



PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
**CATOLICA**  
**DE VALPARAISO**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Derecho

Escuela de Derecho



RÉGIMEN JURÍDICO DE FUSIÓN DE LAS AFP EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO:  
RELEVANCIA DE LA FUSIÓN DE ARGENTUM Y CUPRUM.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

MEMORISTA: MUZLENKA RUIZ BENITEZ.

PROFESOR GUÍA: EDUARDO CORDERO  
QUINZACARA.

Valparaíso, Chile

2016

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	3
CAPÍTULO I: RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES .....	5
I. Consagración de los Derechos Fundamentales y el Derecho a la Seguridad Social...	5
II. Naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable a las AFP. ....	12
III. Procedimiento de constitución de las AFP .....	15
IV. Régimen de control y fiscalización de las AFP: Superintendencia de Pensiones.....	17
CAPITULO II: FUSIÓN DE SOCIEDADES Y FUSIÓN DE AFP, ROL DE LA SUPERINTENDENCIA Y EFECTOS TRIBUTARIOS.....	24
I. Tipos de Fusiones. Desarrollo legal y doctrinal.....	26
II. Regulación de la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones. ....	29
III. Rol de la Superintendencia de Pensiones en el proceso de fusión de AFP. ....	32
IV. Efectos Tributarios – <i>Goodwill</i> .....	34
CAPÍTULO III. REGULACIÓN ESCASA E INCONVENIENTES QUE OCASIONA EN LA ACTUALIDAD. ....	37
I. Exposición del caso: Fusión AFP Argentum S.A y AFP Cuprum S.A.....	38
II. Análisis crítico del caso.....	46
CONCLUSIONES .....	52
BIBLIOGRAFÍA .....	55

## INTRODUCCIÓN

El sistema de pensiones actual surge con el Decreto Ley N° 3.500 del año 1980, que insta un sistema caracterizado por el esfuerzo individual proporcionado por cada persona para financiar su vejez y el aporte solidario que entrega el Estado, denominado de capitalización individual.

Dentro de este sistema existen diversos operadores jurídicos, que tienen como finalidad otorgar de la manera más óptima la prestación de este servicio público, parte de la garantía de seguridad social consagrada en nuestra Carta Fundamental. Por un lado están las entidades fiscalizadoras, por otros las entidades administradoras y finalmente, los propios afiliados al sistema, que son la base del mismo.

El tema en concreto de este trabajo es la regulación a la que están sometidas aquellas entidades privadas llamadas a cumplir con esta función pública: Las Administradoras de Fondos de Pensiones y muy concretamente, los aspectos fundamentales de su fusión.

Teniendo como objetivo central realizar un análisis detallado del régimen jurídico de la fusión de las Administradoras, evidenciando sus principales falencias e inconvenientes, a través del estudio de la normativa, jurisprudencia administrativa y la doctrina más reciente en el tema es que este trabajo se divide en tres capítulos, que pretenden abordar de la manera más eficiente los puntos centrales del estudio.

El primer capítulo tiene como objetivo determinar el régimen jurídico aplicable y la naturaleza de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Para ello comenzaré contextualizando el tema, a través de una breve reseña histórica respecto al derecho fundamental en el cual encuentra su fundamento el actuar de estas entidades, abordando tanto su reconocimiento internacional como nacional, especificando la consagración que actualmente tiene en Chile y la función pública que cumple, para luego analizar los principales sistemas de pensiones que han existido en nuestro país, determinar cuál es el que actualmente rige y su consagración en nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, se abordará el tema en concreto del régimen y naturaleza jurídica de estos organismos, determinando la denominación legal que recibe acorde a su naturaleza y el variado marco

jurídico al que se encuentran sujetas. Luego, abordaré un aspecto esencial, pues se refiere al procedimiento de constitución de las AFP, analizando detalladamente la normativa a la que se sujeta y finalmente, este primer capítulo terminará con el control y fiscalización a que están sujetas las Administradoras, analizando el rol que cumple el organismo fiscalizador de estas entidades, la Superintendencia de Pensiones.

El segundo capítulo, se refiere concretamente a la fusión de las Administradoras de Fondos de Pensiones. En primer lugar, revisaré los aspectos centrales de las fusiones de sociedades - sus elementos, tipos y efectos - pues son primordiales para el funcionamiento y entendimiento del proceso de fusión de las Administradoras. En segundo lugar, detallaré aquellos elementos esenciales y específicos que se aplican a la fusión de estos organismos, para luego, en tercer lugar, determinar los diversos roles que cumple el ente fiscalizador en este procedimiento. Finalmente, haré una breve mención a los efectos tributarios que surgen con ocasión de las fusiones de sociedades y en concreto de las Administradoras.

El tercer y último capítulo de este trabajo tratará sobre la escasa regulación respecto la fusión y los inconvenientes que ello ha generado, luego de haber realizado el análisis legal en los capítulos anteriores, evidenciaré las falencias que tiene el procedimiento de fusión de estas entidades, los inconvenientes que han traído aparejadas y las soluciones que se les han pretendido dar, esto a través del análisis de la normativa y de la detallada revisión de un caso actual que ha causado diversos inconvenientes a los operadores del sistema. En este último punto tendré en consideración la doctrina y jurisprudencia administrativa más reciente que han intentado dar solución a los inconvenientes mencionados, para culminar con las conclusiones del caso concreto y del trabajo en general.

En definitiva, el objetivo de este trabajo es analizar la regulación de este aspecto esencial en el funcionamiento de toda sociedad, aplicado a estas entidades privadas de gran importancia en nuestro sistema público de pensiones, para evidenciar los principales problemas que surgen de ella y poder proporcionar, en la medida de lo posible, las soluciones que a corto y largo plazo se podrían tomar.

## CAPÍTULO I: RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES

Este capítulo tiene por objeto analizar aspectos que fijarán el ámbito de desarrollo del presente trabajo, determinando el contexto en que se desenvuelven las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFP), su naturaleza jurídica, régimen jurídico aplicable y el rol que cumple en la sociedad, haciendo una breve alusión a la naturaleza y función de la Superintendencia de Pensiones (en adelante SP), para concluir con el proceso de constitución de AFP.

### I. CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Para comenzar a abordar el tema en cuestión, es menester dejar claro el contexto en que se desenvuelve, para lo cual se realizará una breve reseña histórica.

Los derechos sociales son poderes o facultades que tienen las personas para solicitar y, eventualmente, exigir ciertas prestaciones y/o servicios de parte del Estado. En el marco del reconocimiento de los derechos fundamentales, constituyen derechos de segunda generación cuyo objeto es fortalecer la autodeterminación de las personas, evitando la existencia de impedimentos fácticos a la libertad e igualdad, complementando y perfeccionando así el contenido de los derechos civiles y políticos, que son los de primera generación<sup>1</sup>.

La seguridad social puede ser entendida desde múltiples puntos de vista. Desde un punto de vista orgánico; es el conjunto de órganos públicos que tiene por misión la prevención y satisfacción de las contingencias sociales que afectan a la población. Por otro lado, desde un punto de vista funcional; es el conjunto de actividades y medidas ejecutadas por prestadores de servicios, cualquiera sea su naturaleza, para prevenir y satisfacer contingencias sociales. Desde un punto de vista institucional; es el patrón continuo, estable, regular y autosostenible de acciones originado por la existencia de contingencias sociales. Finalmente, desde un punto de vista jurídico; es el conjunto de normas jurídicas y principios

---

<sup>1</sup> OBANDO CAMINO, Iván, *El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: Un continente en busca de su contenido*, en *Estudios Constitucionales*. 10 (2012), 1, p. 290.

interpretativos que regulan prevención y satisfacción de contingencias sociales, tanto en sus aspectos orgánicos como funcionales<sup>2</sup>. En cuanto a su contenido, se ha entendido que la seguridad social comprende, a lo menos los seguros sociales, la asistencia social y las prestaciones familiares<sup>3</sup>.

De esta forma, el rol que cumple el Estado en cuanto al reconocimiento, fomento y protección de este derecho se relaciona íntimamente con la conceptualización que se hace de la seguridad social desde el punto de vista orgánico, pues es el Estado, a través de sus órganos, el que tiene el deber de prever y satisfacer las contingencias sociales, otorgando las prestaciones y servicios que sean necesarios para el cumplimiento de este fin. Veremos que en nuestra regulación este deber se ve en cierto punto atenuado, pues es la misma constitución la que permite que estas prestaciones sean otorgadas no sólo por organismos públicos, sino que también por privados que estarán bajo la supervigilancia del Estado.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la seguridad social, de los derechos sociales y, en general, de todos los derechos, ha sido fruto de un largo proceso imposible de desconocer y que aún se encuentra en desarrollo, y por la relevancia que este reviste resulta de suma importancia hacer una breve referencia a él.

Los derechos inherentes al ser humano engloban dos ideas fundamentales; la primera, la dignidad de la persona humana, y la segunda, límites al poder. En cuanto a la primera idea, estos operan como mecanismos de resguardo de la dignidad humana, pues la desarrollan en todos sus aspectos, permitiendo el establecimiento de mecanismos concretos para su protección. Respecto la segunda idea, los derechos fundamentales operan como el límite fundamental al poder estatal, condicionando el actuar de los órganos que lo conforman.

El proceso de reconocimiento de derechos que emanan de la naturaleza humana tiene su origen en la Revolución Francesa, que tuvo como resultado el reconocimiento de los derechos de primera generación también llamados derechos civiles y políticos de las personas, que implican una postura más bien pasiva del Estado, es decir, su ejercicio implica

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>3</sup> HUMERES NOGUER, Héctor, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 427-428, cit. Por OBANDO CAMINO, Iván, *El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: Un continente en busca de su contenido*, en *Estudios Constitucionales*. 10 (2012), 1, p. 293.

un deber de abstención del Estado respetando la libertad que tienen en este ámbito las personas, dentro de ellos se mencionan el derecho a voto y la libertad de expresión. Posteriormente, a comienzos del siglo XX con el auge de los movimientos obreros y la Revolución Industrial, se estimaron como insuficientes estos derechos de primera generación, surgiendo así los derechos de segunda generación también denominados derechos económicos, sociales y culturales, que demandan una intervención activa del estado que los garantice y proteja, dentro de estos encontramos el derecho a la educación y el acceso al trabajo. Finalmente, a partir de los años 70' se han ido reconociendo una serie de otros derechos cuyo contenido es indeterminado y que abarcan diversas materias que se han ido presentando en la actualidad, estos son los derechos de tercera generación o derechos de los pueblos, dentro de ellos se mencionan, a modo ejemplar, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la paz<sup>4</sup>.

Me enfocaré en los derechos de segunda generación y en concreto, en los derechos sociales, entre los que se encuentra la seguridad social. Como ya expuse, estos derechos vinieron a complementar los de primera generación por estimarse por sí solos insuficientes para garantizar el pleno respeto a la dignidad humana, por ello comienzan a exigirse ciertas condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el desarrollo de las personas. Sin embargo, como exigen una intervención activa del Estado, en cuanto es el encargado de establecer los mecanismos necesarios para que sean otorgados de la manera más eficiente posible, están condicionados a sus posibilidades reales de desarrollo, por lo que sólo pueden exigirse en proporción a los recursos que efectivamente tenga el Estado, demandando a la vez una eficaz distribución de los recursos por parte de este.

Este proceso de reconocimiento de derechos ha requerido que los Estados tomen resguardos para evitar que se conviertan en meras declaraciones, por ello se ha hecho necesario la creación de mecanismos que garanticen su ejercicio, promuevan su respeto y los hagan justiciables. Así, este proceso unido al Constitucionalismo moderno han permitido el establecimiento de instituciones que los protejan, a través de su inclusión y reconocimiento en la Constitución Política, que como texto político que emana de la soberanía de los Estados

---

<sup>4</sup> AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *Las tres generaciones de los derechos humanos*, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf> [última consulta: 10 de Agosto de 2016]

no crea los derechos fundamentales, sino que los reconoce y establece mecanismos para su respeto y protección.

La Carta Fundamental tiene como principal función establecer las bases esenciales del ordenamiento jurídico, consagrando sus principios estructurales, la forma de organización del Estado y los derechos que les son reconocidos a todos los habitantes de la nación. Así, entendemos que en cuanto declaración soberana importa el sometimiento del Estado al Imperio del Derecho, entendiendo esto como su plena sujeción al derecho y más concretamente a los principios y normas que se han consagrado en ella, por lo que estos derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, deben ser respetados por todo órgano estatal y por toda persona, pues se estiman fundamentales dentro de la institucionalidad.

En nuestro país, estos derechos constitucionales se encuentran consagrados en el artículo 19 de la Constitución, pero no es fin de este trabajo avocarse a un estudio extensivo de todo el catálogo que allí se encuentra, sino más bien hacer análisis de una de las manifestaciones de un derecho en particular, del que ya se ha hecho mención, que se encuentra en el numeral 18 y se refiere a la seguridad social,

*“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas (...) 18° El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso a todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”*

Este ya había sido reconocido en el año 1970<sup>5</sup> y es un derecho que importa una obligación prestacional para el Estado, pues tiene el deber de garantizar el acceso de todos los habitantes a las prestaciones básicas que la seguridad social implica y dentro de estas se encuentran las pensiones y más concretamente, el sistema de pensiones, entendido como un sistema para proveer financiamiento en aquellas circunstancias en que las personas pierden su capacidad de autogeneración debido a la edad avanzada (beneficios de vejez),

---

<sup>5</sup> OBANDO CAMINO, Iván, cit. (n.1), p.380.



discapacidad permanente (beneficios de invalidez) o fallecimiento de una de las fuentes principales de ingresos de una familia (beneficios de sobrevivencia)<sup>6</sup>, que es el tema principal de este trabajo.

Como bien deja en claro el artículo este deber estatal podrá prestarse a través de instituciones públicas o privadas, debiendo existir supervigilancia de su adecuado ejercicio por parte del Estado.

Aplicando esto al sistema de pensiones, nuestro país ha optado por otorgar esta prestación a través de instituciones privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones, que son supervigiladas por el Estado a través de la Superintendencia de Pensiones.

