

INFORME EN DERECHO

*Matías Guiloff**

*Carlos Pizarro***

Se nos ha solicitado un informe en Derecho a fin de emitir opinión acerca de las cuestiones dogmático-jurídicas relativas a la fusión por incorporación que se autorizó por la Superintendencia de Pensiones entre la AFP Argentum y Cuprum. Se trata de un asunto de interés público que ha concitado el interés social, a tal punto que se abrió una comisión de investigación en la Cámara de Diputados y la Superintendencia ha dado explicaciones a través de un comunicado acerca de cómo se gestó esta operación contractual.

Aunque excluyendo su responsabilidad y atribuyéndosela al Servicio de Impuestos Internos, la propia Superintendencia ha explicado el interés involucrado en esta operación. Al respecto, señala en un comunicado:

“Una vez aprobada la absorción, y ya fuera del límite de decisiones y facultades de la Superintendencia de Pensiones, AFP Cuprum informóa la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) que la operación tendría un efecto tributario que le permitiría diferir el pago de impuestos por un valor de \$ 80 mil millones. Si este beneficio corresponde o no, es materia que determina el Servicio de Impuestos Internos (SII) y la posibilidad de acceder a él se enmarca en disposiciones contenidas en la reforma tributaria aprobada el año pasado, las mismas que se extienden a empresas de distintos sectores y tamaños”.

Si bien las AFP son empresas privadas, constituidas bajo la forma de Sociedades Anónimas especiales, son organismos regulados, pues desarrollan una actividad económica de interés público. En el presente informe analizaremos si la Superintendencia de Pensiones actuó como un organismo regulador, velando por el interés público en su

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales. Doctor en derecho por la Universidad de Arizona (EEUU).

**Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y Diego Portales. Doctor en derecho por la universidad Paris II (Panthéon-Assas).

‡Los autores agradecen la colaboración de Karen Muñoz Villagra, egresada de derecho de la Universidad de Chile.

función fiscalizadora, o, si en cambio, al aprobar la fusión por incorporación entre las AFP Argentum y Cuprum dictó un acto administrativo viciado de ilegalidad, siguiendo una finalidad distinta al interés público –la elusión tributaria en la fusión–, cayendo el acto en la teoría de la desviación de poder.

Pero antes de ingresar a este estudio, evocaremos ciertos antecedentes que permiten conducir el análisis.

I. ANTECEDENTES

Entre los antecedentes necesarios para analizar la operación societaria en cuestión, debemos retratar el proceso de creación de AFP Argentum, cuya única finalidad era fusionarse con AFP Cuprum. Para luego referirnos a los actos administrativos dictados por la Superintendencia de Pensiones, que permitieron la fusión por incorporación.

1. En el mes de octubre de 2012, Principal Financial Group (PFG), inicia la compra de AFP Cuprum S.A. al Grupo Penta. La Superintendencia de Pensiones, siguiendo un criterio estricto, exigió que se le acreditaran todos los requisitos establecidos en el D.L. N°3.500, de 1980, para formar o crear una nueva AFP.
2. Posteriormente, en septiembre de 2014, Principal Institutional Chile S.A. (PIC) inició un proceso para absorber a AFP Cuprum S.A., presentando el 11 de septiembre del mismo año a la Superintendencia de Pensiones, los antecedentes para iniciar la fusión.
3. El 25 de septiembre de 2014, la Superintendencia de Pensiones, mediante Oficio N°21.449, no autorizó esta operación de PIC, ya que, según el artículo N°43 del D.L. 3.500, sólo se permite fusiones entre AFPs, lo que no se cumplía en este caso, pues al momento de la solicitud, solo existía una AFP, Cuprum, sin que existiese la AFP Argentum. El Oficio después de indicar la improcedencia de lo solicitado, agrega que *“la fusión antes señalada podría ser autorizada si, en forma previa, Principal International Chile S.A. se constituye en Administradora de Fondos de Pensiones, de conformidad con las normas antes citadas”*¹.

¹ Ver, Oficio N°21449, de 25 de septiembre de 2014, de la Superintendencia de Pensiones. El énfasis es nuestro.

4. El 14 de noviembre de 2014, ante la Superintendencia de Pensiones, la empresa Principal Chile solicitó autorización para transformar a PIC en la “AFP Argentum S.A.”.
5. La Superintendencia de Pensiones, mediante Resolución N°E-220-2014, de 19 de diciembre de 2014, autorizó la existencia y aprobó los Estatutos de AFP Argentum S.A. Dicha autorización quedó sujeta a la condición suspensiva de producirse la fusión dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha de su dictación, como textualmente se indica en el informe² publicado por la Superintendencia: “Es necesario precisar al respecto, que la autorización de existencia otorgada a AFP Argentum S.A. fue concedida sujeta a la condición de que luego se autorizara y se materializara la fusión con AFP Cuprum S.A.”. Lo anterior, sobre la base que una AFP no puede ser dueña de otra AFP, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 23 del D.L. 3.500.
6. El 26 de diciembre de 2014, Argentum S.A. solicitó a la Superintendencia de Pensiones la fusión por incorporación con Cuprum S.A. El mismo día, el SII autorizó a Argentum a mantener el RUT de la ahora absorbida y ya extinta AFP Cuprum S.A. La nueva AFP decidió mantener el nombre comercial “Cuprum”. No obstante lo anterior, cabe agregar que dicha autorización fue condicionada a la disolución de Cuprum S.A., fruto de la fusión por incorporación, cuestión informada a la Superintendencia de Pensiones el 29 de diciembre de 2014.
7. El 2 de enero de 2015, mediante Resolución N°E-221-2015, la Superintendencia de Pensiones aprueba la fusión por incorporación de Cuprum S.A. por parte de Argentum S.A. Esta aprobación tiene por efecto, además, la declaración de disolución de AFP Cuprum S.A., pues se declaró por cumplida la condición suspensiva bajo la cual se otorgó la autorización de existencia de AFP Argentum S.A. En los vistos de este acto administrativo, la Superintendencia reiteró que la Resolución N°220 autorizó la existencia y aprobó los estatutos de Argentum S.A. “para el solo efecto de su fusión con Cuprum S.A.”³.
8. La naciente AFP Argentum S.A., por acuerdo adoptado en junta de accionistas, pasa a denominarse Cuprum S.A.

² Ver, Documento de Interés Público de la Superintendencia de Pensiones, “Cómo se gestó y aprobó la fusión entre AFP Argentum y Cuprum S.A”, mayo 2015, p. 20. El énfasis es nuestro. Disponible en: <<http://www.safp.cl/portal/institucional/578/w3-article-10734.html>>.

³ Ver, Resolución N°221, de 2 de enero de 2015, de la Superintendencia de Pensiones. El énfasis es nuestro.

Las consecuencias de que esa fusión se aprobara antes del 31 de diciembre del 2014, no eran para nada triviales. Es que en virtud de un hecho público y notorio, como fue la aprobación de la reforma tributaria, perfeccionar una fusión por incorporación antes de esa fecha resultaba crucial para poder acceder a un beneficio tributario: el *goodwill*. Uno de los cambios que la reforma introdujo fue establecer un tratamiento nuevo, más desfavorable que el vigente con anterioridad, al menor valor de inversión en una fusión por incorporación⁴. Pero este cambio regulatorio tendría un periodo de vacancia legal, entrando en vigencia a partir del 1 de enero de 2015⁵. Por lo que todas las fusiones por incorporación que se perfeccionaran antes de esta fecha, como fue el caso entre AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A, podían acogerse a dicho beneficio tributario.

II. LA SUPERVIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES

Las Superintendencias se enmarcan dentro de la función reguladora del Estado. Éste tiene un rol tutelar en la actividad económica, es decir, vela porque la actuación de los privados que comprometa el interés público se desarrolle dentro de ciertos parámetros previamente definidos, de modo que no incurra en abusos que perjudiquen gravemente a terceros o cometan infracciones al ordenamiento jurídico⁶.

La Administración no sólo está sometida a control, sino que también controla. En este marco se encuentran las superintendencias, como organismos de control de los particulares en algunas áreas sensibles para el desarrollo económico.

El control que realiza la Superintendencia, es un control fundamentalmente de legalidad, es decir, busca que los sujetos fiscalizados no infrinjan las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas o las instrucciones y órdenes que imparta. La particularidad de

⁴ Ver artículo 1, N°15, letra h) en relación con el artículo 1 transitorio, letra) de la Ley N°20.780, reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, *Diario Oficial*, 29 de septiembre de 2014.

