



RESOLUCIÓN EXENTA N° 0513

Santiago, 4 de marzo de 2016

VISTOS: a) Las facultades que la Ley confiere a esta Superintendencia, especialmente las contenidas en los N° 1 y 3 del artículo 94 del D.L. N° 3.500 de 1980, en los N°s. 1 y 7 del artículo 47 de la ley 20.255 y en las letras a), b) e i) del artículo 3° del D.F.L. N° 101 de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social; b) Lo dispuesto en los artículos 23, 24 A, 25 y 43 del DL N° 3.500 de 1980; artículos 99 y 126 y siguientes de la Ley N° 18.046; c) Lo prescrito en la ley N° 19.880; d) Las cartas GG/1619/14_S de fecha 11 de septiembre de 2014 de AFP Cuprum S.A. y F-641-2014 de AFP Provida S.A., respectivamente; e) Los oficios de esta Superintendencia N° 21.449, dirigido a AFP Cuprum S.A., de 25 de septiembre 2014 y N° 28.947 dirigido a AFP Provida S.A., de fecha 9 de diciembre de 2014, respectivamente; f) Los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 98.889 de fecha 16 de diciembre de 2015 y 9.072 de fecha 8 de febrero de 2016, respectivamente; g) Las Resoluciones Exentas de esta Superintendencia N°s E-220 de 2014 y E-221 de 2015 y E-223 y E-224, ambas de 2015, y sus antecedentes fundantes; h) La Nota Interna N° GAB-11, de 24 de febrero de 2016, dirigida al Sr. Fiscal de esta Superintendencia; i) La Nota Interna N° FIS-162 de la Fiscalía de esta Superintendencia, de fecha 3 de marzo de 2016, dirigida al Sr. Superintendente; y

CONSIDERANDO:

- 1°.- Que mediante dictamen N° 9.072 de fecha 8 de febrero de 2016, la Contraloría General de la República emitió un pronunciamiento en virtud del cual aclaró y complementó su oficio N° 98.889 de fecha 16 de diciembre de 2015, en el que manifestó una opinión jurídica respecto del proceso de fusión llevado a cabo entre AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A. Dicho pronunciamiento, en lo pertinente, señaló que en el proceso de formación de la nueva administradora no se acreditó el cumplimiento de las exigencias que al efecto fija el legislador, fundamentalmente en lo siguiente: a) En cuanto a la formación de la nueva administradora, y al tenor de lo previsto en el artículo 130 de la ley N° 18.046, en relación con los artículos 23 y 24 A del decreto ley N° 3.500 de 1980, no resulta admisible que en un proceso de constitución de una AFP se acompañen antecedentes de otra, aun cuando aquella sea su controladora, puesto que, en definitiva, ello importa no dar cumplimiento a las exigencias que para tal efecto fija el legislador; b) La omisión de los requisitos indicados en la letra a) precedente, no puede justificarse en la conveniencia de la operación, a la cual alude el artículo 130 de la ley N° 18.046, como habría sugerido esta Superintendencia, sin perjuicio de añadir que, en la especie, no se habrían aportado antecedentes que permitan acreditar cabalmente la utilidad o provecho para el Sistema de Pensiones que reporta la operación cuestionada; y c) En cuanto a la fusión y de acuerdo a lo que dispone el artículo 99 de la ley N° 18.046, esta operación supone la existencia de dos o más sociedades, y en la especie, comoquiera que sólo existía válidamente AFP Cuprum S.A. y no AFP Argentum S.A. al momento de verificarse la fusión, esta última no se encontraba en condiciones de

concurrir a aquella. En definitiva, agrega en este punto, no es la circunstancia abstracta de establecer una condición suspensiva lo que se cuestiona, sino que el hecho de que la condición fijada, en sí misma, resultaba impracticable;

