

Indicadores de Estado

Nº Dictamen	9702	Fecha	08-02-2016
Nuevo	SI	Reactivado	NO
Alterado	NO	Carácter	NNN
Origenes	DJU		

Referencias

248224/2015, 249562/2015, 160343/2016, 160515/2016

Decretos y/o Resoluciones**Abogados**

JGZ

Destinatarios

Superintendente de Pensiones

Texto

Aclara y complementa el dictamen N° 98.889, de 2015, de esta Contraloría General, relativo a la constitución de la administradora de fondos de pensiones que indica y su posterior fusión con otra.

Acción

Aclara dictamen 98889/2015 Complementa dictamen 98889/2015 Aplica dictámenes 28131/2009, 78107/2015, 82297/2014, 3060/97, 5913/97, 42025/2000, 34472/2001, 31559/2005, 39501/2007, 11588/2009, 80863/2014

Fuentes Legales

pol art/98, ley 10336 art/6 inc/1, ley 18575 art/1 inc/2, ley 20255 art/46 inc/1, ley 20255 art/46 inc/3, ley 10336 art/6 inc/3, CPE art/228 inc/2, ley 10336 art/5 inc/3, ley 18046 art/130, dl 3500/80 art/23, dl 3500/80 art/24A, ley 18046 art/99, ley 10336 art/1 inc/2, ley 18918 art/9 inc/1, ley 18918 art/54 inc/7, ley 19880 art/53

Descriptorios

facultades CGR, competencia, fusión AFP

Documento Completo

N° 9.702 Fecha: 08-II-2016

La Superintendencia de Pensiones y Principal Chile Limitada, por separado, han solicitado que esta Contraloría General deje sin efecto el dictamen N° 98.889, de 2015, el que, con motivo de una presentación que formularan los diputados señores Fuad Chain Valenzuela y Patricio Vallespín López, informó sobre la autorización de la constitución de la administradora de fondos de pensiones (AFP) Argentum S.A. y de su posterior fusión con AFP Cuprum S.A.

Al respecto, la Superintendencia de Pensiones cuestiona la competencia de esta Entidad de Fiscalización para intervenir en ese asunto, por cuanto estima que la materia analizada se encuentra dentro de sus atribuciones técnicas y que, además, ha sido sometida al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Por su parte, Principal Chile Ltda. alega, en síntesis, que esta Contraloría General no es competente para informar y tampoco podría emitir una "opinión jurídica" sobre esa temática; que existe una comisión en la Cámara de Diputados que conoce de la misma; que ese instrumento interviene en aspectos de orden técnico y que contiene "una velada invitación a demandar la nulidad de las resoluciones".

Pues bien, el oficio impugnado señaló, en lo pertinente, que a la luz de los antecedentes y normas legales que indica, en el proceso de formación de la nueva administradora de fondos de pensiones mencionada, no se acreditó el cumplimiento de las exigencias que al efecto fija el legislador.

Asimismo, manifestó que la definición legal de fusión supone la existencia de dos o más sociedades y que, en la especie, al momento de verificarse la fusión, solo existía válidamente la AFP Cuprum S.A. y no la AFP Argentum S.A., por lo que esa figura no pudo operar conforme a derecho.

Sobre el particular, cabe señalar que, efectuado el análisis de las alegaciones que formulan las entidades recurrentes, es posible sostener que no se aportan antecedentes de hecho o de derecho que no se hayan considerado al emitir el dictamen que se impugna, no obstante lo cual, se ha estimado necesario realizar las siguientes precisiones.

En primer término, en lo que atañe a la competencia que tiene esta Contraloría General para fiscalizar a la Superintendencia de Pensiones, se debe recordar que de acuerdo con el artículo 98 de la Constitución Política de la República, a esta Entidad de Fiscalización le corresponde, entre otras atribuciones, ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración.

En concordancia con dicha norma constitucional, el inciso primero del artículo 6° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, preceptúa que corresponde exclusivamente al Contralor informar, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Luego, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1°, inciso segundo, de la ley N° 18.575, la Administración del Estado se encuentra constituida, entre otros, por los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, calidad que tiene la Superintendencia de Pensiones, conforme al inciso primero del artículo 46 de la ley N° 20.255.

Como puede advertirse, de la normativa reseñada se colige que por mandato constitucional, a esta Contraloría General le compete ejercer el control de legalidad de los actos de la Superintendencia de Pensiones, ya que esta es un organismo público integrante de la Administración del Estado.