⁵ Ver Ley N°20.780, , artículo 3 transitorio, N°LXX.

⁶ PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2004). *La Organización Administrativa del Estado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión primera edición, p. 353, cita a Carlos Carmona sin referencia bibliográfica.

este control legal radica, por una parte, en que comprende normas técnicas, por la otra, en que abarca las normas que dicta la propia Superintendencia⁷.

La Superintendencia de Pensiones, como organismo de la Administración del Estado, ejerce una potestad pública. Las potestades administrativas se encuentran orientadas a la satisfacción de las necesidades públicas, conforme al principio de servicialidad del Estado, orientado al bien común. Y esto es lo que constituye el fundamento de su existencia y ejercicio: la tutela de los intereses públicos previamente definidos y determinados por el legislador⁸.

La actividad de la Administración debe encontrarse regida por normas habilitantes y por supuestos de hecho para el ejercicio de la potestad pública. Todo acto administrativo, es decir, toda acción que realicen los titulares de potestades administrativas, se dicta en relación a una situación de hecho predeterminada por unos supuestos de hecho a cuyos términos ha de ajustarse, lo que constituye una exigencia elemental para las actuaciones de dichos titulares y para la validez de los mismos actos.

Es necesario tener presente que la Superintendencia de Pensiones, como órgano de la Administración del Estado está sujeta al principio de juricidad, es decir, su actuar no solo está sometido a la legalidad, sino que a todo el ordenamiento jurídico, conforme a los artículos 2 de la Ley General de Bases Generales de la Administración del Estado y los artículos 6 y 7 de la Constitución Política. En virtud del principio de legalidad en su vertiente atributiva, le está vedado a la Administración Pública actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva (arbitraria) o con desviación de poder en los actos que ejecuta.

La Superintendencia está vinculada positivamente al ordenamiento jurídico, es decir, la norma jurídica se erige como el fundamento previo y necesario de una determinada acción, por lo que la actuación sólo podrá realizarse válidamente en la medida que la norma la habilite previamente⁹.

La característica central del principio de legalidad es que mediante él se asignan potestades y atribuciones a los órganos de la Administración, que habilitan a los órganos a

⁷PANTOJA BAUZÁ (2004), p. 354, cita a Carlos Carmona sin referencia bibliográfica.

⁸FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007). "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno". *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, Vol. XX, N°2, p. 76.

⁹CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters, p. 76.

intervenir en las áreas en donde se ha conferido competencia, por lo que estas serán siempre de carácter heteroatributivas, es decir, concedidas por el ordenamiento jurídico¹⁰.

De este modo, la actuación administrativa es una actividad “típica”, que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen¹¹. En sentido positivo, sólo hay tipicidad en la legalidad, si la potestad está contenida en la Constitución o en la ley o en varias leyes que se complementen; y en sentido negativo, es inadmisibles la configuración infralegal de esta tipicidad, siquiera de manera complementaria. Pues la atribución del poder jurídico-administrativo debe gozar de legitimación democrática directa que sólo lo da la ley, y por la prohibición de autoatribución de facultades¹².

La técnica de intervención administrativa para la creación de una AFP, es a través del sistema de autorización a los particulares que realizan una actividad de interés público, como lo es precisamente la Administración de los Fondos de Pensiones de los cotizantes. Esta autorización, que es un acto administrativo que se manifiesta en este caso a través de una resolución administrativa, es fruto de la potestad pública otorgada a la Superintendencia de Pensiones por el ordenamiento jurídico.

La resolución administrativa para autorizar la creación de una AFP, al ser un acto administrativo, debe cumplir los presupuestos de validez de los mismos.

La Ley N°19.880, que establece bases del procedimiento administrativo que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en su artículo 3 define el acto administrativo como: “*las decisiones formales que emiten los Órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*”.

A continuación, analizaremos los requisitos del acto administrativo, para posteriormente verificar si se cumplen en relación a la resolución administrativa que autorizaba la creación de la AFP Argentum S.A.

Los requisitos podemos clasificarlos en subjetivos y objetivos. Subjetivos, en relación al sujeto que debe intervenir: un órgano competente de la Administración Pública con investidura regular¹³. En el presente caso, este requisito se cumple, ya que es la

¹⁰CORDERO VEGA (2015), p. 77.

¹¹CORDERO VEGA (2015), p. 78.

¹²ROJAS CALDERÓN, Christian (2014). *Las potestades administrativas en el Derecho chileno. Un estudio dogmático-jurídico en torno a su configuración, estructura y efectos*. Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters, pp. 79-80.

¹³CORDERO VEGA (2015), p. 260.

Superintendencia de Pensiones la que dictóla Resolución N°E-220-2014, de 19 de diciembre de 2014, autorizóla existencia y aprobólos Estatutos de AFP Argentum S.A., dentro de la órbita de su competencia.

En relación a los requisitos objetivos del acto administrativo, para que éste se produzca regularmente y no incurra en causa de invalidez, es necesario que la competencia con que cuente el órgano se active a la vista de los presupuestos de hecho establecidos en la norma, que el órgano competente exprese los motivos en que se basa la decisión y la finalidad con la que se dicta¹⁴.

En el presente informe, nos centraremos solo en dos de los requisitos objetivos del acto administrativo, esto es, en la configuración de los presupuestos de hecho establecidos en la norma y la finalidad con la que se dicta el acto.

Como veremos a continuación, si faltan los presupuestos de hecho que habilitan al órgano de la Administración del Estado a actuar en virtud de su potestad pública, existe un vicio de ilegalidad del acto administrativo, en este caso de la Resolución N°220-2014 de la Superintendencia de Pensiones.

Posteriormente, analizaremos la falta de finalidad del acto administrativo, de la Resolución N°220-2014 de la Superintendencia de Pensiones. Pues si la autoridad administrativa utiliza potestades para fines distintos a los previstos en la norma se constituye desviación de fin o de poder, afectando de este modo la validez del acto administrativo¹⁵.

III. LA INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN N°220-2014 DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES

Todo acto administrativo requiere de la verificación de un supuesto de hecho que habilita a su dictación, de manera que la existencia de éste es siempre un presupuesto reglado de toda potestad, susceptible de control judicial o contralor. Las competencias de un órgano administrativo están determinadas por los hechos y éstos se deben acreditar durante el procedimiento administrativo, por lo que la decisión de la Administración se

¹⁴CORDERO VEGA (2015), p. 261.

¹⁵CORDERO VEGA (2015), p. 262.

debe adecuar a ellos de manera que el acto en su contenido debe ser congruente con los hechos, pues si no es así, el acto adolece de un error que vicia el acto administrativo¹⁶. Esto es consecuencia del principio de legalidad que rige la actuación de los órganos de la Administración del Estado.

Para realizar el análisis de si se cumplen los presupuestos de hecho para la creación de una AFP, se deben diferenciar dos procesos necesarios para que proceda una fusión, en relación con las normas que regulan cada uno de estos supuestos de hecho:

- a) El primer proceso, de constitución de una Administradora de Fondos de Pensiones, regulado tanto por el artículo 130 de la Ley N°18.046, Ley de Sociedades Anónimas, como por el Título I, Libro V, del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones; y los artículos 23 y siguientes del D.L. N°3.500, sobre Nuevo Sistema de Pensiones, de 1980, y su Reglamento, aprobado por D.S. N°57, de 1990.
- b) El segundo proceso, por su parte, se refiere a la disolución de una Administradora de Fondos de Pensiones, mediante una fusión entre dos Administradoras de Fondos de Pensiones, regulado en el artículo 99 de la Ley N°18.046 y su Reglamento, aprobado por el D.S. N°702, de 27 de mayo de 2011, sobre Sociedades Anónimas; y en el artículo 43 del D.L. N°3.500, de 1980.

En relación al primer proceso, la creación de una nueva AFP, se debe tener presente lo prescrito por el artículo 23 del D.L. N°3.500: *“Las Administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”*. Es decir, las AFPs solo pueden constituirse bajo la forma de sociedades anónimas, teniendo un fin exclusivo definido en la ley, la que es administrar los fondos de pensiones de sus afiliados.

Ahora bien, la única forma de existencia de una AFP es que se realice de acuerdo con lo dispuesto en el artículo N°130, inciso 1°, de la Ley N°18.046. En este artículo se prescribe que: *“Las sociedades administradoras de fondos de pensiones deberán constituirse como sociedades anónimas especiales en conformidad a las disposiciones siguientes: 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.*

¹⁶CORDERO VEGA (2015), p. 261.

