

**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 21ª, especial, celebrada en lunes 2 de mayo de 2016,  
de 15:10 a 15:25 horas.

**SUMARIO**

Discusión y aprobación de las conclusiones del Informe de la Comisión.

Se designó diputado Informante al señor Pedro Browne Urrejola.

**ASISTENCIA**

Presidió el diputado señor Pedro Browne Urrejola.

Asistieron los diputados integrantes de la Comisión: Jaime Bellolio Avaria, Karol Cariola Oliva, Fuad Chahín Valenzuela, Iván Flores García, Nicolás Monckeberg Díaz, José Pérez Arriagada y Leopoldo Pérez Lahsen.

Actuó como Secretario el titular de la Comisión señor Hernán Almendras Carrasco y como Abogado Ayudante el señor Víctor Hellwig Tolosa.

**CUENTA**

1.- Oficio del Contralor General de República, mediante el cual remite copia del oficio N° 22.697, dirigido al Superintendente de Pensiones, mediante el cual le solicita que informe sobre las medidas que la Superintendencia haya tomado en cumplimiento de los dictámenes de la Contraloría General de la República.

**- A sus antecedentes.**

2.- Copia del oficio N° 8246, del Superintendente de Pensiones, mediante el cual da respuesta al requerimiento de la Contraloría General de República.

**- A sus antecedentes.**

3.- Propuesta de conclusiones presentada por los diputados señores Nicolás Monckeberg y Leopoldo Pérez Lahsen.

- **A sus antecedentes.**

4.- Propuesta de conclusiones presentada por los diputados señores Fuad Chahin e Iván Flores.

- **A sus antecedentes.**

5.- Propuesta de conclusiones presentada por el diputado señor Pedro Browne.

- **A sus antecedentes.**

6.- Una nota del diputado Daniel Farcas, mediante la cual comunica que no podrá concurrir a la sesión citada para el día de hoy, por compromisos inherentes a su labor parlamentaria.

- **Se tiene presente.**

### **ACTAS**

Las actas de las sesiones 19ª y 20ª se dan por aprobadas por no haber sido objeto de observaciones.

### **ACUERDOS.**

1.- Se aprueban las conclusiones presentadas por los diputados señores Fuad Chahín e Iván Flores.

2.- Se designa diputado Informante al señor Pedro Browne Urrejola.

### **ORDEN DEL DÍA**

El diputado Juan Browne (Presidente de la Comisión) señaló que esta sesión ha sido convocada con el objeto de discutir y votar las conclusiones y proposiciones del Informe que debe evacuar la Comisión.

Informó que se han recibido 3 propuestas: de los diputados Nicolás Monckeberg Díaz y Leopoldo Pérez Lahsen; de los diputados Fuad Chahin Valenzuela e Iván Flores, y del diputado Pedro Browne Urrejola. Está última fue retirada por su patrocinante.

Explicó que se presentó una solicitud a la Corporación con el objeto de que se extienda por 10 días el plazo para votar las conclusiones, lo que será resuelto a las 17:00 hrs. en la reunión de los Comités Parlamentarios

Sin embargo, algunos señores diputados se manifestaron contrarios a esta petición porque la Comisión está citada a votar las conclusiones del Informe.

Las conclusiones fueron explicadas y defendidas por sus respectivos autores, a excepción del diputado señor Pedro Browne que retiró su propuesta, y solicitó que los números 2 y 3 de sus proposiciones se agregaran en las conclusiones presentadas por los diputados señores Chahin y Flores.

El **diputado señor Nicolás Monckeberg** señaló que las conclusiones y proposiciones presentadas junto con el diputado señor Leopoldo Pérez están plenamente fundamentadas en la discusión y documentos acompañados en esta Comisión.

El **diputado señor Fuad Chahin** indicó que no hay posibilidades de producir un acuerdo sobre las conclusiones porque los documentos presentados son absolutamente disímiles. Agregó que la opinión entregada por la Contraloría General de la República es la base de la propuesta que presentó junto al diputado señor Iván flores.

El **diputado señor Pedro Browne, Presidente de la Comisión**, expresó que hay antecedentes contundentes para reprochar la actuación de la Superintendencia de Pensiones y para anular la fusión, que producirá un fuerte daño a las arcas fiscales y ningún beneficio para los afiliados.

### Votación.

**A) Puesta en votación las conclusiones y proposiciones presentadas por los diputados señores Nicolás Monckeberg Díaz y Leopoldo Pérez Lahsen, fueron rechazadas por dos votos a favor y cinco votos en contra (2x5x0).**

**A favor votaron los diputados señores Nicolás Monckeberg Díaz y Leopoldo Pérez Lahsen. En contra lo hicieron los diputados señorita Karol Cariola Oliva y señores Pedro Browne Urrejola, Fuad Chahin Valenzuela, Iván Flores García y José Pérez Arriagada.**

**B) Puesta en votación las conclusiones y proposiciones presentadas por los diputados señores Fuad Chahin Valenzuela e Iván**

Flores García, fueron aprobadas por cinco votos a favor y dos en contra (5x2x0).

A favor votaron los diputados señores señorita Karol Cariola Oliva y señores Pedro Browne Urrejola, Fuad Chahin Valenzuela, Iván Flores García y José Pérez Arriagada. En contra lo hicieron los diputados Nicolás Monckeberg Díaz y Leopoldo Pérez Lahsen.

Diputado Informante. Fue designado el señor Pedro Browne Urrejola.

=====

A continuación se inserta el texto de las propuestas de conclusiones.

Propuesta de los diputados señores Fuad Chahin e Iván Flores.

