

COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL ROL DE LAS SUPERINTENDENCIAS DE PENSIONES Y DE VALORES Y SEGUROS Y DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS EN EL PROCESO DE FUSIÓN DE LAS AFP CUPRUM Y ARGENTUM.

363ª LEGISLATURA

**Sesión 18ª, ordinaria, celebrada en martes 15 de marzo de 2016,
de 15:15 a 16:50 horas.**

SUMARIO:

Se recibió la subcontralora General de la República, señora Patricia Arriagada Villouta; y el abogado señor Alfredo Ugarte.

ASISTENCIA

Presidió el diputado señor Pedro Browne Urrejola.

Asistieron los diputados integrantes de la Comisión: Pedro Browne Urrejola; Fuad Chahin Valenzuela, Daniel Farcas; Iván Flores García, Nicolás Monckeberg Díaz; José Pérez Arriagada y Leopoldo Pérez Lahsen.

Concurren como invitados el Concurrer como invitados la subcontralora General de la República, señora Patricia Arriagada Villouta; y el abogado señor Alfredo Ugarte.

Actuó como Secretario el abogado señor Hernán Almendras Carrasco y como Abogado Ayudante el señor Víctor Hellwig Tolosa.

CUENTA

1.- Copia de una comunicación enviada por el CEO de Felices y Forrados señor Gino Lorenzini al Superintendente de Pensiones, señor Osvaldo Macías, mediante la cual solicita en calidad de accionista de Felices y Forrados, tenga a bien a volver analizar los antecedentes que llevaron la aprobación de la fusión entre la AFP Argentum S.A. y AFP Cuprum S.A. y, si lo estima pertinente, invalidar el acto administrativo que autorizó la fusión.

- A sus antecedentes.

2.- informe jurídico emitido por el Fiscal de la Superintendencia de Pensiones referido a los “alcances y efectos de transformación de Principal Intitucional Chile S.A. en la AFP Argentum S.A. y su posterior fusión con Cuprum S.A, y del proceso de creación de la AFP Acquisition Co. S.A. y su posterior fusión con AFP Provida.”

- A sus antecedentes.

ACUERDOS.

Invitar a la próxima sesión al excontralor General de la República, señor Ramiro Mendoza.

ORDEN DEL DÍA

El diputado señor Pedro Browne (Presidente de la Comisión) informa que esta sesión tiene por objeto recibir a la subcontralora General de la República, señora Patricia Arriagada Villouta y al abogado señor Alfredo Ugarte.

El detalle de lo obrado en esta sesión queda registrado en un archivo de audio digital, conforme a lo dispuesto en el artículo 249 del Reglamento de la Corporación.

Se adjunta transcripción taquigráfica de la sesión, la que se entiende incorporada como parte de la presente acta.

- Se levantó la sesión a las 16:43 horas.

PEDRO BOWNE URREJOLA
Presidente de la Comisión

HERNAN ALMENDRAS CARRASCO
Secretario de la Comisión

**COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL ROL DE LA
SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, DE LA SUPERINTENDENCIA DE
VALORES Y SEGUROS Y DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS EN
EL PROCESO DE FUSIÓN DE LAS AFP CUPRUM Y ARGENTUM**

Sesión 18^a, celebrada en martes 15 de marzo de 2016,
desde las 15.15 a las 16.50 horas.

**VERSIÓN TAQUIGRÁFICA
LITERAL**

Preside el diputado señor Pedro Browne.
Asisten los diputados señores Fuad Chahin, Daniel

Farcas, Iván Flores, Nicolás Monckeberg, Leopoldo Pérez y José Pérez.

Concurren como invitados la subcontralora General de la República, señora Patricia Arriagada Villouta; y el abogado señor Alfredo Ugarte.

TEXTO DEL DEBATE

El señor **BROWNE** (Presidente).- En el nombre de Dios y de la Patria, se abre la sesión.

El acta de la sesión 16^a se da por aprobada por no haber sido objeto de observaciones.

El acta de la sesión 17^a queda a disposición de las señoras diputadas y de los señores diputados.

El señor Secretario va a dar lectura a la Cuenta.

*El señor **ALMENDRAS** (Secretario) da lectura a la Cuenta.*

El señor **BROWNE** (Presidente).- Ofrezco la palabra en asuntos varios.

Propongo invitar a la sesión del martes próximo al excontralor señor Ramiro Mendoza, para que exponga su opinión, dada su experiencia como contralor, acerca de la fusión objeto de esta investigación y del posterior dictamen de la Contraloría General de la República.

¿Habrá acuerdo?

Acordado.

Damos la bienvenida a nuestros invitados, la subcontralora General de la República señora Patricia Arriagada Villouta, al abogado señor Alfredo Ugarte y al equipo que la acompaña.

Tiene la palabra la señora Patricia Arriagada Villouta.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, agradezco esta invitación. Pienso que es bueno para la

Contraloría General de la República estar presente en esta Comisión, no obstante que ya ha emitido dos dictámenes.

Quiero presentar a quienes me acompañan. A mi derecha está la señora Graciela Lepe, jefa de comité de la División Jurídica; a mi izquierda se ubica el señor Jaime Gallegos, abogado de esa división; y a mi vera está el señor Felipe Aliaga, jefe de mi gabinete.

Comenzaré mi exposición con un resumen de los pronunciamientos o dictámenes que sobre la materia ha emitido la Contraloría y que tienen que ver con el objeto de esta Comisión.

Como cuestión inicial, nosotros ratificamos esos pronunciamientos. En primer lugar, el N° 28.889, del año 2015, con las precisiones y aclaraciones que se hicieron posteriormente, a través del dictamen N° 20.072, de febrero de este año.

Es importante dejar claramente establecidas las facultades que sobre la materia tiene la Contraloría, y que tienen su fundamento en la propia Constitución. Aquí, el artículo 98, que es el que interesa, previene que es a la Contraloría a quien corresponde ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración.

Por su parte, también se debe tener presente que, de acuerdo con el artículo 6° de la ley orgánica constitucional de la Contraloría, la ley N° 10.336, corresponde exclusivamente al contralor general informar solo los asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos, sometidos naturalmente a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y los reglamentos que nos rigen.

También, en virtud de esta misma norma, del artículo 6°

de la ley N° 10.336, hago presente que solo las decisiones y los dictámenes de la Contraloría son los medios que pueden hacerse valer como jurisprudencia administrativa. Esto supone, por lo tanto, que aun cuando sean muy respetables las distintas posiciones doctrinarias que respecto de diversas materias se tengan, en definitiva, solo tiene validez como jurisprudencia administrativa y para su uso en la Administración, aquella emanada del órgano superior de control.

Creo que es muy importante tener esto claro, porque nuestro legislador ha querido evitar distintas interpretaciones que la legislación pueda provocar, dándole a un solo organismo esta función de interpretación de la ley.

Ahora, la Superintendencia de Pensiones es integrante de la Administración del Estado, no tan solo por efecto del artículo 1°, inciso segundo, de la ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, que previene que esta está constituida por los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, sino que, también, por el artículo 46 de su ley orgánica, la N° 20.255, que la crea como un organismo descentralizado, con patrimonio propio y personalidad jurídica.

Es bien importante hacer presente que no obsta la plena competencia de la Contraloría el hecho de que el inciso tercero del artículo 46 que les mencioné, pueda, al referirse a las facultades fiscalizadoras de la Contraloría, entenderse que limita las funciones de la Contraloría tan solo al examen de ingresos y gastos, ya que, de acuerdo con la supremacía constitucional -ya les hacía presente lo que señalan los artículos 98 y 99 de la

Constitución-, no es posible limitar las competencia de la Contraloría a través de este tipo de normas.

Por lo demás, este criterio ha sido claramente establecido y señalado por la jurisprudencia de la Contraloría, a través de numerosas jurisprudencias, incluso para la propia Superintendencia de Pensiones, pero también para otros entes de naturaleza similar a la Superintendencia y con normas parecidas.

No puedo dejar de mencionar acá la sentencia del Tribunal Constitucional, la N° 10.032, de 2008, que haciendo un análisis, justamente del artículo 43, estimó que no era posible excluir el control de legalidad a que yo hacía alusión respecto de la Constitución. Tampoco puedo dejar de mencionar la conclusión a que llegó la Corte Suprema en el juicio de acción sobre mera certeza, incoado por la Superintendencia de Bancos, que tiene una norma muy análoga que, justamente a raíz de esa norma, quería sustraerse de la competencia de la Contraloría e, indicó la Corte -voy a leerlo- que "en su esencia no es más que un servicio público", se refiere a la Superintendencia de Bancos, "creado para el cumplimiento de la función administrativa, motivo por el cual debe estarse a la interpretación que el ente contralor efectúe en el ejercicio de sus atribuciones".

