 de la legalidad de los requisitos contemplados para su desarrollo conforme al interés público que la entidad autorizante debe tutelar. Por lo mismo la autorización constituye un tipo de acto administrativo “vinculado y típico” en cuanto a su otorgamiento.⁹⁸

resumen de su exposición ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre esta operación, de fecha 21 de julio de 2015. En ella se expresa: “[...] es necesario hacer presente que si bien la *solicitud de formalización* del proceso de fusión de AFP Cuprum S.A., con AFP Argentum S.A., fue presentada el 26 de diciembre de 2014, *el proceso se inició en septiembre de 2014*, razón por lo cual 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 anterior, permitió que el análisis de la factibilidad operacional de la fusión fuera examinada conjuntamente con el proyecto de creación de la AFP*”. [el destacado es nuestro]

⁹⁶ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 209.

⁹⁷ La propia Superintendencia de Pensiones había corroborado este criterio en su oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014, en cuyo último párrafo se señala textualmente: “Finalmente, se hace presente que la fusión antes señalada 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 antes citadas*”.

⁹⁸ Cfr. VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La intervención administrativa en la industria*, t. I., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pág. 304.

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*”.⁹⁹

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 lo expresaba GARRIDO FALLA:

*“En general, cabe afirmar que estas cláusulas accesorias, cuando no están expresamente determinadas por la Ley, sólo entran en juego cuando la Administración actúa haciendo uso de sus poderes discrecionales. Así es que un acto cuya emisión es obligatoria según la Ley y cuyo contenido está por ella predeterminado, no puede ser sometido por la Administración a las modalidades de que tratamos”.*¹⁰⁰

Se ha llegado a calificarlas derechamente, cuando inciden en las autorizaciones administrativas, como *cláusulas ilegales*, incompatibles con la naturaleza de estos actos favorables.¹⁰¹ Ello es especialmente claro cuando se trata de actos administrativos de contenido reglado en que las normas legales o reglamentarias determinan concretamente su contenido.¹⁰² No cabe por lo tanto aplicar en el Derecho Administrativo con general automatismo, las reglas del Derecho Civil sobre las modalidades o cláusulas accidentales de las obligaciones que éste establece, trasladándolas o trasponiéndolas al campo del acto administrativo autorizatorio. En efecto, el principio dispositivo de la voluntad de las partes (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. GARCÍA DE ENTERRÍA afirmaba con toda claridad que:

*“se admiten las cláusulas particulares sólo dentro de los márgenes permitidos por la tipicidad del acto, no en cuanto las mismas puedan romper el marco legal típico y llevar a una libre configuración administrativa de la decisión”.*¹⁰³

Ahondando en el punto otro autor expresaba análoga idea:

*“En el acto administrativo reglado es la ley quien determina íntegramente la situación jurídica del particular [...] y no ha lugar a determinaciones complementarias de la Administración. Existe por lo tanto una communis opinio de que el acto reglado no admite cláusulas accesorias”.*¹⁰⁴

Este criterio contrario a trasladar sin más las categorías de lo “accidental” del acto jurídico civil, al campo de los actos del Derecho Público, es relevante toda vez que la incorporación de pretendidas “cláusulas accesorias” por la Administración en sus actos o resoluciones puede transmitir la idea equivocada de que lo incorporado tiene un carácter *secundario* o

⁹⁹ **BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA**, “El condicionamiento de las licencias”, *Revista de Administración Pública*, N°37, 1962, pág. 183.

¹⁰⁰ **GARRIDO FALLA, FERNANDO**, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., IEP, Madrid, 1961, pág. 433.

¹⁰¹ **BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA**, *op. cit.*, pág. 191, 192.

¹⁰² **MARIENHOFF, MIGUEL S.**, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 1966, Buenos Aires, t. II, pág. 350.

¹⁰³ **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN**, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 543

¹⁰⁴ **VELASCO CABALLERO, FRANCISCO**, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 199, 203.

adjetivo, lo que en ocasiones no es efectivo cuando se aprecia en concreto el acto. En este punto la característica definitoria de la cláusula accesoria para su excepcional aceptación en el ámbito administrativo es que su presencia *no sea esencial ni repercuta sustancialmente en el objeto del acto administrativo*. En caso contrario, el condicionamiento del acto administrativo bajo apariencia de un “componente accidental”, en la realidad disimulará una variación sustantiva y de tanta relevancia que dejará invariablemente a la resolución administrativa en contradicción con las exigencias de su contenido objetivo, de su presupuesto de hecho o incluso desviarán su finalidad impactando directamente en la legalidad de la decisión autorizatoria respectiva.¹⁰⁵

Más concretamente en relación a la incorporación de *condiciones suspensivas* en los actos administrativos favorables, la opinión contraria ha sido ampliamente argumentada. MARIENHOFF enseñaba que la condición suspensiva es improcedente por regla general en derecho público porque choca con la exigencia de que los actos administrativos se dicten sobre la base de la situación de hecho presente, actual, y no en mérito al eventual o posible cambio que esa situación pueda tener en el futuro. Ello es consecuencia de que los actos administrativos que se emiten sin la concurrencia actual de los hechos que los justifican, se hallan viciados por *falta de causa o motivo*.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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 1° del artículo 51 de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos:

“Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.

De esta forma desde el momento mismo en que el acto se perfecciona *debe* comenzar a desplegar sus efectos, encontrándose así fijado en la ley el momento inicial de dicha eficacia. 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*.¹⁰⁸

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

¹⁰⁵ Cfr. LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 210, 215.

¹⁰⁶ MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 351.

¹⁰⁷ BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, pág. 189.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pág. 191.

Contraloría General de la República. Esa entidad de control ha negado la posibilidad de extender la aplicación excepcional de disposiciones que facultan a la autoridad emisora de un acto administrativo para diferir sus efectos más allá de la total tramitación del mismo contrariando lo prescrito en el artículo 51 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.¹⁰⁹

Algunos autores admiten la posibilidad de incorporar excepcionalmente cláusulas accesorias en el campo del ejercicio de las potestades discrecionales,¹¹⁰ dada la mayor libertad de apreciación y de criterio de oportunidad que otorga su ejercicio.¹¹¹ Sin embargo, corresponde considerar que todas estas excepciones a la regla enunciada sobre las condiciones suspensivas, establecen que su inserción en el acto administrativo queda sometida 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.^{112 113} 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.¹¹⁴ La condición incorporada debe servir a ese preciso objeto de control, no a otro diverso. Caso contrario siempre tornará su ejercicio ilegal.¹¹⁵

¹⁰⁹ Dictamen Núm. 44.800, de 25 de septiembre de 2008.