**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**

En base a los antecedentes investigados y a la gravedad de los hechos que ameritaron la constitución de la presente Comisión Especial Investigadora, concluimos y proponemos lo siguiente:

**I.- Solicitar al Consejo de Defensa del Estado demandar ante los tribunales correspondientes la nulidad de Derecho Público de la Fusión de las AFP Cuprum y Argentum.**

Lo anterior, basados en el dictamen N° 98889 de la Contraloría General de la República del 16 de diciembre del año recién pasado, quien respondió la solicitud de un grupo de diputados, teniendo entre sus conclusiones principales que:

a.- En cuanto a la formación de la nueva administradora – AFP Argentum S.A. –, el juicio del ente contralor fue que el acto administrativo que aprobó sus estatutos y su nacimiento a la vida del derecho contravinieron la legislación, ya que no resulta admisible que en el proceso de constitución de una AFP se acompañen los antecedentes de otra (en este caso, de Cuprum S.A.), aún cuando ésta sea su controladora.

b.- En cuanto a la fusión, la Contraloría General de la República señaló que, según la Ley N° 18.046, para que exista una operación de este tipo, debe necesariamente cumplirse el requisito de que existan efectivamente dos sociedades, lo

que en este caso no se verificó, ya que AFP Argentum S.A. al momento de efectuarse la fusión no se encontraba en condiciones de cumplir esta condición. Es más, era precisamente la fusión la que hacía nacer a esta AFP, según lo que señaló la misma Superintendencia de Pensiones.

Finalmente, la Contraloría dictaminó que en cuanto a los actos contrarios a derecho de la Superintendencia de Pensiones que permitieron esta fusión, estos son, las resoluciones exentas 220 y 221 del año 2014, **serán los Tribunales de Justicia los encargados de resolver sobre la validez de los mismos.**

Como señalamos, en todo este proceso el perjuicio patrimonial para el fisco es millonario, durante el próximo año el Estado Chileno dejaría de percibir cerca de 80 mil millones de pesos en impuestos.

La misión principal del Consejo de Defensa del Estado es “Asesorar, defender y representar los intereses patrimoniales y no patrimoniales del Estado de Chile y sus Organismos, tanto a través del ejercicio de acciones y defensas judiciales como extrajudiciales”; por lo que es, en derecho, el organismo indicado para poder demandar ante los tribunales de justicia la defensa de los fondos fiscales presentes y/o futuros.

La figura jurídica adecuada para salvaguardar el patrimonio del Estado, para este caso particular, es la de la **nulidad de derecho público**, la que se debe impetrar para invalidar tanto los actos administrativos que permitieron la fusión de las AFP Cuprum y Argentum.

Es por esto, que la Honorable Cámara de Diputados solicita al Consejo de Defensa del Estado, que en el ejercicio de su función defensora del Patrimonio Estatal, interponga ante los Tribunales de Justicia la respectiva Acción de Nulidad de Derecho Público correspondiente, a fin de anular los actos administrativos cometidos contra derecho por la Superintendencia de Pensiones, los cuales permitieron la fusión de las AFP Argentum S.A. con Cuprum S.A., las que significarán un detrimento millonario para el patrimonio del Estado de Chile, por no enterarse los impuestos correspondientes que se debieran pagar de no haberse producido tal operación financiera, cuestionada y declarada ilegal por la Contraloría General de la República.

**II.- Remitir los antecedentes reunidos por esta Comisión a la Contraloría General de la República a fin de que esta dictamine que la Superintendencia de Pensiones, deberá iniciar un procedimiento de invalidación de la fusión, conforme con lo previsto en el inciso primero del artículo 53 de la Ley N° 19.880.**

Esto, debido a que la Superintendencia de Pensiones pretende validar artificiosamente y contrario a derecho la fusión investigada por esta Comisión.

En la Resolución N° 0513 de fecha 4 de marzo de 2016, el Superintendente de AFP, no obstante reconocer inicialmente la ilegalidad de la llamada Fusión Cuprum - Argentum, actúa nuevamente de modo contrario a derecho.

a. Primero, desconoce los dictámenes de la Contraloría General de la República, no obstante que ninguna institución del Estado puede desconocerlas

mediante razones falaces, es decir, formalmente ilógicas y, por ende, no verdaderas, incompletas y carentes de la opinión experta de otros órganos del Estado competentes en el análisis de este problema, como lo son el Servicio de Impuestos Internos y el Consejo de Defensa del Estado.

b. Segundo, intenta legitimar no sólo la llamada fusión Cuprum-Argentum sino también la relativa a Provida con Acquisition. Con lo cual no es uno, sino dos los actos ilegales de autorización de existencia de conformidad a la ley de las Administradoras de Fondos de Pensiones, que siendo contrarios a derecho siguen vigentes.

c. Tercero, la Superintendencia incumplió e incumple su función pública, definida mediante la atribución de sus competencias, al omitir el ejercicio de la competencia de invalidación que le corresponde por ley y dejando el interés público comprometido en estos casos sin protección alguna. De hecho, la Superintendencia de Pensiones es el único órgano administrativo al que en nuestra institucionalidad corresponde declarar la invalidación de las fusiones tal como lo señala expresamente en N ° 8 del artículo 94 del Decreto Ley 3.500:

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

***8. Aplicar sanciones y disponer la revocación de la autorización de existencia de conformidad a la ley, de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de sus sociedades filiales y de las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales.”***

d. Cuarto, contraviene lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado respecto de los actos contrarios a derecho, pudiendo haber actuado de oficio, y no interrumpiendo el plazo de prescripción, en abierto y evidente perjuicio del interés fiscal y público.

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

***a) La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.***

***b) El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.***

e. Cuarto, la Superintendencia contraría su deber de actuar siempre con preeminencia del interés público toda vez que se ocupa a priori de establecer “*la buena fe de los solicitantes*”, no obstante la inexistencia del prospecto de negocios y de información detallada de los antecedentes, causa y razones técnicas de la fusión o

“razón de negocios”, sin entrar en el análisis de su legitimidad o no. Y no haciéndose cargo en lo absoluto de la forma irregular en la que, debido a su actuar contrario a derecho, los solicitantes obtienen un beneficio de impuestos al que no tendrían derecho de acceder, con enorme perjuicio al interés fiscal.

