

CRONOLOGIA DE HECHOS

1. Principal Financial Group (“PFG”) inició el proceso de adquisición de AFP Cuprum S.A. (“Cuprum”) a mediados de 2012, el que involucró la realización de más de ciento cuarenta actuaciones, ante distintos organismos reguladores, entre las cuales se encuentran, entre otras, una solicitud de autorización para la adquisición de las acciones de Cuprum a la propia Superintendencia de Pensiones (“SP”), una solicitud de inversión extranjera ante el Comité de Inversión Extranjera, una solicitud de inscripción en el Registro de Valores a la Superintendencia de Valores y Seguros y el lanzamiento de una OPA, cuyo Prospecto en forma expresa señalaba la posibilidad de efectuar reorganizaciones o fusionesⁱ.

2. Principal Institutional Chile S.A. (“PIC”), filial de PFG, inició el proceso de fusión el 26 de agosto de 2014, asumiendo que como en otros casos y conforme la jurisprudencia administrativa lo había interpretado, el regulador sectorial correspondiente - en este caso la SP -, sólo debía autorizar la fusión de PIC y Cuprum. A esa fecha PIC era dueña de más del 97% de las acciones de Cuprum.

Sin embargo, con fecha 25 de septiembre de 2014, la SPⁱⁱ determinó que para materializar el proceso de fusión antes referido, PIC se debía transformar previamente en AFP.

3. De esta manera, luego de acreditar a satisfacción de la SP el cumplimiento de los requisitos establecidos en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables, otorgó a PIC con fecha 16 de diciembre de 2014 el certificado de autorización provisoria y luego, mediante Resolución de fecha 19 de diciembre de 2014, la autorización definitiva como AFP, mediante Resolución E-220-214, de 19 de diciembre de 2014. La nueva AFP se denominó Argentum considerando que la normativa no permite que una Administradora de Fondos de Pensiones tenga el mismo nombre del grupo controlador. La autorización de existencia de AFP Argentum se sujetó a la condición suspensiva de que se autorizara la fusión.

4. A partir de mediados de 2015 se inició una campaña de cuestionamientos, carentes de todo sustento técnico, del cual se hicieron eco algunos parlamentarios y que generó inicialmente dudas incluso en la Contraloría General de la República (“CGR”).

5. El 4 de marzo de 2016, la SP emitió la Resolución Exenta N° 513, en la cual concluyó que: (i) la SP estaba habilitada legalmente para autorizar la fusión en comento, sin requerir previamente la transformación de PIC en AFP, y que en efecto, la SP pudo haber autorizado, en un solo acto la fusión entre PIC y Cuprum, mecanismo que habían precisamente iniciado PIC y Cuprum y que era el legalmente idóneo para producir el resultado solicitado; (ii) el error cometido por la SP no resultaba ser determinante, puesto que el resultado final (la autorización de la fusión) se habría obtenido igualmente de haber empleado uno u otro mecanismo; (iii) las sociedades solicitantes se adscribieron de buena fe a los requisitos solicitados por la SP; y, (iv) la resolución de la SP que autoriza la fusión viene en consolidar una situación jurídica, otorgando derechos adquiridos a los solicitantes. En razón de lo anterior, la SP resolvió que “*se declara improcedente invalidar las resoluciones N°s E-220 de 2014 y E-221 de 2015, E-223 y E-224, ambas de 2015, todas de esta Superintendencia*”; relativas a la autorización del proceso de fusión de AFP Cuprum y AFP Provida, respectivamente.

6. Con fecha 13 de diciembre de 2016, mediante Resolución Exenta N°2619, la SP puso término al procedimiento administrativo iniciado por instrucciones de la CGR a fin de determinar la procedencia o improcedencia de una eventual invalidación de las Resoluciones antes referidas.ⁱⁱⁱ

La Resolución Exenta N°2619 declaró en definitiva improcedente invalidar las Resoluciones en comento, y confirmó la plena validez de la fusión de AFP Cuprum, en base fundamentalmente a las siguientes consideraciones: (i) la confianza legítima, puesto que los actos administrativos que se pretendían invalidar tenían su origen en una actuación de la propia SP, que en su momento instruyó erróneamente el procedimiento a seguir; y, (ii) las irregularidades que afectarían a las resoluciones no revestían gravedad, toda vez que si no hubiesen éstas existido, la actuación de la SP y los efectos de sus resoluciones, habrían sido desde el punto de vista legal, regulatorio, fiscal y tributario idénticos.