Este prospecto será calificado por el Superintendente especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla?

Se establece la necesidad de evaluar un prospecto descriptivo de los aspectos esenciales de la nueva AFP. Asimismo, esta disposición confiere facultades a la Superintendencia para calificar el prospecto, pudiendo aceptarlo, lo que conlleva a que se entregue un certificado provisional de autorización a los organizadores. Dicha certificación 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. A su vez, la misma normativa faculta a la Superintendencia para rechazar el prospecto, poniendo fin al proceso de constitución.

En este supuesto, nos encontramos frente a la existencia de una potestad discrecional por parte de la Superintendencia de Pensiones, ya que se le faculta a este organismo a aceptar o rechazar el prospecto, y por tanto la constitución de la AFP, según la conveniencia del establecimiento de la misma. Debemos tener presente que una potestad discrecional no es sinónimo de arbitrariedad, sino que solo implica una mayor ámbito de autodeterminación para la Administración en su actuar¹⁷.

Una de las formas de control de la potestad discrecional es el control del fin, esto es que el ejercicio de la potestad discrecional, por amplia que haya sido concebida, sólo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue concebida, de lo contrario se incurre en la desviación de fin o poder¹⁸.

Otro de los requisitos para constituir una AFP, se encuentra regulado en el artículo 24 A del D.L. N°3.500, que señala los requisitos de los accionistas fundadores de una administradora de fondos. Del informe evacuado por el la Superintendencia de Pensiones, mediante oficio ordinario N°13302*2015-06-16, se constata la existencia de varios párrafos destinados a explicar que, para acreditar el debido cumplimiento de los requisitos que permitieran otorgar la autorización a fin que Argentum S.A. se constituyera como una Administradora de Fondos de Pensiones, se tuvo en consideración los componentes patrimoniales, administrativos, de recursos humanos y materiales que constituían a la ex AFP Cuprum S.A.

¹⁷Ver, OELCKERS, CAMUS, Osvaldo, *El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°1, p. 137-138.

¹⁸CORDERO VEGA (2015), p. 87.

Asíes como se señala en el parágrafo ii), página 13, que para acreditar “*la concurrencia de los requisitos establecidos en la letra a) del artículo 24 A del D.L. N°3.500 de 1980, que exige que los accionistas fundadores de una Administradora cuenten individualmente o en conjunto con un patrimonio neto consolidado equivalente a la inversión proyectada, se analizó que el patrimonio de cada una de las sociedades que se encuentran en la cadena de control de la AFP en formación, en forma individual o conjunta, según corresponda, contaran con un patrimonio igual o superior a M\$ 172.737.818, equivalente al patrimonio de AFP Cuprum S.A. al 30 de septiembre de 2014*”.

Todo indica que la Superintendencia autorizó la existencia de AFP Argentum S.A. al dar por acreditados los requisitos indispensables para tales fines, a partir de diversos elementos constitutivos de la AFP Cuprum S.A. Es decir, dio por acreditados supuestos fácticos inexistentes en el momento de la creación de la AFP Argentum S.A. Por qué cada uno de los requisitos para constituir una AFP, analizados anteriormente, existían solamente respecto de la AFP Cuprum, no así en Argentum. Por lo que el acto administrativo, la Resolución N°E-220-2014, de 19 de diciembre de 2014, que autorizó la existencia y aprobó los Estatutos de AFP Argentum S.A., dictada por la Superintendencia de Pensiones, carece de presupuestos fácticos, pues los requisitos eran inexistentes al momento de constituirse la AFP. Y por lo tanto, esta resolución que creo la AFP Argentum S.A., adolece de un vicio de nulidad, por lo que el acto es anulable.

Sin embargo, la Resolución N°220-2014, fue dictada por la Superintendencia de Pensiones, sujeta a la condición suspensiva de producirse la fusión dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha de su dictación, como textualmente se indica en el informe¹⁹ publicado por la Superintendencia: “*Es necesario precisar al respecto, que la autorización de existencia otorgada a AFP Argentum S.A. fue concedida sujeta a la condición de que luego se autorizara y se materializara la fusión con AFP Cuprum S.A.*”.

Por lo anterior cabe preguntarse si las modalidades, en general, son permitidas por el ordenamiento jurídico. Esta respuesta es afirmativa, pues las modalidades, son admitidas en el Derecho Administrativo, como cláusulas accesorias al acto administrativo. De esta forma, la Administración puede dictar el acto sujeto a un plazo, condición o modo, al igual que en el derecho privado, pero con una sustancial diferencia. Mientras que en el derecho privado las cláusulas accesorias son lícitas y dependen de la voluntad de las partes, a menos

¹⁹ Ver, Documento de Interés Público de la Superintendencia de Pensiones, “Cómo se gestó y aprobó la fusión entre AFP Argentum y Cuprum S.A”, mayo 2015, p. 20. El énfasis es nuestro. Disponible en: <<http://www.safp.cl/portal/institucional/578/w3-article-10734.html>>.

que la ley las prohíba; el acto administrativo se vincula de una manera positiva al ordenamiento jurídico, por lo que solo serían posibles si la ley lo permite. Es decir, las cláusulas accesorias solo son admisibles cuando incorporadas no se infringe de manera alguna la legalidad del acto o no se autoinvieste a la Administración de potestades que no le corresponden²⁰.

La existencia de una condición para autorizar la creación de una nueva AFP, no se encuentra contemplada en ninguna de las disposiciones que forman parte del Título IV del D.L. 3.500, ni del Título VII de su nuevo Reglamento, aprobado por el D.S. N°57, de 1990, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Previsión Social. Tampoco por la Ley N°18.046, ni en ninguna otra disposición legal o reglamentaria.

Del análisis de la potestad de la Superintendencia de Pensiones para permitir la autorización de una nueva AFP, se desprende que los requisitos de existencia de ésta, deben existir al momento de la solicitud del ente privado ante el órgano regulador, y sobre todo, al momento de la dictación de la resolución que autoriza la creación de la AFP. Por lo tanto, el acto administrativo debe ser puro y simple, como es la regla general, sin que le esté permitido a la Superintendencia imponer condiciones al otorgar la autorización. Lo que hace en la práctica el ente fiscalizador, por medio de supeditar la condición de fusionarse la nueva AFP Argentum con la AFP Cuprum, es suplir la falta de presupuestos de hecho al momento de dictar la resolución, pues estos solamente existirían al momento de realizarse la fusión.

Al imponer una condición, en un acto administrativo que debió ser puro y simple, la Superintendencia de pensiones se está autoinvistiendo de potestades públicas de las que carece. Por lo que se estaría vulnerando el principio de legalidad administrativa, pues las potestades públicas solo pueden ser otorgadas por la ley, estando proscrita la autoatribución de competencia.

Sobre el segundo proceso que se informa, la fusión de dos AFP, cabe cuestionar la caracterización general que se hace de éste, ya que en ningún caso puede hablarse de un mecanismo de fusión societaria, toda vez que el artículo 99 de la Ley N°18.046, define dicho mecanismo como: *“La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se*

²⁰CORDERO VEGA (2015), p. 264.

disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos". Es decir, para que exista una fusión, una sociedad jurídicamente vigente adquiere los activos y pasivos de otra, igualmente vigente, que se disuelve. Esta observación se debe a que en la constitución de la sociedad que absorbe, según lo informado por la Superintendencia, ya estaban incorporados elementos esenciales que constituían la existencia legal de la entidad previsional que fue absorbida.

Desde la perspectiva del derecho de las obligaciones, la AFP no existe sino una vez que se produzca la fusión, pues la condición suspensiva somete un acto a una modalidad conforme la cual sólo nace a la vida del derecho si esa condición se verifica. Antes que se cumpla la condición, en este caso la fusión, no existiría ningún derecho, sino que un mero acto sujeto a condición suspensiva. Cabe, entonces, entender que existe una contradicción entre lo preceptuado en el artículo 43 del Decreto Ley N°3500, que exige que existan ambas AFP y que se pretenda que dicha existencia quede sometida a una condición suspensiva, pues no puede, en términos lógicos, pretenderse que algo es condición para que se realice un determinado acto y que luego se le someta a la condición suspensiva que vaya a existir si ese era precisamente lo necesario para que se realizara la fusión. En otros términos, Argentum no existe mientras no se fusione con Cuprum, pero Cuprum no puede fusionarse con una AFP que no exista. Una de dos cosas, o la AFP existe y puede fusionarse o no existe y no puede proceder la fusión. Pero lo extravagante e incorrecto es que pueda existir para los fines de la fusión, siendo ésta la condición para que exista.