- 2°.- Que atendido lo señalado por la Contraloría General de la República en los dictámenes indicados en el considerando precedente, y con el objeto de determinar los cursos de acción a seguir por esta Superintendencia en la materia, este Superintendente, mediante Nota Interna N° GAB-11, de fecha 24 de febrero de 2016, solicitó al Sr. Fiscal de esta Superintendencia evacuar un informe jurídico sobre los procesos realizados por este ente fiscalizador en relación a los hechos antes descritos (en adelante “el informe”), en el cual debía además examinar el proceso de autorización de existencia de AFP Acquisition Co. S.A. y su posterior fusión con AFP Provida S.A. y, si fuera pertinente, extender su análisis jurídico a ese proceso;
- 3°.- Que mediante Nota Interna N° FIS-162, de fecha 3 de marzo de 2016, el Sr. Fiscal de esta Superintendencia evacuó el informe requerido, en el cual, atendido que los procesos de fusión de las AFPs Argentum S.A. y Cuprum S.A., por una parte, y AFPs Acquisition Co. S.A. y Provida S.A., por la otra, tienen características similares, extendió su análisis jurídico también a este segundo proceso de fusión, con el objeto de que se pueda determinar el curso de acción a seguir respecto de ambos procesos. En síntesis, el informe establece lo siguiente:
- a) Los procesos de creación de las AFPs Argentum S.A. y Acquisition Co. S.A. y las posteriores fusiones con AFP Cuprum S.A. y AFP Provida S.A., respectivamente, pudieron haberse realizado de otra forma, llegando al mismo resultado. En su carta de fecha 11 de septiembre de 2014, AFP Cuprum S.A. informó a esta Superintendencia de Pensiones su intención de realizar la fusión por absorción de Cuprum en Principal Institutional Chile S.A. (en adelante indistintamente “PIC”), subsistiendo la última como absorbente, sujeto a las condiciones suspensivas y copulativas que en la misma carta expuso. La Superintendencia contestó la carta de AFP Cuprum S.A. mediante el Oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2015. En él, esta Superintendencia señaló: “...de acuerdo a lo expuesto en su presentación, AFP Cuprum S.A. será absorbida por su controlador por lo que, además de pasar la totalidad del patrimonio y accionistas de la administradora a PIC, aquella se disolvería [.....] Como consecuencia de la disolución de la AFP, la administración de los Fondos de Pensiones quedaría en manos de una sociedad no constituida como Administradora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 A [del DL 3500] antes citado, en abierta infracción a lo dispuesto en el artículo 25 del mismo decreto ley, pues la mera modificación de los estatutos de Principal Institutional Chile S.A. para adaptarlos a las AFPs, no le autoriza a operar como una Administradora de Fondos de Pensiones”. Por las consideraciones señaladas, el oficio concluye: “...se hace presente que la fusión antes señalada podría ser autorizada sí, en forma previa, Principal Institutional Chile S.A. se constituye como Administradora de Fondos de Pensiones, de conformidad con las normas citadas”.
 - b) La condición señalada por esta Superintendencia en el oficio mencionado era innecesaria y fue instruida en forma errónea, ya que implicaba la imposición de una



exigencia adicional a los operadores de este sistema, la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico. En efecto, esta Superintendencia está facultada, en virtud del artículo 94 del DL N° 3.500, numerales 1 y 3, para: “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” y para “Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del Sistema, con carácter obligatorio para las Administradoras, y dictar normas generales para su aplicación”.

- c) En consecuencia, la Superintendencia estaba habilitada legalmente para autorizar la fusión informada en la carta de AFP Cuprum S.A. de 11 de septiembre de 2014, sin requerir la constitución de PIC como AFP en una fecha y actuación anterior. En efecto, la Superintendencia pudo haber autorizado, en un solo acto, la fusión entre PIC y AFP Cuprum S.A. y, simultáneamente, la transformación de la entidad resultante en una AFP, mecanismo legalmente idóneo para producir el resultado solicitado.
- d) Por su parte, AFP Provida S.A. informó a esta Superintendencia mediante carta de fecha 18 de noviembre de 2014 que: “Con fecha 17 de Noviembre de 2014, el Directorio de la Sociedad acordó acoger la solicitud del accionista MetLife Chile Acquisition Co. S.A, (“Acquisition Co.”) de convocar a una junta extraordinaria de accionistas de la Sociedad con el objeto de, entre otras materias, someter a votación la fusión por incorporación de la Sociedad en su matriz Acquisition Co.[...] En todo caso, la Fusión quedará sujeta a, entre otras cosas, el cumplimiento de la condición suspensiva consistente en que la Superintendencia de Pensiones autorice la Fusión y demás requisitos legales pertinentes, incluidos aquellos requeridos por la regulación de valores y la Superintendencia de Valores y Seguros”.