Sin embargo, el sistema por el que optó nuestro país no es el único que ha existido en el ámbito nacional, menos aún en el ámbito internacional. Tradicionalmente, los sistemas de pensiones eran administrados por el propio Estado, quien además hacía un aporte fundamental al financiamiento de los trabajadores en etapa pasiva, por lo mismo estos sistemas dependían en gran medida del poder económico del Estado y de la forma en que este desarrollara dicha actividad, por lo que su sustentabilidad fue puesta en tela de juicio.

A raíz de esto, surgieron nuevos sistemas en que el rol del Estado se traduce en la fiscalización de las entidades que administran los sistemas de pensiones, dejando de estar dicha administración en manos del Estado, la que variara según la realidad nacional y los principios que tenga como base el sistema de administración. En lo que respecta a este trabajo se hará un breve análisis de los sistemas de pensiones que han existido en Chile, que son fundamentalmente dos: el antiguo sistema de reparto y el actual sistema de capitalización individual.

En el primitivo sistema de reparto, la administración correspondía a instituciones denominadas Cajas de Previsión y se financiaba a través de impuestos o contribuciones específicas, en que los trabajadores activos y el Estado subvencionaban los beneficios de aquellos que estaban en etapa pasiva. En este sistema las cotizaciones eran indefinidas, pues variaban, y los beneficios eran definidos, en relación al cumplimiento de ciertos

---

<sup>6</sup> SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, *El sistema chileno de pensiones*<sup>7</sup> (Santiago, Superintendencia de Pensiones, 2010), p. 11.

requisitos que daban derecho a una pensión previamente establecida y a la Caja de Previsión a la que pertenecían las personas, las que se diferenciaban según el tipo de trabajadores que se afiliaban a ella y en consecuencia, al sector socioeconómico al que representaba, por ejemplo, mientras los funcionarios públicos se afiliaban a la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas (CANAEMPU), los trabajadores del sector privado, dependientes e independientes, se afiliaban a la Caja de Previsión de Empleados Particulares (EMPART) y los obreros al Servicio de Seguro Social (SSS)<sup>7</sup>.

Si bien, en los primeros años, en que las condiciones demográficas del país eran las adecuadas, este sistema tuvo un óptimo funcionamiento, pero a medida que pasó el tiempo y estas condiciones cambiaron, disminuyendo el porcentaje de trabajadores activos y aumentando el número de pensionados, su sustentabilidad comenzó a ser criticada, pues el envejecimiento de la población implicó contribuciones más elevadas para financiar la población pensionada que iba en aumento. Además, a raíz de la distinción que se hacía entre obreros y empleados, se generó una gran desigualdad, tanto en los requisitos de acceso como en el cálculo de las pensiones que se otorgaban.

Frente a la decadencia, ineficiencia y desigualdad que representaba este sistema de reparto, se debió buscar una alternativa que hiciera sustentable el sistema de pensiones acorde a la realidad nacional, de esta forma en el año 1980 se optó por un sistema de capitalización individual, en que la administración no está en manos del Estado sino que en manos de entidades privadas, las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante AFP), y en que cada persona financia su propio fondo a través de cotizaciones individuales, que pueden ser obligatorias y/o voluntarias. En este sistema, la afiliación es obligatoria, única y permanente, pues se hace una sola vez en la vida del trabajador y subsiste durante toda ella, independiente de la actividad que realice, pues a diferencia del sistema anterior, no se distingue en base a la actividad en que se desempeña la persona.

Sin perjuicio de la creación de este nuevo sistema a través del Decreto Ley 3.500 de 1980, subsiste el funcionamiento del antiguo sistema, a través de un único organismo que es

---

<sup>7</sup> BERSTEIN J., Solange, *Sistemas de capitalización individual (AFP) y de reparto (antiguo)* (Santiago, 2013), disponible en [http://www.safp.cl/portal/informes/581/articles-10300\\_recurso\\_1.pdf](http://www.safp.cl/portal/informes/581/articles-10300_recurso_1.pdf) [última consulta: 11 de Agosto de 2016]

el antiguo Instituto de Normalización Previsional (INP), hoy Instituto de Previsión Social (IPS), entidad que fusionó a las principales Cajas de Previsión. En definitiva, actualmente en Chile coexiste un sistema de capitalización individual y uno de reparto no contributivo, teniendo nuestro sistema de pensiones, como base tres pilares fundamentales: (i) Pilar Contributivo; constituido por el componente de ahorro previsional obligatorio del sistema de Capitalización Individual, este funciona en base a un esquema de contribución definida, donde la tasa de aporte se mantiene constante y los beneficios se calculan utilizando formulas relacionadas con el saldo acumulado por cada individuo al momento de retiro. (ii) Pilar Voluntario; compuesto por el ahorro voluntario, que se fomenta a través de la existencia de incentivos tributarios para que las personas realicen aportes voluntarios, de manera que los ahorros destinados a ciertos instrumentos financieros y los intereses que generen estos, se encuentran exentos de impuesto a la renta en aquellos años en que los depósitos son realizados. (iii) Pilar Solidario; que es el pilar fundamental y tiene como objetivo prevenir la pobreza en la etapa de jubilación, por razones de edad o de invalidez. Este pilar está constituido por un componente de reparto no contributivo, es decir, de generaciones activas que a través del pago de impuestos financian a quienes se encuentran en retiro y son más vulnerables, por una pensión básica solidaria, y un complemento a la pensión contributiva, que es el aporte previsional solidario, a diferencia del sistema anterior que solo tenía como base el Pilar de Reparto que se refería al beneficio definido<sup>8</sup>.

Este sistema si bien se basa en la administración privada de los fondos de pensiones, tiene como garantía el control que debe ejercer el Estado a través de sus organismos y en concreto a través de la Superintendencia de Pensiones (en adelante también llamada SP), organismo que ha sido creado específicamente para estos efectos.

Al margen de esta institucionalidad se encuentran el régimen de reparto de las Fuerzas Armadas y de Orden Público, que es administrado por la Dirección Previsional de Carabineros de Chile (DIPRECA) y la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA), ambos supervisados por la Contraloría General de la República<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, cit. (n.6), p 17.

El sistema actual que rige en nuestro país, no ha estado exento de críticas, pues resulta a lo menos cuestionable que sea el adecuado en relación a la realidad social nacional, no siendo acorde a la decadente distribución de ingresos que existe en nuestro país y en muchas ocasiones acrecentándola aún más. En este sentido, si tenemos en consideración que este sistema puede llevar – y así sucede en la práctica– a que exista población que no tendría ahorros suficientes para el financiamiento de su vejez, sumado a que la gran mayoría de las pensiones monetariamente son inferiores incluso al ingreso mínimo mensual legal y a que las cotizaciones que recibe el sistema sean alrededor del triple de las pensiones que se entregan, pues el resto es utilizado para capitalizar a bancos y grandes grupos económicos en el mercado, resulta evidente que no está cumpliendo con sus fines, y que por lo tanto, es claramente un sistema que no funciona correctamente, pues deja de lado su principal fundamento que es garantizar el financiamiento de la población en etapas de vulnerabilidad, permitiendo y legitimando el aprovechamiento de los recursos que para ello debieran destinarse para fines que muchas veces no tienen que ver con el propio sistema de pensiones. Sin embargo, no es objeto de este trabajo el análisis de los modelos de sistema de pensiones ni determinar cuál es el óptimo en el caso de Chile, por lo que sólo dejaré enunciada esta falencia como opinión personal.

## II. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS AFP.

Siguiendo el mandato constitucional del artículo 19 número 18, que deja abierta la posibilidad de otorgar estas prestaciones a través de instituciones privadas, a través del Decreto Ley 3.500 del año 1980 (en adelante DL 3.500) se crea el nuevo sistema de pensiones, cuyo artículo 1° señala el régimen que se aplicara en Chile.

*“Artículo 1.- Créase un Sistema de Pensiones de Vejez, de Invalidez y Sobrevivencia derivado de la capitalización individual que se regirá por las normas de la presente ley.*

*La capitalización se efectuará en organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones”*

Como se puede observar establece un sistema de pensiones en base a capitalización individual cuya administración está a cargo de organismos privados denominados Administradoras de Fondos de Pensiones, por lo que en este punto se hace indispensable

caracterizar y determinar ciertos aspectos fundamentales de estos organismos, que son esenciales para entender la problemática que aborda este trabajo.

Las AFP son entidades privadas, como ya se ha dicho, que tienen por objeto único y giro exclusivo la administración de los fondos de pensiones y el otorgamiento de las prestaciones que establece el DL 3.500. Estas entidades realizan la recaudación, cobranza de cotizaciones previsionales, inversión de los recursos, trámites de pensión y pago de pensiones en algunos casos<sup>10</sup>, cobrando una comisión por la administración, que corresponde a un porcentaje de la remuneración imponible del trabajador.

En cuanto a su naturaleza jurídica, las Aseguradoras de Fondos Pensiones son definidas como sociedades anónimas de objeto exclusivo, según el artículo 23 del Decreto Ley que se ha mencionado.

*“Artículo 23.- 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.”*

Así también lo señala el reglamento del DL 3500, publicado mediante el Decreto Supremo N° 57 del año 1990 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social,

*“Artículo 52.- Las Administradoras serán sociedades anónimas cuyo objeto único y exclusivo será la administración de los Fondos de Pensiones, señalados en el artículo 23 de la Ley y otorgar y administrar los beneficios y prestaciones establecidos en la Ley”*

Por lo tanto, además de estos dos cuerpos normativos, les es aplicable también la ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas (en adelante LSA), en todo lo que no contradiga lo establecido en el DL y el Decreto Ley 3.538 que se refiere a la Superintendencia de Valores y Seguros, como señala el inciso 3° del artículo 52 del Reglamento, que determina el régimen jurídico aplicable a estas instituciones.

---

<sup>10</sup> SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, cit. (n.6), p 20.

*“Artículo 52 inciso 3°. Serán aplicables a estas sociedades las normas del D.L. N° 3.500, de 1980, y supletoriamente las disposiciones de la Ley N° 18.046 y del D.L. N° 3.538, de 1980, y sus modificaciones y reglamentos o la legislación que corresponda.”*

En cuanto a la aplicación de la Ley sobre Sociedades Anónimas resulta de suma importancia pues, regula un aspecto fundamental en sus artículos 130 y 131, estableciendo la forma en que legalmente deben constituirse estos organismos para el cumplimiento de su función. Concretamente, las regula como sociedades anónimas especiales, haciéndoles aplicable el régimen jurídico de las sociedades anónimas abiertas como régimen supletorio, según su artículo 132,

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

Ahora bien, como ya se ha dicho estas organizaciones, en cuanto a entidades privadas creadas para satisfacer derechos prestacionales que revisten un elevado interés público están bajo la supervigilancia del Estado a través de la Superintendencia de Pensiones, que es el ente de la Administración encargado de su control, como bien lo señala el artículo 94 numeral 2° de la DL 3.500 y el artículo 52 inciso final primera parte de su Reglamento,

*“Artículo 94.- Corresponderá a la Superintendencia, además de las atribuciones y obligaciones que esta ley establece, las siguientes funciones generales: (...) 2.- Fiscalizar el funcionamiento de las Administradoras y el otorgamiento de las prestaciones que éstas otorguen a sus afiliados, y el funcionamiento de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales.”*

*“Artículo 52 inciso final. La supervigilancia, control y fiscalización de las sociedades administradoras, y de los Fondos de Pensiones que administren, corresponderá a la Superintendencia. (...)”*

Por ello es que en este punto resulta relevante pasara a revisar el procedimiento de constitución de las AFP, para luego detallar el régimen de control y fiscalización al que están sujetas.

### III. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE LAS AFP

La normativa que aplica en este punto son los artículos 130 y 131 de la Ley 18.046, que regula las Sociedades Anónimas y como bien se ha señalado anteriormente las AFP son sociedades anónimas especiales.

Conforme el artículo 130<sup>11</sup> el procedimiento comienza con el envío de un prospecto de los organizadores a la SP, en el que deben describir los aspectos esenciales de la sociedad y la forma en que desarrollará sus actividades. Los aspectos esenciales que debe contener el prospecto se encuentran definidos en la Circular n° 1641 de la SP de 31 de julio de 2009, que señala que el proyecto debe contener a lo menos: “1. Presentación del Proyecto y antecedentes personales de los organizadores y documentos que acrediten la personería de aquellos que representan a personas jurídicas; 2. Estudio de factibilidad; 3. Proyecto de escritura de constitución de la sociedad administradora de fondos de pensiones y sus respectivos estatutos. Dicho proyecto deberá consignar el nombre de las personas que conformarán el directorio provisorio”, estos aspectos se relacionan también con los requisitos que se establecen en los artículos 24 y 24 A del Decreto Ley, en relación al capital mínimo de formación, el patrimonio de la sociedad y a los requisitos que deben cumplir los administradores.

---

<sup>11</sup> Artículo 130 de la Ley 18.046. “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. Este prospecto será calificado por el Superintendente especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla. Aceptado un prospecto, se entregará un certificado provisional de autorización a los organizadores, que los habilitará para realizar los trámites conducentes a obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos que tengan por objeto preparar su constitución y futuro funcionamiento. Para ello, se considerará que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento del certificado. No podrá solicitarse la autorización de existencia de la sociedad transcurridos diez meses desde la fecha de aquél. Dichos organizadores estarán obligados a depositar en alguna institución bancaria o financiera y a nombre de la sociedad administradora en formación los fondos que reciban en pago de suscripción de acciones. Estos fondos sólo podrán girarse una vez que haya sido autorizada la existencia de la sociedad y que entre en funciones su directorio. Los organizadores serán personal y solidariamente responsables de la devolución de dichos fondos. Los organizadores no podrán recibir remuneración alguna por el trabajo que ejecuten en tal carácter.”