Ambos procesos, en la práctica, son tratados en la Resolución N°220-2014 como uno solo, en circunstancias que debieran diferenciarse tanto para su consecución como para su examen posterior. Esto es, primeramente, la autorización de existencia de una nueva AFP, diferenciándola de la posterior fusión, proceso en virtud del cual, la nueva AFP creada, absorbe a la anterior. Esta situación altera la naturaleza del acto administrativo.

IV. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO LÍMITE A LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

En este capítulo se analizara otro de los requisitos objetivos de los actos administrativos, la finalidad con que se dicta, se concluirá como su ausencia conlleva la desviación de fin o poder.

La Resolución N°220 de la Superintendencia de Pensiones, que autorizó la existencia y aprobó los estatutos de AFP Argentum S.A., adolece del vicio de desviación de poder. Con la finalidad de acreditar la referida calificación, nos referiremos a la noción de este vicio, considerando la prueba del mismo y la recepción en nuestra jurisprudencia. Una vez establecido su régimen jurídico, realizaremos una aplicación concreta al caso en cuestión, para concluir sobre su pertinencia y que se trata, justamente, de un caso de desviación de poder.

A. La noción de desviación de poder

La noción de desviación de poder requiere dilucidar su fundamento, el que queda retratado por el carácter finalizado de las potestades administrativas.

El principio de legalidad administrativa opera mediante la atribución de potestades a la administración²¹. El conjunto de las potestades y funciones que la ley otorga a cada órgano conforman su competencia²². Estas potestades administrativas están configuradas como “poderes-deberes finalizados, orientados a la satisfacción de un interés público”²³. La consecuencia primordial de que las potestades sean finalizadas radica en que aun cuando la administración tenga su titularidad, debe siempre ejercerlas en beneficio del interés público. Es precisamente la satisfacción de ese interés público lo que explica el otorgamiento de potestades a los órganos de la administración del Estado y aquello que, a su vez, permite verificar su correcto ejercicio, el que se materializa formalmente en la dictación de actos administrativos.

Ese interés público que se pretende satisfacer mediante la atribución y ejercicio de una determinada potestad administrativa se denomina “fin” o “finalidad”. La doctrina reconoce al fin como uno entre los varios elementos configuradores de las potestades administrativas²⁴. Se ha llegado a señalar incluso que toda actividad administrativa se debe

²¹CORDERO VEGA (2015), p. 78.

²²CORDERO VEGA (2015), p. 77.

²³FERRADA BÓRQUEZ (2007), p. 70.

²⁴ Ver, OELCKERS CAMUS, Osvaldo (2000). “El contenido y alcance del principio de legalidad en las actuaciones de la Administración del Estado”. En: *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Rolando Pantoja (Coord.), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 478.

dirigir a la obtención de un determinado fin, el que el ordenamiento jurídico señala de manera expresa o tácita. La anterior aserción resulta concordante con el fundamental postulado que “cualquier poder jurídico, sea éste público o privado, debe someterse a las finalidades que justifican su ejercicio en el campo de la legalidad para (la) consecución de objetos acordes con ella”²⁵.

De lo anterior se sigue que el ejercicio de una potestad por parte de un órgano de la administración Estado solo resulta justificado si persigue aquel fin que el legislador ha tenido en consideración a la hora de otorgarla. En efecto, como ha destacado la literatura, es esto lo que se encuentra detrás de la afirmación –contenida en el artículo 1, inciso 4º, de la Constitución Política– que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común: que las potestades públicas deben ejercerse siempre de buena fe, con lealtad hacia los objetivos que se persiguieron al momento de establecerlas²⁶. En otros términos, el deber de actuar de buena fe se encuentra implícito en el requisito de comportarse sin sobrepasar los límites de la competencia de cada órgano, consagrado en el artículo 7 de la Constitución. Puede concluirse que el ejercicio de una potestad para un fin diverso de aquel para el cual el legislador la atribuyó, es un caso de ejercicio abusivo de potestad, que, en conformidad al artículo 2 de la LOC N°18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, da origen a los recursos y acciones correspondientes²⁷. Esta posición es concordante con la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a la acción de nulidad de derecho público, a propósito de la cual se reconoce a la desviación de poder como una de las causales que hacen procedente su ejercicio²⁸.

Por último, que las potestades sean ejercidas para la finalidad precisa que se persiguió al otorgarlas se conecta con el principio de probidad administrativa, el cual “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, *con preeminencia del interés general sobre el particular*”²⁹. Como señala el

²⁵ Ver, JARA SCHNETTLER, Jaime (2013). “Desviación de Poder y nulidad de los actos administrativos”. En: *La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno*, Juan Carlos Ferrada (Coord.), Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters, p. 209.

²⁶ Ver PANTOJA BAUZÁ (2004), p. 168.

²⁷ Ver PANTOJA BAUZÁ, Rolando (1987). *Bases Generales de la Administración del Estado*. Santiago, Cono Sur, p. 37.

²⁸ Ver, JARA SCHNETTLER, Jaime (2004). *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago, Libromar.

²⁹ Ver artículo 52, LOC N°18.575, que establece Bases Generales de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 5 de diciembre de 1986.

artículo 8 de la Constitución Política, las autoridades deben dar estricto cumplimiento a este principio; es decir, su conducta debe ajustarse enteramente al mismo³⁰. De forma tal que los funcionarios de los órganos de la administración del Estado vulneran el principio de probidad administrativa al sobreponer cualquier otro tipo de interés al general, como sucede precisamente en las hipótesis en que se ejerce una potestad para un fin privado, diverso de aquel previsto por el legislador. Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia administrativa sobre desviación de poder, la que pone especial énfasis en la afectación al principio de probidad administrativa³¹.

Hemos visto hasta ahora que el principio de legalidad administrativa se comporta otorgando potestades que posibilitan la actuación de los órganos de la administración del Estado. Estas potestades siempre tienen asociado un fin específico que el legislador desea satisfacer al otorgarlas. Al momento de ejercerlas formalmente, por medio de la dictación de actos administrativos, la administración debe hacerlo teniendo únicamente en vista dicho fin. Si se actúa en forma diversa, torciendo dicho fin, se estima como un ejercicio abusivo de potestades, contrario a la buena fe que debe guiar el empleo de éstas, y un incumplimiento al principio de probidad administrativa, en la medida que implica privilegiar intereses diversos al general en el ejercicio de la función administrativa.

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

El profesor Pedro Pierry concibe la desviación de poder como “el vicio que afecta a aquella decisión administrativa, que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado”³². En términos sencillos, aquella se presenta cada vez que un órgano administrativo ejerce sus potestades en conformidad a la letra de la ley, pero alejándose de su espíritu³³. Existe desviación de

³⁰ Ver BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago, LegalPublishing Thomson Reuters, p. 389.

³¹ Ver Dictamen N°53.493 de 2007, *Cfr.* JARA SCHNETTLER (2013), p. 255.

³² Ver, PIERRY ARRAU, Pedro (1984). “El control de la discrecionalidad administrativa”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N°8, p. 165. En el mismo sentido, BERMÚDEZ SOTO (2014), p. 150.

³³ Ver, JARA SCHNETTLER (2013), p. 210.

poder cada vez que las potestades administrativas se ejercen para obtener fines diversos a aquellos que señala el ordenamiento jurídico³⁴.

La desviación de poder se presenta en dos hipótesis paradigmáticas. La primera, de carácter general, se produce cuando al ejercer sus potestades la administración se aparta del fin general que debe perseguir: el servicio público³⁵. Así, por ejemplo, cuando la administración ejerce la respectiva potestad motivada por fines políticos, patrimoniales, religiosos, etc.³⁶. En tanto, la segunda, de carácter particular, se produce cuando en su actuación la administración no busca aquella específica y concreta finalidad para la cual el legislador le atribuyó la potestad³⁷. Nótese que conforme a esta segunda hipótesis, no se requiere que la potestad se utilice para fines privados para que haya desviación de fin; tan solo basta que ésta se utilice para un fin diverso del previsto, aun cuando el fin para el que efectivamente se utilizó sea uno público³⁸.