A la carta de AFP Provida S.A., la Superintendencia respondió mediante oficio N° 28.997 de fecha 9 de diciembre de 2014, en términos idénticos a los utilizados en el Oficio N° 21.449, de 2015, dirigido a AFP Cuprum S.A.

En consecuencia, el mismo análisis efectuado respecto de la fusión entre AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A., resulta aplicable para la fusión entre AFP Acquisition Co S.A. y AFP Provida S.A.

- e) Los dictámenes de la Contraloría General de la República han reconocido la poca precisión de la normativa aplicable a este caso, lo que la motivó a sugerir al legislador una reforma normativa (dictamen N° 98.889 de 2015).
- f) Esta imprecisión normativa se habría manifestado en la instrucción de esta Superintendencia impartida en el oficio N° 21.449 de 2014, sobre la forma de llevar a cabo los procesos de fusión antes citados, en circunstancias de existir mecanismos alternativos idóneos para el mismo fin, esto es, la reestructuración societaria.
- g) En cuanto a la procedencia de la invalidación, la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República impone un límite a la potestad invalidatoria de la Administración activa, que consiste en respetar la confianza depositada por los administrados en los actos de la Administración. La Contraloría General de la República sostiene que la invalidación tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas, sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración,

puesto que la seguridad jurídica lo exige.¹ De otro modo, agrega, podría presentarse el caos y daños irreparables e injustos, al margen de que por haber producido sus efectos, la nulidad del acto írrito afectaría derechos de terceros. En consecuencia, el ejercicio de la potestad invalidatoria de los actos administrativos debe ser armonizado con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe y la seguridad o certeza jurídica, de tal manera que de producirse una colisión entre esa facultad-deber y éstos, en determinadas situaciones, deben prevalecer dichos valores.² En ese entendido, sostiene la Contraloría General de la República, debe considerarse la conveniencia de proteger a las personas que han actuado de buena fe y la de mantener la estabilidad de las situaciones originadas al amparo de los actos de la administración, puesto que desconocer los efectos derivados de las mismas, en especial cuando afectan a terceros, importaría atentar contra el principio básico de seguridad en las relaciones jurídicas.³ Finalmente, el informe cita nuevamente a la Contraloría General de la República, la que sostiene que un error de la Administración no puede perjudicar a quienes han actuado de buena fe, siguiendo las orientaciones e instrucciones que ésta les imparta y de las cuales se deriva la privación de un derecho que, conforme al ordenamiento jurídico y de no mediar dicho equívoco, legítimamente les hubiera correspondido. En el mismo sentido, es el mismo respeto a la certeza y estabilidad el que manda que la invalidación solo procede cuando el vicio sea determinante, situación que no se da en este caso, pues, como se ha dicho, el mismo resultado se habría obtenido de haber empleado una interpretación distinta.

h) Finaliza el informe del Sr. Fiscal concluyendo:

“En mérito de los antecedentes tenidos a la vista y las consideraciones legales transcritas, puedo informar a usted:

- a. Se ha examinado en detalle los procesos de creación de las AFP Argentum S.A. y Acquisition Co. S.A. y su posterior fusión con las AFP Cuprum S.A. y Provida S.A., respectivamente, en particular a la luz de las normas legales vigentes y de los dos dictámenes de la Contraloría General de la República sobre la materia;
- b. Es el convencimiento de este Fiscal que los procesos realizados no fueron los más idóneos para alcanzar el resultado final, toda vez que pudo optarse legalmente por el mecanismo sugerido por los propios administrados;
- c. Este Fiscal comparte los planteamientos de la Contraloría General de la República en cuanto a la necesidad de realizar un estudio de reforma normativa, que regule con más precisión los distintos procesos de reestructuración empresarial que involucren la participación de las AFPs; y

¹ Dictamen N°s 53.290/2004, 21393/74, 5019/90, 17799/90, 24087/91, 15194/95, 44492/2000, 7742/2000, 34021/2003, 15657/2004.