No obsta a lo anterior, que el inciso tercero del artículo 46 de la ley N° 20.255 someta a la Superintendencia a la fiscalización de la Contraloría General de la República exclusivamente en lo que concierne al examen de las cuentas de entradas y gastos, pues dicha norma, en virtud del principio de supremacía

constitucional, debe entenderse en armonía con su texto y, por ende, no puede limitar las atribuciones de control que la propia Carta Fundamental le entrega.

Este criterio ha sido sustentado reiteradamente por esta Contraloría General entre otros, en los dictámenes N°s. 28.131, de 2009 y 78.107, de 2015, tanto en relación con es superintendencia como con otros entes de naturaleza y regulación similar.

En este mismo sentido se pronunció también la Corte Suprema, en sentencia recaída en juicio ordinario sobre acción declarativa de mera certeza, rol N° 2.433-2015, seguido en contra de esta Contraloría General, en el que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, invocando una norma análoga a la indicada en el párrafo precedente, intentó sustraerse del control de esta Entidad Fiscalizadora. El Tribunal Supremo manifestó que dicha Superintendencia "en su esencia no es más que un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, motivo por el cual debe estarse a la interpretación que el ente contralor efectúa en el ejercicio de sus atribuciones".

De este modo, procede ratificar que esta Contraloría General, al emitir el dictamen objeto del presente oficio, actuó en el ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras que constitucional y legalmente tiene respecto de la Superintendencia de Pensiones.

En segundo lugar, es del caso referirse a la eventual procedencia de que esta Entidad se abstuviera de intervenir en la situación que dio origen al dictamen N° 98.889, de 2015, por aplicación del inciso tercero del artículo 6° de la ley N° 10.336, en cuanto le impide informar los asuntos que estén sometidos a los Tribunales de Justicia.

Tal alegación se sustenta en la existencia de una querrela por prevaricación administrativa culposa, sancionada en el artículo 228, inciso segundo, del Código Penal, en contra de la superintendente de pensiones, asunto que se encuentra en conocimiento del 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 20766-2015.

Al respecto, es necesario manifestar que el inciso tercero del citado artículo 6° previene que la Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Como puede advertirse, tratándose de asuntos que se encuentren dentro de su competencia, esta Entidad se abstiene de intervenir solo cuando dicho pronunciamiento ha sido requerido a los Tribunales de Justicia, o éstos ya se han pronunciado sobre ese tema (aplica criterio de dictamen N° 82.297, de 2014, entre otros).

En relación con lo indicado, la Corte Suprema en el fallo emitido en la causa rol N° 5.984, de 2012, considerando undécimo, ha sostenido que la prohibición del citado 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".

Pues bien, el dictamen N° 98.889, de 2015, fue emitido a petición de los diputados Fuad Chain Valenzuela y Patricio Vallespín López quienes requerían un pronunciamiento sobre la actuación de la Superintendencia de Pensiones en cuanto organismo de la Administración del Estado, materia que se enmarca dentro de las competencias de la Contraloría General y que no se encontraba sometida al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

Sobre el particular, es útil recordar que las responsabilidades administrativa, civil y penal son independientes entre sí, de lo que se sigue que una actuación determinada podría ser irregular administrativamente, lo que no supone que ello necesariamente acarree responsabilidad civil o penal para los infractores.

Ahora bien, el dictamen N° 98.889, de 2015, se refirió a las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Pensiones, en tanto que el proceso que se sigue en sede criminal busca determinar

si de dichas actuaciones se deriva responsabilidad penal, de acuerdo con el tipo de prevaricación citado, de manera que las materias analizadas en una y otra sede no son las mismas.

En este contexto, la existencia de la querrela criminal individualizada no configura un impedimento para la emisión del citado pronunciamiento por parte de esta Contraloría General, debiendo aclararse que la opinión jurídica emitida en dicho documento constituye propiamente un dictamen, medio a través del cual el Contralor General informa a petición de alguna autoridad, con arreglo a lo previsto en el artículo 5°, inciso tercero, de la ley N° 10.336.

Por otra parte, es menester consignar que, a diferencia de lo entendido por los recurrentes, el pronunciamiento cuestionado se pronunció sobre la legalidad de las actuaciones administrativas involucradas, sin extenderse a aspectos de orden técnico.