¹¹⁰ “[...] Debe advertirse que las cláusulas accesorias sólo se dan realmente cuando la Administración actúa dentro de sus poderes discrecionales y no hay norma contraria que se oponga a su inclusión en el acto. De lo contrario serían ilegales [...] su nulidad no se contagia a todo el acto (*utile per inutile non vitiatur*); salvo que la inclusión de la cláusula haya sido la razón principal determinante de su emisión [...] Así por ejemplo, la nulidad de la condición conlleva de ordinario la invalidez de todo el acto [...]” (PARADA VÁSQUEZ, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 137). En el mismo sentido: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 351; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *op. cit.*, pág. 185; GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, civitas, Madrid, 2ª ed., 1991, pág. 176.

¹¹¹ Incluso algún sector las acepta extraordinariamente en el caso de potestades regladas, pero sobre la base de normas expresas que no han sido acogidas en el régimen legal chileno. Es el caso del artículo 57.1 de la Ley 30/92, sobre Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común de España que avalaría este criterio para ese ordenamiento europeo: “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, *salvo que en ellos se disponga otra cosa*”.

¹¹² LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 221. Tampoco pueden ser “incompatibles con el fin del acto ni con su contenido típico” (Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *op. cit.*, pág. 174).

¹¹³ En tal caso debe existir una nítida conexión o vínculo entre el elemento accesorio, admitido por excepción, y la finalidad de la atribución legal que se actúa por la Administración, para evitar incurrir en el vicio de desviación de poder. Debe darse una correlación entre la condición accesorio y el contenido principal del acto, sin perjuicio de que la naturaleza de la potestad habilitada sea compatible con los componentes incorporados como accidentales. De esta forma la condición debe, por ejemplo, referirse a la misma materia objeto del acto autorizatorio y servir precisamente al mismo fin de la facultad atribuida. Cfr. VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, pág. 225.

¹¹⁴ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 210.

¹¹⁵ Sobre este último elemento la doctrina expresa que la cláusula accesorio, incluida la condición suspensiva, no sólo no debe contradecir el fin de la norma o facultad habilitante de la autorización respectiva, sino que debe *servir precisamente su finalidad*. Por ejemplo la cláusula accesorio no puede utilizarse para evitar la posible denegación de un acto reglado por no cumplirse una ley distinta de aquella que regula el acto, o para desnaturalizar una autorización a fin de conseguir un objetivo distinto, lo que constituye una manifiesta

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 AFP 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, tal como se ha expresado en el epígrafe anterior, los actos de voluntad de la autoridad administrativa, en particular los actos autorizatorios reglados, requieren para ser perfeccionados de la concurrencia de la ***totalidad de los presupuestos de hecho contemplados en la norma***. En otras palabras 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 eficacia o vigencia pueda quedar postergada por plazos, condiciones u otras 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 para que produzcan efectos a partir de su total tramitación, de acuerdo con el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos contemplado en el artículo 51 de la Ley N°19.880, sobre Bases de Procedimiento Administrativo. Ello condice con el criterio de la doctrina administrativa que rechaza en general las condiciones suspensivas como modalidad de los actos administrativos, y sólo excepcionalmente las acepta en la medida que incidan en aspectos no sustanciales y sin afectación de sus requisitos o presupuestos esenciales de validez.¹¹⁶

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 decreto ley Núm. 3.500, de 1980. La dictación de un acto administrativo de autorización insertando en él una condición suspensiva, ***no está autorizada por ninguna de dichas preceptivas legales***. Tampoco el Reglamento del decreto ley Núm. 3.500, contenido en el decreto supremo Núm. 57 de 1990, de Trabajo y Previsión Social, se refiere a la materia ni habilita expresamente esa posibilidad. Finalmente tampoco las normas interpretativas de carácter general dictadas por la propia Superintendencia del ramo, reunidas en el Compendio Normativo de esa entidad fiscalizadora, han contemplado esa posibilidad.

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 decreto ley 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. Así lo avala el artículo 126, inciso 3°, de la Ley de Sociedades Anónimas, disposición que establecida en términos generales para las sociedades anónimas especiales, impone una necesidad de comprobación *actual* de los

desviación de poder. Cfr. VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, pág. 230-232, 253.

¹¹⁶ LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS, *La autorización administrativa*, pág. 222

presupuestos de su otorgamiento, sin admitir diferimiento, aplazamiento o postergación alguna de esa aprobación en razón de la inserción de modalidades condicionales:

“La Superintendencia *deberá comprobar* que estas sociedades cumplen con las exigencias legales y económicas requeridas al efecto, *para autorizar su existencia*”.¹¹⁷

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 estricto derecho no podría constatarse o darse fe de esa existencia legal mediante ese acto de constatación, porque precisamente la formación o existencia de la entidad quedaría a la espera de un suceso futuro e incierto. Y la admisión de lo contrario conduce a un absurdo: si con el certificado se habilita la práctica de dichos trámites, la consolidación de la existencia de la AFP autorizada “condicionalmente”, se consolida y queda afinada, efecto que a su turno no le ha reconocido el acto administrativo aún sometido a dicha modalidad. Como se comprende un estado de cosas enteramente incompatible con la posibilidad de reconocer una resolución autorizatoria “condicional” bajo este marco legal.

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. Cabe señalar que conforme a las propias normas del derecho privado que enmarcan los efectos de las obligaciones condicionales y que regulan la materia en el Código Civil, resultan

¹¹⁷ El actual régimen de autorización de existencia y constitución legal de las AFP contemplados en los artículos 130 y 131 de la Ley N°18.046, de Sociedades Anónimas, en relación al artículo 94 N°1 del DFL N°3.500, de 1980, es tributario del antiguo modelo de autorización gubernativa de las Sociedades Anónimas chilenas, que se mantuvo vigente hasta la dictación de la actual Ley de Sociedades Anónimas, en 1981. En ese esquema ellas dependían en cuanto a su formación de una acto administrativo que autorizaba su existencia legal (Resolución expedida por la ex Superintendencia de Sociedades Anónimas, debidamente visada por el Ministerio de Hacienda), atribución que también se extendía a la autorización de la modificación de sus estatutos, de las prórrogas de plazos de duración y a su disolución anticipada (ex artículo 427, inciso 2° del Código de Comercio en relación al ex artículo 83 letra a) del DFL N°251, de 1931).

A ese fin la formación de estas sociedades debía ir precedida por un *prospecto, folleto o circular* suscrito por sus organizadores que se depositaba en la oficinas de la ex Superintendencia de Sociedades Anónimas contra el otorgamiento de un certificado provisorio para los trámites de su formación y otros actos de administración dirigidos a ese objeto (ex artículos 86 y 87, DFL 251, 1931).