Para terminar con el tema de las facultades, hay que tener presente que el artículo 47, N° 8, artículo que por lo demás menciona una serie de facultades que tiene la Superintendencia, señale, al aludir a la fiscalización que tiene la Superintendencia de Pensiones, respecto de las AFP, de las administradores de fondos de pensiones, que ellas son sin perjuicio de las facultades de la Contraloría. Así que, desde ese punto de vista, nosotros

creemos que aquí no hay duda respecto de la competencia que la Contraloría tiene, ha tenido y tendrá, salvo modificación constitucional respecto de la Superintendencia de Pensiones, en especial, y de las superintendencias, en general.

Respecto del fondo del asunto, quiero hacerle presente a la comisión, por su intermedio, señor Presidente, que en los pronunciamientos de que se trata, la Contraloría ha concordado con la interpretación que la Superintendencia de Pensiones efectuó respecto de la necesidad de que para que pudiera existir esta fusión tenía que tratarse de dos AFP. Con ello, nosotros hemos estado absolutamente de acuerdo.

Ello, por cuanto las AFP son sociedades anónimas especiales, de evidente interés público. Aquí no estamos hablando de administradoras de fondos de terceros, de cualquier tercero, estamos hablando de administradoras de fondos de pensiones; estamos hablando del sistema de seguridad social chileno, que evidentemente tiene un interés público que supone que haya mayores exigencias para su constitución y para una serie de otras actuaciones, como es el caso de la fusión.

Entonces, desde ese punto de vista, Cuprum solo podía fusionarse con otra AFP. Y acá quiero detenerme a leerles lo que, en su momento, la Superintendencia de Pensiones, criterio con el cual nosotros, como he señalado, estamos de acuerdo, señaló a Cuprum, en su momento, cuando Cuprum solicitó iniciar este proceso de fusión.

Esto, lo hizo a través del oficio N° 21.449, de 25 de septiembre de 2014, y si el Presidente me permite, voy a leer la parte conclusiva. Después de dar una serie de fundamentos, concluye señalando que "en mérito de lo

expuesto y según lo dispuesto en los artículos 23, 24 a), 25 y 94, N° 1, del decreto ley N° 3.500, de 1980, y artículos 126 y siguientes de la ley N° 18.046, no corresponden a la especie autorizar la fusión por absorción de AFP Cuprum S.A. en Principal Institucional Chile S.A. (PIC), toda vez que esta última, no habiéndose constituido como administradora, no puede administrar los fondos de pensiones a que se refiere el artículo 23 del decreto ley N° 3.500, y concluye que se le hace presente que la fusión antes señalada podría ser autorizada si en forma previa Principal Institucional Chile S. A. se constituye en administradora de fondos de pensiones, de conformidad con la norma antes citada.

A partir de este documento, la Superintendencia solicitó una serie de antecedentes. Es bueno tener presente que la Contraloría General analizó las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Pensiones a la luz, primero, de esta circunstancia, de esta consideración inicial, esto es, solo es posible la fusión entre dos AFP; no entre una AFP y una sociedad de giro distinto, y en seguida, si existía alguna disposición que permitiera obviar este requisito.

En el curso del proceso de fusión, proceso que fue muy largo y en el que hubo mucho intercambio de oficios, la Superintendencia solicitó una serie de antecedentes que tenían por objeto, precisamente, que se cumplieran la serie de requisitos que propiciaban y permitían esta fusión. Esto, por lo demás, queda muy claramente expresado en el oficio, en el informe que la entonces superintendente de Pensiones le envió, el 5 de agosto de 2015, a la ministra del Trabajo. Allí se expresan muy claramente las razones que dieron lugar a la eventual

decisión.

Sin embargo, a través de la resolución exenta N°220 de 2014 se obvia el cumplimiento de tales exigencias, sobre la base de establecer una condición suspensiva que permitiera esta fusión. Vale decir, se autoriza la fusión en la cual participa una entidad que para tener existencia legal debía fusionarse con otra, y esto es lo que entendemos como una especie de O sea, que se enreda en sí mismo.

¿Cuál es el problema con esta decisión administrativa? Que no existe norma legal alguna ni tampoco reglamentaria o de otra naturaleza que le permita a la Superintendencia establecer una condición suspensiva que a través de ella se permita no dar cumplimiento a la legislación que rige la materia.

Estamos hablando de normas de derecho público, que es el ámbito en que actúa y que debe actuar la Superintendencia de Pensiones, y por lo tanto es exigible una disposición legal para establecer una condición suspensiva como la que estamos hablando, no es el ámbito privado, sino que el ámbito público.

Para finalizar, creo que es importante hacer presente que en todo el análisis de la Contraloría no ha emitido ni considerado ningún juicio de valor, ni respecto a la inversión extranjera, ni respecto a las fusiones, ni respecto a los posibles beneficios que de estas actuaciones se den. Lo único que ha hecho la Contraloría es dar cumplimiento a la exigencia legal, que por lo demás tenemos, de verificar que los servicios públicos sometidos a nuestra fiscalización cumplan con la ley.

Eso quería señalar a manera de resumen, no sé si con esto basta y si no es así, estamos dispuestos a contestar

aquellas consultas que podamos contestar.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Gracias señora subcontralora, se agradece la exposición bastante clara.

Tiene la palabra el diputado señor Leopoldo Pérez.

El señor **PÉREZ** (don Leopoldo).- Señor Presidente, por su intermedio saludos a nuestros invitados.

Luego de tener presente las declaraciones que emitió el señor Osvaldo Mancilla en esta propia Comisión, la sesión pasada, y teniendo presente el informe de la Contraloría que nos acaba de sintetizar la señora subcontralora, le quiero hacer una consulta. A juicio de la Contraloría qué hace que estos errores, los que supuestamente el señor Macías habría detectado en el proceso de fusión, visto así por la Superintendencia, se han considerado por ustedes como ilegalidades, o sea, por parte de la Contraloría. Eso me gustaría que lo aclarara.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Tiene la palabra la subcontralora, señora Patricia Arriagada.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, quizá sería bueno que todos hicieran consultas, porque en muchas ocasiones se traslapan y basta a lo mejor con una respuesta para cubrir todo. ¿No sé si autoriza eso?

El señor **BROWNE** (Presidente).- No tengo ningún problema en ello.

Tiene la palabra el diputado señor Nicolás Monckeberg.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Señor Presidente, creo fundamental la respuesta a la pregunta anterior del diputado Leopoldo Pérez, porque aquí ha estado el director del Servicio de Impuestos Internos, estuvo el superintendente nuevo de Pensiones y al menos ellos de los que recuerdo. Pero de las autoridades intervinientes en el caso, a ambos le preguntamos derechamente por

supuestas ilegalidades, con esas palabras, ellos descartaron ilegalidades. Dijeron sí, particularmente el superintendente fue enfático en decir que lo que él consideraba erróneo fue la interpretación que dio la superintendente de Pensiones, en el sentido de que el camino para realizar esta fusión era creando una AFP con anterioridad para mantener el giro.

Él fue enfático en señalar que eso, a juicio de él, era un error de apreciación, que no era necesario fusionar dos AFP y que bastaba por ejemplo con hacerlo como la empresa quería hacerlo desde el comienzo, que era fusionar Principal con Cuprum directamente, sin necesidad de crear Argentum.

Sin embargo, dijo que no lo consideraba como ilegalidades y que en razón de ello y en razón de la seguridad jurídica, ellos no van a impugnar la validez de la fusión.

Bueno, tengo acá sus informes y esta es la primera pregunta. Desprendo taxativamente de ambos informes que la facultad, la atribución de la superintendente para ofrecer o proponer un camino alternativo a la empresa para hacer esta fusión no es algo impugnado por ustedes, más bien está dentro de sus atribuciones haberlo hecho. De lo que leo de los informes, es que ustedes consideran que ese actuar está dentro de las atribuciones legales de la superintendente. Debió haber dicho mire de esta forma no se puede hacer, le sugerimos esta otra. Se lo consulto, porque ha habido alguna impugnación que dice que precisamente ahí estaría la falla de la superintendente, que ella no tenía competencia ni atribuciones para ofrecer caminos alternativos.