El estudio de factibilidad a que se refiere la circular debe contener antecedentes como la identificación de los propietarios y estructura de aportes de capital, la definición del esquema organizacional y descripción de funciones, el análisis estratégico del negocio, la proyección para diez años, la confección de estados financieros, una evaluación económica, entre otros aspectos que fundamentan la existencia de la nueva AFP<sup>12</sup>.

Por su parte, el proyecto de escritura de constitución de la sociedad a que se refiere la circular, debe tener en consideración las normas que rigen a las AFP en todo lo referente al nombre de la sociedad, su objeto exclusivo, el capital mínimo exigido, la liquidación de la sociedad entre otros aspectos fundamentales de organización y funcionamiento de la AFP<sup>13</sup>.

Analizados los antecedentes, la SP, puede realizar observaciones al proyecto de constitución, debiendo calificar la conveniencia del establecimiento de la sociedad, o decidir fundadamente la inconveniencia de autorizar dicha constitución.

Una vez que este prospecto es aceptado por la SP, por no haber observaciones o bien, porque estas fueron subsanadas, hará entrega de un certificado provisional de autorización a los organizadores, que los habilitará para realizar los trámites necesarios para obtener la autorización de existencia de la sociedad y los actos administrativos conducentes a preparar la constitución y funcionamiento de la AFP, para lo cual se considera que esta tiene personalidad jurídica desde el otorgamiento de este certificado.

Cabe precisar, que en este punto pesa sobre los organizadores la responsabilidad, y como señala la ley, la obligación de depositar en alguna institución bancaria o financiera a nombre de la sociedad administradora en formación, los fondos que reciban en pago de la suscripción de acciones de ésta, los que sólo podrán girarse una vez autorizada la existencia de la sociedad y habiendo entrado en funcionamiento el directorio de la misma.

Obtenido el certificado, la AFP en formación tiene un plazo de diez meses para solicitar la autorización de su existencia y la aprobación de los estatutos sociales, para lo cual los organizadores deben efectuar una presentación con la escritura pública que contenga los estatutos de la sociedad y un certificado emitido por un banco o institución financiera que

---

<sup>12</sup> SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, cit. (n.6), p.119.

<sup>13</sup> *Ibíd.*



acredite el depósito de los fondos recaudados por suscripción de acciones, que se mencionó precedentemente<sup>14</sup>.

Conforme el artículo 131<sup>15</sup>, habiéndose realizado la presentación que se mencionó la Superintendencia comprobará la efectividad del capital depositado y estudiará los estatutos de la sociedad. En caso de no haber observaciones y estando la aseguradora en condiciones de iniciar sus funciones, la SP procederá a dictar una resolución que autorice la existencia de la AFP y apruebe sus estatutos sociales.

Una vez verificados estos requisitos mínimos que permiten el inicio de funcionamiento de la AFP en formación, la SP dictará una resolución que habilite a la Administradora para iniciar el proceso de afiliación e incorporación a ella. El certificado expedido en esta resolución se debe inscribir en el Registro de Comercio del domicilio social y se publicará en el Diario Oficial dentro del plazo de sesenta días, contado desde la fecha de la resolución aprobatoria, según señala el inciso final del mencionado artículo 131.

#### IV. RÉGIMEN DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LAS AFP: SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES.

A raíz del proceso de privatización de los servicios públicos, que se traduce en el ejercicio de diversas actividades de carácter económico y social por parte de los privados, se ha producido un desplazamiento del rol de regulación y supervisión por parte del Estado, respecto de estas actividades de interés público desplegadas por sujetos privados<sup>16</sup>. Por lo que el rol que ejerce el Estado a través de la Administración se circunscribe al control, inspección o supervigilancia de estas prestaciones, a través de servicios descentralizados

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> Artículo 131 de la Ley 18.046 “*Solicitada la autorización de existencia y acompañada copia autorizada de la escritura pública que contenga los estatutos, en la que deberá insertarse el certificado a que se refiere el artículo anterior, el Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones comprobará la efectividad del capital de la empresa. Demostrando lo anterior, dictará una resolución que autorice la existencia de la sociedad y apruebe sus estatutos.*

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

<sup>16</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime, *Informe en derecho: Examen de juridicidad de la actuación de la Superintendencia de Pensiones en el proceso de autorización de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A* (Santiago, 2015), p. 8.

denominados superintendencias, que se definen como entidades especializadas de carácter sectorial, con personalidad jurídica propia, cuya duración es indefinida y que se relacionan con el poder ejecutivo a través de los Ministerios respectivos, de los cuales dependen.

En lo que se refiere al sistema de pensiones, esta función la cumple la Superintendencia de Pensiones, que se encuentra bajo la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Trabajo y de Previsión Social, como señala el artículo 46 inciso 1° de la Ley n° 20.255 sobre Reforma Previsional, que a su vez establece su creación,

*“Artículo 46.- Créase la Superintendencia de Pensiones, organismo público descentralizado, y por tanto con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se regirá por esta ley y su estatuto orgánico y se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a través de la Subsecretaría de Previsión Social.”*

Posteriormente, en el inciso 4° de este mismo artículo se determina la posición jurídica que pasará a ocupar dentro del sistema de pensiones, determinando los derechos y atribuciones que tendrá, en relación a la antigua Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, organismo que desde la entrada en vigencia de la Ley 20.255 es sustituido por la SP.

*“Artículo 46 inciso 4°. La Superintendencia de Pensiones será considerada para todos los efectos, sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones creada por el decreto ley N°3.500, de 1980, con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones. Las referencias que las leyes, reglamentos y demás normas jurídicas hagan a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones se entenderán efectuadas a la Superintendencia de Pensiones.”*

De este artículo, como ya se dijo, se desprende el rol que debe cumplir la SP en el sistema de pensiones, por cuanto es la continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante SAFP), que existía hasta el año 1980, por lo que hace suyas las atribuciones y funciones – así como los derechos y obligaciones – que tenía esta última, sumando la supervisión del sistema de pensiones solidarias y del

sistema antiguo de reparto, vigente con anterioridad a 1980, pero que aún tiene tanto afiliados activos como pasivos<sup>17</sup>. La antigua SAFP fue un organismo instituido originalmente por el artículo 93 del DL N° 3.500 de 1980 y regulado en el Decreto con Fuerza Ley N° 101, del Ministerio del Trabajo de 1980, que fijó el estatuto orgánico de esa antigua entidad, su organización y atribuciones, siendo la principal ser una autoridad técnica de supervigilancia y control de las AFP.

Por lo tanto, a esta Superintendencia le corresponde la limitación y fiscalización de las sociedades administradoras, labor que se concreta a través de diversos medios e instrumentos de control de la gestión de dichas entidades, y que se extiende desde su constitución hasta su disolución y liquidación.

En cuanto a su labor de supervigilancia, tiene como principales funciones generales según expone la SP en su propia página web: 1) Orientar a los afiliados y pensionados de las AFP; 2) Fiscalizar el funcionamiento de las AFP en sus aspectos jurídico, administrativo y financiero; 3) Aprobar o rechazar la creación de nuevas AFP; 4) Proponer reformas legales y reglamentarias para perfeccionar el funcionamiento del sistema; 5) Imponer sanciones o multas y disponer, cuando corresponda, la disolución de la AFP<sup>18</sup>. Sus funciones específicas se encuentran reguladas en el artículo 94 del DL 3.500, sin embargo para efectos de este acápite me centraré en el rol de fiscalización del funcionamiento de las AFP, y concretamente, respecto de la constitución y autorización de existencia de las AFP.

La norma pertinente en este punto es el número 1 del artículo 94 del Decreto Ley 3.500, que si bien se refiere a la SAFP, como se ha dicho precedentemente con la creación de la SP se entiende que las competencias de la primera corresponden a la segunda.

*“Artículo 94.- Corresponderá a la Superintendencia, además de las atribuciones y obligaciones que esta ley establece, las siguientes funciones generales:*

*1.- Autorizar la constitución de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, de las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23, la adquisición de acciones de una Administradora de acuerdo a lo establecido en la*

---

<sup>17</sup> SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, cit. (n.6), p 17.

<sup>18</sup> Disponible en: <http://www.spensiones.cl/portal/orientacion/580/w3-article-2706.html> [última consulta: 15 de Julio de 2016]

*Constitución Política de la República, de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y llevar un Registro de estas entidades.”*

Como deja a la vista este numeral, la Superintendencia debe autorizar la constitución de las AFP, para que estas se conformen a la normativa legal y tengan plena eficacia, para ello debe seguir el procedimiento contenido en la Ley 18.046 en sus artículos 130 y 131, exigencias cuyo cumplimiento debe controlar la misma SP.

En relación a la constitución de AFP, la Superintendencia debe efectuar un control preventivo, como ya se ha visto en el apartado anterior, realizando un juicio sobre la conveniencia del establecimiento, como señala la doctrina *“actividad de policía que desarrolla la Superintendencia en esta etapa es la de verificar si la administradora que se pretende formar cuenta con los elementos materiales y humanos necesarios que permitan constituir una sociedad cuya función tendrá trascendencia pública”*<sup>19</sup>.

Es necesario dejar claro que esta autorización a primera vista parece ser parte de la potestad discrecional de la Superintendencia, no se puede desconocer que también tiene ámbitos reglados, ya que por expresa disposición de la ley debe verificar que la AFP se ajuste a la regulación legal, entregando a su discrecionalidad la evaluación de la conveniencia de su existencia, por lo que no resulta correcto decir que es puramente un acto discrecional, ya que tiene aspectos reglados y discrecionales, toda vez que se exige que la SP haga un control de legalidad respecto de los requisitos para su existencia y que además, valore de manera discrecional si debe constituirse o no la AFP, por lo que puede darse el caso que aun cumpliendo con la normativa de constitución, esta no sea aprobada por la SP por no resultar oportuna o ventajosa para la sistema de pensiones en general, esto debe ser fundamentado en la resolución que la deniegue, pues si bien es discrecional, no debe caer en la arbitrariedad.<sup>20</sup>

Posteriormente, en la última fase del proceso de constitución de la AFP, la SP debe autorizar su existencia, una vez analizados ciertos aspectos de forma y de fondo con que debe

---

<sup>19</sup> ESPONDA FERNÁNDEZ, Germán, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones* (Valparaíso, Memoria de Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985), p. 12, 24.

<sup>20</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime, cit. (n.16), p. 13.

cumplir.<sup>21</sup> Esta autorización se realizará a través de la dictación de una resolución que autoriza su existencia legal y aprueba sus estatutos, de esta se emitirá un certificado que acredite su dictación, el que deberá ser inscrito en el Registro de Comercio respectivo en un plazo de 60 días desde la dictación de dicha resolución.

Esta autorización se circunscribe en el ámbito de la actividad de policía de la Administración, por cuanto es una habilitación para los particulares, para ejercer una actividad que ya formaba parte de su derecho, pero que estaba sometido a control de legalidad y, en este caso, de conveniencia.

Así lo ha entendido la doctrina en el propio ámbito de las AFP al señalar que “*los actos de autorización suponen un derecho preexistente por parte del administrado, cuyo ejercicio se subordina a un acto habilitante de la administración, acto mediante el cual se remueve el obstáculo jurídico que el derecho objetivo, en el caso concreto ha establecido*”<sup>22</sup>. Y en este mismo sentido, es un acto administrativo, ya que es una declaración de voluntad de la Superintendencia, por tanto un acto unilateral que no requiere del consentimiento del beneficiado y que queda incluido dentro de la definición de acto administrativo que hace el artículo 3 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos<sup>23</sup>, en cuyo inciso 2° señala

---

<sup>21</sup> “En cuanto a los aspectos formales: a) Cumplimiento de las actuaciones legales y reglamentarias, escritura de constitución; inserción del certificado; correspondencia con el prospecto aprobado; b) Debe velar por el estricto cumplimiento en dichos estatutos de los establecido en los artículos 23 y siguientes del decreto ley 3500, de 1980; y c) Análisis de factibilidad de giro y suficiencia de capital, no pudiendo ser autorizada una administradora que carece de capital efectivo y proporcionado de conformidad a la ley a la magnitud de la empresa, al margen de forma y plazos de entero del capital. En cuanto a los aspectos de fondo: a) Control de legalidad en cuanto que la organización que se autoriza cumpla con la totalidad de normas jurídicas vigentes y aplicables en sus aspectos de organización y, b) Control de contenido, en cuanto a que los estatutos propuestos, además de no vulnerar normas legales expresas, sean adecuados de modo de que ofrezca garantía de buena administración, dada la trascendencia de la actividad que desarrollará”. *Ibid.* p. 15.

<sup>22</sup> ESPONDA FERNÁNDEZ, Germán, cit. (n. 19), p. 21.

<sup>23</sup> Artículo 3 de la Ley 19.880 “*Artículo 3°. Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.*

*Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.*

*Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.*

*El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia.*

*Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.*

*Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.*

*“decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.*

Por lo tanto, esta autorización es un acto administrativo que se da en el marco del control preventivo que hace la SP para el resguardo del interés público comprometido, al cual debe adecuarse el funcionamiento de toda AFP y en tal sentido, al no agotar su control en esta sola autorización, la doctrina ha entendido que esta forma parte de las denominadas *autorizaciones de funcionamiento u operativas*<sup>24</sup>, que dan lugar a una relación jurídica de efectos prolongados, ya que no se agota con el otorgamiento de esta habilitación de funcionamiento, sino que la SP continuará fiscalizando el correcto funcionamiento de la AFP en el desarrollo de sus actividades.

Finalmente, reiterando lo ya expresado, como toda autorización, lo que hace es levantar un obstáculo jurídico que impedía el ejercicio de un derecho que ya se tenía, sin embargo, a su vez implica un deber para la sociedad que se está constituyendo, ya que una vez que se haya otorgado la autorización que habilita su existencia, esto se debe hacer efectivo a través del inicio y de la continuidad en la operación y funcionamiento de la AFP respectiva, lo anterior se extrae de la propia regulación y es ratificado por la doctrina.