La desviación de poder se refiere a un control que requiere analizar el comportamiento del autor del acto, con el fin de determinar si, efectivamente, se apartó de la finalidad que es propia a la potestad otorgada. Se puede analizar desde una perspectiva subjetiva u objetiva. La primera requiere introducirse en la subjetividad del autor del acto, con el propósito de detectar sus intenciones; la segunda, en cambio, desprende la conclusión del acto mismo y las circunstancias que lo rodean. En otros términos, debe analizarse si el comportamiento, reflejado en el ejercicio de la potestad, es aquel esperable de un órgano público respetuoso de las potestades que se le han otorgado. Para ello hay que seguir un proceso que se compone de dos investigaciones³⁹. En primer término, el juez habrá de esclarecer la finalidad que ha querido perseguir la ley que otorga la potestad. Luego, deberá examinar la finalidad que en los hechos ha perseguido la autoridad administrativa al ejercerla. De esta manera, la confrontación entre la intención legislativa y aquella que efectivamente ha perseguido la autoridad administrativa llevará al juez a determinar si el respectivo acto es legal o no⁴⁰. Si de esta confrontación resulta que se ha

³⁴ Ver, OELCKERS CAMUS (1977), p. 144.

³⁵ OELCKERS CAMUS (1977), p. 145.

³⁶ PIERRY ARRAU (1984), p. 166.

³⁷ OELCKERS CAMUS (1977), p. 145.

³⁸ OELCKERS CAMUS (1977), p. 144.

³⁹ JARA SCHNETTLER (2013), p. 212.

⁴⁰ Idem.

producido un resultado que se aparta de las finalidades propias de la respectiva actuación⁴¹, entonces la desviación de poder se habrá configurado.

En relación a los elementos de la desviación de poder, estos son (1) la aparente regularidad externa del acto y (2) la irregularidad interna del fin⁴². En relación al primero, la desviación de poder supone la existencia de un acto al que no cabe hacer reproche en lo formal –aunque no es el caso, como vimos en el capítulo anterior de este informe. Por ello, el vicio se presenta de una manera solapada, que solo se puede descubrir investigando la causa o finalidad que se tuvo en vista al momento de dictarse el acto. Desde la perspectiva subjetiva, según indica Pierry, la desviación de poder procura “buscar las intenciones subjetivas, los móviles internos que han inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto, y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho”⁴³. Ahora desde una mirada objetiva, hay que confrontar si aparece ajustado a una conducta exigible conforme a los parámetros de comportamiento deseable de la administración que ese acto se haya dictado con una finalidad diversa a aquella que usual o de manera normal es pertinente. Esto no implica que la desviación de poder corresponda a un control de índole moral y, por tanto, diverso al jurídico⁴⁴.

En cuanto a la irregularidad interna del fin, ésta se detecta siguiendo una doble investigación⁴⁵. En primer término, cabe determinar el fin objetivo que la aplicación de la norma ha de perseguir según la ley. Ahora bien, la consagración de este fin puede figurar de manera expresa o tácita en la norma que atribuye la potestad. Habiendo hecho esto, se debe contrastarse dicho fin objetivo con aquel móvil o comportamiento reflejado en el acto que el funcionario tuvo en mente cuando lo dictó.

La determinación del fin objetivo de la norma es necesaria, en la medida que, pese a ser un elemento reglado en toda potestad, el fin muchas veces no aparece explícito en el

⁴¹ Véase, LLEDÓ, VELOSO, Camilo y PARDO, DONOSO José (2012). *La desviación de poder como vicio del acto administrativo*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 111 y ss.

⁴² JARA SCHNETTLER (2013), p. 224.

⁴³ PIERRY ARRAU (1984), pp. 165-166.

⁴⁴ OELCKERS CAMUS (1977), p. 144.

⁴⁵ JARA SCHNETTLER (2013), p. 227.

texto de la ley⁴⁶. Puesto en términos sencillos, el agente emisor del acto no puede procurar la obtención de cualquier fin público, sino que tan solo de los que se enmarcan dentro de sus potestades. Esto es el correlato lógico de la regla de la especificidad y determinación de cualquier potestad pública⁴⁷. Por lo tanto, al momento de ejercer una potestad, no basta con que ella persiga un objetivo de interés general definido en términos amplios.

De esta forma, desentrañar el fin objetivo de la norma requiere emplear una metodología.⁴⁸ Como se ha dicho recientemente “los actos como los sueños suelen tener un doble contenido: uno manifiesto y el otro latente”⁴⁹. Lo mismo se puede señalar de los contratos, a propósito de los actos simulados. Un acto aparente, en lo formal impecable, esconde otro, que aparece como espurio en la simulación ilícita, cuya finalidad es inconfesable. Se pretende llevar a cabo un acto público conforme a la legalidad, por ejemplo, la creación de una AFP, pero en realidad, lo que se busca con ello, el fin oculto, es lograr una ventaja tributaria. La AFP que se crea es sólo una cáscara vacía, carente de otra finalidad que no sea pagar menos impuestos, lo que tuerce, en alguna medida, el fin para el cual están destinadas estas instituciones, que es la administración de los fondos de sus afiliados. Se trataría de un típico caso de simulación por causa, es decir, se esconde la verdadera motivación del acto, la que resulta inconfesable, y se le disfraza con un acto aparente y válido.

En primer lugar, debemos analizar el texto expreso de la norma, para la eventualidad que el fin figurara explícito. Luego, para el relativamente usual caso que el texto no resulte esclarecedor en esta tarea, habrá de buscarse la finalidad en la historia del establecimiento de la norma. En tercer lugar, será necesario analizar la naturaleza y contexto de las normas legales que habilitan el ejercicio de la respectiva potestad. Finalmente, en el evento que ninguno de los pasos anteriores arroje luces sobre la finalidad en cuestión, cabrá la jurisprudencia definirlo mediante una interpretación armónica y prudente de los diversos factores involucrados en el espíritu general del ordenamiento administrativo.

En segundo lugar, debemos determinar el móvil subjetivo del agente emisor del acto sujeto a escrutinio. Al tratarse de un propósito que traiciona la finalidad legislativa, el autor

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ver, PRAT, Julio (1957). *De la desviación de poder*. Montevideo, p. 158. Cfr. JARA SCHNETTLER (2013), p. 228.

⁴⁹ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (2015). “Reportajes”. *Diario El Mercurio*.

del acto procura que este móvil permanezca oculto, con el objeto de darle a éste una apariencia de perfecta regularidad⁵⁰. Ello supone un desafío relevante, el cual la doctrina y la jurisprudencia han acometido de una forma que evite cualquier tipo de subjetividad: evidenciando objetivamente el propósito desviado del agente⁵¹. Para una mejor comprensión de este punto es necesario adentrarse muy someramente en la teoría general del acto administrativo; particularmente, en lo referido al elemento causal del mismo.

En todo acto administrativo existe un elemento causal, que se compone de tres subelementos: el fin, el motivo y la causa del acto administrativo. Dado que son los únicos que resultan de relevancia para este caso, nos referiremos a los dos primeros. Como ya se ha visto, el fin es el objetivo que el legislador persigue al asignar la potestad al órgano administrativo⁵². En tanto, el motivo del acto administrativo es el “conjunto de antecedentes y presupuestos fácticos y jurídicos que le sirven de apoyo”⁵³. Precisamente, a través de la vinculación entre el fin del acto y su motivo, resulta posible determinar el móvil que el funcionario tuvo en mente al momento de dictarlo.

Un antiguo ejemplo, elaborado por la doctrina francesa, ilustra la vinculación entre fin y motivo del acto⁵⁴, y refleja su utilidad para detectar el móvil del agente que lo emite. Tómese por caso una injustificada sanción que impone un superior jerárquico a un subalterno, fundada únicamente en la animosidad personal que le tiene. La nulidad de aquel acto administrativo en que se materializa la sanción es posible de fundar tanto en el fin, como en el motivo⁵⁵. En efecto, el jerarca ha ejercido su potestad disciplinaria nada más que para satisfacer su animosidad, finalidad que evidentemente resulta distinta de aquella para la cual se lo ha dotado de dicha potestad. Al mismo tiempo, al ser el funcionario en cuestión sancionado por una falta que no ha cometido, el motivo del acto es inexistente; vale decir, los antecedentes fácticos que se ofrecen en sustento de la decisión jamás han existido.

⁵⁰Idem.

⁵¹Idem.

⁵²BOCANEGRA SIERRA, Raúl (2002). *Lecciones sobre el acto administrativo*. Madrid, Aranzadi, pp. 72-73.

⁵³JARA SCHNETTLER (2013), p. 233.