**“Contraviene el deber de probidad establecido en el artículo 64 N°8 de la Ley N°18.575 General de Bases de la Administración del Estado. “Artículo 64. Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:**

**8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.**

En la Resolución Exenta N° 513, de fecha 4 de marzo de 2016, la Superintendencia de Pensiones arguye, entre otras razones para legitimar su actuación:

A. Que hubo instrucciones expresas impartidas por la Superintendencia de Pensiones, para que AFP Cuprum S.A. se fusionara de la forma como lo hizo.

B. Que las supuestas instrucciones expresas, implicaron la imposición de una exigencia adicional a AFP Cuprum S.A.

C. Que existiendo una obligación de AFP Cuprum S.A. de acatar la supuesta instrucción, ésta AFP habría actuado bajo el convencimiento de la legalidad del procedimiento supuestamente instruido.

D. Que debe darse aplicación a la doctrina de la confianza legítima, sostenida en la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República; y,

E. Que la Superintendencia se encuentra limitada para invalidar los actos administrativos contrarios a derecho, pues el respeto a la confianza legítima ha sido recogida por la Contraloría General de la República.

Esta comisión no estima válidos ni verdaderos estos fundamentos, por los siguientes motivos:

A. Respecto de las Instrucciones Expresas:

El Considerando 4° de la Resolución Exenta N° 513 de la Superintendencia de Pensiones indica:

*“Que analizado en detalle el informe evacuado por el Sr. Fiscal, descrito en el considerando precedente, este Superintendente, teniendo a la vista los antecedentes de los procesos de transformación y fusión de las AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A., señala primeramente que dichos procesos fueron llevados a cabo de una manera distinta a la que proponían los regulados. Así, mediante instrucciones expresas impartidas por esta Superintendencia, tanto AFP Cuprum S.A. como AFP Provida S.A., se vieron en la necesidad de llevar a cabo el proceso de fusión con sus matrices o controladores, previa transformación de estas en Administradoras de Fondos de*

*Pensiones, a saber, AFP Argentum S.A. y AFP Acquisition Co. S.A., en conformidad a lo instruido en los oficios N° 21.449, de 25 de septiembre 2014 y N° 28.947, de fecha 9 de diciembre de 2014, respectivamente, instrucciones impartidas a partir de una interpretación efectuada por esta Superintendencia, que en virtud de lo prescrito en el artículo 94 N° 3 del DL N° 3.500 y artículo 3° letra i) del DFL N° 101 de 1980, era obligatoria para las administradoras;”*

Lo expuesto por el Superintendente en dicho considerando, se aleja de la realidad. Para ello solo basta leer el **Oficio N° 21.449**, de fecha 25 de septiembre de 2014, que rechazó la propuesta de fusión por absorción propuesta por AFP Cuprum S.A. por ser contraria a derecho, teniendo en cuenta que la fórmula propuesta por dicha AFP, conllevaba a que ésta se disolvería y la administración de los Fondos de Pensiones quedaría en manos de una sociedad no constituida como Administradora, en virtud de lo dispuesto en el D.L. 3.500. Al final de dicho oficio, existe una especie de “recomendación”, ya que, se hace presente que la fusión podría ser autorizada si la controladora, previamente, se constituye como Administradora de Fondos de Pensiones. Como puede apreciarse, no existe ninguna “instrucción expresa”. Las palabras utilizadas en el Oficio **“se hace presente”** y **“podría”** lo dejan absolutamente claro. Así, no correspondía que la Superintendencia interprete los documentos de una forma acomodaticia.

#### B. Sobre la imposición de una exigencia adicional a AFP Cuprum S.A.

El considerando 5° de la resolución exenta en comento señala:

*“Que comparte este Superintendente el criterio sostenido por el Sr. Fiscal, en el sentido de que la condición señalada por esta Superintendencia para llevar adelante las fusiones era innecesaria, ya que implicaba la imposición de una exigencia adicional a los operadores de este sistema, la que no estaba claramente impuesta en el ordenamiento jurídico. En este sentido, resultaba factible acoger el procedimiento de fusión informado por las administradoras, lo que permitía alcanzar el mismo resultado”.*

Mediante este argumento, el Superintendente intenta soslayar la ilegalidad de las autorizaciones cuya invalidación debió realizar, desconociendo los pronunciamientos de la Contraloría, mediante una interpretación al menos cuestionable del contenido de sus propios actos, construyendo el fundamento falaz que le permita luego, uniendo los considerandos 5° y 6°, alegar que es aplicable a los actos administrativos que aprobaron la fusión Cuprum/ Argentum y la fusión Provida /Acquisition, la doctrina de la confianza legítima para considerarlos invalidables, no obstante su ilegalidad.

Lo cierto es que en dicho oficio no se efectuó ninguna *“imposición de una exigencia adicional”* a la AFP Cuprum S.A. pues el Oficio N° 21.449, de fecha 25 de septiembre de 2014, que rechazó la propuesta de fusión por absorción propuesta por AFP Cuprum S.A. en su parte final señala: **“se hace presente que la fusión podría ser autorizada si la controladora, previamente, se constituye como Administradora de Fondos de Pensiones”**. Como puede apreciarse, no existe ninguna “instrucción expresa”. Las palabras utilizadas en el Oficio, “se hace presente” y “podría” lo dejan absolutamente claro, tal como fue señalado anteriormente. La Superintendencia hizo



presente que podría existir otra vía para la fusión, pero no le impuso curso de acción a seguir alguno

Luego de esta interpretación “acomodaticia”, el Superintendente en la Resolución Exenta N° 0513, de fecha 4 de marzo de 2016, concluyó que la “recomendación” efectuada por la Superintendencia que él dirige, era innecesaria, “pues el procedimiento de fusión solicitado por AFP Cuprum S.A. permitía alcanzar el mismo resultado.” Con lo cual intenta validar y legitimar el proceder de los solicitantes, que no cumplía con los mínimos requisitos, y que no obstante, la Superintendente Tamara Agnic aprobó faltando a las normas legales.

De hecho, si fuese verdad que “*el procedimiento de fusión solicitado por AFP Cuprum S.A. permitía alcanzar el mismo resultado*”, lo debido era que la propia AFP Cuprum S.A. al rechazarse su propuesta, accionara haciendo uso de los recursos administrativos para mostrar su disconformidad.