Por su parte, el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones elaborado por la SP señala en el capítulo 3° del Título 1° del Libro 5°, *“(...)7. Una vez verificada por la Superintendencia la existencia de requisitos mínimos que permitan el inicio de funcionamiento de la Administradora con absoluta normalidad y en forma ininterrumpida, dictará una resolución que habilite a la Administradora recién constituida para iniciar el proceso de afiliación e incorporación a ella”*<sup>25</sup> y la doctrina ha señalado, *“En la práctica, la Superintendencia ejerce, previo a conceder la autorización de existencia a una*

---

*Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.*

*Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional.”*

<sup>24</sup> GARCÍA-TREVILJANO FOS, José, *Los actos administrativos* (Madrid, Civitas, 1986), p. 249 y ss., cit. por JARA SCHNETTLER, Jaime, cit. (n.16), p. 19.

<sup>25</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime, cit. (n.16), p. 22.

*administradora, una fiscalización de carácter preventivo en el sentido de evitar la constitución de una sociedad que no cumpla con las condiciones humanas y materiales mínimas para prestar un servicio eficiente, o con las normas legales que rigen su constitución”<sup>26</sup>.*

---

<sup>26</sup> ESPONDA FERNÁNDEZ, Germán, cit. (n. 19), p. 24.

## CAPITULO II: FUSIÓN DE SOCIEDADES Y FUSIÓN DE AFP, ROL DE LA SUPERINTENDENCIA Y EFECTOS TRIBUTARIOS

En términos generales, una fusión de sociedades implica la unión de dos o más sociedades para formar una nueva o incorporarse a una ya existente, que las sucederá en todos sus derechos y obligaciones, incorporándose a ella el total del patrimonio y los socios o accionistas de las fusionadas.

La fusión es una institución de aplicación general, pues aplica a todo tipo de ente societario, ya que la legislación no establece límites al respecto. En cuanto a las sociedades anónimas, se encuentra regulada en la Ley 18.046 sobre Sociedades Anónimas, principalmente en el artículo 99, que la define y determina cuáles son sus modalidades, sin perjuicio de que este artículo es aplicable a todas las sociedades y no de forma exclusiva a las anónimas, por no ser incompatible con el resto de tipos societarios.

*“Artículo 99. 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 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.*

*En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas.*

*Aprobados en junta general los balances auditados y los informes periciales que procedieren de las sociedades objeto de la fusión y los estatutos de la sociedad creada o de la absorbente, en su caso, el directorio de ésta deberá distribuir directamente las nuevas acciones entre los accionistas de aquéllas, en la proporción correspondiente.”*

En este mismo sentido Juan Esteban Puga Vial ha conceptualizado la fusión de sociedades señalando que *“La fusión de sociedades es esencialmente la fusión de dos patrimonios sociales bajo una misma personalidad jurídica. Lo esencial, jurídicamente*



*hablando, de una fusión es que de dos o más personas jurídicas surja o quede una sola y ella con el patrimonio, esto es, la totalidad del activo y pasivo, de todas las sociedades que concurren a la fusión”<sup>27</sup>*

Por lo tanto, a raíz de la normativa legal y del desarrollo doctrinal, es posible estimar que los elementos esenciales de esta institución jurídica son<sup>28</sup>:

1. Acuerdos de fusión. Estos acuerdos se deben observar desde una doble perspectiva, a nivel interno, en cada una de las sociedades que se fusionaran y a nivel externo, entre las sociedades que pasarán a crear o a incorporarse a otra sociedad, y con esta misma.
2. Disolución de las sociedades fusionadas. Con el acuerdo de fusión las sociedades deciden terminar su existencia legal y económica, para pasar a formar parte de otra. De no producirse la disolución de los entes societarios que acuerdan fusionarse, subsistirían las antiguas sociedades y no se cumpliría el fin que se busca con la fusión.

Como expondré más adelante, la extensión de este elemento dependerá del tipo de fusión de que se trate, mientras en la fusión por absorción sólo se requiere la disolución de la o las sociedades absorbidas, si se trata de fusión por creación será necesaria la disolución de todas las sociedades que concurren a la creación de la nueva sociedad.

3. Transferencia del patrimonio total de las sociedades fusionadas. Con la fusión estas sociedades transfieren la totalidad de sus activos y pasivos – derechos y obligaciones – a la sociedad a la que se incorporan o que crean, la que las sucederá en todos ellos en forma total.
4. Ausencia de liquidación. El efecto normal ante la disolución de las sociedades es que se produzca consecuentemente su liquidación, sin embargo, por expresa disposición del artículo 99 de la LSA esto no tendrá lugar en caso que la disolución se produzca con ocasión de una fusión. Este elemento es el que

---

<sup>27</sup> PUGA VIAL, Juan, *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 605-606

<sup>28</sup> IGLESIAS CORONEL, Carlos, *Transformación, división y fusión de Sociedades Anónimas* (Santiago, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2003), p. 128-131

singulariza la institución de la fusión, pues le otorga efectos diversos a los normales.

5. Incorporación de accionistas a la nueva o subsistente sociedad. Como bien lo señala el artículo 100 de la LSA<sup>29</sup>, los accionistas de las sociedades fusionadas tendrán esta misma calidad en la nueva o subsistente sociedad, lo anterior debe ser entendido sin perjuicio del derecho de retiro que asiste a cada accionista en virtud de la misma ley.
6. Única personalidad jurídica, ya sea que surja como consecuencia o exista con anterioridad a la fusión. Aquella comprenderá el patrimonio, con todos sus activos y pasivos, de todas las sociedades fusionadas y las sucederá legalmente, por lo que en esta única personalidad se entenderán comprendidas todas las sociedades que anteriormente tuvieron personalidades distintas y que con ocasión de la fusión han decidido unificar.
7. Unidad de patrimonio. Esta característica surge como consecuencia de las señaladas precedentemente, pues al unificar su personalidad jurídica y disolver las antiguas sociedades, transfiriendo la totalidad de su patrimonio a la sociedad subsistente, el patrimonio pasará a ser uno solo para todas las fusionadas.

Independiente del tipo de fusión de que se trate, ya sea que los entes fusionados se incorporen a una sociedad preexistente o a una nueva, estos elementos siempre estarán presentes, pues son parte de la esencia de esta figura jurídica y su ausencia la desnaturalizarían.

#### I. TIPOS DE FUSIONES. DESARROLLO LEGAL Y DOCTRINAL.

Conforme a la regulación existente en nuestro país, contenida esencialmente en la Ley sobre Sociedades Anónimas, es posible distinguir dos tipos diversos de fusión, que si bien se encuentran contenidas a propósito de la regulación de un tipo específico de sociedades, es extensiva y perfectamente aplicable a todos los tipos societarios y, como veremos, operan bajo supuestos diversos.

---

<sup>29</sup> Artículo 100 de la Ley 18.046 “*Art. 100.- Ningún accionista, a menos que consienta en ello, podrá perder su calidad de tal con motivo de un canje de acciones, fusión, incorporación, transformación o división de una sociedad anónima.*”

Por un lado, encontramos la fusión por creación a la que se refiere el inciso 2° del artículo 99 de la LSA, en que dos o más sociedades existentes se reúnen y disuelven para pasar a formar una nueva, aportando sus pasivos y activos a ésta.

Y por otro, la fusión por incorporación o absorción, a la que se refiere el inciso 3° del mencionado artículo, cuyo supuesto de aplicación es que una o más sociedades se disuelven, extinguiéndose su personalidad jurídica, para ser absorbidas por otra sociedad preexistente, incorporándose íntegramente el patrimonio de las primeras a la segunda, pues lo que se aporta es una universalidad jurídica.

Finalmente, el inciso 4° del artículo en comento señala que no procede la liquidación de las sociedades originales, que como bien se ha explicado es uno de los elementos característicos de esta figura jurídica.

A pesar de las diferencias formales que surgen de la regulación, en lo relativo a la forma de constitución de la nueva sociedad y a la disolución o no de las fusionadas, ambos tipos de fusiones producen la unificación de patrimonios, personalidades y relaciones jurídicas, y ambas comparten la característica de ser actos solemnes, ya que deben cumplir con una serie de formalidades establecidas en la ley, como su escrituración mediante escritura pública, la inscripción y publicación.

Además, conforme el artículo 57 numeral 2° de la Ley 18.046<sup>30</sup> la fusión de sociedades es materia de Junta Extraordinaria de accionistas y debe celebrarse ante notario, por lo que deberá ser aprobada por acuerdo de las Juntas Extraordinarias de accionistas de cada una de las entidades fusionadas, cuyo quorum de aprobación según el artículo 67<sup>31</sup> de

---

<sup>30</sup> Artículo 57 de la Ley 18.046. “*Son materias de Junta Extraordinaria: 1) La disolución de la sociedad; 2) La transformación, fusión o división de la sociedad y la reforma de sus estatutos; 3) La emisión de bonos o debentures convertibles en acciones; 4) La enajenación del activo de la sociedad en los términos que señala el N° 9) del artículo 67; 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si éstos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación de directorio será suficiente, y 6) Las demás materias que por ley o por los estatutos, correspondan a su conocimiento o a la competencia de las juntas de accionistas. Las materias referidas en los números 1), 2), 3) y 4) sólo podrán acordarse en junta celebrada ante notario, quien deberá certificar que el acta es expresión fiel de lo ocurrido y acordado en la reunión.*”

<sup>31</sup> Artículo 67 inciso 2° de la Ley 18.046 “*Requerirán del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, los acuerdos relativos a las siguientes materias: 1) La transformación de la sociedad, la división de la misma y su fusión con otra sociedad (...)*”

la misma Ley es de, a lo menos, el voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto.

Luego, el artículo 69 de la mencionada Ley<sup>32</sup> reconoce el derecho de retiro que se reserva a los accionistas de las sociedades fusionadas, en virtud del cual el accionista disidente podrá retirarse de la sociedad previo pago que aquélla hará de sus acciones, y se considera accionista disidente para estos efectos a aquél que manifestó su oposición en la junta en que se acordó la fusión o que, no habiendo asistido a esta, lo manifestó por escrito dentro del periodo que fija la ley.

En concordancia con el artículo 69 bis de la Ley 18.046, el plazo en que debe manifestar por escrito su disidencia, de no haber asistido a la Junta Extraordinaria respectiva, es de treinta días desde la fecha de celebración ésta.

Cabe mencionar que, doctrinalmente, se hace una segunda distinción entre fusión propia y fusión impropia<sup>33</sup>, según si los accionistas de las sociedades fusionadas pasan o no a ser accionistas de la nueva o subsistente sociedad. Respecto de la fusión propia, se ha entendido que es aquella en que los accionistas de las entidades fusionadas se integran a la nueva o subsistente sociedad, pues las acciones de que eran dueños en las antiguas sociedades se pagarán con acciones de la nueva o subsistente. Por otro lado, la fusión impropia se caracteriza por la no incorporación de los accionistas de las antiguas sociedades, quienes no reciben acciones de la nueva o subsistente sociedad, sino que se les paga un precio por las acciones de que eran dueños en las fusionadas.

Finalmente, los efectos que produce toda fusión están estrechamente ligados con los elementos ya mencionados, pues principalmente produce (i) la disolución y consecuente desaparición de, a lo menos, una sociedad – en el caso de la fusión por absorción- o bien de todas las sociedades fusionadas, (ii) la unificación de la personalidad jurídica y del patrimonio social de las sociedades fusionadas, cuyos derechos y obligaciones pasan a la que

---

<sup>32</sup> Artículo 69 de la Ley 18.046 “*La aprobación por la junta de accionistas de alguna de las materias que se indican más adelante, concederá al accionista disidente el derecho a retirarse de la sociedad, previo pago por aquélla del valor de sus acciones.*”

<sup>33</sup> PFEFFER URQUIAGA, Germán, *Informe en Derecho: Auditoría legal sobre las actuaciones de la Superintendencia de Pensiones en relación a la autorización de existencia de la AFP Argentum S.A y su posterior fusión con la AFP Cuprum S.A.* (Santiago. 2015), p. 35.

será su continuadora, (iii) la transferencia de socios de las antiguas sociedades a la subsistente y, (iv) no procede la liquidación de las sociedades originales.

## II. REGULACIÓN DE LA FUSIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.

Habiendo tratado los aspectos generales de las fusiones en el acápite anterior, es momento de desarrollar la idea desde la perspectiva concreta de las AFP, para posteriormente mencionar el rol que debe cumplir la Superintendencia de Pensiones en cuanto organismo controlador y fiscalizador de las mismas.

En este punto la regulación específica contenida en el DL 3.500 y su reglamento, es bastante escueta, por lo que se aplica la normativa concerniente a sociedades anónimas contenida en la Ley 18.046, de la cual ya se han revisado los aspectos fundamentales y que es aplicable a las AFP por su calidad de sociedades anónimas especiales, como ya se desarrolló en el capítulo anterior.

En consecuencia, en este apartado solo me referiré a aquellos trámites especiales que le son aplicables de manera exclusiva a las fusiones de AFP por encontrarse contenidos en el DL 3.500 y que no han sido tratados con anterioridad.

En este contexto, si bien no existe normativa específica que trate la fusión de las Administradoras o algún artículo en la regulación específica que lo haga expresamente procedente, el artículo 43 del DL 3.500 contempla la posibilidad de que las AFP se fusionen, al regular su disolución y liquidación, en cuyo inciso 5° señala,

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

En virtud de la falta de regulación al respecto, se entiende que se hace extensiva la aplicación de lo dispuesto para las sociedades anónimas con las exigencias específicas establecidas en dicho artículo, en cuyo inciso 6° establece como requisito un trámite esencial, al disponer;

*“En caso de fusión, la autorización de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones deberá publicarse en el Diario Oficial dentro del plazo de quince días contado desde*

*su otorgamiento y producirá el efecto de fusionar las sociedades y los fondos de pensiones respectivos a los sesenta días de verificada la publicación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás trámites que establece la ley.*

Esta normativa exige como trámite esencial la autorización previa de la Superintendencia de Pensiones para que la fusión de las AFP se haga efectiva, de lo contrario las sociedades fusionadas no podrán ser absorbidas por la sociedad subsistente, a pesar de cumplir con los requisitos que para tal efecto señala la Ley de Sociedades Anónimas. Además, en el inciso anterior – artículo 43 inciso quinto- dispone que en caso de fusión no se liquidarán las AFP ni los fondos de pensiones que éstas administran y que no se hará aplicable lo dispuesto en el inciso final del artículo 42<sup>34</sup>, por lo que al disolverse las Administradoras, como consecuencia de la fusión, no es necesario que los afiliados se incorporen a otra, ya que pasarán a incorporarse a la nueva AFP que surja con ocasión de la fusión.