7. Finalmente, con fecha 23 de enero de 2017, la CGR emitió el Dictamen N° 2.276, en virtud del cual desestimó la presentación realizada ante dicho organismo, en la cual un diputado hacía presente una serie de supuestos errores en los que -en su opinión- habría incurrido la SP durante la tramitación del procedimiento referido en el numeral precedente. La CGR, luego de analizar cada una de los errores en los que supuestamente habría incurrido la SP, concluyó que la SP no había incurrido en ninguno de ellos.

CUESTIONAMIENTOS

A pesar de que todo el proceso de adquisición y fusión de AFP Cuprum por Principal Financial Group, ha sido sometido al escrutinio, revisión y control no sólo de las Superintendencias de Pensiones y de Valores y Seguros, sino también de otros organismos reguladores como la Fiscalía Nacional Económica y el Servicio de Impuestos Internos, quienes de conformidad a la ley, han ejercido sus funciones fiscalizadoras dentro de sus correspondientes ámbitos de actuación, solicitando la entrega de información amplia y pormenorizada, lo que se ha cumplido a cabalidad; se han formulado ciertos cuestionamientos a una de las tantas etapas del proceso en comento, las cuales se basan en la errónea creencia de que nuestro marco regulatorio sólo permitiría la fusión entre dos o más Administradoras de Fondos de Pensiones; y, de que las resoluciones administrativas - en particular aquellas que autorizan la existencia de una sociedad anónima especial - no pueden sujetar su vigencia a una condición suspensiva.

Como corolario de lo anterior, arguyen que la autorización de Principal Institucional de Chile como AFP y su posterior fusión por absorción de AFP Cuprum habría constituido una maniobra abusiva realizada apresuradamente con el propósito de poder amortizar el goodwill tributario generado en la adquisición de Cuprum; tratamiento tributario que la propia Ley N° 20.780, sobre Reforma Tributaria, mantuvo para todos aquellos procesos de fusión iniciados el año 2014 que finalizaran antes del 31 de diciembre de 2015.

Las percepciones anteriores son, sin embargo, claramente erradas, según demostramos a continuación.

1. El principal cuestionamiento se basa en la premisa de que una AFP sólo se podría fusionar con otra AFP, por cuanto el Decreto Ley N° 3.500, que regula el Sistema de Pensiones en Chile, sólo se refiere a este tipo de fusión.

Lo anterior constituye un claro error. El D.L. N° 3.500 sólo regula la fusión de dos AFP porque ello involucra también la fusión de los fondos de pensiones por aquéllas administrados, proceso en el cual se pueden eventualmente producir traspasos de valor entre los afiliados a los distintos fondos que se fusionan, al tener éstos afiliados, portfolios y valores cuota diferentes. Lo anterior no quiere decir que la ley sólo permite fusiones entre dos AFP, puesto que las AFP al ser sociedades anónimas especiales, se rigen también por la Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas, ley que las habilita para celebrar todos aquellos procesos de reorganización societaria que contempla dicha ley, como transformarse, dividirse y fusionarse.

Tan evidente es la conclusión anterior, que se han autorizado al menos tres casos de fusiones de AFP con otras sociedades que no son AFP.^{iv}

Lo mismo ha ocurrido con otro tipo de sociedades reguladas, como es el caso de una compañía de seguros y de una sanitaria, por mencionar algunas.^{v-vi}

2. El segundo cuestionamiento emana del hecho que la Resolución emitida por la SP que autoriza la transformación de PIC en AFP Argentum, se sujetó a una condición suspensiva, cual es, la autorización de la fusión entre esta última y AFP Cuprum.

Este cuestionamiento se divide en dos.

a. Uno que afirma que las resoluciones administrativas no podrían sujetarse a una modalidad, como sería el caso de un plazo, condición o modo.