Sin embargo, de lo que leo, más que una afirmación es

una pregunta hacia usted, es que según sus informes ella actuó dentro de sus atribuciones al proponer un camino.

Segundo, me pareció entender de la intervención de ahora que usted comparte el criterio jurídico de la Superintendencia, en el sentido de que el camino para hacer la fusión era creando otra AFP. Es decir, era fusionando solo dos AFP. Me pareció entender que usted dice, la necesidad de que solo dos AFP se fusionen, entiendo que ese criterio usted lo comparte. Anticipo que no es el criterio del actual superintendente que nos dijo, tajantemente, que él consideraba que no era necesario crear una AFP, que perfectamente podíamos fusionar Principal que no tenía giro de AFP con Cuprum.

La superintendente en cuestión consideraba que no se podía dicha fusión, que había que crear una AFP con giro y después fusionarla y me pareció entender de su intervención que usted comparte aquello.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Tiene la palabra el diputado Fuad Chahin.

El señor **CHAHIN**.- Señor Presidente, agradezco la presencia de la subcontralora. En primer lugar, tal como dice el diputado Monckeberg, hay una discrepancia entre el anterior superintendente y el actual. El anterior llegó a la conclusión que la única manera de fusionar Principal con Cuprum, sin que desapareciera Cuprum como AFP, porque lo podían fusionar, pero el efecto era la disolución y liquidación de la AFP Cuprum, era creando otra AFP y fusionándola y ahí está el cuestionamiento que ha hecho usted en sendos informes. El primero, porque se crea una AFP con el prospecto y con los antecedentes de otra que ya existía y lo segundo, porque se fusiona una AFP que está con una condición suspensiva pendiente con

otra que existe y eso usted lo señala muy bien, un imposible jurídico fusionar una empresa existente con otra que todavía no nace a la vida del derecho, fue uno de los temas que hemos planteado.

El actual superintendente dice que era perfectamente posible fusionar Principal con Cuprum y en el mismo acto reconocerle la calidad de administradora de fondos de pensiones a la empresa absorbente -eso es lo que dice- y que, en este caso, no regirían las reglas de los plazos que están ahí.

A nuestro modo de ver, eso es complejo, porque el decreto ley N° 3.500 señala que se deben fusionar los fondos de pensiones, no solo la fusión de la estructura societaria, por así decirlo.

Por lo tanto, Principal, que no tenía fondos de pensiones, no se podía fusionar con Cuprum, a pesar de que en el mismo acto se le otorgara esa calidad. Es el mismo problema que tenía Argentum, que era una AFP, pero sin fondos de pensiones.

Entonces, el requisito de fusionar los fondos de pensiones no se cumple. Ahí tenemos una primera discrepancia con el análisis que hace actual superintendente. No sé si nuestros invitados han analizado más en detalle este tema.

En segundo lugar, el superintendente resolvió -a nuestro juicio, de manera bastante apresurada- que no iba a invalidar esta operación, en circunstancias de que no había tema de tramitación en virtud de la ley de Procedimiento Administrativo, porque no hubo un requirente, no se hizo ninguna solicitud formal.

Me parece complejo que se dicte una resolución sin una tramitación, de acuerdo con la ley de Procedimiento

Administrativo. Ahora, si es que lo hubiese invalidado, se genera, obviamente, la tramitación; se tiene que dar la audiencia, etcétera. Todo es recurrible ante los tribunales. Pero sin que nadie le haya pedido que se pronunciara al respecto y sin tener una tramitación con el debido proceso, toma esta decisión. Me parece que aquí hay un problema, que no sé si es formal, que debe ser objeto de la opinión de la Contraloría.

Por otra parte, desde el punto de vista de fondo, está el principio de la confianza legítima. En ese sentido, me gustaría saber si a juicio de la subcontralora se cumplen los presupuestos doctrinarios jurisprudenciales para invocar el principio de la confianza legítima, cuyo elemento central es que, en este caso, el interés público sea merecedor de menor protección -por su entidad- del interés privado involucrado. Aquí, evidentemente hay un interés público, pues estamos hablando de sociedades anónimas especiales, reguladas, que administran nada más y nada menos que los fondos de pensiones. Además, esto se hizo para obtener un beneficio tributario, que en las dos operaciones suman 500 millones de dólares en *goodwill*.

Ahora bien, ¿cuál fue el interés privado? Lo fue, acaso, generar más competencia en el sistema; mejorar las condiciones de los afiliados para bajar las comisiones, mejorar la rentabilidad de las inversiones de los fondos de pensión. Nada de esto; el único interés privado era pagar menos impuestos, no hay otro.

Entonces, ¿se justifica invocar el principio de la confianza legítima? ¿Obedecía esta a una práctica permanente, antigua, asentada, que realmente generara una verdadera confianza en el regulado? A mí parecer, no, porque este es el primer caso en que se genera esto.

Además, ¿existía oficios, circulares o instrucciones publicadas con anterioridad, o más bien esto parece ser un procedimiento *ad hoc*? A mí entender, es la segunda alternativa.

Al repasar el caso, ¿se le dieron garantías explícitas al regulado de que esto iba a funcionar de esta manera? Yo creo que no concurre ninguno de estos requisitos establecidos en la doctrina y en la jurisprudencia para invocar este principio. Por lo demás, el principio de juridicidad no emana solamente de nuestra legislación, sino de la Constitución, por lo que deben ponderarse estas dos cosas. En este caso, el superintendente, la administración activa, debe ponderar el principio de juridicidad con el de la confianza legítima. A mi parecer, en esta hipótesis, en la que se hace primar la "confianza legítima", sin que se cumpla con ninguno de estos requisitos, y, evidentemente, donde el interés público es merecedor de mucha mayor protección que el interés privado, que es solo pagar menos impuestos, es obvio que debe primar el principio de juridicidad que emana de nuestra Constitución Política.

Por tanto, me gustaría saber la opinión de nuestra invitada respecto de esa resolución de la Superintendencia de Pensiones, que conocimos hace algunos días.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Tiene la palabra la subcontralora general de la República, señora Patricia Arriagada.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, en términos generales, tanto de los pronunciamientos a que se ha hecho mención, como del pequeño resumen que hice, aparece con claridad que la Contraloría estima que

es ilegal. ¿Y por qué es ilegal? Porque se utilizó, en primer lugar, condición suspensiva, cuya existencia no está contenida en norma legal alguna.

Repito, el marco en que actúa la Superintendencia de Pensiones es el del derecho público, derecho que supone la existencia de normas legales expresas y precisas.

Ahora, desconozco la opinión del Servicio de Impuestos Internos, así es que mal puedo dar una opinión sobre el particular. Lo que señalé hace un instante es claro, en orden a que la interpretación que la Superintendencia de Pensiones efectuó respecto de todo este proceso, en orden a que, para fusionarse, debía tratarse de dos entidades administradoras de fondos de pensiones ya constituidas, deja fuera la posibilidad de constituirse con otra sociedad anónima de giro distinto. Se podría llegar al absurdo de decir que entonces podría ser con el *retail* y una AFP transformarse en administradora de *retail* y de pensiones. O sea, los requisitos que contempla el decreto ley N° 3.500, en sus artículos 23 y 43, son claros para llegar a esa conclusión.

Ahora, la ilegalidad es que no nadie tiene la facultad para eximir de requisitos a través de una condición suspensiva, que, en definitiva, fue lo que se hizo. Se dijo que con esta condición suspensiva, el requisito que no se tenía de ser AFP, se transforma así en administradora, pero al fusionarse. Nosotros señalamos que una entidad, para tener existencia se debe fusionar con la otra, en circunstancias que para fusionarse tenía que tener existencia.

Ahora bien, cuando la Superintendencia de Pensiones le dice a Cuprum qué debe hacer para fusionarse, esa instrucción, a nuestro juicio, sí la podía dar la

Superintendencia, porque estaba en el marco de sus atribuciones. En nuestro pronunciamiento se hace alusión a que los organismos públicos deben dar suficiente información. Además, aquí se le estaba preguntando si se podían fusionar, y la respuesta fue que no podía hacerlo porque no eran AFP.