De esta forma la regulación sólo añade un trámite especial esencial a la regulación contenida en la Ley 18.046, ciertos trámites de publicidad y establece ciertos efectos particulares que tendrá la fusión de AFP, diferenciándola de los efectos que normalmente deberían tener las disoluciones que se produzcan con ocasión de la fusión. Lo anterior es perfectamente concordante con el objetivo que se busca, que no es terminar con el giro de las empresas fusionadas, sino unificarlos.

En cuanto a la autorización previa que debe otorgar la Superintendencia de Pensiones, se puede observar desde una doble faz. Por un lado, es un requisito específico que establece la normativa para dar eficacia a la fusión y por otro, determina una competencia específica y limitada de la SP en este punto, que está acotada a la revisión de aspectos específicos que la propia ley determina.

En cuanto requisito, se debe entender que las Administradoras, como sociedades anónimas deberán cumplir con los trámites contenidos en el artículo 99 de la Ley de

---

<sup>34</sup> Artículo 42 inciso final del Decreto Ley 3.500 “*Producida la disolución de la Sociedad o dictada la resolución de liquidación en los términos establecidos en la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, sus afiliados deberán incorporarse, dentro del plazo de noventa días, a otra Administradora de Fondos de Pensiones. Si no lo hicieren, el liquidador transferirá los saldos de las cuentas a la Administradora que se determine de acuerdo a lo que disponga el reglamento.*”

Sociedades Anónimas para poder fusionarse y, una vez cumplido con ellos, deberán acompañar los antecedentes respectivos para solicitar la autorización correspondiente a la SP, dando lugar a la segunda faz de este requisito.

La Superintendencia deberá controlar que se cumpla con normativa legal contenida en la Ley sobre Sociedades Anónimas, específicamente en el artículo 99, y en el DL 3.500, en su artículo 43, en cuanto a los trámites necesarios para la fusión y, adicionalmente, en cuanto a los efectos que producirá esta, debe velar por la estricta observancia del inciso final del mismo artículo 43<sup>35</sup>, revisando que no se produzca una disminución en el saldo de la cuenta de capitalización individual y en la cuenta de ahorro voluntario de los afiliados, si corresponde, durante el proceso de fusión.

Consecuencialmente, no le corresponderá revisar aspectos que se refieran a la reestructuración de las Administradoras que se fusionen y que ocasionen otras consecuencias jurídicas y económicas, pues su revisión se debe acotar a los aspectos precedentemente señalados sin extenderse a la supervigilancia que en otras áreas deben realizar diversos órganos administrativos con competencias especiales para tales efectos, como puede suceder con los efectos tributarios que se originen y que serán de competencia del Servicio de Impuestos Internos, o con aquellos aspectos que deba revisar la Superintendencia de Valores y Seguros respecto los valores transados por las Administradoras.

Finalmente, el mismo artículo 43 establece la forma de dar publicidad y de hacer efectiva esta fusión: El acto administrativo que autoriza la fusión, emanado de la Superintendencia, deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento y su efecto específico será fusionar las Administradoras y los fondos de pensiones que éstas administran, transcurridos sesenta días desde la fecha de su publicación, momento en el cual se hace efectiva la fusión realizada entre las AFP.

Es importante destacar que la fusión a que se refiere este acápite, solo puede tener lugar respecto de Administradoras vigentes y legalmente constituidas, pues ese es el supuesto de regulación de la norma pertinente, por lo que no puede tratarse de sociedades anónimas

---

<sup>35</sup> Artículo 43 inciso final del Decreto Ley 3.500 “*La fusión no podrá producir disminución de saldo en la cuenta de capitalización individual y, si correspondiere, de la cuenta de ahorro voluntario de los afiliados.*”

cuyo giro sea diverso al de una AFP o de una AFP en proceso de formación, pues todo ello queda fuera del marco de regulación señalado precedentemente.

Es por este preciso motivo que actualmente han surgido diversos problemas entorno a la fusión de las AFP, pues como se ha dejado claro, la regulación específica es al extremo concisa, regulando sólo un supuesto muy básico y específico de fusión, y la regulación general no ha logrado resolver los vacíos legislativos existentes, en razón de esto es que se ha buscado solucionarlo a través de la facultad interpretativa de la SP, que ha debido encargarse de aquellos problemas a los que la legislación no otorga solución, sin embargo este proceder no ha estado exento de cuestionamientos e incluso errores interpretativos que hacen aún más preocupante la situación.

### III. ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES EN EL PROCESO DE FUSIÓN DE AFP.

Para desarrollar este apartado es necesario dejar claro que si bien la AFP realiza la prestación de un servicio público, como ya se ha dicho, son entidades privadas – concretamente sociedades – y por lo tanto tienen plena autonomía para el desarrollo de su función y de su organización. En este entendido, el rol que como ente fiscalizador debe cumplir la SP se deberá circunscribir únicamente a aquellos aspectos en que la ley le otorga competencias específicas de control y fiscalización, es decir, no podrá revisar ni controlar aspectos que escapen de dichos ámbitos.

Dicho lo anterior, en este punto las funciones que desarrolla la Superintendencia de Pensiones son principalmente como ente de control, autorizador y de policía.

En primer lugar, el rol primario que debe asumir la Superintendencia ya se ha dejado claro en el punto anterior, pues le corresponde realizar un primer control en el proceso de fusión, velando por la correspondencia con la normativa legal y resguardando la integridad de las cuentas personales de los afiliados, con anterioridad a que la fusión se haga legalmente efectiva.

Esta competencia específica es acotada, pues se restringe a verificar el cumplimiento de los artículos 99 de la LSA y 43 del DL 3.500, además de velar por la integridad de las



cuentas – incluso las voluntarias – de los afiliados<sup>36</sup>, por lo que no podrá la SP revisar ningún aspecto de la reestructuración de las AFP que escape de estos ámbitos específicamente señalados, ya que de lo contrario podría incurrir en desviación o abuso de poder, atentando contra el principio de juricidad que rige a todos los órganos de la Administración del Estado.

En consecuencia, cualquier otro efecto o consecuencia que surja de la fusión de las AFP y que no se relacione con las materias específicas señaladas anteriormente, no podrá ser examinada por la SP, pues corresponde su revisión a órganos administrativos diversos que cuenten con la competencia necesaria para ello, como ocurre con la Superintendencia de Valores y Seguros y con el Servicio de Impuestos Internos, que en aspectos generales deberán revisar aquello relacionado con los valores que transan en el mercado las AFP en cuanto sociedades y con los efectos tributarios que producen en el desarrollo de su función, respectivamente.

En segundo lugar, se desarrolla como órgano autorizador, pues luego de llevar a efecto el control a que se refieren los párrafos anteriores y verificar que el proceso de fusión se corresponda con la normativa legal, para que aquella logre concretizarse se requiere – al igual que ocurre con la constitución de una AFP– de su expresa autorización. Dicho de otra forma, sin la autorización de la SP la nueva o subsistente Sociedad Administradora no tendrá efectividad legal y por lo tanto no se podrá fusionar, pues se requiere de este expreso acto administrativo y de su posterior publicación para que se haga efectiva la fusión, de lo contrario la sociedades seguirán funcionando por separado, como si la fusión no se hubiese producido.

Y en tercer lugar, como órgano técnico especializado encargado del control de una determinada área de la Administración, la SP cuenta en este punto con atribuciones, medios e instrumentos de gestión que le permiten desarrollar su labor de fiscalización y restricción respecto las entidades que tiene a su cargo, ya que mediante el control previo y la autorización que debe expresamente entregar en el proceso de fusión, logra concretizar su rol de policía en esta fase de la existencia de la AFP. Con esto se da cumplimiento al objetivo general en que normalmente se desenvuelve toda actividad de policía, buscando mantener el orden

---

<sup>36</sup> PFEFFER URQUIAGA, Germán, cit.(n.33), p. 44

público y procurando que la actuación –en este caso de las AFP– se encamine al bien común que se busca con el desarrollo de la actividad que prestan.

#### IV. EFECTOS TRIBUTARIOS – *GOODWILL*

Si bien no es objetivo de este trabajo desarrollar los efectos tributarios de la fusión de las sociedades y en concreto de las AFP, resulta relevante dejar claro el concepto de *Goodwill*, pues es uno de los principales efectos tributarios que han tenido casos recientes y que han llevado a cuestionar la legalidad de las fusiones y el rol de la Superintendencia de Pensiones, por lo que se analizarán brevemente los aspectos más relevantes que se relacionan con lo precedentemente dicho y con lo que se desarrollará en los siguientes capítulos, dejando en claro que en modo alguno se agotará la discusión al respecto<sup>37</sup>.

El *goodwill* es un concepto que se encuentra regulado en el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta y que corresponde a un beneficio que desde la perspectiva tributaria se traduce en la diferencia positiva que se genera de la comparación entre el valor efectivamente pagado para adquirir la propiedad de una sociedad y el monto del capital tributario propio de la sociedad que se adquiere, esto quiere decir que el valor de la inversión que se hace al adquirir la sociedad es mayor al valor contenido en los libros sobre sus activos y pasivos, pues esta diferencia se extrae de aquellos parámetros que los libros contables de la empresa no son capaces de registrar, como por ejemplo, la posición en que se encuentra una marca a nivel mundial<sup>38</sup>.

En el caso de las fusiones por absorción, este beneficio tributario se produce cuando la sociedad absorbente posee una inversión previa en la sociedad o sociedades absorbidas, en que el valor de los activos y pasivos de la sociedad fusionada, que debe ser registrado en la sociedad absorbente, corresponde al valor de adquisición de las acciones o derechos sociales que poseía la sociedad subsistente en la entidad que desaparece. En razón de esto es que en la mayoría de los casos, se producirá una diferencia entre el valor de adquisición de la inversión y el valor de los activos y pasivos de la sociedad disuelta, que dará lugar al goodwill.

---

<sup>37</sup> En este apartado se han tenido especialmente en consideración los Reportes Tributarios N° 31 de Octubre de 2014 y N° 58 de Marzo de 2015 de la Universidad de Chile.

<sup>38</sup> PFEFFER URQUIAGA, Germán, cit. (n.33), p. 45.

Este concepto se incorporó y reguló legalmente con la Ley 20.630 del año 2012, la que fue modificada en el año 2015 con la Ley 20.780, cambiando el tratamiento y las condiciones de aplicación del goodwill.

El goodwill en cuanto beneficio tributario se atribuye proporcionalmente a los activos no monetarios de las sociedades, que son aquellos a los que la desvalorización monetaria no les genera un menoscabo en su valor real. Esto era así antes de la modificación y lo sigue siendo, lo que cambió es el tratamiento de aquello que no se puede atribuir a estos activos no monetarios.

Con anterioridad a la modificación, la diferencia positiva que no se podía atribuir a los activos no monetarios, por no existir éstos o por exceder el valor corriente de la plaza, constituía un gasto diferido que podía ser amortizables en cuotas iguales por un lapso de hasta diez años, afectando así los resultados de la sociedad absorbente y disminuyendo la base afecta a Impuesto a la Renta. Con la modificación efectuada en 2015, esto cambió y aquella diferencia que no se puede atribuir a los activos no monetarios pasa a constituir un activo intangible, que forma parte del capital propio de la sociedad absorbente y puede atribuirse a resultado sólo cuando se disuelve o termina el giro de la sociedad.

La interpretación administrativa de esta modificación se encuentra contenida en la Circular N° 55 del año 2014 efectuada por el Servicio de Impuestos Internos, según la cual *“Artículo 31- Se modifica el n° 9 de dicho artículo, cambiando el tratamiento tributario de la diferencia que se determina en una fusión de sociedades, cuando ésta no puede distribuirse entre los activos no monetarios recibidos de la sociedad absorbida. En tal caso, la diferencia no distribuida constituirá un activo intangible, y no un gasto diferido como lo era con anterioridad a la modificación legal”*<sup>39</sup>.

A raíz de esto no se puede menos que estimar que el goodwill es un beneficio totalmente legal y eventual, que no necesariamente tendrá lugar cada vez que se fusionen sociedades, sino que funciona bajo ciertos supuestos específicos, que deberán ser demostrados por las sociedades absorbentes al momento de querer hacerlo efectivo ante la entidad respectiva, para el cálculo del impuesto a la renta que debe pagar.

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 46-47.

La modificación rige respecto de aquellas fusiones y procesos empresariales que tengan lugar a partir del primero de enero de 2015, las que se hayan iniciado con anterioridad a esta fecha se regirán por la antigua regulación, debiendo presentar ante el SII una declaración jurada acompañada de antecedentes que den cuenta que el proceso se inició con anterioridad a la entrada de vigencia de la modificación, según lo estableció la Resolución Exenta n° 111 del año 2014 emanada del SII que se refiere específicamente a esta situación y desarrolla el n° 19 de la disposición transitoria tercera de la Ley 20.780.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, es menester dejar en claro que la determinación de si procede o no el beneficio tributario denominado goodwill y de si los antecedentes presentados son suficientes para hacer aplicable la antigua legislación es de competencia exclusiva del SII, el que determinará de forma excluyente la procedencia y regulación aplicable a dicho beneficio.