Bajo ese antiguo esquema se conferían facultades especiales a la mencionada ex Superintendencia para requerir en el proceso de autorización informes a los organismos técnicos del Estado que “*estimar convenientes*” a fin de “*comprobar la exactitud de los antecedentes técnicos y periciales que presenten dichas sociedades*” o “*que se acompañen a los prospectos que las precedan*” (ex artículo 115, DFL 251 de 1931, en relación al artículo 6 del ex decreto N°956, de 1975, de Hacienda)

La ley en ese contexto confería a la ex Superintendencia de Sociedades Anónimas importantes atribuciones para controlar y verificar la exactitud y efectividad de los requisitos y elementos conformadores de estas sociedades en proceso de formación. Así lo expresaba el Código Comercio en su antiguo artículo 430. “*Asimismo se prohíbe la autorización cuando el examen de los antecedentes aparezca que el capital creado no es efectivo ni proporcionado a la magnitud de la empresa, o que no esté suficientemente asegurada la realización del objeto social, o que el régimen de la sociedad no ofrece a los accionistas las garantías de buena administración, los medios de vigilar las operaciones de los directores y gerentes y el derecho a conocer el empleo de los fondos sociales*”

“moralmente imposibles” aquellas condiciones positivas que consisten en *“hechos prohibidos por la ley u opuestas al orden público”* (artículo 1475, inciso segundo), por lo que conforme a su artículo 1480 ese tipo de modalidades debe tenerse por *fallida*. Dicho criterio es plenamente armónico con lo dispuesto en el artículo 1462 del mismo cuerpo legal que expresa que hay un *“objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público chileno”*. Condice también con el artículo 10 del Código Civil, que expresa que *“los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor [...]”*. Esta última norma, a su turno, no es sino una concreción particular en dicho código del principio establecido en el artículo 7, inciso segundo, de la Constitución que expresa que *“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”* bajo sanción de nulidad de los actos que contravengan dicho mandato.¹¹⁸

De acuerdo con los fundamentos expresados y las normas aplicables ya transcritas, en nuestra opinión no cabe conforme a ese marco regulatorio, admitir válidamente la posibilidad de cláusulas condicionales en el acto de autorización de existencia legal de una AFP. Por ende 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.¹¹⁹

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 1° y 2° 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. Y a continuación agrega:

“La Superintendencia del ramo expedirá un certificado que acredite tal circunstancia y contenga un extracto de los estatutos. El certificado se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio social y se publicará 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 dejar constancia que la autorización de existencia que había expedido, se encontraba sujeta a una condición suspensiva*, esto es,

¹¹⁸ JARA SCHNETTLER, JAIME, *La nulidad de Derecho Público ante la doctrina y la jurisprudencia*, pág. 140.

¹¹⁹ Esta conclusión está originalmente respaldada por el propio criterio manifestado por la Superintendencia de Pensiones en el oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014 (último párrafo): “la fusión antes señalada 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 antes citadas*”. Ha sido la propia entidad reguladora que sostuvo entonces que esa **autorización no podía ser simultánea** o coetánea con la fusión, **sino previa**. Con posterioridad esa entidad en sus actuaciones se desdijo. Ello culmina en su Resolución E-221-2015, en que en un mismo acto administrativo, procede a declarar el cumplimiento de la condición suspensiva, y en consecuencia la autorización de existencia de “PIC” como AFP y su fusión por absorción de AFP Cuprum, al unísono, en el mismo instante.

bajo una modalidad que dejaba en suspenso los efectos de dicha autorización de existencia y la privaba de todo efecto jurídico mientras esa condición no se cumpliera.

Esta certificación permitió que la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. (en formación), fuera inscrita como una sociedad existente y válida en el Registro de Valores que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y fuera publicada en el Diario Oficial.

Cabe recordar que había sido la propia Superintendencia de Pensiones, la que había establecido como elemento esencial y previo, para proceder a la fusión de la AFP. Argentum y la AFP Cuprum, que la primera se constituyera como tal y se inscribiera en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros.

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

4.2.4. ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE LA PARTE DECISORIA DE LA RESOLUCIÓN E-220-2014. La presencia de contradicciones e incongruencias contenidas en la *parte dispositiva* de la Resolución E-221-2015 aparece del contraste de sus tres decisiones, que no resultan conciliables entre sí, según se pasa a examinar.

Primeramente dicho acto administrativo dispone:

“Autorízase la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y apruébanse sus estatutos [...] para el solo efecto de fusionarse con AFP Cuprum S.A.”.

En esta parte ya puede vislumbrarse una ilegalidad comoquiera que la atribución otorgada a la Superintendencia de Pensiones en los artículos 126, 130 y 131 de la Ley N°18.046, en relación al artículo 94 del decreto ley Núm. 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*. Es a ese fin legal que el Superintendente debe orientar el ejercicio de su potestad. Con ese designio es que el legislador ha habilitado esta atribución legal a la entidad reguladora: comprobar la exactitud de antecedentes y controlar el efectivo cumplimiento de los requisitos esenciales que aseguren la operación y funcionamiento de la *AFP en formación* en el mercado regulado.

La restricción incluida en esta primera parte de la resolución (*“para el solo efecto de fusionarse”*) 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. Cabría sólo especular para qué otros *“solos efectos”* (“fines”) pudiese ser autorizada una AFP, que no fuere precisamente el objeto o fin legalmente establecido *“sin añadir nada y sin*

dispensar de nada".¹²⁰ Ello constituye un claro olvido por esa entidad del carácter reglado de la normas legales que instituyen esa potestad de autorización.

En el segundo párrafo de la parte dispositiva de la Resolución E-220-2014, la Superintendencia inserta al acto administrativo analizado, la modalidad condicional:

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

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, puntualizando que en tal caso así se declararía por Resolución expresa de la misma entidad la que *"será inscrita al margen de la inscripción de la presente resolución, en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, y que deberá publicarse en el Diario Oficial"*.

En esta parte ya aparece otra evidente incongruencia que es reveladora del desbordamiento del marco normativo que supuso esta operación administrativa. Porque si la autorización de AFP Argentum se concedía sujeta a *condición suspensiva*, dejando pendiente o aplazados todos sus efectos jurídicos a la espera del evento futuro e incierto indicado en el texto de la resolución, ello debía conducir a la imposibilidad de completar los trámites posteriores de su existencia como lo son su inscripción en el Registro de Comercio y su publicación en el Diario Oficial, que consagra el inciso 2º del artículo 131 de la LSA precisamente como un efecto jurídico del acto autorizatorio de su existencia que regula el inciso 1º de la misma disposición.

Pero dicha incongruencia y contradicción está en apariencia subsanada en la propia Resolución E-220 de 2014, que en su último párrafo expresa *"Cúmplase con lo dispuesto en el artículo 131 de la ley No 18.046 de Sociedades Anónimas"*. Y decimos sólo 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 (ex "PIC"), como si se tratara de una aprobación pura y simple, en circunstancias que la propia resolución la sometía a condición suspensiva.

Este vicio también queda de manifiesto al contrastar la Resolución N° E – 220 de 2014, con el certificado expedido, a cuya irregularidad ya nos hemos referido, y que es inconciliable con la Resolución E – 220- 2014, cuyo contenido certifica.