Por lo tanto, desde ese punto de vista, y ante la consulta del diputado Nicolás Monckeberg, sí era posible que ellos hicieran esta manifestación. El problema que ocurre es que en algún momento la Superintendencia de Pensiones estimó, a través de esta condición suspensiva, dar la posibilidad de transformarse en una AFP, sin cumplir con los requisitos.

Respecto del proceso de invalidación, estábamos a la espera de lo que ocurriera con nuestra venida a esta comisión y de pedirle información a la superintendencia respecto de qué es lo que ha hecho, de acuerdo con los dictámenes que hemos emitido. Por lo tanto, ahí tendremos la información oficial. Lo que se va a tener que analizar es si esta resolución exenta N° 533 sufre o no, o corresponde al procedimiento que el artículo 53, de la Ley N° 19.880 establece para la invalidación; si es un proceso de invalidación o si no lo es y ahí tendremos que analizar la materia.

Respecto del tema de la confianza legítima, hay que decir que esta pasa desde el punto de vista de que uno analiza y qué es lo que pasa con los que han actuado. Nuestro análisis, hasta el momento, ha sido respecto de qué es lo que ha ocurrido con las decisiones administrativas de la Superintendencia de Pensiones. Así que la confianza legítima tiene una serie de condicionantes. Tenemos que analizar qué ocurre, si son

situaciones consolidadas y si no lo son; qué es lo que ocurre con la Ley de Procedimientos Administrativos. Así que no puedo dar una respuesta tajante respecto de la materia.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra el diputado Nicolás Monckeberg.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Señor Presidente, lo que está claro es que respecto de la decisión tenemos tres opiniones completamente distintas porque el actual superintendente de Pensiones señaló en la Comisión oficialmente que, a juicio suyo, jurídicamente se puede fusionar una empresa como Principal con Cuprum y en el acto de la fusión hacer la inscripción del giro para que siga funcionando. Él respalda dicha afirmación con informes en derecho que trajeron y que entregaron a la Comisión.

Después, tenemos la opinión de la exsuperintendente que señaló que no se podían fusionar dos empresas que no tenían, sino ambas, el giro de AFP y, por lo tanto, ella señala -hasta ahí coincide con la Contraloría-, como propuesta, que más que crear Argentum para que exista, ella autoriza su creación, con el propósito de que pueda fusionarse y que no se produzca ese supuesto vacío de giro. Como dije, ella autoriza la creación de Argentum bajo la condición suspensiva de que está hecha para fusionarse.

La tercera opinión es la de la señora contralora. Su opinión, en un 50 por ciento, se parece o coincide con la exsuperintendente, en el sentido de que cree y sostiene que tiene que haber giro de afp en ambas empresas que se fusionan, pero nunca bajo condición suspensiva.

Entonces, como dije, tenemos tres interpretaciones

jurídicas de autoridades competentes. Si bien es cierto que cuando hay diez abogados hay diez opiniones, pero en este caso estamos hablando de funcionarios competentes: contralora, superintendente y exsuperintendente y las tres son distintas.

La contralora consideró que, por haber seguido una opinión distinta a la que ella sostiene, que es la legal, este acto sería ilegal y le agradezco su transparencia al decirlo. Es ilegal esta fusión, toda vez que lo hizo con un camino contrario a derecho: haber creado una AFP bajo condiciones suspensivas.

Entiendo que un acto ilegal, contrario a derecho, no es opcional e invalidante. Cuando un acto es ilegal, contrario a derecho, no puede ser una opción fusionar, anularlo o no o invalidarlo o no. Sin embargo, cuando vi su dictamen, señora contralora, en todas las aseveraciones, usted lo deja como una opción. Dice: está dentro de sus facultades evaluar, dejarlo sin efecto e invalidarlo y si lo estima conveniente, después de apreciar los antecedentes, podría llegar a la conclusión de que se puede invalidar.

Entonces, ¿cómo es eso de que si usted asevera y decreta un acto ilegal, le transmite a la autoridad que también ella podría validarlo, dejarlo sin efecto e, incluso, llegar a una conclusión distinta a la suya, como si estuviera dando una opinión no vinculante?

Quiero precisar un poco más la pregunta. El hecho es que no se trata de decir: mire, yo no lo considero ilegal y usted podría perfectamente hacer subsistir el acto ilegal. ¡No! Usted le está diciendo: evalúelo usted con su dictamen; aprecie las pruebas, usted, y si llega a la conclusión de que no va a invalidar el acto, está

perfecto. Eso es lo que no me cuadra porque cuando la Contraloría dice que es ilegal, las consecuencias están claras, vale decir, ¡esto, la ilegalidad produce tales efectos! ¿No tiene el ente administrativo la facultad de reevaluarlo o de reevaluar las pruebas? Lo pregunto porque ellos podrían llegar a la conclusión, a la que ya llegaron, de que el acto es legal, pero a la Comisión vino el superintendente a decir: ¡No, no hay ninguna ilegalidad! Entonces, ¿qué hacemos en este caso? Tenemos opiniones en derecho que son distintas; tenemos a la contralora diciendo que es ilegal y al superintendente actual, diciendo que es legal, como lo dijo textualmente.

El señor **PÉREZ** (don Leopoldo).- Tiene la palabra el diputado Fuad Chahin.

El señor **CHAHÍN**.- Señor Presidente, solo quiero señalar que, afortunadamente, la Contraloría tiene el mandato constitucional de establecer la legalidad de los actos administrativos. Por lo tanto, no tienen evidentemente el mismo peso que el controlado, en este caso, y el contralor.

Sin embargo, uno de los problemas de base que tiene la resolución del superintendente actual es que señala que el procedimiento y la operación, en general, tanto en la constitución de una AFP como en la fusión no eran ilegales, sino no idóneos. Ahí, evidentemente, hay un desconocimiento de su propio dictamen. Es un tema bastante complejo. Usted lo dijo en dos oportunidades con la misma claridad porque cuando señala que no se hizo de acuerdo al marco jurídico, es lo mismo que decir que se hizo de manera ilegal. Hoy lo ha dicho con otras palabras, pero es exactamente lo mismo. Me parece que los dictámenes son medianamente claros y que aquí hay una

intención expresa de desconocer las facultades y la interpretación, porque se impugnaron sus facultades y también hay una interpretación de la Contraloría. Eso me parece tremendamente grave desde el punto de vista de funcionamiento de nuestras instituciones. Eso es lo que me preocupa.

Por último, planteé que, cuando lo invitáramos por lo de la Ley de Lobby, lo hiciéramos para que nos entregue una interpretación porque habría sido útil conocerla. Si no se hizo esa consulta a la contralora, prefiero no hacerla ahora y esperar a que nos responda después, porque el asunto es que el ministro de Hacienda reconoció en la Comisión que había sido contactado en más de una oportunidad por los ejecutivos de estas empresas. Le pregunté si esos contactos habían sido informados de acuerdo a la Ley de Lobby y dijo que no, que no correspondía porque no habían sido en su oficina. Entonces, mi pregunta apunta a saber acerca del registro de reuniones, en el marco de la defensa de intereses, porque él nos planteó que se le hizo valer el punto de las empresas. No fue que se encontraron casualmente. No, él dijo que efectivamente le hicieron valer su punto de vista, pero que no habían sido registradas por eso. ¿Este tipo de acciones están consideradas dentro de la obligación de registro, en el marco de la Ley de Lobby? Es importante saber si respecto de los ministros de Estado esto solo se restringe a las reuniones en su despacho.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra la señora Patricia Arriagada.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, quiero reiterar lo que ya he dicho durante esta sesión,

en orden a que a quien corresponde fijar la competencia administrativa es a la Contraloría. La Superintendencia de Pensiones es un organismo sujeto a nuestra competencia.

El artículo N° 19, de la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría señala que hay una dependencia técnica de los abogados respecto de los dictámenes que emita y están obligados a su cumplimiento. Por lo tanto, insistir en eso de que hay tres opiniones distintas, no corresponde. Señor Presidente, tal como se señala, pueden haber muchísimas más interpretaciones. En el hecho, también me referí a que la doctrina puede tener muchos otros pareceres, pero aquí, el legislador ha establecido que es uno solo el órgano que establece la posición definitiva, interpretativa, de una norma legal que rige a los servicios públicos. Por lo tanto, es la norma de la Contraloría.