A raíz de lo expuesto la conclusión resulta evidente: La competencia respecto de la procedencia, regulación y eventual sanción que puedan ser aplicables al goodwill es exclusiva del Servicio de Impuestos Internos, por lo que si este tiene lugar como resultado de la fusión de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones no hace extensiva dicha competencia a la Superintendencia de Pensiones, toda vez que no se le reconocen a este ente administrativo facultades al respecto, ya que éstas sólo se acotan a su ámbito exclusivo de competencias que se refieren al control y supervigilancia de la actividad realizada por las AFP, excluyendo aquellas materias que están expresamente entregadas a competencias de otros órganos, como ocurre en este caso. En consecuencia, resulta irrelevante el tipo de sociedades cuya fusión haga surgir el beneficio tributario, pues respecto de todas el ente competente seguirá siendo el SII y por ende, resulta totalmente improcedente cualquier petición que solicite a la SP el pronunciamiento acerca de estos específicos efectos tributarios que puedan surgir con ocasión de la fusión de las AFP, pues implicaría solicitar que exceda sus competencias, produciendo una eventual contradicción con lo resuelto por el organismos competente<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*, p. 48-50.

### CAPÍTULO III. REGULACIÓN ESCASA E INCONVENIENTES QUE OCASIONA EN LA ACTUALIDAD.

En el capítulo anterior, al revisar el procedimiento de fusión de las AFP ha quedado de manifiesto la escasa regulación que existe al respecto, lo que en la práctica ha generado diversos problemas, tanto para los órganos de la Administración que deben fiscalizar el cumplimiento de la normativa como para las Administradoras, que como entes privados, desean fusionarse.

Los vacíos legales que surgen con ocasión de esta falta de regulación, especialmente en lo relativo a la fusión de las AFP, han debido ser resueltos por la Superintendencia de Pensiones, a través de la facultad interpretativa que expresamente le confiere el numeral 3 del artículo 94 del DL 3.500,

*“Corresponderá a la Superintendencia, además de las atribuciones y obligaciones que esta ley establece, las siguientes funciones generales:(...) 3.- Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del Sistema, con carácter obligatorio para las Administradoras, las sociedades filiales a que se refiere el inciso duodécimo del artículo 23 y las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, y dictar normas generales para su aplicación.”*

En este mismo sentido y en concordancia con la disposición transcrita, el artículo 47 de la Ley 20.255 en su numeral 7° da reconocimiento a dicha facultad, al disponer,

*“La Superintendencia de Pensiones tendrá especialmente las siguientes funciones y atribuciones: (...)7. Interpretar administrativamente en materias de su competencia las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas.”*

De la relación de estos artículos se pueden desprender las siguientes conclusiones: En primer lugar, la facultad interpretativa de que goza la SP se extiende a determinar el sentido y alcance de los preceptos de rango legal, reglamentario y las demás normas que rigen el Sistema de Pensiones. En este sentido la segunda norma parece ser más amplia al incluir la referencia a las demás normas, mientras que la primera se refiere sólo a la legislación y la reglamentación.

En segundo lugar, estas interpretaciones tendrán efecto vinculante respecto los entes que se encuentran bajo la fiscalización del SP, en este punto la primera norma determina específicamente los órganos que se encontraran vinculados, a diferencia de la segunda norma que no hace referencia expresa a este efecto.

En tercer lugar, esta facultad interpretativa viene acompañada de la potestad para dictar normas con carácter general que permitan la correcta aplicación de las normas reguladoras del sistema. En este sentido es importante tener en cuenta que una vez determinado el sentido y alcance de la normativa por la SP, podrá dictar normas generales para la aplicación de aquél sentido atribuido, toda vez que se entiende comprendido en la norma.

Esta potestad de interpretación administrativa es de aquellas denominadas discrecionales, que si bien tiene ciertos elementos reglados, dependen en gran medida de la voluntad de aquél que la detente, que en este caso corresponde al superintendente.

A raíz de esta discrecionalidad en la determinación de soluciones que se dan a aspectos no regulados, mediante la determinación del alcance y sentido de la normativa, es que actualmente se han generado graves problemas, pues la autoridad administrativa ha llegado a establecer requisitos y procedimientos que no están expresamente contemplados y que han derivado en cuestionamientos jurídicos importantes.

Sin embargo, el tema no se agota ahí, pues éstas decisiones son aplicadas a los entes controlados por la SP, específicamente, a las AFP, quienes determinan su actuar en base a las directrices establecidas por la SP y cualquier cuestionamiento que se haga en el actuar de ésta podría perjudicar a aquéllas.

A continuación, pasaré a revisar detalladamente la forma en que se desarrolló el proceso de fusión entre las AFP Argentum y Cuprum, en atención a los problemas jurídicos que se presentan en el caso y a la importancia que podría tener como precedente para las fusiones que se realicen en el futuro.

#### I. EXPOSICIÓN DEL CASO: FUSIÓN AFP ARGENTUM S.A Y AFP CUPRUM S.A.

El 11 de Septiembre de 2014 Principal Institutional Chile S.A (en adelante PIC) presentó ante la Superintendencia de Pensiones los antecedentes para iniciar el proceso de

fusión por el cual absorbería a AFP Cuprum S.A (en adelante AFP Cuprum), de la cual era su matriz, disolviéndose aquella y adquiriendo la primera todos sus activos y pasivos. A través de un oficio ordinario N° 21.449 de fecha 25 del mismo mes la SP señaló que autorizar dicha fusión era improcedente puesto que el artículo 43 del DL 3.500 expresamente sólo permitía la fusión entre AFPs y un acto en contrario vulneraría los artículos 23, 24 A y 25 del Decreto Ley. Luego, en el mismo acto y a modo de recomendación, señala un supuesto bajo el cual podría aceptarse dicha fusión: la previa transformación de PIC en AFP conforme las normas legales.

Ante esto, la empresa Principal Chile Limitada- dueña de la mayor parte de PIC- decide transformar a PIC en AFP Argentum S.A (en adelante AFP Argentum), solicitando su autorización a la SP el día 14 de Noviembre del mismo año. En esta solicitud el prospecto presentado a la SP contenía información sobre el funcionamiento y estructuración de la nueva AFP idéntica a la AFP que se pretendía absorber, es por ello que incluso posteriormente, mediante oficio N° 17.700 de 2015 la SP ha dejado constancia de que fue autorizada la constitución de esta nueva AFP con base en las condiciones propias de otra AFP, es decir, los antecedentes presentados para la constitución de AFP Argentum tuvieron como base condiciones patrimoniales, materiales y de recursos humanos, así como antecedentes respecto la estructura organizacional, el modelo de gestión de riesgo y los sistemas tecnológicos, propios de la AFP Cuprum.

Posteriormente, el 16 de Diciembre de 2014 la SP confirió la autorización provisional respecto la constitución de esta nueva AFP y tres días después, el 19 de Diciembre, mediante resolución exenta N° 220, autorizó la constitución de la AFP Argentum, bajo la condición suspensiva de fusionarse con AFP Cuprum dentro del plazo de 60 días.

Finalmente, con fecha 26 de Diciembre de 2014 dicha fusión por absorción fue solicitada por las AFPs en cuestión. Luego del análisis de los antecedentes presentados y teniéndose por cumplidos los requisitos legales, fue autorizada por la SP mediante resolución exenta N° 221 de fecha 2 de Enero de 2015<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Superintendencia de Pensiones, *Pronunciamiento de Mayo de 2015*, disponible en <http://www.spensiones.cl/portal/institucional/578/w3-article-10734.html> [última consulta: 13 de Agosto de 2016]

A raíz de la particular forma de proceder de la SP, surgieron desde diversos sectores cuestionamientos sobre la legalidad y juricidad de su actuar, ya que ésta materia, como ya se ha dejado claro en los capítulos anteriores, se encuentra escasamente regulada, lo que da cabida a una amplia interpretación de la SP.

De esta forma, por un lado, con fecha 21 de Julio de 2015 comenzó a sesionar una Comisión de la Cámara de Diputados, encargada de investigar el rol de la SP y del SII en el proceso de fusión de las AFPs Cuprum y Argentum, y por otro lado, se han solicitado desde la fecha diversos pronunciamientos a la Contraloría General de la República, los que a continuación pasaré a analizar.

Con ocasión de la presentación formulada por los diputados Fuad Chain Valenzuela y Patricio Vallespín López respecto las resoluciones exentas N° 220 y 221, que autorizaron la constitución de la AFP Argentum S.A y su posterior fusión con Cuprum S.A, respectivamente, y en cuanto a la primera de ellas poniendo especial énfasis en la sugerencia realizada por la SP para que la fusión resultara procedente, con fecha 16 de Diciembre de 2015 a través del dictamen N° 98.889, la Contraloría General de la República (en adelante CGR) luego de establecer el marco normativo aplicable, exponer su competencia en el caso y relatar los hechos, señaló<sup>42</sup>:

Que no estima que la SP haya actuado fuera de sus competencias al sugerir que los solicitantes actuaran de dicha manera – refiriéndose a la recomendación de transformar PIC en AFP– toda vez que al negar la fusión debe fundamentar su decisión.

Respecto la constitución de la nueva AFP- Argentum- señala que conforme lo previstos en el artículo 130 de la Ley 18.046 relacionado con los artículos 23 y 24 A del DL 3.500 no es admisible que en un proceso de constitución de AFP se presenten los antecedentes de otra ya existente, independiente de que sea la sociedad controladora de aquella, ya que esto significa no dar observancias a las exigencias legales. Dicha omisión no puede fundarse en la conveniencia a que alude el mencionado artículo 130, toda vez que ni si quiera se logra comprobar en la especie la utilidad que para el sistema de pensiones reportaría esta operación. En este sentido es posible concluir que para la CGR la operación

---

<sup>42</sup> Contraloría General de la República, *Dictamen de 16 de diciembre de 2015*, disponible en <http://www.contraloria.cl/> [última consulta: 13 de Agosto de 2016]



no debió ser autorizada, por la omisión en la presentación de los antecedentes necesarios – ya que éstos eran copia de una AFP ya existente- y por no quedar demostrada la conveniencia, toda vez que al ser copia de otra no tendría sentido su constitución, aspectos en los que no reparó la SP al momento de analizar la operación.

Refiriéndose al informe en derecho que adjuntó la SP como antecedente, señala que no es posible aplicar con carácter absoluto el principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de las AFPs, pues el legislador ha limitado su constitución, objeto y funcionamiento, dejándolas sometidas al control y vigilancia de la SP.

En cuanto a la resolución N° 220, que autoriza la constitución de la AFP Argentum S.A, señala que resulta contradictorio que se apruebe una fusión en la que participe una entidad que para existir legalmente requiera fusionarse con otra, ya que en el caso, la constitución de Argentum quedó sujeta a la condición suspensiva de que esta se fusionase con Cuprum. Aclara que lo cuestionable no es que se haya impuesto una condición suspensiva, sino que esta condicione la constitución de una AFP, puesto que la fusión debe llevarse a cabo, conforme la normativa legal, entre dos sociedades con existencia legal, por lo que es bastante cuestionable que la existencia legal de una de ellas quede precisamente condicionada a que la fusión se lleve a efecto.

Respecto al funcionamiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, acorde a la Ley 18.045, concretamente a su artículo 8, estima que en casos posteriores, deberá hacer presente todas las inconsistencias que surjan con ocasión de una fusión, si esto implica el eventual registro de una sociedad que aún no tiene existencia, como ocurre en la especie, por encontrarse sujeta a condición suspensiva.

Aclara que la validez, alcance y efectos de las resoluciones cuestionadas dependerá de lo resuelto por los tribunales de justicia y que estima necesario consignar que de acuerdo al mérito de los antecedentes las sociedades se limitaron a dar cumplimiento a las instrucciones y resoluciones de la SP.

Finalmente, hace una recomendación al ente legislativo para que regule con mayor precisión los procesos de reestructuración empresarial que involucren la participación de las AFPs.

En segundo lugar, con ocasión de las solicitudes que por separados hicieron la Superintendencia de Pensiones y Principal Chile Limitada, con el objeto de que el ente contralor dejara sin efecto el dictamen anterior-N° 98.889- la CGR emite el dictamen N° 9.702 de fecha 8 de Febrero de 2016<sup>43</sup>. Por un lado, la Superintendencia alega la incompetencia para conocer de la CGR por cuanto el asunto materia de análisis se encuentra dentro de sus atribuciones técnicas y además, por que fue sometido a conocimiento de los Tribunales de Justicia, y por otro lado, Principal Chile Limitada alega que la CGR no es competente para informar ni para emitir una opinión, ya que existe una Comisión de la Cámara de Diputados que se encuentra investigando al tema.

Luego de dejar establecido que no han sido aportados antecedentes de hecho o de derechos nuevos, la Contraloría pasa a exponer:

En cuanto a su competencia para fiscalizar a la SP. Señala las bases constitucionales y legales que le otorgan dicha competencia, toda vez que la SP es un organismo público integrante de la Administración del Estado. Concretamente, basándose en el artículo 98 de la Constitución que le otorga la facultad de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, el inciso 1° del artículo 6 de la Ley 10.336 – Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República– dispone que corresponde exclusivamente al Contralor informar sobre los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización y el inciso 2° del artículo 1 de la Ley 18.575 – Ley de Bases Generales de la Administración del Estado – preceptúa que la Administración se encuentra constituida, entre otros, por servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, como es el caso de la Superintendencia.

Haciéndose cargo del inciso 3° del artículo 46 de la Ley 20.255, que somete a la SP a la fiscalización de la CGR sólo en lo que respecta al examen de cuentas, señala que para que este precepto sea armónico con la Constitución no podrá entenderse que limita las

---

<sup>43</sup> Contraloría General de la República, *Dictamen de 8 de Febrero de 2016*, disponible en <http://www.contraloria.cl/> [última consulta: 13 de Agosto de 2016]

atribuciones de fiscalización que le competen a la CGR, postura que ha sido sostenida en dictámenes anteriores<sup>44</sup> y que ha sido ratificada por la Corte Suprema<sup>45</sup>.