No obstante lo anterior, la AFP prefirió acoger la especie de “recomendación” que le hizo presente la Superintendencia, la que de acuerdo a su propia redacción deja de manifiesto “*que podría ser autorizada*” –ergo, también podría no ser autorizada- reforzando que no se trata de una instrucción, ni una exigencia adicional, como tampoco otorgaba ningún tipo de garantía concreta a AFP Cuprum S.A.

Esta Comisión señala que esta nueva interpretación legal que efectúa el Fiscal de la Superintendencia de Pensiones y que fue el sustento de la Resolución Exenta N° 0513, de fecha 4 de marzo de 2016 y, por tanto, es compartida por el Superintendente, es totalmente contradictoria con la exposición efectuada por la Superintendencia de Pensiones en esta Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados el 15 de junio de 2015.

#### C) Sobre la Confianza Legítima de los Administrados en el actuar de la Administración.

El considerando 6° de la resolución exenta indica:

*“Que estando obligadas las administradoras a acatar las instrucciones que les impartió esta Superintendencia, actuaron bajo el convencimiento de la legalidad del procedimiento instruido por ella, lo que les otorgaba la confianza de estar obrando en el marco del ordenamiento jurídico vigente;”*

El Superintendente intenta terminar de construir una justificación para aplicar de modo improcedente la doctrina de la confianza legítima: Primero, adjudica arbitrariamente, sin mediar proceso alguno, sin forma de juicio, ni aportación de prueba, violando todos los requisitos de un debido proceso, buena fe en el actuar a los solicitantes: “actuaron bajo el convencimiento de la legalidad del procedimiento instruido por ella”. Y segundo, falseando los requisitos para la aplicación de la excepción a la invalidación que permite la legítima confianza- como si ella exigiese sólo la concurrencia de buena fe - le atribuye el efecto positivo de su aplicación: “lo que les otorgaba la confianza de estar obrando en el marco del ordenamiento jurídico vigente”.

#### D) Sobre la decisión de no declarar la invalidación.

*“No corresponde declarar la invalidación de las fusiones, en virtud de la doctrina de confianza legítima sostenida en la jurisprudencia uniforme de la Contraloría General de la República.”*

Queda de manifiesto, en los considerandos 5° y 6°, el modo en que el Superintendente intenta soslayar la ilegalidad de las autorizaciones cuya invalidación debió realizar, desconociendo los pronunciamientos de la Contraloría, mediante una interpretación al menos cuestionable del contenido de sus propios actos.

A mayor abundamiento, sobre el punto, debemos considerar:

1. La Contraloría General de la República determinó en los dictámenes N° 98889, de 2015 y N° 9702, de 2016, que la fusión de AFP Cuprum y AFP Argentum S.A. fue contraria a derecho, pues no dió cumplimiento a las siguientes normas:

a. En cuanto a la formación de la nueva AFP, y al tenor de lo previsto en el artículo 130 de la Ley N° 18.046, en relación con los artículos 23 y 24 A del Decreto Ley N° 3.500 de 1980, no resulta admisible que en un proceso de constitución de una AFP se acompañen antecedentes de otra, aun cuando aquella sea su controladora, puesto que, en definitiva, ello importa no dar cumplimiento a las exigencias que para tal efecto fija el legislador;

b. La omisión de los requisitos indicados en la letra a) precedente, no puede justificarse en la conveniencia de la operación, a la cual alude el artículo 130 de la Ley N° 18.046, sin perjuicio de añadir que, en este caso, no se habrían aportado antecedentes que permitieran acreditar cabalmente la utilidad o provecho para el Sistema de Pensiones que reporta la operación cuestionada por esta comisión; y.

c. En cuanto a la fusión y de acuerdo a lo que dispone el artículo 99 de la Ley N° 18.046, esta operación supone la existencia de dos o más sociedades, de los hechos investigados podemos sostener que válidamente solo existía la AFP Cuprum S.A. y no AFP Argentum S.A. al momento de verificarse la fusión, ya que esta última no se encontraba en condiciones de concurrir a aquella.

2. Por su parte, en la Resolución Exenta N° 0513, cuestionada en el presente punto, el Superintendente de Pensiones reconoce al citar el informe jurídico evacuado por el Fiscal del organismo, que hubo errores. En este orden de cosas, la invocación de un principio general del derecho, en este caso, el Principio de Confianza Legítima, no puede primar por sobre lo dispuesto por nuestro legislador. No hay duda que la fusión de la AFP Cuprum S.A. y la AFP Argentum S.A., no cumplió con lo dispuesto en distintos cuerpos normativos.

3. En lo relativo al principio de confianza legítima. Existen requisitos para su aplicación, que ha desarrollado la doctrina y la jurisprudencia que no se cumplen en este caso, a saber: a) Que el órgano actúe en ejercicio de potestades regladas estrictas y no discrecionales; b) Que se haya conferido al administrado garantías concretas en un acto individual expreso; c) Que se trate de una práctica administrativa inveterada o que existan circulares publicadas; d) Que el acto administrativo se haya dictado conforme a derecho; y e) Que no exista un interés público que prime por sobre el interés privado.

Esta comisión reprocha que el Superintendente solo hubiere considerado el informe jurídico del Fiscal de la institución que dirige para dictar la resolución exenta que objetamos en este punto, pues existen Informes en Derecho que están en conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, que ilustran claramente la ilegalidad de los actos administrativos que autorizaron la fusión de la AFP Cuprum S.A. y la AFP Argentum S.A., los que por lo demás fueron encargados por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Por todo lo anteriormente expuesto en este punto, esta comisión investigadora acuerda remitir todos los antecedentes recabados a la Contraloría General de la República a fin de que se pronuncie respecto de la estricta sujeción a la legalidad de la actuación de la Superintendencia de Pensiones, a través de la Resolución Exenta N° 0513, de fecha 4 de marzo de 2016 y dictamine que la Superintendencia de Pensiones, deberá iniciar un procedimiento de invalidación, conforme con lo previsto en el inciso primero del artículo 53 de la Ley N° 19.880.