Respecto de si dijimos que era ilegal y, por lo tanto, tenía que ser invalidado absolutamente, les puedo decir que echamos de menos, como Contraloría, tener mayores facultades, que no las tenemos, porque en este momento la Ley de Procedimientos Administrativos permite a la administración activa, en este caso a la Superintendencia de Pensiones, iniciar el proceso de invalidación. Este proceso de invalidación supone que haya partes que intervengan, de plazos, etcétera, e, incluso, eventualmente, podría llegar hasta los tribunales de justicia. Ese es el aspecto que verificaremos si se cumple. Como manifestamos, tenemos la opinión oficial, conocemos la resolución a raíz de esta comisión y solicitaremos los informes que corresponden por ley. En ese momento, la Contraloría emitirá su parecer respecto

de este tema y de si la Superintendencia de Pensiones actuó de acuerdo a lo que la ley señala para los efectos de los procesos invalidatorios que corresponden cuando hay pronunciamientos como el que emitió la Contraloría.

Por otra parte, no tenemos mayores antecedentes de lo relativo al *lobby*, porque la ley del *lobby* señala que las reuniones más bien masivas, en las que se abordan temas de distinta naturaleza, no necesariamente deben quedar reflejadas en los registros. Lo que conocemos al respecto es lo que el ministro dijo en la comisión. Posteriormente, el ministro realizó una especie de aclaración, en la cual señaló que la reunión sí se había consignado en el registro, pero no los intervinientes y, por lo tanto, es un tema que la Contraloría también debería analizar. No obstante, sin los antecedentes correspondientes no podemos emitir un pronunciamiento, pues sería un poco irresponsable de nuestra parte.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra el diputado Iván Flores.

El señor **FLORES**.- Señor Presidente, por su intermedio, quiero preguntar a la contralora si solicitarán los antecedentes mediante un oficio o es necesario que la comisión solicite la información respecto de quiénes se reunieron y cuáles fueron los temas tratados.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra la señora subcontralora.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, sería conveniente, si algún integrante de la presente instancia, después de la respuesta del ministro, tiene una duda concreta, que la comisión solicitara la información para generar nuestro análisis.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).-

Tiene la palabra el diputado Nicolás Monckeberg.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Señor Presidente, quiero abusar del tiempo y presencia de la subcontralora para reiterar una pregunta respecto de la cual necesito mayor precisión.

En opinión de la señora subcontralora, la fusión se hizo en virtud de una resolución ilegal, pues no debió autorizarse de la forma en que hizo. Sin embargo, acto seguido, a juicio de la subcontralora, la fusión, que cabe hacer presente tiene efectos de toda naturaleza y, reitero, según lo que dijo hoy la contralora es ilegal, es decir, contraria a derecho -no lo veo así de tajante en el dictamen-, podría no tener ningún efecto.

A fin de demostrar lo anterior, citaré los últimos tres párrafos de su dictamen: "La autoridad administrativa puede -destaco puede y no debe-, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, en el plazo que indica.". En el párrafo siguiente, se precisa que dicha invalidación "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 -es decir, hacer un juicio jurídico, de valor, respecto de los antecedentes- al decidir si deja sin efecto el acto administrativo que se estima dictado vulnerando la ley."

No observo coherencia, pues, primero, la autoridad tiene potestad para señalar que la fusión es ilegal y, por tanto, los actos que se derivan de ella son igualmente inválidos, y, luego, en el mismo dictamen, establece que el superintendente deberá decidir si

respecto de ese acto ilegal hay efectos. La autoridad administrativa podría decidir que no hay efectos y, en consecuencia, todo sigue igual, como si nada ocurriera; el acto sigue igualmente válido.

Desconozco si lo descrito es jurídicamente coherente, porque se presta para lo que ocurre hoy: la autoridad administrativa opina que el acto no es ilegal y, por eso, no lo invalida.

Ni yo ni nadie aceptaría que la autoridad administrativa se presentara en la comisión y dijera: "Comparto con la contralora que el acto es ilegal; sin embargo, lo dejo igual.". Dicha posición justificaría acusarlo constitucionalmente, a pesar de que no es acusable; es completamente incoherente. Sin embargo, se observa un problema no menor, pues la subcontralora señala: "Es ilegal, pero las autoridades administrativas tiene que evaluar las consecuencias de esa ilegalidad." Y la autoridad administrativa dice: "No voy a hacer nada, porque considero que es legal.". En consecuencia, algo que no me está cuadrando.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra la señora Patricia Arriagada.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, por su intermedio, quiero manifestar al señor Nicolás Monckeberg que no es un problema de la Contraloría, sino de la ley. La ley, al referirse a la invalidación, señala que la autoridad administrativa "podrá de oficio". Por lo tanto, lo que se señala en ese párrafo es lo que establece la ley.

Por eso, mencioné que si quieren que tengamos una actitud más firme, más proactiva, deben otorgarnos las

funciones.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra el diputado Nicolás Monckeberg.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Señor Presidente, por su intermedio, quiero preguntar a la subcontralora si cualquier autoridad -al margen de este caso-, ante un dictamen de la Contraloría que declara ilegal un acto, por ejemplo, la asignación de recursos para un proyecto, decide mantener la resolución ilegal, ¿inicia algún tipo de sanción contra esa autoridad?

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra la señora Patricia Arriagada.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, siempre está la facultad de la Contraloría de iniciar sumarios. En este caso, no hemos ponderado si se debe iniciar un sumario, porque, repito, solicitaremos a la Superintendencia de Pensiones todos los antecedentes sobre cuáles han sido las acciones que ha emprendido, a objeto de analizar si efectivamente se ha cumplido con el procedimiento invalidatorio y si, eventualmente, es menester que el servicio o nosotros realicemos un sumario.

No obstante, reitero, respecto de los sumarios que hace la Contraloría no tenemos imperio; solo podemos proponer medidas disciplinarias y, por tanto, mucho efecto tampoco tiene.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra el señor Alfredo Ugarte.

El señor **UGARTE**.- Señor Presidente, solo quiero hacer una precisión que considero muy importante técnicamente hablando, en la cual parece que el diputado Nicolás Monckeberg no reparó, pese a que queda clara al leer el

encabezado del primer dictamen de la Contraloría. Me refiero a que la Contraloría fue requerida para abordar un aspecto puntual y específico: lo solicitado.

Nadie pidió a la Contraloría que se pronunciara acerca de la validez o invalidez, o que abriera un sumario, sino se le preguntó específicamente respecto de las actuaciones de la Superintendencia de Pensiones en lo obrado en la transformación de Principal Institucional Chile y respecto del procedimiento que aconsejó a la Superintendencia precedente; no se preguntó nada más.

Los razonamientos planteados por el diputado Nicolás Monckeberg parten de la base de que se solicitó algo más y no es así. Hay que tener muy claro lo anterior, porque, de lo contrario, se distorsiona el contenido del informe. Los informes de la Contraloría dicen relación con este punto y no con otro.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Sí, pero se supone que el acto es ilegal; eso es lo que dije.

El señor **UGARTE**.- Repito, tiene que quedar claro que a la Contraloría no se le ha solicitado un pronunciamiento formal al respecto y hay que esperarlo.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- El uso de la palabra la tiene que otorgar el Presidente de la comisión. Respetemos el Reglamento.

Tiene la palabra el diputado Nicolás Monckeberg.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Señor Presidente, no es un tema menor. No se trata de ser majadero, pero independientemente de si el diputado Fuad Chahin lo solicitó, de manera expresa o no, la Contraloría se refirió al particular y dijo: "Mire, respecto de aquello que no me preguntaron, pero que yo voy a opinar, voy hablar respecto de lo que podría hacer en materia de

invalidación.". Y, cuando la Contraloría opina, de aquello que no le preguntaron, voluntariamente dice: "La autoridad puede pedir la invalidación.".