Esa absurdidad e 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 2014,¹²¹ data de inscripción de su extracto (la publicación de éste en el Diario

¹²⁰ **BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA**, "El condicionamiento de las licencias", *Revista de Administración Pública*, N°37, 1962, pág. 183.

¹²¹ El compendio de Normas del Sistema de Pensiones, Libro V, Título I, sobre *"Formación de una Administradora de Fondos de Pensiones"*, expresa en su Capítulo III (*"De la solicitud de autorización de existencia"*) numeral 7 lo siguiente: "Una vez acreditado ante la Superintendencia el cumplimiento de los trámites señalados en el número anterior [inscripción y publicación del certificado y extracto], para lo cual se deberá acompañar copias autorizadas de la inscripción y publicación del certificado aludido, debidamente protocolizados, se considerará a la Administradora formalmente constituida para todos los efectos legales. La protocolización no es requisito para que la AFP tenga existencia legal, bastando la publicación en el Diario Oficial.

Oficial se hizo el 20 de diciembre). 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.

El procedimiento seguido por la Superintendencia de Pensiones ha quebrantado no sólo los artículos 130 de la Ley N°18.046 y 25 del decreto ley Núm. 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.¹²²

La decisión administrativa que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción en cuanto resuelve cuestiones antitéticas, incompatibles, inconciliables o contradictorias entre sí, revela una ilegalidad del acto que las contiene, al encontrarse éste viciado en su objeto. Este resultado es normalmente el fruto de razonamientos falsos o mal fundados a partir de la ley que deben aplicar, que desbordan su consistencia lógica y que llevan a que las decisiones en ellos contenidos se *anulen mutuamente*.¹²³

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

El 2 de enero de 2015 la Superintendencia de Pensiones dictó la Resolución E – 221, disponiendo en lo que interesa al examen de su regularidad:

1. “Declárase cumplida la condición suspensiva a la que quedó sujeta la autorización de existencia concedida a AFP Argentum S.A. mediante Resolución N° E – 220- 214, de 19 de diciembre de 2014, *por lo que a contar de esta fecha dicha autorización surtirá efectos*”.
2. “Apruébase la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones Argentum S.A. y Cuprum S.A., por incorporación de la segunda a la primera, que la absorbe, denominándose la continuadora legal Administradora de Fondos de Pensiones Cuprum S.A.”
3. “Declárase que *dicha fusión tendrá plenos efectos a contar del 1° 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 N° 18.046 y 43 del D.L. 3.500 [...]”
4. “Declárase disuelta y cancelase la autorización de existencia de la actual AFP Cuprum S.A. [...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas”.

4.3.1. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE DETERMINAR QUÉ EFECTO SE PRODUCE PREVIAMENTE: SI EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN O LA FUSIÓN DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES. La Superintendencia de Pensiones recomendó al Grupo Principal en su oficio N° 21.449, de 25 de septiembre, que se podría autorizar una fusión entre AFP Cuprum y “PIC”, en la medida que ésta se constituyera, ***en forma previa***, como AFP.

¹²² El voluntarismo que deja de manifiesto este proceder de la Superintendencia, este impulso de “cuadrar” la operación administrativa, por cierto ineficaz desde el punto de vista jurídico, llevó incluso a que ese organismo otorgara el *certificado de existencia* que le compete emitir en cumplimiento de la ley (artículo 131, inciso 2°, Ley N° 18.046), silenciando la condición suspensiva, circunstancia y hecho esencial de la autorización que esa misma entidad había otorgado en esa fecha.

¹²³ GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III., 10ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2011, pág. 302, 336.

En contra de su propia recomendación, ese organismo regulador en la misma Resolución E-221 que se está glosando, 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: (i) el cumplimiento de la condición de la cual depende la existencia de una de las AFP (AFP Argentum S.A. en formación), ***hecho futuro e incierto*** que consiste precisamente en que ***previamente*** se autorice la fusión; o (ii) la autorización de la fusión de las AFP, que requiere ***previamente*** de la existencia de la AFP sujeta a la condición suspensiva de que se autorice la fusión.

4.3.2. RESOLUCIÓN N° E – 221 DE 2015 FUE DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INICIADO POR UN SUJETO INEXISTENTE. POR ENDE ESE PROCEDIMIENTO Y LA RESOLUCIÓN QUE LO AFINÓ CARECEN DE VALIDEZ. La solicitud para que se autorizara la fusión de la AFP Argentum S.A. y Cuprum S.A., fue formulada mediante comunicación de fecha 26 de diciembre de 2014, dirigida a esa Superintendencia, por una sociedad que a la sazón carecía de existencia legal. Por consiguiente, todo el proceso administrativo de autorización a que esa petición dio lugar, es inválido como lo es también el acto administrativo que le dio término, conforme con lo prevenido en los artículos 20, 21 y 28 y siguientes de la Ley N° 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo, que establece que esa solicitud debe formularse por una *persona* interesada, que por ende debe tener existencia jurídica. Hemos señalado que a la fecha de esa solicitud, el 26 de diciembre de 2014, la AFP Argentum S.A. era una entidad en formación, cuya existencia se hallaba pendiente de una condición suspensiva no cumplida.

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

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

“Declárase cumplida la condición suspensiva a la que quedó sujeta la autorización de existencia concedida a AFP Argentum S.A. mediante Resolución N° E – 220-2014, de 19 de diciembre de 2014, ***por lo que a contar de esta fecha dicha autorización surtirá efectos***”.

Al margen de la objetable legalidad que merece la inserción de dicha condición suspensiva en la resolución aludida, aspecto ya analizado en este informe, 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. Ese criterio también resulta contrario a derecho e irregular, sin perjuicio de comprobar la inutilidad de la inclusión de dicha condición, para el efecto que el órgano regulador pretendió generar a fin de dar legitimidad al proceso de reorganización referido.

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, punto afirmado por la doctrina más tradicional del Derecho Civil.¹²⁴ De esta forma los efectos jurídicos se retrotraen a la data de celebración o emisión del acto jurídico de que se trate. La finalidad de esta regla civil es evitar el estado de inseguridad derivado del periodo intermedio de pendencia de la situación sometida a condición, cuestión que se supera atribuyendo los efectos hacia el pasado a quien obtuvo la consolidación de su título o derecho en el futuro, sin solución de continuidad. Por su parte el Derecho Administrativo acepta el mismo criterio de efectos retroactivos o *ex tunc*. 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. Según los autores es este efecto temporal retroactivo el que distingue el acto administrativo suspensivamente condicionado de la simple promesa de una resolución autorizatoria futura.¹²⁵

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 (autorizatoria de AFP Argentum). El órgano regulador 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 (prospectiva o *ex nunc*), descartando, sin explicitar fundamentación alguna, el efecto retroactivo natural que debía reconocerse a la condición cumplida.