⁵⁴Ver, VEDEL, George y DEVOLVÉ, Pierre (1992). *Droit Administratif*. Tomo II, p. 332. Citado por JARA SCHNETTLER (2013), p. 233.

⁵⁵Idem.

De esta forma, la inexistencia del motivo es un claro indicio del móvil traicionero de la legalidad del funcionario emisor del acto. Ello, por cuanto la inexistencia del motivo lleva a centrar la atención en los hechos objetivos en que se basa la respectiva decisión administrativa, y son éstos los que permiten descubrir aquella finalidad que realmente se tuvo en vista al dictar el acto. En suma, sin necesidad de adentrarse en disquisiciones subjetivas, a través del control de la existencia del motivo se puede llegar a determinar el fin del funcionario que ha dictado el acto. Esto lo ha reafirmado la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, la que ha señalado que de los antecedentes de un acto administrativo resulta posible detectar cuando se ha utilizado una potestad para una finalidad diversa de la cual ha sido otorgada⁵⁶.

El control en la desviación de fin es de carácter objetivo. Por lo que basta analizar el acto administrativo y aquellos documentos y antecedentes que lo complementan para efectos de constatar la desviación del fin. En cuanto a las fuentes para detectar la desviación de poder, la primera de éstas emana de las mismas expresiones utilizadas en el fundamento de la respectiva decisión⁵⁷. En conformidad a la Ley N°19.880, el procedimiento previo a la dictación de todo acto administrativo debe constar en un expediente administrativo⁵⁸. Como señala Cordero, este expediente sirve de base para el control del acto administrativo, en la medida que “devela el proceso racional de adopción de un acto administrativo”⁵⁹. La doctrina francesa, y nuestra jurisprudencia, hablan del *dossier*, expresión que es bastante más vasta que el expediente administrativo⁶⁰. Es que a diferencia de este último, el *dossier* comprende cuantos antecedentes y documentos sirvan de sustentación o complemento directo o esencial de la decisión adoptada, incluyendo, entre otros: la correspondencia oficial, comprendiendo incluso aquella que sea posterior a la dictación del acto; las circulares dirigidas a los subalternos, sea que éstas fueran anteriores, coetáneas o posteriores a la dictación del acto; los diversos informes en que se sustente la decisión; y, por último, todo documento que permita poner en contexto el fin que ésta realmente persigue. Dentro de estos últimos se incluyen también los antecedentes,

⁵⁶ Ver, Corte Suprema, “Inversiones La Picolla Italia con I. Municipalidad de Las Condes”, sentencia de 7 de marzo de 2005 (recurso de protección), Rol N°50-2005.

⁵⁷ JARA SCHNETTLER (2013), p. 246.

⁵⁸ Ver artículo 18, Ley N°19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

⁵⁹ CORDERO VEGA (2015), p. 360.

⁶⁰ JARA SCHNETTLER (2013), p. 247.

declaraciones e informes, que surgen de investigaciones sumarias, sumarios administrativos, así como de auditorías internas y externas. Esto aun cuando dichas investigaciones sean instruidas por órganos diversos al involucrado, como sería el caso de la Contraloría General de la República. En definitiva, la desviación de poder puede probarse por el conjunto de rastros que puedan quedar en la documentación administrativa, en sentido amplio⁶¹.

Si analizamos los actos administrativos que dieron origen a la creación de la AFP Argentum S.A., la Resolución N°E-220-2014, de 19 de diciembre de 2014, que autorizó la existencia y aprobó los Estatutos de AFP Argentum S.A.; y Resolución N°E-221-2015, que aprueba la fusión por incorporación de Cuprum S.A. por parte de Argentum S.A., ambas de la Superintendencia de Pensiones, podemos ver que claramente hay una desviación de fin, en cuanto a su finalidad pública. Pues el único móvil en autorizar la creación de esta “nueva” AFP, es que el particular obtenga una ventaja tributaria, ya que en la práctica encubre una simulación ilícita del ente privado, pues la nueva AFP, no solo tiene igual capital que la antigua AFP Cuprum, sino que es el mismo capital, la misma junta de accionistas, los mismos trabajadores, las mismas sucursales, la misma cartera de clientes, hasta fue conservado el mismo nombre comercial “Cuprum”. Por lo que la “nueva” AFP Argentum, existe solo en el papel, no reporta ninguna utilidad o beneficio en la administración de los fondos de pensiones de los trabajadores, que es la finalidad o fin público por el que se le otorga a los particulares la autorización de formar una AFP. Y el rol de la Superintendencia es vigilar y fiscalizar que las AFPs cumplan esta finalidad.

Por último, también resulta posible probar la desviación de poder a través de inferencias probatorias. En primer término, está la dictación apresurada de decisiones administrativas. En este caso, en la precipitación se encuentra el indicio de la existencia de un fin diverso al interés general. Quizá podría ser el cambio inminente de la tributación o que vaya a desaparecer ciertas ventajas fiscales. Luego, se encuentra la discordancia entre el motivo del acto y la decisión que se adopta, en donde la inexistencia de presupuestos de hecho plausibles que justifiquen la decisión proporciona indicios suficientes como para sostener que se aleja del fin querido por la ley. Enseguida, está la inoportunidad flagrante de la decisión, la que, de ser ostensible y manifiesta, es demostrativa de la intención de defraudar la intención legislativa. Finalmente, el tratamiento desigual o ausencia de imparcialidad del autor del acto, hipótesis en la cual el tratamiento discriminatorio de los

⁶¹Ídem.

administrados que no se fundamenta en el interés general demuestra que el órgano está ejerciendo sus potestades para otros propósitos que aquellos que ha querido la ley.

La desviación de poder es un parámetro que la jurisprudencia administrativa y judicial habitualmente ocupan para controlar la legalidad de los actos de la administración. Tratándose de la primera, ésta enfatiza que las potestades administrativas deben ejercerse con miras al interés general; que cuando ello no ocurre se vulnera el principio de probidad administrativa; y, por último, la ya analizada vinculación existente entre la desviación de fin y aquellas decisiones insuficientemente motivadas⁶². Si bien la gran mayoría de estos pronunciamientos se refieren al ámbito de la función pública⁶³, uno que se refiere a otro diverso, que es especialmente relevante para nuestro análisis. Se trata del Dictamen N°40.152 de 2011, donde la Contraloría General de la República rechaza la legalidad de autorizaciones de pesca de investigación que se otorgaron sin que hubiere propósitos científicos, sino que para permitir a su beneficiario poder explotar comercialmente especies hidrobiológicas⁶⁴. El caso es de especial relevancia porque (1) demuestra que resulta posible para los órganos de control determinar el verdadero móvil del agente que dictó el acto e (2) ilustra como la técnica de la autorización, precisamente aquella utilizada por la Superintendencia de Pensiones en el caso que se está analizando, puede ser utilizada para realizar actividades que no apuntan al interés general que ha procurado la ley al momento de otorgársela al particular.

En cuanto a la jurisprudencia judicial, son varios los casos en que ésta ha anulado actos administrativos por considerar que ha existido desviación de poder, utilizando una aproximación objetiva, que se vale del análisis de los motivos para detectarla⁶⁵. Buena parte de estos fallos han recaído en casos donde la autoridad municipal ejerce torcidamente sus potestades relativas a la renovación de las patentes de alcoholes⁶⁶. En tanto, la mayoría de

⁶²JARA SCHNETTLER (2013), p. 255.

⁶³ Ver, entre otros, los Dictámenes N°s 48.615 de 1999; 43.507 de 2000; 1337 de 2005; 72.956 de 2010 y 19.807 de 2011. Cfr. JARA SCHNETTLER (2013), pp. 255-256.

⁶⁴Cfr. JARA SCHNETTLER (2013), p. 257.

⁶⁵JARA SCHNETTLER (2013), p. 258.

⁶⁶ Ver, Corte Suprema, 7 de marzo de 2005; Corte Suprema, “Rojas González con I. Municipalidad de Lo Barnechea”, sentencia de 28 de diciembre de 2005 (recurso de protección), Rol N°5503-2005; Corte Suprema, “Pozo Saavedra con I. Municipalidad de Las Condes”, sentencia de 10 de enero de 2006 (recurso de protección), Rol N°6493-2005. Cfr. JARA SCHNETTLER (2013), pp. 258-260.

los fallos más recientes se refieren a la función pública⁶⁷. El denominador común de estas decisiones es el hallazgo que el móvil en que se inspira la decisión impugnada es diverso al fin que persigue la norma legal que autoriza su dictación. Para detectarlo las Cortes analizan los motivos de la decisión, recurriendo para estos efectos al expediente administrativo y a los antecedentes complementarios del acto⁶⁸.