### **III.- Solicitar al Servicio de Impuestos Internos que no dé lugar al beneficio de Goodwill Tributario que tiene como consecuencia el proceso irregular de Fusión de las AFP Cuprum y Argentum.**

Esto, basados principalmente en la simulación que constituyó la creación de la AFP Argentum, la que sólo tuvo como finalidad el fusionarse con Cuprum para acceder al beneficio tributario del Goodwill. La simulación está definida como el concierto para fraguar un acto jurídico bilateral o unilateral recepticio, que no envuelve realidad alguna o que envuelve una realidad distinta relativamente a su forma, a su contenido o a la identidad de sus autores o partes.

La Comisión Investigadora pudo concluir que acá existe un caso de simulación y abuso de la legislación tributaria en lo investigado, referido a obtener artificialmente un beneficio tributario establecido con una finalidad completamente diferente a la “lograda” por Principal.

Principal, realizó, con la ayuda de la renunciada Superintendente de Pensiones Tamara Agnic, un “montaje” jurídico destinado a obtener un beneficio tributario, así se puede concluir del análisis de las resoluciones de la Contraloría General de la República y de diversos informes en derecho.

El goodwill se origina cuando una entidad, que posee un valor que no es directamente atribuible a sus activos y pasivos, es fusionada por incorporación con otra empresa o cuando otra entidad adquiere el 100% de su propiedad, de modo tal que la inversión efectuada en la sociedad que desaparece, es superior al valor libro de los activos y pasivos de la misma. Lo anterior se puede explicar en que la entidad que subsiste “compra caro”, toda vez que los recursos y obligaciones de la entidad que desaparece reflejan un valor menor a la inversión efectuada para adquirirla. Acreditada esta circunstancia, el SII puede aceptar una deducción de los impuestos de esta empresa. Caso que no ocurre en la especie, ya que Argentum S.A. era una empresa de papel, por lo que no se puede acreditar la circunstancia que da lugar a este beneficio.

Por lo anterior, es que esta Comisión Investigadora, solicita al Servicio de Impuestos Internos realizar un examen sobre la legalidad de este procedimiento, a fin

de declarar, tal como lo ha hecho la Contraloría General de la República, que éste fue irregular, por lo que el beneficio tributario no es pertinente.

**IV.- Solicitar el envío de un mensaje presidencial mediante el cual se prohíba la reestructuración societaria y las fusiones de las Aseguradoras de Fondos de Pensiones cuando éstas no tengan como principal finalidad el beneficio de sus afiliados.**

Esto, basados principalmente en los principios de la seguridad social, principal labor en las cuales realizan sus actuaciones las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Bajo este marco, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha sostenido que:

El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que *"los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto."*

Esta investigación no se ha referido a meras empresas que actúan en el mercado buscando maximizar beneficios para sus dueños, en este caso nos estamos refiriendo a Sociedades que administran **Fondos de Pensiones de los chilenos**, dineros que obligatoriamente los trabajadores deben capitalizar mes a mes en sus cuentas.

Bajo este parámetro y de acuerdo a los Tratados Internacionales firmados por Chile y nuestra Constitución, el Estado *"debe tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social."* En cuanto a la vejez, *"Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para establecer planes de seguridad social que concedan prestaciones a las personas de edad, a partir de una edad determinada prescrita por la legislación nacional. El Comité subraya que los Estados Partes deben establecer una edad de jubilación apropiada a las circunstancias del país y para la que se tenga en cuenta, entre otras cosas, el tipo de trabajo, en especial si se trata de un trabajo en ocupaciones peligrosas, y la capacidad de trabajar de las personas de edad. Los Estados Partes deben establecer, hasta el máximo de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas, servicios sociales y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que, al cumplir la edad de jubilación prescrita en la legislación nacional, no tengan cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos."*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> OBSERVACIÓN GENERAL Nº 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9). COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 39º período de sesiones. Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007.

Por todo lo anterior, es menester que toda actuación en que sean parte las Administradoras de Fondos de Pensiones vayan directamente en orden a beneficiar a sus afiliados, por lo que incluso sus reordenamientos societarios deben tener esta finalidad.

**V.- Solicitar al Ejecutivo, la urgencia legislativa para el pronto trámite del Proyecto de Ley que “Modifica cuerpos legales que indica en materia de fusión de administradoras de fondos de pensiones”. Boletín 10351-03.**

Esta moción parlamentaria, viene a resolver situaciones como la investigada por la presente Comisión Especial Investigadora, aclarando en nuestra legislación diversos puntos conflictivos al respecto.

Los objetivos del citado Proyecto de Ley son los siguientes:

**a) Establecer requisitos mínimos y taxativos para la procedencia de la figura de la fusión en Administradoras de Fondos de Pensiones.**

Ya que se estima que se hace necesaria la regulación legal de requisitos que importen limitaciones a la figura de la fusión en las Administradoras a las que se refiere el Decreto Ley N° 3.500, por cuanto se trata de procedimientos complejos y de materias de relevante importancia que no pueden sino encontrarse expresamente reguladas. Cabe hacer presente que dicha regulación es inexistente en el actual Decreto Ley.