Al haberse declarado cumplida dicha condición suspensiva por parte de la Superintendencia debió considerarse a aquélla 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 normal en el tiempo de la condición cumplida, situándola sólo y limitadamente a partir del día 2 de enero de 2015, aparece como un criterio arbitrario e ilegítimo.

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. Ello porque de haberse fijado por la Superintendencia los efectos de la condición cumplida en la Resolución E-221-2015, a la data del acto originalmente condicional - el 19 de diciembre de 2014 - habrían recobrado plena vigencia las limitaciones que a esa data impedían concretar la operación administrativa de autorización de la fusión: prohibición legal a una AFP de mantener la propiedad accionaria de otra entidad previsional en función de la exigencia de *giro único*; y aquélla que imposibilita a todo sujeto arrogarse la calidad de AFP, sin encontrarse autorizado.¹²⁶ Esta irregularidad constituye además, a juicio de este informante, un grave indicio de desviación de poder en los actos y procedimientos empleados por esa autoridad, según se pasará a explicar.

¹²⁴ Cfr. **ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO**, *Teoría de las Obligaciones*, versión taquigráfica de Ramón Latorre Zúñiga, Santiago, 1934, pág. 152; **CLARO SOLAR, LUIS**, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, 1939, t. X, N°130, pág. 137.

¹²⁵ Cfr. **VELASCO CABALLERO, FRANCISCO**, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, pág. 109.

¹²⁶ Artículos 23 y 25 del decreto ley Núm. 3.500, de 1980.

4.3.4. ILEGALIDAD DE LOS EFECTOS TEMPORALES QUE LA RESOLUCIÓN N° 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 Administradoras de Pensiones, Argentum y Cuprum. Y el decisorio 3 del mismo declara que *“dicha fusión tendrá plenos efectos a contar del 1° 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 N° 18.046 y 43 del D.L. 3.500”*.

El numeral tercero transcrito precedentemente, 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.

Por una parte, este numeral 3° de lo decisorio dispone que la fusión aprobada rige a ***contar del 1° de enero de 2015***, esto es, desde una data anterior al acto que la dispone, que como se sabe es de ***2 de enero de 2015***. Con ello, se da efecto retroactivo a ese acto administrativo, lo que en general está vedado conforme lo establece el artículo 52 de la Ley N° 19.880, y ello se hace además sin explicitar ni expresar los fundamentos del porqué se decide proceder en los términos indicados.

En segundo lugar, cumple puntualizar que 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 decreto ley Núm. 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, puede anotarse que la resolución N° E – 221, de 2015, en su numeral 3° resolutivo, infringe directa y claramente la letra del artículo 43 del decreto ley Núm. 3.500, de 1980, norma que establece la época en que se producen los efectos de una fusión, estableciendo que la de las sociedades administradoras y de los fondos de pensiones respectivos, se desencadena a los sesenta días de verificada la publicación en el Diario Oficial de la autorización respectiva otorgada por la Superintendencia de Pensiones.

Esta norma es aplicable, en los términos de la disposición citada, sea que las sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones tengan o no Fondos de Pensiones que administren a la fecha de la fusión, pues la disposición citada no distingue al efecto.

4.3.5. ILEGALIDAD DE LA ÉPOCA FIJADA PARA LA DISOLUCIÓN DE LA AFP CUPRUM S.A. Finalmente, en este examen de las ilegalidades de las Resoluciones N°s E-220, de 2014, y E-221, de 2015, cabe referirse al numeral 4 de la parte resolutive del último acto administrativo analizado, que *declara disuelta y cancela* la autorización de existencia de la actual AFP Cuprum S.A. citando al efecto el artículo 131 de la Ley N° 18.046. Como en la resolución N° E – 221 - 2015, 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 contar del 1º de enero de 2015* [...] fecha en que se disolvió AFP Cuprum S.A.”. 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 lo señala el artículo 43 del decreto ley Núm. 3.500 de 1980. La época en que el efecto legal de la fusión se produce, en todo caso, no corresponde a ninguna de las dos fechas en que según la Resolución N° E – 221-2015, ésta se habría generado.

4.4. RECAPITULACIÓN

Lo explicado hasta aquí ratifica que desde el punto de vista de las normas del Derecho Administrativo que gobiernan los procedimientos y atribuciones que debían ejercerse por la Superintendencia del rubro a fin de autorizar los respectivos actos, se incurrió en múltiples irregularidades y vicios que a juicio de este informante son susceptibles de invalidar todo el proceso de autorización de la AFP Argentum S.A. así como el de su fusión posterior con la AFP Cuprum S.A.

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

4.5.1.- 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*.¹²⁷⁻¹²⁸ 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.¹²⁹

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 vigente en la Comisión de Estudios Constitucionales. 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*

¹²⁷ Por todos: “*Bellolio c/ Distribuidora Chiletra Metropolitana*”: “5º [...] la doctrina nacional ha elaborado la teoría de la nulidad de derecho público, que se puede producir por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de la ley y vicios de forma del acto administrativo impugnado [...]”. Corte Suprema, 24 marzo 1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCV, Año 1998, 2ª parte, Sec. 1ª, pág. 23 y ss.

¹²⁸ Más recientemente, Corte Suprema, 9 agosto de 2011, “*González Vergara Hilda con Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S. A. y Otro*”, Ingreso N° 2217-2009: “*Que según puede colegirse de lo enunciado en las normas recién citadas, los vicios que pueden eventualmente provocar la nulidad de un acto administrativo son la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de éste, la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto, la violación de la ley de fondo atinente a la materia y la desviación de poder*”. (Consid. 10º).

¹²⁹ El criterio de esta entidad fiscalizadora pone énfasis en la finalidad de interés general que deben perseguir las decisiones gubernativas, en el hecho de que su ejercicio con vulneración de ese objeto compromete el principio de la probidad y, finalmente, en la vinculación que encuentra esta jurisprudencia administrativa entre la deficiencia en la motivación de esas decisiones y el apartamiento del fin como resultado de esa inobservancia. Cfr. **LLEDÓ VELOSO, CAMILO y PARDO DONOSO, JOSÉ ALEJANDRO**, *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 143 ss.

vista el legislador". De esta forma no se aceptan resquicios que perviertan la recta aplicación de la ley.¹³⁰

En el plano conceptual nuestra Excma. Corte Suprema ha descrito este vicio de la siguiente forma:¹³¹

"Se ha configurado un acto ilegal afectado por un vicio que le resta validez, en doctrina denominado "desviación de poder", por haber sido dictado teniendo en vista un fin diverso del que fuera previsto específicamente por el precepto citado, no obstante tener competencia la autoridad. En efecto, el móvil que ha inspirado la decisión no es el invocado en la resolución cuestionada [...]"