Señora subcontralora, no me preocupa tanto la palabra puede, porque legalmente, en el tenor literal, se podría interpretar ese puede sobre la facultad de intervenir de oficio y marcar la diferencia que también podría ser a petición de parte, sino me preocupa más el párrafo siguiente, porque deja en evidencia que para adoptar la decisión respecto de la invalidación del acto, que es el efecto natural de los actos ilegales. La autoridad administrativa es la que debe ponderar todos los antecedentes de nuevo. Incluso, en el fondo, deja abierta la posibilidad de que la autoridad administrativa diga que el acto es perfectamente legal, porque ponderamos todo, por lo tanto no tiene el efecto de la invalidación. Eso no se le preguntó a la contralora, pero ella lo respondió. Eso es lo que me genera dudas, insisto, porque, hasta donde entiendo, en derecho administrativo la autoridad administrativa no puede beneficiarse de un acto que ustedes cataloguen de ilegal, ni tampoco la Contraloría puede permitir expresamente a dicha autoridad no hacer nada respecto de un acto que ella cataloga como ilegal, que, en el fondo, es lo que establece este párrafo. Ese es el tema de fondo.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra la señora Arriagada para responder lo que acaba de plantear el diputado Monckeberg.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, dependiendo de la respuesta que nos dé la Superintendencia será nuestra interpretación de las circunstancias.

En efecto, en los procesos de invalidación, cuando se escucha a las distintas partes, hay algo que mencionó el diputado Chahin, en el sentido de si está o no presente la confianza legítima. Como la legislación dejó entregado el proceso invalidatorio a la administración activa y no al ente contralor, evidentemente hay que estarse a lo que la administración haga en torno a ese procedimiento. Por lo tanto, a lo mejor hay atribuciones cojas, pero es lo que establece la legislación actual. Sobre la base de esa regulación actual y de cómo lo ha hecho la Superintendencia de Pensiones deberíamos emitir nuestro pronunciamiento, pero no le puedo adelantar el resultado. El proceso invalidatorio no necesariamente supone que haya que invalidar, porque puede haber algunos antecedentes que desconozcamos y que hagan necesario decir que no y que esto tiene una irregularidad de parte de la Superintendencia de Pensiones al haber usado una facultad que no tenía. Pero, eventualmente respecto del administrado o regulado en este caso, puede ser que existan algunas condiciones; sin embargo, eso es adelantar juicio que no podemos hacer.

El señor **MONCKEBERG** (don Nicolás).- Eso es muy importante. O sea, según su experiencia, ¿existen actos ilegales cuyos efectos han permanecido siendo válidos? O sea, ¿existen actos o resoluciones administrativas que no obstante haber sido catalogados de ilegales por parte de la autoridad son eficaces y producen efectos legales?

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Así es.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra el diputado Fuad Chahin.

El señor **CHAHÍN**.- Señor Presidente, por su intermedio, quiero señalar a la subcontralora que el gran tema y la

gran pregunta que se debe hacer, porque obviamente usted no se puede pronunciar ahora respecto del fondo, es sobre la facultad. Usted hizo un símil de lo que ocurre con los sumarios, ya que puede ordenar que se realicen sumarios a la administración activa.

Primero, mi pregunta es si eventualmente usted tiene la posibilidad de ordenar que se genere un procedimiento de invalidación, de acuerdo con las normas que lo regulan, el cual puede terminar con un resultado positivo o negativo. ¿Usted tiene la facultad potencial de ordenar eso a la administración activa?

Segundo, ¿tiene la potestad de pronunciarse respecto de la legalidad de una resolución? Curiosamente, sin que exista ningún tipo de procedimiento en audiencia, ni traslado ni nada, es decir, sin que se aporte algún antecedente nuevo y ni siquiera que terceros soliciten un pronunciamiento ni aporten antecedentes invocando la confianza legítima, ni siquiera los terceros han invocado la confianza legítima, sino que de oficio, por sí y ante sí, sin ningún procedimiento administrativo y en 24 horas, porque lo único que recibió el superintendente fue el informe del 3 de marzo, el 4 de marzo decidió que no iba a invalidar. Además, dijo que lo que usted había dicho no es que era ilegal, sino que el procedimiento no era idóneo. Nadie le pidió siquiera que declarara que no iba a invalidar ni tampoco que invalidara nada. A nuestro juicio, tomó una decisión bastante difícil de entender. Entonces, ¿cómo se puede impugnar esa decisión? ¿Usted puede dentro de sus facultades, a requerimiento de partes y a pesar de esta resolución, analizar y ordenar que inicie un procedimiento a la administración activa? Insisto, el resultado deberá ser producto de ese

procedimiento. Uno no pide que también invalide de oficio, sino que inicie un procedimiento, escuche a la otra parte, pondere los antecedentes y tome una decisión, respecto de la cual se pueden pronunciar incluso los tribunales de justicia. Cuando se invalida es reclamable, pero cuando ello no se hace, me imagino que la Contraloría deberá efectuar el control de legalidad de esa resolución.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Tiene la palabra el diputado Iván Flores.

El señor **FLORES**.- Señor Presidente, me perdí parte de la discusión, pues me encontraba en otra Comisión.

A mi juicio, el tema se hace aún más complejo cuando es sabido por todos -y esa es la opinión que emite la Contraloría- que la anterior superintendente de pensiones no solo informó, sino que, además, orientó la solicitud que hizo Cuprum para optar al beneficio tributario. Y la recomendación es evidente y clara en las respuestas, ya que para optar a eso debían ser dos instituciones del mismo giro. Lo curioso de todo esto es que esa es la respuesta de quienes conducían la Superintendencia de Pensiones, y todos sabemos cuál es la posición de una superintendencia. Pero, resulta más curioso todavía cuando la actual Superintendencia de Pensiones dice en esta misma Sala, en la sesión anterior, que ese no era el camino y que se cometió un error importante respecto de "haber aconsejado" a esas empresas a seguir ese camino, cuando en realidad no era necesario crear una nueva AFP para poder optar al beneficio tributario. Entonces, la verdad es que menos entiendo. Entiendo que hay doctrina y obligaciones claras por parte de la institucionalidad pública, que justamente debe supervigilar y ordenar los

actuales de quienes están bajo su jurisdicción. Claramente, las opiniones de la exsuperintendente y del actual superintendente son divergentes. Eso me preocupa, porque significa que tenemos a una institución que no está en la línea de protección de los afiliados, que, en definitiva, son los que interesan.

El señor **PÉREZ**, don Leopoldo (Presidente accidental).- Señor Presidente, respecto de la consulta del diputado Chahin, la Contraloría puede ordenar a la Superintendencia de Pensiones que haga un proceso invalidatorio. Como expliqué, nosotros no tenemos la versión oficial del pronunciamiento o de la resolución exenta -no obstante que la conocemos- de la Superintendencia, como para decir si se hizo o no se hizo el procedimiento estipulado en la ley. Desde ese punto de vista, vamos a hacer las solicitudes de información respectivas.

En cuanto a lo señalado por el diputado Flores, eso se vio en las anteriores consultas y, en la medida en que nosotros fijamos la jurisprudencia administrativa, y analizamos el análisis, valga la redundancia, que hizo, a su vez, la superintendente o la Superintendencia, porque aquí en realidad se personaliza mucho, pero, en definitiva, es el equipo y son las personas competentes en la materia, y atendida la naturaleza de estas administradoras de fondos de pensiones, que no son cualquier tipo de administradoras de fondos de terceros, sino que son sociedades anónimas especiales, hay un interés público evidente. Se trata del sistema de seguridad social de Chile, que es el que se adoptó. Por lo tanto, claramente hay exigencias que son mayores. Y esa fue parte de la consideración que tuvimos para hacer

nuestro análisis de los dictámenes. O sea, no es que no hubiera coincidencia con el parecer de la Superintendencia. Esto tuvo muchos "ires y venires" y daba la idea de que nosotros estábamos absolutamente en contra de lo que la Superintendencia había señalado, y eso no era así.

El tema es que, cuando la Superintendencia dio su parecer, de que para poder existir esta fusión, para poder darse esta fusión, tenían que ser dos AFP. A partir de ahí, estaba todo bastante claro, hasta que en un momento se les ocurrieron estas condiciones suspensivas de lo que permitía era cumplir Argentum algo que no estaba cumpliendo. Para poder cumplir, se tenía que fusionar. Y para poder fusionarse tenía que existir. Entonces, ése es el tema.

El señor **BROWNE** (Presidente).- ¿Habría acuerdo para prorrogar la sesión hasta las 17.00 horas?

Acordado.

Tiene la palabra el diputado señor Iván Flores.

El señor **FLORES**.- Señor Presidente, para cerrar el punto. Como bien dice, uno no puede solamente evaluar los juicios personales.

Hace un par de semanas de haber asumido una nueva conducción -pero la institución es la misma-, ¿cómo puede haber opiniones tan distintas y que tienen significación y resultados distintos? Esa es la preocupación. Porque el día de mañana, va a aparecer un tercer o un cuarto caso que tal vez tenga que ver con otra materia.