**b) Terminar con la simulación en la formación de Administradoras.**

La simulación suele ser entendida de un punto de vista legal como la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo. El propósito del Proyecto de Ley es poner fin a la creación de Administradoras de Fondos de Pensiones que sean constituidas con el único fin de dar cumplimiento al requisito exigido por el actual inciso 6 del artículo 34 del Decreto Ley 3500. De la misma forma este requisito se fundamenta en el inciso primero del artículo 23 del presente Decreto Ley, el cual establece “*Las administradoras de Fondos de Pensiones, denominadas también en esta ley Administradoras, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley.*”. De manera tal, que el requisito contemplado en el numeral 1 y 2 del nuevo inciso 6 que contiene este proyecto están orientados a terminar con las Administradoras simuladas, “de papel”, o “ideológicamente falsas”, cuyo único objetivo sea adquirir beneficios tributarios o de cualquier otro tipo defraudando la legislación. **Situación que ocurrió con la AFP Argentum.**

**c) Colaboración de otras instituciones estatales con la Superintendencia de pensiones.**

De esta forma el proyecto, para el cual solicitamos urgencia legislativa para su rápida tramitación, vincula a otras instituciones estatales en la supervisión y colaboración con la Superintendencia de Pensiones para evitar futuras malas prácticas

que pudieren afectar recaudación de impuestos. Así, el proyecto vincula al SII y a la Fiscalía Nacional Económica, en la fiscalización de solicitud de fusión a modo de analizar los posibles impactos tributarios y de competencia económica que pudiesen ocasionarse producto de esta operación. Como una manera de evitar que las operaciones de fusión incrementen la concentración de la propiedad en el mercado de las AFPs, se requerirá en adelante de informe favorable de la Fiscalía Nacional Económica para su aprobación.

**d) Sanción de nulidad de pleno derecho para las Administradoras que no cumplen con los requisitos mínimos establecidos.**

Para el caso que la Superintendencia niegue la autorización de existencia o los procesos de fusión y absorción de Administradoras de Fondos de Pensión, éstas serán declaradas nulas y de ningún valor, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 A de la ley de Sociedades Anónimas, nulidad que no puede ser saneada, lo que constituye una herramienta para cautelar el interés de los afiliados a estas instituciones, así como también la fe pública y el interés general del sistema de pensiones y previsión social.

**Propuesta de los diputados señores Nicolás Monckeberg Díaz y Leopoldo Pérez Lahsen.**

**CONCLUSIONES.**

**I. Introducción.**

En sesión celebrada el 17 de junio de 2015, la H. Cámara de Diputados aprobó una solicitud suscrita por 60 diputadas y diputados en conformidad a lo dispuesto en los artículo 52, N° 1, letra c), de la Constitución Política de la República, 53 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y 313 y siguientes del Reglamento de la Corporación, por la cual se propuso crear una Comisión Especial Investigadora respecto del proceso de fusión de las AFP Cuprum S.A. y Argentum S.A.

El mandato de la Sala a la Comisión es el investigar el rol de las Superintendencias de Pensiones (SP), de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) y del Servicio de Impuestos Internos (SU) en la operación de fusión y absorción de las AFP CUPRUM S.A. y AFP ARGENTUM S.A., ocurrida a fines del año 2014 e inicios del año 2015, operación que podría significar el otorgamiento de un beneficio tributario por la suma de 80.000 millones de pesos (equivalente a 130 millones de dólares) durante el proceso de declaración de renta 2016 que actualmente se encuentra en trámite.

Durante el transcurso de la labor encomendada, la Comisión celebró un total de 19 sesiones, envió un total de 26 oficios y recibió a 33 autoridades, organizaciones y personas invitadas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> La ex Superintendente de Pensiones, señora Támara Agnic.  
El Jefe de la División Financiera de la Superintendencia de Pensiones, señor Max

Luego de analizar los antecedentes aportados y los testimonios rendidos, en nuestra opinión es fundamental distinguir las actuaciones de los funcionarios y ex funcionarios públicos involucrados en este caso, desde la perspectiva de la legalidad y el eventual incumplimiento de normas expresas y de aquellas decisiones adoptadas en el campo de la prudencia o discrecionalidad administrativa permitida legalmente.

## **II. En relación al rol de la Superintendente de Pensiones Támara Agnic.**

---

Montecinos.

La Jefa de la División de Estudios de la Superintendencia de Pensiones, señora Ximena Quintanilla.

La Jefa del Departamento de Derecho Corporativo e Inversiones de la Superintendencia de Pensiones, señora María Lorena Salinas.

El ex Superintendente (S) de Valores y seguros y actual Superintendente de Pensiones, señor Osvaldo Macías Muñoz.

El Fiscal de la Superintendencia de Pensiones, señor Andrés Culagovsky.

El Director Nacional del Servicio de Impuesto Internos, señor Fernando Barraza.

El Subdirector Normativo del Servicio de Impuesto Internos, señor Juan Alberto Rojas.

El Subdirector de Fiscalización del Servicio de Impuesto Internos, señor Víctor Villalón.

La Jefa de Gabinete del Director del Servicio de Impuesto Internos, señora Elena Amaya Silva.

El Fiscal de Valores, señor José Antonio Gaspar Pavez.

El Jefe de Gabinete del Superintendente de Valores y Seguros, señor Daniel García Schilling.

El Superintendente de Valores (S) señor Hernán López.

El Jefe del Departamento Judicial y de Cumplimiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, señor Rodrigo Márquez.

La Ministra del Trabajo y Previsión Social, señora Ximena Rincón González.

Ex Subsecretario de Previsión Social actual Ministro de Desarrollo Social, señor Marcos Barraza.

La Ministra de Justicia y ex Ministra del Trabajo y Previsión Social, señora Javiera Blanco.

El Presidente del Consejo de Defensa del Estado, señor Juan Ignacio Piña Rochefort.

El Ministro de Hacienda señor Rodrigo Valdés Pulido.

El Jefe de Asesores del Ministerio de Hacienda, señor Enrique Paris.

La Jefa Jurídica del Ministerio de Hacienda, señora Macarena Lobos.

La Subcontralora General de la República, señora Patricia Amagada.

La Jefa de Comité de la División Jurídica de la Contraloría General de la República, señora Graciela Lepe.

El Abogado de la División Jurídica de la Contraloría General de la República, señor Jaime Gallegos. El Jefe de Gabinete de la Subcontralora General de la República, señor Felipe Aliaga.

El Presidente del Movimiento Ciudadano "Aquí la Gente", señor Ernesto Medina.

La Vicepresidenta del Movimiento Ciudadano "Aquí la Gente", señora María Luz Navarrete.

El Secretario general del Movimiento Ciudadano "Aquí la Gente", señor Francisco Becerra.