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*.¹³²

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. Como expresa MARTÍNEZ USEROS:¹³³

"[...] no basta un fin cualquiera, es preciso que el acto haya sido producido con el fin previsto por la Ley. Porque cuando la Ley establece una competencia fija también, de una manera más o menos explícita, el fin en razón del cual aquélla podrá ser ejercida; y este fin es, para el acto administrativo, y genéricamente, siempre un fin de servicio público. El acto debe haber sido producido con miras a asegurar el buen funcionamiento del servicio público y no con miras de satisfacer un interés privado".

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.¹³⁴

¹³⁰ Expresiones de los comisionados Jorge Ovalle y Enrique Ortúzar en: *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N°51, pág. 17 y ss.; Sesión N°53 pág. 9 y ss.; Cfr. **JARA SCHNETTLER, JAIME**, *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, pág. 235.

¹³¹ Corte Suprema, sentencia de 24 de enero de 2011, Ingreso N°9210-2010.

¹³² La irregularidad del fin del acto administrativo se configura "cuando la autoridad utiliza sus prerrogativas conforme a la 'letra de la ley', pero apartándose del 'espíritu' de la misma. Es decir, cuando el órgano administrativo emana un acto con aparente regularidad en sus elementos externos, pero que se aleja del servicio de los fines que la propia norma estableció, explícita o implícitamente, para alcanzar objetos extraños a la finalidad pública concreta de que se trata o derechamente inspirados en un móvil personal del agente administrativo, absolutamente ajeno a todo interés general. Cfr. **JARA SCHNETTLER, JAIME**, "Desviación de Poder y Nulidad de los Actos Administrativos", en "La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno", VV. AA., Coord. Juan Carlos Ferrada B., Legal Publishing, Santiago, 2013, págs. 210 y ss.

¹³³ **MARTÍNEZ USEROS, ENRIQUE**, "Desviación de Poder", *Anales de la Universidad de Murcia*. Vol. N° XIV núm. 1-2, 1956, pág. 45.

¹³⁴ *Ibid.*, pág. 34.

La desviación de poder no se circunscribe sólo a los actos administrativos discrecionales, pudiendo extenderse también el vicio al campo del ejercicio de las potestades regladas.¹³⁵ En este último caso es en “[...] los márgenes decisorios de apreciación que otorga la norma, establecidos generalmente en relación a la oportunidad de la actuación, o en la apreciación de los hechos o méritos en relación a los presupuestos establecidos por la norma, en dónde es más fácil que aparezca la desviación de poder”.¹³⁶

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: “Podría perfectamente generarse una desviación de poder cada vez que se omita el ejercicio de una potestad pública administrativa, y dicha omisión responda a motivos arbitrarios o a finalidades que se alejen de la norma [...]”.¹³⁷

La desviación del fin legal no sólo tiene aplicación en el ejercicio de atribuciones o poderes 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. En este vicio concurre la utilización torcida de una regulación procedimental, apartándose de los fines y trámites que correspondía emplear conforme al ordenamiento jurídico.¹³⁸

4.5.2.- 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. El móvil empleado por la institución fiscalizadora para incoar dichos procedimientos y luego resolver, particularmente la autorización de existencia y constitución de la AFP Argentum ha desbordado el objeto y la finalidad que legal y objetivamente estaba llamada a servir esa atribución.

4.5.2.1- FINALIDAD LEGAL Y APARTAMIENTO DEL FIN. Los antecedentes tenidos a la vista demuestran que la finalidad o propósito esencial que guiaba a los solicitantes para la transformación de “PIC” en una AFP, era distinto a aquél que fue expresado en el acto de autorización condicional y que el marco legal contempla para dicha autorización. Esta finalidad no era el de crear un nuevo ente Administrador de Fondos de Pensiones sino el

¹³⁵ Cfr., CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, *La desviación de poder*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pág. 85.

¹³⁶ Cfr. LLEDÓ VELOSO, CAMILO y PARDO DONOSO, JOSÉ ALEJANDRO, *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*, pág. 90.

¹³⁷ *Ibid.*, pág. 97-98.

¹³⁸ Cfr. LLEDÓ VELOSO, CAMILO y PARDO DONOSO, JOSÉ ALEJANDRO, *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos*, pág. 226 y ss.; JARA SCHNETTLER, JAIME, “Desviación de Poder y Nulidad de los Actos Administrativos”, pág. 241.

de sustituir uno existente, con fines ajenos al estricto establecimiento de un ente con giro de administración de fondos previsionales.¹³⁹

El artículo 24 A del decreto ley 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*. Es decir para crear un nuevo ente, que se incorpore a la actividad privada de Administración de Fondos de Pensiones y que cumpla efectivamente con incorporar afiliados, captar cotizaciones y otorgar prestaciones de previsión en el mercado. 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, no fue constituir *una nueva AFP habilitada para participar en el mercado*. Al contrario, la finalidad que ha quedado de manifiesto en los hechos iniciales, concomitantes y posteriores a este proceso de formación, es que se perseguía sustituir jurídicamente a una AFP ya autorizada, que es Cuprum, con sus mismos fondos de pensiones, mismos afiliados y cotizantes, idénticos recursos humanos, organizacionales y técnicos, por una entidad existente, no autorizada como tal, cuya misión sólo sería absorberla a objeto de viabilizar la continuidad del giro institucional de la primera. 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. Se desvió por ende la finalidad a un interés ajeno al que contempla la atribución legal, incluso ajeno al propio interés del servicio.

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.¹⁴⁰ 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. Por ende, la existencia legal de AFP Argentum, en los hechos, sería simplemente artificial porque jamás se habilitaría su efectivo y autónomo funcionamiento y operación.

Esta mención expresa en el acto referido demuestra que el órgano regulador buscaba deliberadamente dicho apartamiento de la finalidad de la atribución. El *acomodo, ajuste o encuadramiento* 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, según se analizó. Se ha utilizado así la potestad

¹³⁹ De las normas que rigen el marco legal aplicable a la potestad autorizatoria en examen radicada en la Superintendencia de Pensiones, se infiere que la finalidad típica que persigue esa atribución y que debe ser cumplida por el acto administrativo que concreta su ejercicio, es permitir el control preventivo de habilitación de funcionamiento de una AFP de manera efectiva e ininterrumpida. Esta autorización no puede ser utilizada, al margen de la ley, como un medio para impedir o facilitar objetivos diversos a éste. Cfr. **LAGUNA DE PAZ, JOSÉ CARLOS**, *La autorización administrativa*, pág. 59, 210.