Este cuestionamiento es erróneo. La ley permite expresamente que las resoluciones administrativas tengan una eficacia demorada, que es precisamente el efecto que produce la sujeción de su entrada en vigencia a una condición suspensiva.^{vii}

La doctrina ratifica lo anterior. El actual Contralor General de la República, señala: *“Se distingue, ahora, entre actos administrativos puros y simples o actos sujetos a modalidad. La referencia que con esto se hace es a las modalidades tradicionales conocidas como el término o plazo, la condición y el modo. Dichas modalidades pueden ser de carácter accesorio, es decir, impuestas por la Administración que resuelve y que son necesarias para no rechazar la solicitud, o para autorizar la actuación sin vulnerar un bien jurídico superior o el principio de legalidad, o modalidades legales, que son aquellas señaladas en la ley e incorporadas expresamente entre las cláusulas de la resolución, sin perjuicio de que ellas puedan regir directamente.”*^{viii}

Por último, existen numerosas resoluciones administrativas sujetas a condición suspensiva, que confirman la conclusión anterior. Resulta pertinente en esta materia destacar la Resolución N° 132 de 17 de septiembre de 1996, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que autorizó la constitución del Banco de Chile, el más grande del país, *“sujeta a la condición suspensiva de que se suscriba el contrato de modificación de las condiciones de pago de la obligación subordinada con el Banco Central de Chile.”*^{ix}

b. Otro cuestionamiento sostiene que la condición suspensiva a la que se sujetó la autorización de existencia de la AFP Argentum, sería imposible de cumplir.

La razón sería que puesto que AFP Argentum sólo podía existir si se fusionaba con AFP Cuprum, entonces al momento de fusionarse ambas sociedades, AFP Argentum no se encontraba en condiciones de concurrir a la fusión ya que no existía válidamente (por cuanto aún no se fusionaba con AFP Cuprum).

Ese cuestionamiento nuevamente es erróneo. AFP Argentum (ex PIC) tiene existencia legal desde el 4 de octubre de 2012, fecha en que se constituyó como sociedad anónima. Además, AFP Argentum tenía personalidad jurídica como AFP desde el 16 de diciembre de 2014 puesto que con esa fecha se le otorgó el Certificado de Autorización Provisoria, de conformidad al artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas. A mayor abundamiento, la doctrina sostiene que la condición suspensiva cumplida opera con efecto retroactivo, por lo que se debe entender que la autorización definitiva de existencia de AFP Argentum se produjo con fecha 19 de diciembre de 2014, al emitirse la Resolución N° E-220-2014 y no al momento de cumplirse la condición.

A mayor abundamiento, aún haciendo abstracción del hecho de que Argentum ya tenía existencia legal como sociedad, de que contaba con la autorización provisoria y de que también contaba con la autorización definitiva como AFP, según vimos precedentemente; igual se trataría de una condición posible. Nada impedía desde una perspectiva jurídica o lógica a que una vez verificado el hecho futuro e incierto del cual pendía la condición, se produjeran *simultáneamente* dos efectos jurídicos, el nacimiento de AFP Argentum y la fusión de esta última con AFP Cuprum.

3. El tercer cuestionamiento que se ha efectuado es que la fusión en cuestión constituiría una maniobra realizada de manera apresurada con el propósito de alcanzar a amortizar el *goodwill* tributario generado en la adquisición de Cuprum; tratamiento tributario que estaba siendo modificado en la Ley N° 20.780, sobre Reforma Tributaria, circunstancia de la que parecen también inferir que la amortización del *goodwill* tributario constituía una maniobra elusiva y, por ende, cuestionable.

Este cuestionamiento carece de todo fundamento.

En esta materia es importante tener presente que desde al menos la década de los 80 se ha contemplado en Chile un tratamiento tributario para el caso de adquisiciones y posteriores fusiones de sociedades, en las cuales el precio que se paga por la sociedad que se compra es superior al valor patrimonial proporcional en la sociedad adquirida.

La Reforma Tributaria de 2014 (Ley N° 20.780 de 29 de septiembre de 2014), modificó la regulación del *goodwill* tributario a contar del 1 de enero de 2015, estableciendo que el *goodwill* ya no sería amortizable. Sin embargo, estableció que todas las fusiones iniciadas antes del 31 de diciembre de 2014 tenían plazo hasta el 31

de diciembre 2015 para finalizar el proceso. Hay un cambio en las reglas del juego, pero se da un plazo de transición para que las operaciones que estaban en marcha fuesen terminadas.