Respecto a su eventual abstención por estar sometido el asunto a los Tribunales de Justicia. Señala que esto se basa en la existencia de un juicio penal por prevaricación administrativa culposa que se encuentra en conocimiento del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, sin embargo el pronunciamiento hecho por la Contraloría no se refirió a aquellos temas de naturaleza penal a los que se refiere el mencionado proceso, sino que se limitó a informar sobre temas de carácter administrativo, por lo que se entiende que está dentro del marco de sus facultades por no haber tratado los aspectos específicos que se abordan en el juicio penal, toda vez que este último lo que busca es establecer la responsabilidad penal respecto del delito mencionado, en tanto el dictamen sólo se ha referido al actuar administrativo de la SP, esto ha quedado reafirmado por la Corte Suprema en una sentencia del año 2012<sup>46</sup>. Agrega que el dictamen cuestionado se limitó a analizar aspectos de legalidad, sin abordar temas técnicos, pues sólo analizó si la SP dio cumplimiento a la normativa legal en los procesos de constitución y fusión de AFP, y que es del caso recordar que las responsabilidades administrativas, civil y penal son independientes entre sí. En razón de esto estima que no tendría cabida en la especie del inciso 3° artículo 6 de la Ley 10.886 como causal de abstención.

Acerca de la existencia de la Comisión de la Cámara de Diputados. Señala que no ha desconocido su existencia y que incluso esta misma comisión invitó a participar de una de sus sesiones a la contralora subrogante para colaborar con la investigación, quien junto con informarles acerca del requerimiento hecho por dos diputados manifestó su disposición de asistir a una de sus sesiones y solicitó que esta tuviese, idealmente, lugar luego de emitido el dictamen solicitado por los diputados. En síntesis, el actuar de la CGR se encuentra conforme

---

<sup>44</sup> Dictámenes N°s. 28.131 de 2009 y 78.107 de 2015, en relación con esa Superintendencia como con otros entes de naturaleza y regulación similar

<sup>45</sup> Sentencia rol N° 2.433-2015, recaída en juicio ordinario sobre acción declarativa de mera certeza seguida en contra de la Contraloría General por la Superintendencia de Bancos e instituciones Financieras.

<sup>46</sup> Sentencia rol N° 5.984 de 2012, en cuyo considerando undécimo sosteniente que la prohibición del artículo 6° *"debe entenderse necesariamente que se refiere sólo a materias específicas que están siendo discutidas en un juicio determinado y a aquellas en que la ley expresamente indica que deben ser resueltas únicamente por los tribunales"*, agregando más adelante que una interpretación contraria pondría en contradicción la norma aludida *"con gran parte de las facultades que la misma ley le entrega, lo que carecería de toda lógica y de la necesaria interpretación armónica de sus preceptos"*.

su propia Ley Orgánica y a la Ley Orgánica del Congreso Nacional, en cuanto a los requerimientos que puedan presentarle.

Finalmente, en lo relativo a la eventual invalidación de los actos administrativos que autorizaron la constitución y posterior fusión de las AFPs. Aclara que la CGR solo se remitió al carácter impugnabile de los actos y que en ningún caso incitó a pedir su invalidación, pues el ejercicio de dicha potestad corresponde precisamente a la Administración activa y no a la CGR, pues es la primera la que llevará acabo dicho procedimiento, de oficio o petición de parte, con los demás requisitos legales, y no la Contraloría.

En razón de las opiniones jurídicas emitidas por Contraloría a través de estos dos dictámenes, la SP emitió la resolución exenta N° 513 de 4 de Marzo de 2016, que tuvo en cuenta el informe evacuado por el Fiscal de dicha entidad respecto a las operaciones de fusión realizadas entre las AFPs Cuprum y Argentum, y Acquisition Co. S.A y Provida S.A., para concluir:

Que ambos procedimientos de fusión fueron realizados de una manera distinta a la que debieron realizarse, pues finalmente resulta innecesaria la constitución en AFP de la sociedad controladora o matriz.

Que comparte la posición del Fiscal en cuanto a que la condición impuesta fue innecesaria, por implicar una exigencia adicional que no estaba impuesta por el ordenamiento jurídico.

Que al estar obligadas a acatar los pronunciamientos de la SP, las AFP actuaron bajo el convencimiento y la confianza de estar obrando con legalidad y conforme el ordenamiento jurídico.

Finalmente, que no corresponde invalidar los actos administrativos cuestionados, en base a la doctrina de confianza legítima que ha sido sostenida uniformemente por la CGR, puesto que al actuar las sociedades de conformidad a lo instruido por la SP, se entiende que actuaron de buena fe. Por ello la SP se encuentra limitada para invalidar los actos.

Luego, en tercer lugar, se encuentra el dictamen de Contraloría N° 47.645 de fecha 28 de Junio de 2016, cuyo pronunciamiento encuentra fundamento en diversas solicitudes<sup>47</sup>: (i) En el informe que requiere la CGR a la SP sobre las medidas adoptadas respecto de los dictámenes 98.889 y 9.702, (ii) en la solicitud de pronunciamiento acerca de la resolución N° 513 de la SP presentada por los diputados Fuad Chain, Patricio Vallespín e Iván Flores , (iii) en la presentación realizada, por separado, por los señores Patricio Herman y Gino Lorenzini en que cuestionan la juricidad de la mencionada resolución exenta N° 513, y (iv) en la solicitud realizada por Alejandro Vergara en representación de Principal Chile Limitada, quien se hace parte en este proceso para solicitar la abstención de CGR, por carecer los demás requirentes de legitimación activa y por encontrarse judicializado el asunto, y en subsidio que se declare la legalidad de la resolución 513.

Como cuestión previa, en síntesis, menciona la postura que toma la SP en la resolución 513 respecto las operaciones de fusión cuestionadas y señala que si bien aquél ente entiende que no debió haberse efectuado el procedimiento de dicha manera, por ser procedente la directa absorción de las AFP por sus controladoras, sin necesidad que estas últimas se transformasen primero en AFP, determina que no resulta procedente la invalidación en razón de las situaciones jurídicas consolidadas. Y agrega, que en cuanto a la gestión prejudicial que se iniciaron para deducir una eventual nulidad de derecho público, estas no conllevan un análisis actual y de fondo por parte de los Tribunales de Justicia.

Atendiendo a las solicitudes respecto la legalidad y juricidad de la resolución exenta N° 513 la CGR expone que si bien en su dictamen N° 9.702 señaló que la potestad invalidatoria corresponde a la administración activa, la decisión de ejercerla o no requiere previamente de un proceso que cumpla con la normativa legal, es decir, la SP debe iniciar un procedimiento en que se dé audiencia a los interesados y con el mérito de los antecedentes recabados en el expediente decida si procede o no la invalidación de los actos administrativos cuestionados.

---

<sup>47</sup> Contraloría General de la República, *Dictamen de 28 de Junio de 2016*, disponible en <http://www.contraloria.cl/> [última consulta: 13 de Agosto de 2016]

Concluye señalando que este proceso no ha tenido lugar en el caso y que es necesario que la SP inicie dicho proceso de invalidación, debiendo informar de ello a la Contraloría dentro del plazo que se señala.

Finalmente, luego de este dictamen de Contraloría, la SP emitió la resolución exenta N° 1554 de fecha 21 de Julio de 2016<sup>48</sup>, con la que inicia el procedimiento de invalidación que fue ordenado por la CGR respecto las Resoluciones Exentas N° 220 y 221, confiriendo traslado a la AFP Cuprum como parte interesada y ordenando poner en conocimiento del procedimientos a los recurrentes que han acudido ante Contraloría, con el objetivo de que se apersonen si lo estiman conveniente. Con este reciente dictamen la SP da cumplimiento al último dictamen emitido en la materia por la CGR, cuyo efecto es vinculante como ha quedado claro tanto en el derecho como en los hechos.

Habiendo analizado las principales resoluciones y dictámenes en que consta esta problemática actual, pasaré a desarrollar un análisis personal de falencias de este sistema y de cómo los principales operadores jurídicos han actuado respecto de ellas.

## II. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO.

Del examen realizado en este capítulo y en el anterior queda de manifiesto la escasa regulación especializada que existe en materia de fusión de AFP, lo que ha generado serios problemas, no sólo de regulación en sí misma, sino que incluso de competencias de los mismos órganos a cargo del procedimiento.

Por un lado, ante la falta de regulación y en uso de su facultad interpretativa, la Superintendencia de Pensiones ha intentado resolver estos casos contingentes otorgando soluciones que a la luz de los antecedentes resultan no ser las más idóneas para los objetivos buscados, pues impone requisitos y exigencias que no se encuentran contempladas en el ordenamiento jurídico, lo que claramente atenta contra el principio de juricidad, ya que si bien la facultad interpretativa es de aquellas discrecionales, no puede excederse en sus atribuciones: determinar el sentido y alcance de la normativa. En este sentido, el informe jurídico evacuado por el Fiscal de la SP de fecha 3 de Marzo del presente año, en sus puntos

---

<sup>48</sup> Superintendencia de Pensiones, *Resolución Exenta de 21 de Julio de 2016*, disponible en [http://www.spensiones.cl/portal/prensa/579/articulos-11025\\_r\\_1554.pdf](http://www.spensiones.cl/portal/prensa/579/articulos-11025_r_1554.pdf) [última consulta: 13 de Agosto de 2016]

7 y 8 reconoce esta situación y señala el procedimiento que, acorde a derecho, debió haber seguido la SP, señalando que ésta pudo autorizar la fusión por absorción de PIC y AFP Cuprum, y, en el mismo acto, la transformación de la sociedad resultante en AFP<sup>49</sup>, lo que a mi parecer es la solución más acorde al ordenamiento jurídico e idónea para los objetivos que se buscaban con la operación. Sin perjuicio de que una interpretación estricta del artículo 43 del DL 3.500 podría limitar la fusión sólo entre Administradoras, de acuerdo al objetivo buscado con la operación, podría haberse aplicado un criterio más flexible que permitiera obtener como resultado final de la fusión la mantención de una sola AFP, que es lo que ocurrió en la práctica, pero a través de un procedimiento distinto.

Por otro lado, la complejidad de los casos viene determinada precisamente por la naturaleza de las AFP, toda vez que se trata de sociedades prestadoras de un servicio público que para cumplir con su labor transan valores en el mercado. Esto determina que su fiscalización esté a cargo de diversos órganos administrativos de control, que tienen distintas y variadas competencias, las que muchas veces pueden llegar a confundirse desde el exterior. Es por ello que se ha creado bastante confusión en cuanto a los efectos tributarios que surgen de los procedimientos de fusión, que sin lugar a dudas no son materias de competencia de las SP, sino que del Servicio de Impuestos Internos, y además, en cuanto a la forma de constitución estas no sólo deben ser fiscalizadas por la SP, sino que también por la Superintendencia de Valores y Seguros, para evitar que se repitan casos como el analizado. Esto último lo ha señalado expresamente la Contraloría en su dictamen N° 98.889 ya mencionado<sup>50</sup>.

Respecto a la actuación de la SP, resulta interesante resaltar aquellos aspectos cuya consideración fueron determinante para la errónea toma de decisión en cuanto a la forma en

---

<sup>49</sup> CULAGOVSKI RUBIO, Andrés, *Informe Jurídico: Alcances y efectos de la transformación de Principal Institucional Chile S.A en la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum S.A., y su posterior fusión con la AFP Cuprum S.A., y del proceso de creación de la AFP Acquisition Co. S.A. y su posterior fusión con AFP Provida S.A.* (Santiago, 2016), p.2.

<sup>50</sup> En este sentido señala “*Por otra parte, en lo que respecta a las actuaciones de la SVS, cabe expresar que, con motivo de la constitución de una AFP, ella debe analizar los antecedentes jurídicos, económicos y financieros pertinentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8° de la ley N° 18.045, para efectos de practicar la inscripción en el Registro de Valores que ella mantiene*”

que se llevó adelante el procedimiento y que han sido ampliamente revisados en el informe en Derecho de Jaime Jara<sup>51</sup>, por lo que resaltaré los aspectos más relevantes.

Respecto la resolución N° 220 que autoriza la creación de la AFP Argentum. No se dio observancia a la exigencia de giro único que debe tener la AFP según el inciso 1° del artículo 23 del DL 3.500<sup>52</sup>, ya que al momento de su autorización bajo condición suspensiva y del cumplimiento de esta misma, seguía siendo propietaria de más del 95% de un AFP existente y en funcionamiento (AFP Cuprum). Además, permitió la constitución de una AFP cuyos antecedentes presentados en el prospecto eran idénticos con los de la AFP ya existente que se pretendía fusionar, siendo contrario al artículo 126 inciso 3 de la Ley 18.046<sup>53</sup>. Finalmente, respecto la condición suspensiva a la que sujeta la constitución de la AFP resulta improcedente desde el punto de vista lógico y legal, esto último fundado en el inciso 1° del artículo 51 de la Ley 19.880<sup>54</sup>, según el cual los actos administrativos causan inmediata ejecutoriedad –entendida esta como el momento en que producen sus efectos– salvo que una disposición establezca lo contrario o que necesite autorización de un superior, lo que en la especie no sucede pues ninguna norma de la regulación especial permite la incorporación de una condición en estos términos.

A estos puntos hay que agregar que el certificado de existencia expedido por la SP el mismo día de esta resolución omitió mencionar que dicha existencia se encontraba bajo la condición suspensiva de que dentro de 60 días se fusionara con AFP Cuprum.

Respecto la resolución exenta N° 221, que autorizó la fusión de AFP Argentum y Cuprum. En primer lugar, resulta evidente la contradicción lógica, pues simultáneamente se cumple con la condición suspensiva a que estaba sujeta la constitución de la AFP Argentum y la fusión misma de ésta con AFP Cuprum, en circunstancias que esto último tiene como requisito legal la existencia de dos AFP, pero el procedimiento fue iniciado por una sociedad

---

<sup>51</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime, cit. (n.16), p. 22-42

<sup>52</sup> Artículo 23 inciso 1° del Decreto Ley 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.”

<sup>53</sup> Artículo 126 inciso 3° de la Ley 18.046. “La Superintendencia deberá comprobar que estas sociedades cumplen con las exigencias legales y económicas requeridas al efecto, para autorizar su existencia.”