Lo que me preocupa es que si tenemos una norma que no regula del todo los actuaries de una superintendencia, o tenemos gente que ha conducido superintendencias

relevantes para miles de chilenas y chilenos y que no conocen su pega, están actuando de manera desinformada. O tenemos una mala estructura que los regula o, sencillamente, tenemos personas incapaces. En cualquiera de los dos casos, es algo tremendamente preocupante, porque se afecta el ingreso al tesoro público de recursos que deberían estar disponibles para todos los chilenos cuando las instituciones actúan bien. Esa es mi preocupación, señora contralora.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Señor Presidente, en verdad, no creo que necesite una respuesta. Ello, por el comentario que se había señalado.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Queremos agradecer a la señora contralora y a su equipo, quienes nos acompañaron hoy, y por habernos entregado los antecedentes con claridad, y que constituyen un aporte a la Comisión.

En caso de que deseen, pueden permanecer en la Sala si quieren escuchar las intervenciones de nuestros próximos invitados.

La señora **ARRIAGADA** (doña Patricia).- Agradezco el ofrecimiento. Sin embargo, lamentablemente debemos regresar a Santiago para cumplir con otras tareas.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Se suspende la sesión para despedir a los invitados.

-Transcurrido el tiempo de suspensión:

El señor **BROWNE** (Presidente).- Continúa la sesión.

Doy la bienvenida al abogado señor Alfredo Ugarte, quien nos va acompañar para hacer su aporte a la Comisión.

Tiene la palabra el diputado señor Fuad Chahin, quien solicitó invitarlo a esta Comisión.

El señor **CHAHIN**.- Señor Presidente, quiero dar la

bienvenida al señor Alfredo Ugarte.

Es muy importante que él nos pueda plantear el tema del *goodwill*. El director del Servicio de Impuestos Internos nos ha dicho en varias oportunidades de que esto estaba perfectamente permitido desde antes y que recién con la reforma tributaria -como dijo el ministro de Hacienda- se le cerró la puerta al *goodwill* y, por lo tanto, ésta era una ventana legal que existía, y que, desde el punto de vista tributario al menos, no hay mayor objeción respecto del *goodwill*. El Servicio de Impuestos internos no nos respondió bien, porque dijo que tenía que evaluarlo en su momento cuando se haga la declaración de la renta si se hacía en *goodwill*.

¿Estábamos ante una operación que generara el beneficio tributario? Le puse, por ejemplo, lo que ocurría con la posibilidad es poder adquirir también vía fusión empresas con pérdidas. Efectivamente, esto se creó como un beneficio para los casos en que por una razón de negocios se adquirirían empresas con pérdidas, y la empresa con pérdida pasaba a fusionarse con la que tenía utilidades. La con pérdidas absorbía a la que tenía utilidades, y no solo se aprovechan esas pérdidas, sino que también se hacían las devoluciones de los PPM correspondientes. Y esa es una práctica que, después, se transformó en una en que, sin ninguna razón, se compraban empresas con pérdidas. Tuvimos el caso Johnson, una comisión investigadora bastante noticiosa y que todos sabemos cómo terminó: con el director fuera y muchas otras cosas.

En este caso, mi pregunta es ¿cuáles son los requisitos para que pueda operar el *goodwill*? ¿Basta con que se fusionen dos empresas simplemente para aprovechar los beneficios tributarios, o se requiere que también exista

una legítima razón de negocios detrás? ¿Y cuáles son las facultades que tiene el Servicio de Impuestos, independientemente de lo que pueda hacer o no hacer la Superintendencia en este caso para invalidar el acto? ¿Cuáles son las facultades del Servicio de Impuestos Internos para cuestionar de alguna manera el aprovechamiento del *goodwill* tributario en estas fusiones?

El señor **BROWNE** (Presidente).- Tiene la palabra el señor Alfredo Ugarte.

El señor **UGARTE**.- Señor Presidente, agradezco la invitación.

Voy a tratar de ser lo más sucinto posible en honor al tiempo. En todo caso, he dejado una minuta escrita respecto de mi exposición. Y he acompañado un trabajo realizado en términos académicos exclusivamente relativo a la legítima razón de negocios. Está hecha con la cooperación de otro colega y la pongo a disposición de esta Comisión.

Muchas cosas que traía en mi minuta las voy a omitir, primero, porque está escrita y, segundo, porque se tocaron en la exposición con la subcontralora, y nacieron de las preguntas.

Al respecto, quisiera precisar dos o tres puntos que creo que son interesantes y entrar de lleno a la consulta del diputado Chahin.

Lo primero que quiero dejar claro, y como una forma de síntesis, es que aquí hay una situación categórica. Aquí no hay tres opiniones, como se ha dicho. Aquí hay solo dos opiniones. Una, que tiene diferencias de forma, que son del primer y segundo superintendente que intervinieron, pero en el fondo es la misma, que es

autorizar la fusión. Por lo tanto, es una sola opinión, pero que, de forma, tiene un bemol, y la otra es la pronunciada por la Contraloría.

El segundo antecedente es que los dos dictámenes de la Contraloría son meridianamente claros en establecer que en este caso no se cumplieron los requisitos legales establecidos en la ley. Por lo tanto, es algo que todos aquellos que intervienen como entes fiscalizadores en esta operación deben tener claro. No se cumplieron y es un elemento objetivo. No están cumplidos ni podían cumplirse porque faltaba una AFP, simplemente había una sociedad común ordinaria que no reunía las condiciones.

También me interesa aclarar el informe del 3 de marzo del fiscal de la superintendencia y la resolución del 4 de marzo del superintendente. El informe en cuestión adolece de investigación y de profundidad, lo cual es preocupante, emite juicios temerarios y hace aplicar la institución sin análisis alguno. Desafortunadamente, es la base de la resolución del superintendente, en la que se dan por hecho situaciones que no son así. La prudencia de un superintendente habría aconsejado pedir un pronunciamiento formal a la Contraloría, al Consejo de Defensa del Estado, al director del Servicio de Impuestos Internos, y con esos antecedentes nutridos y profundos, dictar una resolución respecto de lo que se le aconsejó.

No obstante, la forma en que la dictó es preocupante, lo más preocupante, debido al precedente que genera, es que minimiza y prácticamente omite los informes de la Contraloría. Los deja de adorno, como si los dichos y los fundamentos de ambos dictámenes estuvieran solo a título ilustrativo y los deja en un marco decorativo dentro de las resoluciones, sin hacerse cargo de los fundamentos y

de los reparos que hacen ambos dictámenes. Simplemente, los omiten, y eso es grave en una autoridad pública del Estado.

El Estado es uno solo, al igual que sus intereses. El hecho que se organice en ministerios, en direcciones generales, en superintendencias, etcétera, es con el fin de administrar, pero el Estado es uno solo y todos deben velar por el cuidado del interés fiscal.

Antes de entrar al punto planteado por el diputado Chahin, quiero señalar que estas resoluciones y el informe del fiscal de la superintendencia se sustentan y fundamentan en un solo concepto, el de la confianza legítima. Sin embargo, siendo legítimo sostener eso, para ello hay que fundarlo, y tanto el informe como la resolución no emiten fundamento profundo, categórico e indiscutido ni de derecho comparado ni de derecho nacional respecto de la procedencia de la confianza legítima. Simplemente, da la impresión de que se hubiese hecho un terno a la medida, pero no de que se hubiera analizado en profundidad el tema. Aun más, parece que no se tomaron la molestia de leer un trabajo de hace tres años que el actual contralor general de la República presentó en la Universidad Austral sobre la confianza legítima, en el cual hace un análisis histórico al respecto y observa su eventual procedencia en el derecho chileno e indica, expresamente, que la confianza legítima puede ser perfectamente positiva para un lado o para otro, y cuando no existe, perfectamente puede ser un acto revocable o anulable. Eso lo postula en su presentación académica el actual contralor, pero parece que quien hizo el informe en la superintendencia no lo leyó.

Allí no se dan los principios de la confianza legítima,

no se aprueban o no se sustentan, pero es importante entender que para que proceda la confianza legítima debe haber un interés superior acreditado y probado. Al respecto, el Tribunal Superior Español, de donde tomamos esta doctrina, dice que cuando el objeto y las circunstancias aconsejan una constante adaptación a la conjuntura económica y a los intereses del Estado, esto puede debatirse, siendo perfectamente anulable o revocable un acto administrativo. Vaya que es importante el análisis, análisis que no está ni en el informe ni en la resolución.