El Presidente Asociación de Funcionarios de la Superintendencia de Pensiones, señor Roberto Mercado Cabello y los Directores, señora Magdalena Álvarez Valdés y señor Luis Salas Espinosa.

El CEO de la Comunidad Felices y Forrados, señor Gino Lorenzini Barrios.

El Presidente de la Asociación de Consumidores ACUSA AFP, señor Ricardo Hormazábal.

El Profesor de Derecho Comercial, señor Alfredo Ugarte.

**a. En relación a si la Superintendente Támara Agnic actuó dentro o no del ámbito de sus competencias.**

Un primer aspecto que se debe analizar es determinar, si al margen de la valoración del contenido de las decisiones que tornó la Superintendente Támara Agnic, esta tenía atribuciones para actuar como lo hizo y si procedió dentro del ámbito de las competencias conferidas por la ley, en los tres momentos que se detallan a continuación:

1. Cuando rechaza la primera solicitud de autorización de la operación de fusión por incorporación de Cuprum en su matriz Principal Institucional Chile S.A (PIC), subsistiendo esta última como absorbente, realizada mediante oficio N° 21.449 de 25 de septiembre de 2014.

2. Cuando señala que, en su criterio, se podría autorizar la operación de fusión si, en forma previa, la absorbente se constituía como AFP en virtud de los artículos 24 A del DL 3500 y 130 y siguientes de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

3. Cuando, con fecha 19 de diciembre de 2014, autoriza la constitución de Argentum S.A. como AFP, bajo la condición suspensiva de que dentro de 60 días se fusione con la AFP Cuprum S.A. y posteriormente con fecha 02 de enero de 2015, mediante resolución E-221-2015 autoriza la fusión, declarando cumplida la condición suspensiva y disuelta la AFP Cuprum S.A.

Al respecto, el artículo 2°, del DFL N° 101 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social publicado el 29 de noviembre de 1980, establece el "Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, su organización y atribuciones" señala, en general, las atribuciones de la Superintendencia:

*La Superintendencia será la autoridad técnica de supervigilancia y control de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en adelante las Administradoras, y sus funciones comprenderán los órdenes financiero, **actuarial, jurídico y administrativo.***

A mayor abundamiento y en relación con el caso objeto de esta Comisión Investigadora, el artículo 3°, letra a), del DFL N° 101, indica que, entre otras funciones, le corresponde a la Superintendencia:

*a) Aprobar o rechazar el prospecto que debe preceder a la formación de una administradora de fondos de pensiones; aprobar sus estatutos, autorizar su existencia y en general ejercer todas las facultades que el D.F.L. N° 101 1, modificado por el artículo 143 de la Ley N°18.046, del 22.10.81 y por el Artículo 7° de la Ley N°19.301 del 19.03.94. 214 el decreto ley N° 3.538, de 1980, y la ley de sociedades anónimas y su reglamento confieren a la Superintendencia de Valores y Seguros,*



*respecto de las personas y entidades sometidas a su fiscalización.*

Lo anterior se ve confirmado por los siguientes antecedentes y declaraciones de distintos invitados a esta Comisión investigadora, entre otros:

1. Dictamen de la Contraloría General de la República N° 098889, de fecha 16 de diciembre de 2015, que señala: *"En lo que se refiere a la supuesta asesoría que habría efectuado la SP al señalarle a Principal Intitucional Chile S.A que debería transformarse en AFP, esta Entidad de Fiscalización considera que esa conducta no contraviene la normativa. En efecto, el oficio N° 21.449, de 2014, de la referida institución pública, se limitó a fundamentar la decisión de rechazar la fusión en los términos en que era solicitada por las empresas antes citadas"*
2. Director del Servicio de Impuestos Internos, señor Fernando Barraza: quien en la Sesión N° 9, celebrada el 06 de octubre de 2015, señaló: *desde el punto de vista de la legalidad, por lo menos respecto a las normas transitorias vigentes, la operación está permitida.*
3. Fiscal de Valores, señor José Antonio Gaspar: quien en la Sesión N° 9, celebrada el 01 de marzo de 2016 señaló: *"como lo informamos mediante oficio N° 19.941, este Servicio consideraba que se verificaban todos los requisitos necesarios para la inscripción de este emisor y de sus acciones en el registro de valores reside acuerdo con los requisitos que plantea la ley vigente y la normativa complementaria de la Superintendencia."*
4. Superintendente de Pensiones, señor Osvaldo Maclas, quien en la Sesión N° 17, celebrada el 08 de marzo de 2016 al referirse al proceso de análisis del prospecto diciendo señaló: *no estamos convencidos de que el camino que siguió la Superintendencia, a pesar de que erróneo a nuestro juicio es ineficiente, ilegal.*
5. Ministro de Hacienda Rodrigo Valdés, quien en la Sesión N° 17, celebrada el 08 de marzo de 2016 refiriéndose al proceso de fusión señaló: *he hablado con muchos abogados, dentro y fuera del gobierno, y quiero decir que la gran mayoría considera que no es un acto ilegal.*
6. Subcontralora General de La República Sra. Patricia Arriagada, quien en la Sesión N° 18, celebrada el 15 de marzo de 2016 señaló: *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 Superintendente de Pensiones efectuó respecto de la necesidad de que para existir esta fusión tenía que tratarse de dos AFP.*

Sostener, como algunos han querido hacerlo, que la Superintendencia de Pensiones se encontraba impedida legalmente de señalar el camino, que en su criterio, era más idóneo para llevar a cabo la operación de fusión, en nuestra opinión, constituye un error puesto que, del análisis de la legislación vigente, de la documentación aportada y de las declaraciones de los invitados a la Comisión antes citados es posible desprender que existe

concordancia en señalar que la señora Támara Agnic, actuó dentro del marco de las atribuciones que le entrega ía ley.