¹⁴⁰ “[...] los indicios de la desviación de poder pueden fluir de las propias expresiones formales contenidas en los fundamentos del acto administrativo. Será en esta fundamentación del acto que se ‘revelará’ el apartamiento de la destinación del objeto de la actuación respectiva”. Cfr. **JARA SCHNETTLER, JAIME**, “*Desviación de Poder y Nulidad de los Actos Administrativos*”, pág. 246.

autorizatoria de una entidad llamada a cumplir un fin de interés público, con un objeto ajeno al fijado en los artículos 23, 24 A y 25 del decreto ley Núm. 3500, de 1980, en relación a los artículos 130 y 131 de la Ley N°18.046.

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.

4.5.2.2.- 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.¹⁴¹

Un indicio particularmente revelador de este vicio se refiere a la *dictación apresurada o precipitada* de las resoluciones administrativas envueltas en él.¹⁴²

Ya se ha expresado al exponer los antecedentes de este informe, que 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 en la primera, 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 2 de enero de 2015, de la Superintendencia, cuya solicitud de iniciación formal por los interesados sólo fue ingresada al órgano administrativo el 26 de diciembre de 2014. Es decir, se tramitó y resolvió 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, sobre Bases de Procedimiento Administrativo. Esa regla prevé de manera general que de oficio o a petición de parte podrá ordenarse que estos se reduzcan “a la mitad”. Pero para ello y a objeto de evitar la suspicacia de un móvil ajeno al interés general, sólo se permite esa disminución “*cuando razones de interés público lo aconsejen*”, es decir una específica calificación del ente administrativo al respecto. Nada de ello se produjo aquí.

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.¹⁴³ Pero esta explicación, lejos de justificar la

¹⁴¹ *Ibid.*, pág. 248.

¹⁴² “La circunstancia que una decisión ha sido dictada apresuradamente y ejecutada con una extraordinaria precipitación es un indicio evidente de una desviación de poder. Muchas veces una simple aproximación de hechos y fechas es suficiente para decidir al juez anular por desviación de poder”; Así lo expresa MARCEL WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ª ed., Paris, 1950-52, pág. 154. [citado por: PRAT, JULIO, *De la Desviación de Poder*, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1957, pág. 246-247].

¹⁴³ Así lo expresa la Superintendente de Pensiones en la minuta de exposición de fecha 21 de julio pasado, presentada ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre esta materia: “Al respecto, es necesario hacer presente que si bien la solicitud de formalización del proceso de fusión de AFP Cuprum S.A., con AFP Argentum S.A., fue presentada el 26 de diciembre de 2014, el proceso se inició en septiembre de 2014, razón por lo cual la revisión de antecedentes de creación de AFP Argentum S.A., se realizó de acuerdo con un cronograma de implementación que

legitimidad de lo obrado, más bien avala 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 a la parte final del inciso 1°, del artículo 130 de la Ley Núm. 18.046, al margen de los errores en la comprobación de los presupuesto de hecho (motivo legal) de la autorización de AFP Argentum, tal como se explicó más arriba.

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 (sometida a una condición no cumplida a la sazón), 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.

5°. CONCLUSIONES.

Los antecedentes entregados en este informe, en relación con la regularidad de la actuación de la Superintendencia de Pensiones en el proceso de autorización de la AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A., permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. La sugerencia formulada por la Superintendencia de Pensiones y contenida en la parte final de su oficio Núm. 21.449 de 25 de septiembre de 2014 dirigido a la AFP Cuprum S.A. en orden a que la fusión entre ésta y PIC *“podría ser autorizada si, en forma previa, Principal Institucional Chile S.A. se constituye en Administradora de Fondos de Pensiones”*, 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 del ramo para el efecto indicado, forzó más allá de lo debido el marco jurídico llamado a regular la autorización y fusión de Administradoras de Fondos de Pensiones.
2. 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

incorporó todas las etapas asociadas a la fusión de las administradoras. Lo anterior, permitió que el análisis de la factibilidad operacional de la fusión fuera examinada conjuntamente con el proyecto de creación de la AFP. (pág. 9).

perfeccionarse una fusión entre sociedades autorizadas como AFP; c) el otorgamiento de una autorización condicional (condición suspensiva) que fue empleada como instrumento jurídico para soslayar las prohibiciones legales antes señaladas y que en definitiva no sólo demostró ser ineficaz al efecto sino que hizo incurrir, en el desarrollo de este proceso, en otras inobservancias o irregularidades.

3. 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 de AFP Argentum y AFP Cuprum, 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.
4. 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 de la Superintendencia de Pensiones ella se sustentó en presupuestos que fueron erróneamente calificados o que derechamente no concurrían, todo lo cual vicia ese acto de ilegalidad. Esa resolución aprobatoria de “PIC” en AFP no se conformó con los artículos 130 y 131 de la Ley N° 18.046 y 24 A del decreto ley N° 3.500.
5. 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 1° del artículo 23 del decreto ley Núm. 3.500, de 1980 (“administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”) ya que la AFP Argentum, mantenía a ese instante y también al 2 de enero de 2015, la propiedad de un porcentaje accionario superior al 95% *de otra AFP ya existente y en funcionamiento* en el mercado (Cuprum).
6. Además, las disposiciones citadas en los numerales 4 y 5 precedente, fueron trasgredidas porque 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 de manera directa e independiente de toda otra AFP existente, las condiciones exigidas por la ley en aspectos organizacionales, financieros, contables, humanos y técnicos, *que fueran distintivos e independientes de aquellos que ya pertenecían a una AFP constituida y vigente a la sazón, esto es AFP Cuprum*. Por el contrario, la Superintendencia de Pensiones *validó requisitos, recursos humanos, contables, financieros, de infraestructura, técnicos y gerenciales que pertenecían y estaban considerados en la estructura funcional de una AFP ya existente a la época de dicho análisis*.
7. Por otra parte la Resolución N° E – 220 – 2014 de la Superintendencia de Pensiones “*autorizó la existencia de la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A. [...] para el solo efecto de fusionarse con AFP 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 decreto ley Núm. 3500, de 1980, en orden a autorizar la existencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, 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 (*“para el solo efecto de fusionarse”*) aparece como arbitraria y contraria a los textos legales que habilitan esa facultad.