Respecto del punto específico planteado por el diputado Chahin, no voy a decir que acá hay un efecto de desviación de poder y de fin de autoridad fiscalizadora, porque, en el fondo, ya se dijo. Al no comprobarse los requisitos y al buscar un terno a la medida para aprobar la operación y no analizar el fondo de los parámetros y de la finalidad, la superintendencia ha desviado su autoridad legítima y, por consiguiente, su poder.

Dentro de lo concreto, está la legítima razón de negocios, la cual es una institución que nace hace muchos años, fundamentalmente desarrollada en el derecho anglosajón, siendo la teoría del *business purpose* la cual postula que es perfectamente posible una reestructuración societaria. Una adecuación societaria o una fusión, una absorción o cualquier operación económica o comercial que tenga por objeto optimizar económicamente los recursos de quien produce es legítima, por lo tanto, no se objeta ni es materia de reparo. No obstante, no se acepta y se prohíbe cuando esa operación de fusión, en este caso con absorción, tenga como única finalidad eludir, evadir u obtener beneficios tributarios. Cuando la operación tiene

por finalidad única y exclusivamente eludir, evadir u obtener beneficios tributarios, esa operación carece de legítima razón de negocios. Por lo tanto, tiene el reproche de regularidad y de legalidad respecto de ello y está expresamente prohibido por el derecho anglosajón y por el derecho europeo.

Entendemos que con las instrucciones, las circulares y los fallos de la Corte Suprema de los últimos dos años han quedado claro que tiene que haber una legítima razón de negocios para obtener los beneficios tributarios que se persiguen. Aquí entramos en algo que es realmente pragmático.

En virtud de la normativa que establece el decreto de ley N° 3.500, se le entregó a la autoridad fiscalizadora el prospecto legal que exige la norma para aprobar una operación de nacimiento de una nueva AFP o de fusión. En ese prospecto uno debe explicar la finalidad, el beneficio o el provecho que trae esta fusión. Sin embargo, dice expresamente que la única finalidad era la fusión; es decir, absorber a Cuprum, pero la autoridad no dijo nada. Nunca se estableció y se probó que quería operar como una AFP, administrar fondos como una AFP, tener afiliados como una AFP y ejercer el comercio legítimo en su objeto único, sino que su fin era absorber. Por lo tanto, nació sin legítima razón de negocios, porque no puede aceptarse que solo sea para el fin de obtener una utilidad irregular e ilegítima a costa del fisco de Chile. Y resulta que la autoridad que tiene la obligación de cuidar el interés fiscal, insiste en su legalidad.

La ciudadanía no va a entender que por un lado el ministro se apriete el cinturón por 540 millones de

dólares, y por el otro, entregue 500 millones de dólares. Ese es un aspecto muy importante.

Lo anterior lo entronco con el *goodwill*, porque se ha tratado de tergiversar para darle un manto de legitimidad a esta operación. Nadie que conozca sobre esta materia y nadie que esté en antecedentes al respecto, ha discutido la validez de la existencia del *goodwill*. Esta institución existe en los países anglosajones, existe en los países romanos germánicos europeos, y es plenamente legítimo. No estamos discutiendo eso, sino la forma modo intencionalidad de como se obtiene, lo que es distinto.

Es claro tener presente, como muy bien lo señaló el diputado, que algunas instituciones se han prostituido mucho. Las sociedades con pérdidas siempre han funcionado, en el derecho comparado, en Europa, en los países de la OCDE. Aquí, desgraciadamente, se abusó de ello y se transformó en un mercado, en un negocio. Hubo que sacar una ley y prohibirla o regularla.

Lo mismo pasó con el FUT. El fin último del FUT era lograr el *legitimum validum*, pero también lo prostituyeron, porque sirvió para comprar casas, yates, aviones, helicópteros. Se ocupó para cualquier cosa.

Algo parecido se ha hecho con el *goodwill*. Se ha querido mal emplear esta figura; se la ha querido utilizar de manera irregular e ilegítima. ¿Y por qué lo digo? Porque no hay ningún problema en usar un *goodwill*, que es la diferencia de los activos que se pagan, el precio de compra de una empresa, respecto del valor contable de sus activos. Es decir, el precio que se paga es mayor que el valor contable de la empresa que se compra. Por lo tanto, se produce un desequilibrio y, de lo que se trata es regular esa diferencia.

No hay ningún problema en usarlo en sociedades o empresas que estén trabajando, que ejercen su giro, que tienen negocios; que hacen actos de comercio y que tienen, a lo menos, un año de funcionamiento en el mercado, haciendo negocios, comprando, vendiendo, etcétera; por lo tanto, y en estas circunstancias, tienen derecho a ese beneficio. Pero aceptar que se cree una sociedad o se utilice una sociedad, que nunca ha ejercido ese giro y que nunca quiso ejercer ese giro comercial, porque nunca quisieron ser AFP, nacieron exclusivamente para obtener este beneficio, es impropio, aquí y en cualquier legislación medianamente seria.

Los partícipes de esta operación, que sus casas matrices están en Estados Unidos, saben muy bien que allá esta operación está prohibida. Entonces, hacen acá lo que está prohibido en su casa matriz. Eso es inaceptable.

Por último, no solamente se alteran determinadas situaciones o circunstancias, sino que, además, se producen desequilibrios respecto de los otros actores del mercado.

Hace algunos días apareció el estado de resultados y cifras de las AFP al 31 de diciembre. Una de estas administradoras tenía pérdidas por 125,12 de variación negativa; otra, 11,61 por ciento negativo; otra, 32 por ciento positivo; otra, 7 por ciento positivo de variación. Provida, 149,12 de variación positiva; Cuprum, 109,08 de variación positiva.

Como pueden ver, ya se visualizan los primeros resultados de esta operación, a costa de los intereses del fisco de Chile.

Es necesario investigar esta la operación; es necesario investigar el porqué de la premura, por qué en 24 horas

se dictan resoluciones o informes; por qué esos informes no se piden a las demás entidades del Estado que tienen interés en esto, como el Servicio de Impuestos Internos, la Contraloría o el Consejo de Defensa del Estado, sino que simplemente se procede así como así, sin pedir ningún otro antecedentes que fundamente los argumentos que se han tenido a la vista.

Estimo que la operación en cuestión no cumple con los requisitos legales, toda vez atenta seriamente contra algunas instituciones del Estado; además, se ha mal utilizado la figura del *goodwill*, y en Chile no puede aceptarse que, a vista y paciencia de la autoridad, se utilicen sociedades con el exclusivo fin de obtener beneficios en contra del Estado, causando perjuicio al interés fiscal.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Tiene la palabra el diputado Fuad Chahin.

El señor **CHAHIN**.- Señor Presidente, quiero agradecer a nuestro invitado. Me parece que no hay muchas consultas respecto del fondo, porque es lo que hemos sostenido permanentemente.

El diputado Iván Flores me consultaba sobre la experiencia académica de don Alfredo Ugarte en estos temas. Le dije que no era cualquier abogado de la plaza, sino que es un profesional que tiene mucha experiencia. Por lo tanto, sería bueno, para que quede en acta, que nos contara de su *auctoritas*.

El señor **UGARTE**.- Señor Presidente, soy abogado de la Universidad Católica de Valparaíso y tengo estudios de postgrado en las universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca. Soy profesor de derecho comercial, especialista en sociedades y derecho tributario aduanero.

Ejerció la cátedra desde 1983 y hasta el año pasado era decano de la facultad de derecho de la Universidad Andrés Bello.

He sido profesor visitante en las universidades de Castilla-La Mancha, en Toledo, y de la Universidad Católica de Ecuador.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Agradecemos a nuestro invitado su disposición, y las minutas que nos deja serán de gran utilidad para las conclusiones.

El señor **UGARTE**.- Señor Presidente, también les dejo el cuadro que apareció hace tres días con los resultados de las AFP.

El señor **BROWNE** (Presidente).- Muchas gracias.

Por haber cumplido con su objeto, se levanta la sesión.

-Se levantó la sesión a las 16.50 horas.

ALEJANDRO ZAMORA RODRÍGUEZ,

Redactor

Jefe Taquígrafos Comisiones.