<sup>54</sup> Artículo 51 de la Ley 19.880 “Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”



que no tenía existencia aún. En segundo lugar, la SP opta por tener por cumplida la condición suspensiva a partir de la fecha de esta resolución (2 de enero de 2015), contrariando los efectos que tanto en derecho privado como derecho público se le da, pues por razones de seguridad y certeza jurídica debiese tener efectos retroactivos, es decir, desde la fecha en que se expidió el acto que la contiene. En tercer lugar, la resolución otorga efecto retroactivo a la fusión señalando que tendrá *plenos efectos* desde el 1 de Enero, en circunstancias que la resolución es de fecha 2 del mismo mes, sin señalar los fundamentos de esta decisión, que si bien es favorable para los interesados, debe ser fundada. Esto último, además, es contrario a lo dispuesto por el artículo 43 del DL 3.500, que expresamente señala que la fusión tendrá efectos luego de transcurridos 60 días desde la publicación de su autorización en el Diario Oficial.

Ahora bien, no se puede desconocer que el actuar de las AFPs y de sus empresas controladoras ha sido en estricto cumplimiento de las resoluciones y oficios emanados de la SP, por lo que no se les puede imputar a ellos un actuar contrario al ordenamiento jurídico, ya que amparados en el principio de confianza legítima, conforme el cual los administrados actúan con el convencimiento de que lo dispuesto por la autoridad administrativa se ajustaba a derecho, se han creado situaciones jurídicas consolidadas y deben ser respetadas. En concordancia con esto, hay que tener en consideración los principios de buena fe que amparan a los administrados y de seguridad jurídica, la que debe ser resguardada con el mismo actuar de la Administración.

En atención a lo anterior resulta necesario hacer referencia a la facultad de invalidación de los órganos de la Administración, que se encuentra regulada en el artículo 53 de la Ley 19.880,

*“Artículo 53.-La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.”*

Como bien lo ha dejado de manifiesto la CGR en sus dictámenes esta es una facultad exclusiva de la Administración activa – sin perjuicio de que ella puede ordenar su instrucción – que debe cumplir con ciertos requisitos legales: (i) dar audiencia a los interesados y, (ii) estar dentro del plazo de dos años desde la notificación o publicación del acto. A esto hay

que agregar los criterios que a raíz del análisis de diversos dictámenes de CGR establece el Fiscal de la SP en su informe jurídico y que a mi parecer resultan bastante acertados:

1. Todo órgano de la Administración puede revisar sus actos administrativos, para examinar si adolecen de vicios
2. El ejercicio de la potestad de invalidación tiene como límites los principios generales del derecho, incluyendo la buena fe y la confianza legítima<sup>55</sup>.

Por lo tanto, en atención a esto, a lo ya señalado respecto la actuación de buena fe y amparada en la confianza legítima de las entidades fiscalizadas, es que es preciso determinar que el proceso de invalidación que se ha iniciado por expresa disposición de la CGR debe tener en consideración que dicha potestad tiene como límite las situaciones jurídicas consolidadas, por lo que si bien podría invalidar las resoluciones exentas cuestionadas, los efectos que han surgido de aquéllas deberán mantenerse en el tiempo, pues resulta contrario a los principios fundamentales y a la propia lógica hacer responsables a las entidades fiscalizadas de las decisiones erróneas tomadas por el ente fiscalizador, toda vez que los primeros sólo se han limitado a dar cumplimiento a ellas. Esta misma conclusión es la que recoge el informe jurídico del Fiscal en la letra d) de sus Conclusiones<sup>56</sup>, la que se puede reafirmar desde el punto de vista del impacto que en definitiva tuvo esta operación para el fin que cumplen las AFPs y el servicio que prestan, pues si se analizan las cuentas de los afiliados, estas no sufrieron deterioro o perjuicio alguno, ya que este punto fue específicamente controlado por la SP, permitiendo el pleno respeto y resguardo de ellas, por lo que en la actualidad no existe ningún recurso o reclamación ante los Tribunales de Justicia por parte de algún afiliado que se haya visto afectado por el procedimiento de fusión.

El caso analizado en este acápite es de especial relevancia en la actualidad, pues servirá de precedente para la resolución de casos que se han presentado y que se pueden seguir presentando posteriormente – como el de AFP Provida y Acquisition Co. – sentando las bases de la actuación que deberá seguir en lo sucesivo la SP, mientras los vacíos legales no sean colmados por el legislador.

---

<sup>55</sup> CULAGOVSKI RUBIO, Andrés, cit. (n.49), p. 8.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 15.

Sin embargo, no es posible estimar que se ha dado una solución final por parte de la autoridad administrativa, pues recientemente se ha iniciado un procedimiento de invalidación por la SP, en cumplimiento del último dictamen de Contraloría, que mantiene inconclusa la situación, por lo que habrá que prestar atención al desenlace de este proceso para estimar si existen soluciones definitivas, es decir, si se invalidan o no los actos administrativos cuestionados por el mal proceder de la SP y por otro lado, si los efectos producidos a raíz de ellos se mantendrán o deberán ser modificados, con todas las consecuencias jurídicas y patrimoniales que aquello pueda significar.

## CONCLUSIONES

El derecho a la seguridad social es de aquellos derechos denominados de segunda generación y encuentra expresa consagración en el numeral 18 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, el que expresamente dispone que su prestación podrá realizarse por el Estado mediante instituciones públicas o privadas, debiendo el Estado supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho.

Dentro de las prestaciones que se entienden contempladas en el derecho de seguridad social es que se desenvuelve el sistema de pensiones, que en nuestro país se denomina de capitalización individual, consagrado en el Decreto Ley 3.500 de 1980, y cuya administración está a cargo de entidades privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones que son fiscalizadas por el Estado.

Las Administradoras, jurídicamente, son sociedades anónimas de objeto exclusivo o giro único y por tanto les es aplicable en lo relativo a su constitución, formalidades, funcionamiento y organización la normativa contenida en el Decreto Ley 3.500, su Reglamento y, supletoriamente, la Ley sobre Superintendencia de Valores y Seguros y la Ley sobre Sociedades Anónimas. Sin perjuicio el carácter supletorio otorgado a esta última, en la práctica regula de manera extensiva aspectos fundamentales como la constitución de las Administradoras.

El control y fiscalización de estas entidades privadas, en cuanto al servicio que prestan, se encuentra a cargo de un órgano de la administración autónomo y especializado, que cuenta con amplias facultades de mando, interpretación y fiscalización, denominado Superintendencia de Pensiones. La gran importancia de este órgano es evidente y se materializa en diversos aspectos, como en la autorización que debe otorgar para la creación y fusión de las AFP, determinando los procedimientos que estos organismos deberán seguir, en aplicación de sus diversas potestades.

En lo concerniente a la fusión de las AFP, resulta esencial la regulación de fusión de sociedades prevista en la Ley 18.046, pues es aplicable en su totalidad a la de las primeras. Es así como se pueden distinguir entre fusión por absorción y fusión por creación, que a pesar

de las diferencias en su regulación, tienen elementos comunes que determinan que sus efectos sean bastante similares.

A la regulación contenida en la LSA sólo se agrega un trámite específico respecto de las AFP, que se encuentra consagrado en el inciso sexto del artículo 43 del DL 3.500 y se refiere a la autorización que debe otorgar la SP para que la fusión de las AFP sea legalmente eficaz y produzca sus efectos. Es así como los principales roles que cumplirá la SP en los procedimientos de fusión serán de control, autorización y de policía.

Respecto los efectos tributarios productos de la fusión, resulta de gran relevancia el *goodwill*, pues ha generado diversos inconvenientes en estos procedimientos. Esta diferencia positiva entre lo pagado efectivamente para adquirir una sociedad y el capital tributario de ella, es de exclusiva competencia del Servicio de Impuestos Internos, quien debe determinar si corresponde o no otorgar este beneficio tributario, así como la legalidad en su obtención, por lo tanto es un ámbito que escapa de las competencias propias del órgano de control materia de este trabajo, pues si la SP pretendiera otorgar este beneficio tributario incurriría en el vicio de abuso de poder.

A raíz de la escasa regulación especializada en materia de fusión de AFP, por redirigirse prácticamente en todos sus aspectos a la LSA y no considerando aspectos propios del funcionamiento y regulación de estas entidades es que se han generado diversos cuestionamientos en la actualidad por los vacíos que contempla la legislación. A la luz de esta problemática es que la SP en cumplimiento de sus funciones y utilizando las potestades de que está investida ha intentado colmar dichos vacíos con su facultad interpretativa. Sin embargo, muchas veces las soluciones proporcionadas por esta entidad de control exceden la normativa legal y sus facultades, ocasionando más problemas jurídicos de los que pretende resolver, como queda de manifiesto en casos recientes de fusión, como el analizado en este trabajo entre las AFPs Argentum y Cuprum.

En el caso particular de la fusión entre AFP Argentum (ex PIC) y AFP Cuprum, del estudio de las resoluciones emanadas de la SP y los dictámenes emitidos por la Contraloría, resulta que el procedimiento determinado por la SP incorporó trámites y exigencias que la ley no contempla, apartándose de los principios de legalidad y juridicidad que rigen nuestro sistema.

Sin embargo, es menester dejar claro que las soluciones que se han presentado para esto, en definitiva, producirían los mismos efectos que en la práctica produjo este erróneo procedimiento, que no afectó en absoluto a los afiliados. Por ello, no se puede pretender hacer responsable a las entidades que de buena fe dieron cumplimiento a las órdenes emanadas de la SP, pues quebrantaría el principio de confianza legítima que rige nuestro sistema, haciendo que la responsabilidad por los errores cometidos por la Administración recaiga en las entidades fiscalizadas, lo que es lógicamente incorrecto.

En este escenario es evidente la necesidad de una urgente intervención legislativa, para que por medio de una reforma se unifiquen las soluciones a los problemas que se han presentado, pues la normativa existente ha sido claramente sobrepasada. En el intertanto es de esperar que el ente controlador, la Superintendencia, logre clarificar su proceder y determine cuáles son los procedimientos que acorde a la normativa y al objeto de esta institución deberán seguir las Administradoras, para poder terminar con la incertidumbre y el mal desarrollo que ha tenido en el último tiempo esta reestructuración societaria.

## BIBLIOGRAFÍA

### Monografías

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*<sup>3</sup> (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

PUGA VIAL, Juan, *La Sociedad Anónima y otras sociedades por acciones en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, *El sistema chileno de pensiones*<sup>7</sup> (Santiago, Superintendencia de Pensiones, 2010).

### Artículos

MARDONES OSORIO, Marcelo, *Sobre la extensión del régimen de fusión de sociedades establecido por la ley n° 18.046*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 26 (2006), 2, p. 125-152.

OBANDO CAMINO, Iván, *El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: Un continente en busca de su contenido*, en *Estudios Constitucionales*. 10 (2012), 1, p. 289-338.

### Informes en Derecho

AGNIC, Tamara, *intervención ante la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados: Rol de la Superintendencia de Pensiones, la superintendencia de valores y seguros y el servicio de impuestos internos en el proceso de fusión de las AFP Cuprum y Argentum* (Valparaíso, 2015).

CULAGOVSKI RUBIO, Andrés, *Informe Jurídico: Alcances y efectos de la transformación de Principal Institutional Chile S.A en la Administradora de Fondos de Pensiones Argentum*

*S.A., y su posterior fusión con la AFP Cuprum S.A., y del proceso de creación de la AFP Acquisition Co. S.A. y su posterior fusión con AFP Provida S.A.* (Santiago, 2016).

GUILOFF, Matías; PIZARRO, Carlos, *Informe en Derecho* (Santiago, 2015)

JARA SCHNETTLER, Jaime, *Informe en derecho: Examen de juridicidad de la actuación de la Superintendencia de Pensiones en el proceso de autorización de AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con AFP Cuprum S.A* (Santiago, 2015).

PFEFFER URQUIAGA, Germán, *Informe en Derecho: Auditoría legal sobre las actuaciones de la Superintendencia de Pensiones en relación a la autorización de existencia de la AFP Argentum S.A y su posterior fusión con la AFP Cuprum S.A.* (Santiago. 2015).

#### Tesis

ESPONDA FERNÁNDEZ, Germán, *Actividad de Policía ejercida por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones* (Valparaíso, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1985).

IGLESIAS CORONEL, Carlos, *Transformación, división y fusión de Sociedades Anónimas* (Santiago, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2003).

#### Soportes Virtuales

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *Las tres generaciones de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf>

BERSTEIN J., Solange, *Sistemas de capitalización individual (AFP) y de reparto (antiguo)* (Santiago, 2013). Disponible en: [http://www.safp.cl/portal/informes/581/articles-10300\\_recurso\\_1.pdf](http://www.safp.cl/portal/informes/581/articles-10300_recurso_1.pdf).

Superintendencia de Pensiones, *Pronunciamiento de Mayo de 2015*. Disponible en: <http://www.spensiones.cl/portal/institucional/578/w3-article-10734.html>.



## Sentencias

Corte Suprema, casusa rol n° 5.984-2012

Corte Suprema, casusa rol n° 2.433-2015

## Jurisprudencia Administrativa

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 98.889 de 2015

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 9.702 de 2016

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 47.645 de 2016

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 28.131 de 2009

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 78.107 de 2015

Resolución Exenta de la Superintendencia de Pensiones N° 220 de 19 de Diciembre de 2014

Resolución Exenta de la Superintendencia de Pensiones N° 221 de 2 de Enero de 2015

Resolución Exenta de la Superintendencia de Pensiones N° 513 de 4 de Marzo de 2016

Resolución Exenta de la Superintendencia de Pensiones N° 1554 de 21 de Julio de 2016

Oficio Ordinario de la Superintendencia de Pensiones N° 21.449 de fecha 25 de Septiembre de 2014.

Oficio Ordinario de la Superintendencia de Pensiones N° 17.700 de fecha 05 de Agosto de 2015.

## Reportes Tributarios

N° 31 de Octubre de 2012, del Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.

N° 58 de Marzo de 2015, del Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.