8. 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. Porque no cabe conforme al marco reglado 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 decreto ley Núm. 3.500, de 1980, admitir válidamente la posibilidad de cláusulas condicionales en dichos actos. Ello no está autorizada por ninguna de dichas preceptivas legales. Tampoco el Reglamento del decreto ley Núm. 3.500, contenido en el decreto supremo Núm. 57 de 1990, de Trabajo y Previsión Social, se refiere a la materia ni habilita expresamente esa posibilidad. Tampoco las normas interpretativas de carácter general dictadas por la propia Superintendencia del ramo, reunidas en el Compendio Normativo de esa entidad fiscalizadora, lo ha contemplado. 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 AFP Argentum bajo condición suspensiva

9. La incorporación de una *condición suspensiva* choca con otras normas legales que comprueban que dicha aprobación de existencia se ha contemplado para su otorgamiento en términos puros y simples por la ley. Ello concuerda en primer lugar con el artículo 51 de la Ley N°19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que impone que los actos administrativos deben producir efectos a partir de su total tramitación. Así también lo avala el artículo 126, inciso 3°, de la Ley de Sociedades Anónimas, disposición general para las sociedades anónimas especiales, impone una necesidad de comprobación *actual* de los presupuestos de su otorgamiento, sin admitir aplazamiento o postergación alguna de esa aprobación. Así también lo ratifica el inciso segundo del artículo 131 de la Ley N°18.046, que regula el certificado de existencia que debe otorgar esa Superintendencia para practicar los trámites de inscripción y publicación de la nueva AFP. Esta certificación perdería objeto si el acto aprobatorio pudiese quedar pendiente de una condición, comoquiera que la formación o existencia de la entidad quedaría a la espera de un suceso incierto, haciendo imposible ese acto certificatorio, que por su naturaleza, debe hacer constar hechos efectivos, actuales y ciertos. Finalmente un simple criterio de lógica y congruencia impone esa conclusión: si la autorización de AFP Argentum se concedía sujeta a *condición suspensiva*, dejando aplazados todos sus efectos jurídicos a la espera del evento incierto indicado en el texto de la resolución, ello conducía a la imposibilidad de completar los trámites posteriores de existencia de Argentum, como lo son su inscripción en el Registro de Comercio y su publicación en el Diario Oficial en tanto no se cumplieren. Y también debían obstar a la posibilidad de autorizar su posterior fusión pues para ello requería tener previamente la calidad de AFP. La orden de cumplir de manera pura y simple los trámites indicados en el artículo 131 de

la Ley N°18.046, consignada en la parte final de dicha Resolución, comprueba que la inserción de dicha modalidad en la misma no tuvo seriedad ni se sostuvo.

10. A la misma conclusión de ineficacia de esta condición debe arribarse conforme a las propias normas del Código Civil que enmarcan los efectos de las obligaciones condicionales. Según éstas resultan “moralmente imposibles” aquellas condiciones positivas que consisten en *“hechos prohibidos por la ley u opuestas al orden público”* (artículo 1475, inciso segundo), por lo que de acuerdo a su artículo 1480 ese tipo de modalidades debe tenerse por *fallida*, es decir ineficaz. Dicho criterio es armónico con el artículo 1462 del mismo cuerpo legal que expresa que hay un *“objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público chileno”*.
11. Otra irregularidad incurrida en este proceso atiende a la certificación emitida por la Superintendencia de Pensiones conforme a lo estatuido en los incisos 1° y 2° del artículo 131 de la Ley N° 18.046, coetáneamente con la Resolución N° E – 220, de 2014, sobre autorización condicional de existencia de AFP Argentum S.A. Esta certificación *omitió dejar constancia que la autorización de existencia que había expedido esa entidad se hallaba sujeta precisamente a una condición suspensiva*. Esta omisión en el certificado fue uno de los medios que permitió que la AFP Argentum S.A., fuera inscrita como “pura y simple” en el Registro de Valores que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y que fuera publicada en el Diario Oficial. La referida certificación al apartarse del acto del cual debía dar fe, 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.
12. 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. Revelando así una ilegalidad del acto que las contiene por encontrarse viciado en su objeto. 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:
 - A. la Superintendencia de Pensiones señaló inicialmente en su Oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014, 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 (AFP Argentum S.A.), involucradas en la operación, *hecho futuro e incierto* que consistía

precisamente en que *anticipadamente* se autorice la fusión; o (ii) la autorización de la fusión de las AFP, que requería *previamente* de la existencia de Argentum, circunstancia que no podía acaecer porque estaba sujeta a la condición suspensiva de que se autorice su fusión.

- B. la solicitud para que se autorizara *la fusión* de la AFP Argentum S.A. y Cuprum S.A., fue formulada mediante comunicación de fecha 26 de diciembre de 2014, dirigida a esa Superintendencia, por Cuprum y por Argentum, esta última careciendo a la sazón de existencia legal por haber sido autorizada condicionalmente. Por consiguiente todo el proceso administrativo de autorización a que esa petición dio lugar carece de validez como lo ha sido también el acto administrativo que le dio término, al infringir los artículos 20, 21, y 28 y siguientes de la Ley N° 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo.
 - C. 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 Pensiones para el caso de la condición suspensiva dispuesta en su Resolución E-220-2014 (autorizatoria de AFP Argentum). El órgano regulador en la 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. De haberse fijado por la Superintendencia los efectos de la condición cumplida en la Resolución E-221-2015, en la época de emisión del acto originalmente condicional - el 19 de diciembre de 2014 - como en Derecho correspondía, hubiesen recobrado plena vigencia las limitaciones que a esa fecha impedían concretar la operación administrativa de autorización de la fusión: prohibición legal a una AFP de mantener la propiedad accionaria de otra entidad previsional en función de la exigencia de *giro único*; y aquella que imposibilita a todo sujeto arrogarse la calidad de AFP, sin encontrarse autorizado.
13. En lo referido a la Resolución N° E – 221, de 2015, se ha observado que dicha autorización de fusión entre Argentum y Cuprum, infringió el artículo 43 del decreto ley Núm. 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 sesenta (60) días de verificada la publicación en el Diario Oficial de la autorización respectiva de la Superintendencia de Pensiones. Ello simplemente no condice con la declaración contenida en dicho acto administrativo que da vigencia a la operación de reorganización a contar del *1° de enero de 2015*. Consecuencial a ello es que la disolución de AFP Cuprum derivada de su fusión al ser absorbida por Argentum, debió sólo producirse a los 60 días de la autorización de la absorción, conforme al mismo artículo 43 citado, lo que tampoco concuerda

con la fecha de entrada en vigor de la Resolución N° E – 221-2015, que fija el efecto de dicha disolución.

14. 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*. La desviación de fin o de poder constituye 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, apartamiento que genera la falta de adecuación de los fines de la actuación administrativa, causando la ilegitimidad del obrar de la autoridad.
15. 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. El móvil empleado por la institución fiscalizadora para incoar dichos procedimientos y luego resolver, particularmente la autorización de existencia y constitución de la AFP Argentum, desbordó el objeto y la finalidad que legal y objetivamente estaba llamada a servir esa atribución.
16. 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, que gestionara y administrara nuevos Fondos de Pensiones incorporando cotizantes a partir de su operación efectiva en el rubro*, que es el objeto que contempla el marco legal vigente para dicha autorización. Esta finalidad en la realidad de los hechos 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 administradoras de fondos previsionales.
17. 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 (sometida a una condición no cumplida a la sazón). 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.
18. 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.

Lo anterior es cuanto puedo informar sobre la materia consultada.

Santiago, 2 de septiembre de 2015

JAIME JARA SCHNETTLER
ABOGADO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE CHILE