En efecto, este Ente de Control se limitó a verificar e informar si la Superintendencia de Pensiones dio cumplimiento en sus actuaciones a la normativa que lo rige, en concordancia con los citados artículos 98 de la Constitución Política y 6°, inciso primero, de la ley N° 10.336.

Para lo anterior, tomó en consideración los antecedentes e informes emitidos por la propia Superintendencia y que hiciera llegar en su oportunidad, de los que se desprendería que en la formación de la AFP por la que se consultaba, no se cumplían las exigencias fijadas por el legislador al efecto, acorde con lo previsto en el artículo 130 de la ley N° 18.046, en relación con los artículos 23 y 24 A del decreto ley N° 3.500, de 1980.

Además, se determinó que la fusión de las administradoras de fondos de pensiones de que se trataba, no daba cumplimiento al supuesto requerido por el artículo 99 de la ley N° 18.046.

Como se advierte, esta Contraloría General se limitó a controlar la legalidad de las actuaciones indicadas, sin invadir las facultades de interpretación normativa que tiene la Superintendencia de Pensiones, teniendo en consideración que estas últimas no impiden que esta Entidad verifique si en el ejercicio de las mismas se han excedido las competencias brindadas.

Enseguida, los solicitantes cuestionan que se haya informado a los parlamentarios mencionados, atendido que una comisión investigadora de la Cámara de Diputados se encontraba en conocimiento del mismo asunto.

Al respecto, cabe anotar que a la fecha de emisión del dictamen impugnado, la materia que se analiza efectivamente se encontraba en conocimiento de la Cámara de Diputados a través de su "Comisión especial investigadora del 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", la cual, por oficio de fecha 16 de septiembre de 2015, invitó a una de sus sesiones a la Contralora General Subrogante.

Esta invitación fue respondida por el oficio N° 75.375, de 2015, de este origen, en el que la autoridad mencionada informó a esa comisión sobre la petición formulada por los señores Chain Valenzuela y Vallespín López y le manifestó su disposición a asistir a una de sus sesiones, con el objeto de colaborar en los propósitos que motivaron su creación, solicitando que esa sesión se efectuara, idealmente, una vez emitido el pronunciamiento requerido por aquellos, el que le sería oportunamente transcrito.

Así, el dictamen N° 98.889, de 2015, fue emitido en cumplimiento de lo previsto en los artículos 1°, inciso segundo, de la ley N° 10.336 y 9°, inciso primero, y 54, inciso séptimo, de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y en concordancia con el proceder regular de esta Contraloría General respecto de los requerimientos que le hagan la Cámara de Diputados, el Senado y sus integrantes, sin que sea óbice para la atención de aquellos la existencia de una comisión parlamentaria sobre la materia.

En el sentido anotado, esta Entidad de Fiscalización ha procedido a evacuar la información requerida por Diputados o Senadores en relación con materias que se encontraban a la sazón en conocimiento de una

comisión parlamentaria, según dan cuenta, entre otros, los dictámenes N°s. 3.060 y 5.913, ambos de 1997; 42.025, de 2000; 34.472, de 2001; 31.559, de 2005; 39.501, de 2007; 11.588, de 2009, y 80.863, de 2014.

Por último, en lo referente a la eventual invalidación de las resoluciones que autorizaron la constitución y fusión de la especie que -según una de las presentaciones- promovería el dictamen cuestionado, corresponde aclarar que esta Contraloría General solo se limitó a aludir al carácter impugnabile judicialmente de esos actos.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 53 de la ley N° 19.880 dispone que la autoridad administrativa puede, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, en el plazo que indica.

Como puede advertirse, el ejercicio de la potestad invalidatoria corresponde a la Administración activa y no a esta Contraloría General, y debe ejercerse dentro del plazo de dos años que señala la norma y previa audiencia de los interesados, ocasión en la cual los afectados harán valer los argumentos que estimen convenientes, debiendo la autoridad ponderarlos al decidir si deja sin efecto el acto administrativo que se estima dictado vulnerando la ley.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto, se aclara y complementa el dictamen N° 98.889, de 2015, en los términos indicados en el presente oficio.

Transcribese a Principal Chile Limitada, a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, a los diputados señores Fuad Chain Valenzuela y Patricio Vallespín López, y a la Unidad de Seguimiento de la División de Auditoría Administrativa de esta Contraloría General.

Saluda atentamente a Ud.,

Patricia Arriagada Villouta
Contralor General de la República
Subrogante