Pues bien, la intención de realizar la fusión de la especie fue informada al público y a la autoridad a fines del año 2012,^x se inició formalmente con fecha 26 de agosto de 2014 - incluso antes de que se dictara la Ley N° 20.780 -, y concluyó el 1 de enero de 2015.

A mayor abundamiento, resulta pertinente señalar que si bien la exigencia de la SP en orden a transformar a PIC en AFP (Argentum) en forma previa a su fusión con Cuprum, no tuvo incidencia alguna ni en la generación del goodwill, ni es su monto, ni en su tratamiento tributario^{xi}; no ocurrió lo mismo desde una perspectiva sectorial. La exigencia de la SP en orden a cumplir este requisito adicional, se tradujo en un proceso significativamente más largo y complejo, debiendo Principal acreditar a satisfacción de la SP el cumplimiento de los requisitos por ella exigidos.

Por último, es necesario tener presente que la amortización del goodwill tributario no constituye una falla en la regulación que se haya corregido, ni tampoco un descuido del legislador que Principal consiguió utilizar. Era una política económica perfectamente legítima que existe en numerosos países, varios de ellos de la OCDE.

ⁱ Extracto de la OPA “El Oferente no descarta que como consecuencia de la Oferta, Cuprum deje de ser una sociedad anónima abierta y por consiguiente, que deba cancelar la inscripción de sus acciones en el Registro de Valores y en las bolsas de valores, ni la posibilidad de efectuar reorganizaciones o fusiones de Cuprum con el Oferente o con sociedades relacionadas a éste, como parte de un proceso de reestructuración.”

ⁱⁱ Mediante Oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014.

ⁱⁱⁱ Oficio N°47.645, de fecha 28 de junio de 2016, de la CGR.

iv Véanse las Resoluciones de la Superintendencia de AFP, números E-173-2001, de 28 de Agosto de 2001, que autorizó la fusión de la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat y sus filial Habitat Servicios Internacionales; E-183-2004, de fecha 30 de agosto de 2004, que autorizó la fusión de la Administradora de Fondos de Pensiones Summa Bansander y la sociedad Inversiones Internacionales Bansander; y, E-189-2007, de 15 de marzo de 2007, que autorizó la fusión de la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat y la sociedad Habitat Desarrollo Internacional S.A.

v Resolución N° 773, de fecha 16 de noviembre de 2009, en que la Superintendencia de Valores y Seguros aprobó la fusión por incorporación de la sociedad Bice Renta Urbana Dos S.A. en Bice Vida Compañía de Seguros S.A.

vi Ordinario N° 4456, de fecha 29 de Noviembre de 2013, en que la Superintendencia de Servicios Sanitarios de Essbío S.A en su sociedad matriz, Inversiones Otppb Chile I S.A.

vii Art. 3°, en relación con el inciso 2° del art. 51 y 49, todos de la Ley N° 19.880, Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

viii Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, 2014 Legal Publishing Chile, p. 146.

ix En el mismo sentido, se pronuncia la doctrina española que señala “[l]a regla general de la eficacia inmediata de los actos administrativos admite excepciones, según la Ley. El propio art. 57.1 LPC así lo prevé al decir en su inciso final <<salvo que en ellos se disponga otra cosa>>. El propio acto puede, en consecuencia, aplazar el comienzo de sus efectos, sometiéndose a un plazo, o bien condicionar la producción de los mismos a un evento futuro (condición suspensiva), todo ello en el marco de las normas aplicables en cada caso...” (Curso de Derecho Administrativo, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Editorial Civitas, 2002, págs. 580 y 581, Tomo I.)

x En el Prospecto de la Oferta Pública de Adquisición de las Acciones de AFP Cuprum, lanzada por Principal Institutional Chile S.A., luego AFP Argentum.

^{xi} El propio SII en el Oficio N° 3.501, de 11 de noviembre de 2016, señala respecto de este caso en particular que “[e]n el tratamiento tributario del menor valor o goodwill no tiene incidencia el tipo social de las sociedades fusionadas, por cuanto atiende a otras variables: valor de total de la inversión previa en acciones o derechos sociales efectuada por la absorbente en la absorbida y valor total o proporcional del capital propio de esta última sociedad según se desprende del propio concepto de menor valor o goodwill, (...) y o no de activos no monetarios provenientes de la sociedad absorbida.”