En suma, se ha visto hasta ahora que al otorgarse las potestades administrativas para el cumplimiento de un fin preciso, no resulta posible ejercerlas para otro distinto; de lo contrario, se incurre en desviación de poder. Este vicio se presenta en aquellos actos que ser en apariencia legales, solapadamente persiguen un fin irregular. Esto último dificulta la detección de este vicio, aunque no de una manera insoslayable, en cuanto siempre va a ser posible mediante el análisis acucioso de los motivos detectar el verdadero fin que ha perseguido el agente emisor del acto. Lo anterior es confirmado por la jurisprudencia administrativa y judicial, las que asiduamente declaran la ilegalidad de actos de la administración, cuando llegan a la conclusión que estos persiguen fines diversos de los que establece la ley.

B. La Desviación de Poder en la Resolución N° 220 de la Superintendencia de Pensiones

La Superintendencia de Pensiones, dentro del ámbito de su competencia, está a potestad de autorizar la existencia y aprobar los estatutos de una Administradora de Fondo de Pensiones. Esto se desprende, en primer término, del artículo 94, N°1, del Decreto Ley N°3500, de 1980, que otorga a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones la atribución de “[a]utorizar la constitución de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones...”. En el mismo sentido, el artículo 3, letra a) del Decreto con Fuerza de Ley N°101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, consagra como una de las

⁶⁷ Ver, Corte Suprema, “Ramírez Quimper con Director Hospital Doctor Juan Noé Crevani de Arica”, sentencia de 24 de enero de 2011 (recurso de protección), Rol N°9210-2010; Corte Suprema, “Yáñez Pollizy y otra con Director Instituto Nacional de Deportes”, sentencia de 6 de mayo de 2011 (recurso de protección), Rol N°1344-2011; Ver, Corte Suprema, “Ávila Romero con I. Municipalidad de Renca”, sentencia de 23 de septiembre de 2010, Rol N°5582-2010. *Cfr.* JARA SCHNETTLER (2013), pp. 260-261.

⁶⁸ Ver, Corte Suprema, 7 de marzo de 2005.

facultades de la Superintendencia, la de autorizar la existencia de una Administradora de Fondos de Pensiones.

El que sea la Superintendencia de Pensiones la que actualmente ejerza dichas atribuciones se explica por el artículo 47, N°1, de la Ley N°20.255, que consagra dentro de sus funciones y atribuciones, la de ejercer todas aquellas que el Decreto Ley N°3500 y el Decreto con Fuerza de Ley N°101 le asignan a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones⁶⁹.

Habiendo constatado que la Superintendencia de Pensiones tiene potestades para autorizar la existencia de una AFP, cabe analizar si para el caso de la autorización de la AFP Argentum S.A. aquellas han sido ejercidas rectamente; esto es, para el fin que el legislador tuvo en vista al otorgarlas. Sin adentrarnos por ahora en la prueba de la desviación de poder, hay que indagar en esta etapa si acaso se presentan indicios plausibles de que la Superintendencia de Pensiones ejerció sus potestades para otros fines que los procurados por la ley.

Siendo evidente en los antecedentes descritos en la sección anterior que se autorizaba la existencia de AFP Argentum S.A. para el solo efecto que ésta se fusionara con AFP Cuprum S.A., existe *prima facie* un caso de desviación de poder. La interrogante que es posible realizar es si la Superintendencia podría haber ignorado que la referida sociedad Argentum escondía una finalidad que motivaba la fusión y que se conectaba en forma directa con una ventaja tributaria. Al ejercer sus potestades pareciera que la Superintendencia debería haberse interrogado cuál era la razón de la fusión, por qué existía la premura, sin embargo actuó en forma automática, como si se tratara de un simple buzón que requiere realizar un test del cumplimiento de ciertas formalidades, sin que deba auscultar cuáles son las motivaciones o representarse cuáles podrían ser. La defensa que ha hecho pública la Superintendencia recuerda aquellos escritos de Hanna Arendt relativos a la banalidad del mal. Al funcionario sólo le cabría autorizar documentos sin que le sea exigible representarse, ante una operación de suyo especial y extravagante, cuáles eran las finalidades que estaban detrás del montaje contractual. Es obvio que no se trataba de una operación ordinaria, tanto es así que primero la Superintendencia rechazó la fusión, pues no existían dos AFPs para fusionarse.

⁶⁹ En conformidad al artículo 46, inciso 3°, de la misma Ley N°20.255, que establece reforma previsional, *Diario Oficial*, 17 de marzo de 2008, la Superintendencia de Pensiones debe ser considerada como la sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Quedan varias interrogantes en este proceso de fusión ¿Era razonable que el órgano público competente para fiscalizar auscultara el motivo por el cual se pretendía llevar a cabo esta operación? ¿Es esperable de un órgano público con competencias precisas para fiscalizar las AFPs que se inmiscuya en la causa de la operación? Si recurrimos a la teoría de la desviación de poder, que se presenta allí donde una decisión administrativa es dictada por un órgano competente, pero éste tiene en vista una finalidad diversa de aquella para la cual el acto podía ser dictado, la respuesta a estas interrogantes debe ser afirmativa.

Parafraseando una formulación clásica de la desviación de poder, la finalidad de la ley, que confirió la potestad de otorgar la autorización no pudo ser el de entregar un arma para satisfacer requerimientos de índole tributaria de los regulados, sino el de otorgar al órgano un instrumento que permitiera constituir auténticas sociedades que se dediquen a administrar fondos de pensiones⁷⁰. En efecto, tal como lo reconoce la propia Superintendencia de Pensiones en un Oficio, el propósito u objetivo que procuran los fundadores y accionistas de una AFP siempre ha de ser el de “crear una AFP”⁷¹.

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

Como se ha señalado, los elementos de la desviación de poder son (1) la aparente regularidad externa de un acto y (2) la irregularidad interna del fin del mismo. Como vimos en el primer capítulo de este acto, el acto administrativo adolece de un vicio de ilegalidad, al no cumplir los presupuestos fácticos de la norma. Por lo que ahora analizaremos el segundo de los elementos, la irregularidad interna de la Resolución N°220.

⁷⁰ Ver, RODRÍGUEZ ELIZONDO, José (1961). *Protección Jurisdiccional de los Administrados (El Exceso de Poder)*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 77-78.

⁷¹ Ver Oficio Reservado N°13.424, de 17 de junio de 2015, de la Superintendencia de Pensiones, p. 17.

Este análisis parte por establecer el fin objetivo que la aplicación de la norma, el artículo 94 N°1 del Decreto Ley 3500, en concordancia con los artículos 3, letra a) del DFL N°101, y el 47 N°1 de la Ley N°20.255, ha de perseguir según la ley.

En cuanto al fin objetivo de la aplicación de la norma, que sin perjuicio de su relación con otras disposiciones legales, es fundamentalmente el artículo 94 N°1 del Decreto Ley N°3500, estamos frente a uno de aquellos casos en que el fin no aparece explícito en la ley. Por lo tanto, se debe acudir a otros elementos para detectarlo. No existiendo historia del establecimiento de esta norma, se debe analizar la naturaleza y el contexto de las normas legales que habilitan el ejercicio de la respectiva potestad –para este caso, aquella de la Superintendencia de Pensiones, relativa a autorizar la constitución de una AFP. Con este objeto, se deben considerar otras disposiciones del Decreto Ley N°3500: el artículo 1 y el artículo 23.

La primera de estas disposiciones, junto con crear un sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual, establece que ésta se realizarán en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones. Por su parte, el artículo 23 ordena que las Administradoras de Fondos de Pensiones tengan un objeto exclusivo: administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley. ¿Qué nos dicen estas disposiciones respecto de la autorización para la constitución de una AFP que debe otorgar la Superintendencia de Pensiones? Dicen, en primer término, que las Administradoras de Fondos de Pensiones son el medio crucial en el cual se apoya este esquema regulatorio para que exista un sistema basado en la capitalización individual. Tan relevante es este medio para la existencia y buena marcha del sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, que el legislador exige que estas sociedades tengan un objeto exclusivo: *administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley.*

Cabe preguntarse entonces ¿es este el objetivo que se tuvo en vista para crear Argentum? O en cambio, su creación estaba marcada por una causa que abrigaba como finalidad someterse a una tributación que le fuera más favorable.