² Dictámenes N°s 7348/08, 35397/2007, 53290/2004, 24776/95 40267/9721393/74, 5019/90, 17799/90, 24087/91 15194/95, 44492/2000, 7742/2000, 43251/2001.

³ Dictámenes N°s 25.550/00, 16097/99, 16969/99, 29704/98, 12973/98, 45534/98.

- d. La facultad invalidatoria de esta Superintendencia respecto de las resoluciones en análisis se encuentra limitada por el respeto a las situaciones jurídicas ya consolidadas. En efecto, los administrados siguieron instrucciones explícitas de esta Superintendencia, tal como lo reconoció la Contraloría General de la República, la que en su dictamen N° 98889 de 2015, textualmente señaló: 'con todo, y sin perjuicio de lo anterior, se estima necesario consignar que, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, las empresas mencionadas se limitaron a dar cumplimiento a las instrucciones recibidas de la SP, a través de las comunicaciones pertinentes', razón por la cual se puede concluir que actuaron de buena fe";
- 4°.- Que analizado en detalle el informe evacuado por el Sr. Fiscal, descrito en el considerando precedente, este Superintendente, teniendo a la vista los antecedentes de los procesos de transformación y fusión de las AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A., señala primeramente que dichos procesos fueron llevados a cabo de una manera distinta a la que proponían los regulados. Así, mediante instrucciones expresas impartidas por esta Superintendencia, tanto AFP Cuprum S.A. como AFP Provida S.A., se vieron en la necesidad de llevar a cabo el proceso de fusión con sus matrices o controladores, previa transformación de éstas en Administradoras de Fondos de Pensiones, a saber, AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A., en conformidad a lo instruido en los oficios N° 21.449, de 25 de septiembre 2014 y N° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014, respectivamente, instrucciones impartidas a partir de una interpretación efectuada por esta Superintendencia, que en virtud de lo prescrito en el artículo 94 N° 3 del DL N° 3.500 y artículo 3° letra i) del DFL N° 101 de 1980, era obligatoria para las administradoras;
- 5°.- Que comparte este Superintendente el criterio sostenido por el Sr. Fiscal, en el sentido de que la condición señalada por esta Superintendencia para llevar adelante las fusiones era innecesaria, ya que implicaba la imposición de una exigencia adicional a los operadores de este sistema, la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico. En este sentido, resultaba factible acoger el procedimiento de fusión informado por las administradoras, lo que permitía alcanzar el mismo resultado.
- 6°.- Que estando obligadas las administradoras a acatar las instrucciones que les impartió esta Superintendencia, actuaron bajo el convencimiento de la legalidad del procedimiento instruido por ella, lo que les otorgaba la confianza de estar obrando en el marco del ordenamiento jurídico vigente;
- 7°.- Que no correspondería declarar la invalidación de las mismas, en virtud de la doctrina de la confianza legítima, sostenida en la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República, ya citada;
- 8°.- Que habiéndose limitado los regulados a dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia (como lo señala la Contraloría General de la República en su dictamen N° 98.889 de 2015), debe entenderse que éstos han actuado de buena fe;
- 9°.- Que en consecuencia, esta Superintendencia se encontraría limitada para invalidar dichos actos administrativos, so pena de infringir la certeza jurídica, que ha sido recogida por la Contraloría General de la República en su jurisprudencia, como el respeto a la confianza



legítima;

RESUELVO:

Se declara improcedente invalidar las resoluciones N°s E-220 de 2014 y E-221 de 2015, E-223 y E-224, ambas de 2015, todas de esta Superintendencia.



[Handwritten Signature]
OSVALDO MACIAS MUÑOZ
Superintendente de Pensiones T. y P.

Distribución:

- Sr. Superintendente
- Fiscalía
- Intendencia de Fiscalización de Prestadores Públicos y Privados
- Intendencia de Regulación de Prestadores Públicos y Privados
- División Control de Instituciones
- División Prestaciones y Seguros
- División Financiera
- División Desarrollo Estratégico y Administración
- División Estudios
- División Desarrollo Normativo
- División Comisiones Médicas y Ergonómicas
- División Atención y Servicios al Usuario
- Archivo