Siendo esto así, se sigue que el fin de la potestad de la referida Superintendencia para autorizar la constitución de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones no puede ser otro que permitir que se creen aquellas sociedades de esta índole que efectivamente administren las capitalizaciones individuales de las pensiones en cuestión. De forma tal que al ejercer esta potestad, este órgano regulador debe perseguir el fin de que se cree una de

estas sociedades y ningún otro. Ello no ocurre en el caso bajo análisis, donde hay antecedentes suficientes para sostener que el órgano se vale de esta potestad para procurar un fin diverso: que un privado cumpla con un requisito necesario para obtener un beneficio tributario; a saber, que exista una AFP absorbente, de manera que posteriormente se pueda realizar la fusión por incorporación que es necesaria para obtenerlo. Esto resulta evidente si se considera que la Resolución N°220 autoriza la creación de AFP Argentum S.A. “para el solo efecto de fusionarse con Cuprum S.A.”⁷².

Esta conclusión, que se deriva del contenido mismo de la Resolución N°220, se corrobora al analizar los motivos de este acto administrativo. Como hemos señalado, los motivos son el conjunto de antecedentes de hecho y de derecho que justifican la dictación de un acto administrativo. Dentro de los primeros se encuentra la circunstancia que esta resolución se dicta en un contexto fáctico bien preciso: solo algunos días antes que expire el plazo para obtener un beneficio tributario asociado a una fusión por incorporación. A su vez, entre los segundos está la explícita sugerencia realizada por la Superintendencia de Pensiones, a través de un acto administrativo —específicamente, un Oficio—, en el sentido que la fusión podría realizarse si la matriz de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones (PIC), se convierte en una AFP. Si se consideran estos antecedentes fácticos y jurídicos, junto a la indicación explícita en la Resolución N°220 de que AFP Argentum S.A. se autoriza bajo la condición suspensiva que se fusione con AFP Cuprum S.A. dentro de un cierto lapso, no cabe duda alguna que la potestad para autorizar la constitución de una AFP se utiliza en este caso como un mero subterfugio para hacer viable la fusión y que con ella el regulado obtenga el beneficio tributario que pretende. Incluso, aún en el evento que se haya ignorado esa finalidad, como lo manifiesta la Superintendencia, no es posible acoger su argumento, pues justamente la diligencia que le era exigible importaba que lo supiera y al no haberlo hecho, incurre en una falta que le es imputable.

La desviación de poder se prueba, en primer término, a través de las expresiones formales contenidas en la fundamentación de la decisión, y luego, mediante los antecedentes y documentos que le sirvan de sustentación o complemento esencial. En el caso de la Resolución N°220, no es ni siquiera necesario revisar la fundamentación de la decisión, pues esta misma deja en evidencia el móvil torcido del órgano que la dictó. En efecto, como se ha señalado, la referida decisión autoriza la existencia de Argentum S.A.

⁷² Ver Resolución N°220, de 20 de diciembre de 2014, de la Superintendencia de Pensiones.

“para el solo efecto de que se fusione con AFP Cuprum S.A.”. Lo que pone en evidencia que la potestad no se utiliza para crear una nueva sociedad que administre fondos de pensiones, sino que para que la matriz de una existente pueda fusionarse con ésta y con ello obtener un beneficio tributario.

El conjunto de antecedentes y documentos que sirven de sustentación o complemento esencial a la Resolución N°220 también apuntan a un ejercicio desviado de la potestad pública. En primer lugar, cabe considerar el párrafo final del Oficio de septiembre de 2014 mediante el cual la Superintendencia de Pensiones rechaza la fusión de PIC con AFP Cuprum S.A., donde le indica al primero que para que esta fusión sea procedente debe convertirse en una AFP. Luego, el antecedente contenido en los vistos de la Resolución N°221, en virtud de la cual autoriza la fusión entre las AFPs Argentum y Cuprum S.A., relativo a que la existencia de la primera de éstas fue autorizada para el solo efecto de que se fusionare con la segunda. De forma tal que el *dossier* también resulta ilustrativo de la desviación de poder en que ha incurrido la Superintendencia de Pensiones.

En este caso también es posible detectar la desviación de poder, en la medida que puede evidenciarse en la autorización en cuestión un tratamiento desigual o ausencia de imparcialidad de parte del agente emisor del acto. Esta falta de imparcialidad resulta evidente si se considera el citado párrafo final del Oficio de la Superintendencia que rechazó la solicitud presentada por PIC para fusionarse con AFP Cuprum S.A. El que este órgano otorgue al regulado la receta para poder cumplir con su propósito, habiendo antes proporcionado fundamentos contundentes para rechazar su solicitud, va más allá de su misión: velar por el buen funcionamiento del sistema de administración de fondos de pensiones. Más aún, al no tratarse de una nueva AFP que pretenda crearse para aumentar la oferta y competitividad en el mercado, sino que solo de una existente que pretende reorganizarse para acceder a un beneficio tributario, la sugerencia parece privilegiar el interés particular de la última por sobre el general, lo que demuestra la ausencia de imparcialidad de la referida Superintendencia.

La desviación de poder presente en la Resolución N°220 es consistente con la jurisprudencia administrativa y judicial relativa a este vicio. Tratándose de la primera, existe un Dictamen que se refiere precisamente al otorgamiento de una autorización⁷³. Éste incide sobre una Resolución de la Subsecretaría de Pesca que otorgó la autorización de una pesca

⁷³ Ver Dictamen N°40.152 de 2011. *Cfr.* JARA SCHNETTLER (2013), p. 257.

de investigación, no con el objeto que su beneficiario la usara para fines científicos, sino que para que éste pudiese explotar comercialmente la especie pesquera a la que el permiso se refería. Este caso es análogo al de la Resolución N°220 por cuanto en ambos la autorización se otorga para una finalidad distinta de aquella para la cual el legislador la ha conferido al respectivo órgano la potestad para otorgarla. Precisamente, en la Resolución N°220 AFP Argentum solo se crea para que pueda existir una sociedad que pueda absorber a Cuprum S.A., de manera que pueda realizarse la respectiva fusión por incorporación, y con ello acceder al beneficio tributario.

A lo largo de este Informe hemos argumentado que la Resolución N°220 se encuentra viciada, por haberse dictado con desviación de poder. Hemos fundamentado esta afirmación en que la finalidad de la potestad que la Superintendencia de Pensiones ejerció al momento de aprobar la existencia de AFP Argentum S.A. es la de permitir la creación de sociedades que efectivamente administren fondos de pensiones. Esta finalidad, sin embargo, no se ha cumplido al autorizarse la existencia de AFP Argentum S.A. Ello obedece a que la autorización de su existencia no tiene por objeto permitir la entrada al mercado de una AFP que efectivamente administre fondos de pensiones. Más bien, su objeto es que se cuente con un supuesto necesario para que la matriz de AFP Cuprum S.A. se fusione con ésta y obtenga un beneficio tributario, antes que expire el plazo para acceder al mismo.

Se podría plantear a este argumento la siguiente objeción: de ser éste efectivo, cada vez que la Superintendencia de Pensiones autoriza la existencia de una AFP, y esta posteriormente es autorizada por el mismo órgano para fusionarse por incorporación con otra creada posteriormente, existiría desviación de poder. Este sería el caso porque la aprobación de la segunda solo tendría por objeto cumplir con un requisito necesario para la procedencia de la fusión.

Podemos responder a esta potencial objeción señalando lo siguiente. Hay autorizaciones y autorizaciones; unas lícitas y funcionales a intereses públicos y privados, y otras que solo maximizan los segundos. Este último es el caso de la autorización que se materializa a través de la dictación de la Resolución N°220, acto administrativo que se dicta tan solo unos días antes que se solicite la autorización para proceder a la fusión entre las AFPs involucradas, y que explícitamente concede la autorización para el solo propósito que la nueva AFP absorba a una existente. Ello permite afirmar que si bien es lícito que se autorice la existencia de una AFP, que posteriormente recibe el permiso para fusionarse por incorporación con otra, no puede afirmarse lo mismo de la Resolución N°220 y de la

fusión que esta origina. Ello se debe a que en este último caso se trata de una fusión por incorporación entre partes relacionadas, donde la AFP absorbente se ha autorizado con el único objeto de hacer viable la fusión, y al límite del plazo donde aún resulta posible obtener un beneficio tributario derivado de ésta.

Es cuanto podemos informar.

Martín Gubel
[Signature]

CIPER