**b. En relación al contenido de las resoluciones de la Superintendente Támara Agnic.**

El segundo aspecto a analizar dice relación con el camino que propuso la ex Superintendente de AFP, señora Támara Agnic, para llevar a cabo la operación de fusión que se concretó en la autorización de constitución de Argentum S.A. como AFP, bajo condición suspensiva de que dentro de 60 días se fusione con la AFP Cuprum S.A. y la posterior autorización de la fusión, declarando cumplida la condición suspensiva y disuelta la AFP Cuprum S.A. Al respecto podemos señalar lo siguiente:

Durante el transcurso de la investigación de la Comisión se plantearon, al menos, tres hipótesis diferentes para concretar la operación de fusión:

a. La de la ex Superintendente de AFP, señora Támara Agnic: Fusión entre dos Administradoras de Fondos de Pensiones, donde una de ellas es creada con el solo propósito de materializar esta operación y por ende se encuentra sometida a una condición suspensiva.

b. La del actual Superintendente de AFP, señor Osvaldo Macías: Fusión entre dos empresas, una de ellas AFP y la otra no, que en el mismo acto de autorización realiza la inscripción del giro para continuar su funcionamiento.

c. La de Contraloría General de la República, expresada por la Subcontralora General, señora Patricia Arriagada: Fusión entre dos Administradoras de fondos de pensiones, sin someter a ninguna de ellas a condición suspensiva.

Al respecto es necesario considerar las opiniones y antecedentes aportados de los siguientes invitados a la Comisión:

El actual Superintendente de Pensiones, señor Osvaldo Macías, en la Sesión N° 17, celebrada el 8 de marzo, de 2016, señaló: El procedimiento que se realizó no fue idóneo. Si se hubiere usado el mecanismo que acabo de describir (Fusión entre PIC y AFP Cuprum) la superintendencia habría cumplido de todas formas un rol fundamental de control y la autorización también habría contado con el test de análisis de la solvencia e idoneidad de los compradores de acuerdo a lo que prescribe la ley de pensiones.

Por su parte, la Subcontralora General de La República Sra. Patricia Arriagada, quien en la Sesión N° 18, celebrada el 15 de marzo de 2016 al referirse a la Resolución Exenta N° 220, de 2014, que aprueba la fusión señala: ¿Cuál es el problema con esta decisión administrativa? Que no existe norma legal ni tampoco reglamentaria o de otra naturaleza que le permítala la Superintendencia establecer

una condición suspensiva.

Confirma lo anterior, el Informe en Derecho, de julio de 2015, del Abogado Alejandro Charme (ex Superintendente de Pensiones) que señala "a juicio del autor del presente informe, dicha operación también, podría haberse efectuado mediante la fusión de las sociedades Principal Intitucional Chile S.A y AFP Cuprum S.A., emitiéndose junto con la respectiva aprobación de fusión, la resolución que autoriza la existencia de la nueva AFP y autoriza sus estatutos, emitiéndose el certificado respectivo que acredita tales circunstancias".

En este punto, mantenemos una discrepancia con la opinión de Contraloría General de la República respecto de que sería ilegal la autorización por parte de la Superintendencia de AFP de constitución de Argentum S.A. como AFP, bajo condición suspensiva de que dentro de 60 días se fusione con la AFP Cuprum S.A. y la posterior autorización de la fusión; por cuanto *"con la dictación de tales resoluciones, la Superintendencia hizo uso de su facultad interpretativa"*<sup>3</sup> la cual se encuentra reconocida por el propio Ente Fiscalizador<sup>1</sup> y dicha interpretación *"resulta totalmente concordante con aquella dada por la Superintendencia de Valores y Seguros, en el Oficio N° 18.589, de 20 de agosto de 2013, para las sociedades especiales Administradoras Generales de Fondos"*<sup>4</sup>.

De los antecedentes acompañados a esta Comisión Investigadora y de los testimonios rendidos se puede desprender que habría consenso en que el camino seguido por la ex superintendente Agnic de no ser equivocado, al menos no era el único posible para materializar la operación de fusión y que, por tanto, existió un error de apreciación jurídica en la recomendación efectuada a Principal Intitucional Chile S.A de crear una tercera empresa que nunca iba funcionar (Argentum) para el objeto de concretar la misma.

Un actuar distinto de la Superintendencia habría evitado las suspicacias, críticas, querellas y la sensación de la ciudadanía de creer que la fusión fue gestada únicamente para que la empresa obtenga un ahorro de miles de millones de pesos en impuestos, situación que fue desmentida por el propio Ministro de Hacienda, señor Rodrigo Valdés, que en la Sesión N° 17, celebrada el 08 de marzo de 2016, señaló que producto de la fusión se generó un "mayor valor para la compañía, como un manejador de activos para sus afiliados, del orden de 500 millones de dólares, generando lejos más impuestos que los que están en discusión del goodwill."

---

<sup>3</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 098889, de fecha 16 de diciembre de 2015 que señala refiriéndose al artículo 94 del DL 3500 **"Más adelante el N° 3 le otorga la potestad de fijar la interpretación de la legislación y reglamentación del sistema de pensiones con carácter de obligatorio para las administradoras y otras entidades"**

<sup>4</sup> Informe en Derecho del Abogado Alejandro Charme, Julio de 2015.

Por tanto es una acción que, de no haber sucedido no habría generado este beneficio"

No obstante que, basándonos en los antecedentes expuestos precedentemente, en nuestra opinión, la actuación de la ex superintendente no reviste vicios de ilegalidad, creemos que es reprochable porque que desde el punto de vista jurídico y de la prudencia de la práctica administrativa fue una decisión no acertada e innecesaria

Lo anterior, plantea la necesidad de establecer un mecanismo legal que determine con claridad cuál es la forma en que se debe llevar a cabo una fusión operación de fusión empresas de giro diverso de manera de evitar situaciones como las que son objeto de esta Comisión Investigadora.

### **III. Rol del Servicio de Impuestos Internos (SII).**

Durante el desarrollo de la presente Comisión Investigadora se dio cuenta que, tanto fuera como dentro de la misma, al SII se le imputan dos grandes hechos irregulares:

1. Que habría sido parte coadyuvante, promotora y facilitadora de esta fusión por algunos calificada como ilegal.
2. Que esta acción se habría reflejado en haber apurado los permisos y autorizaciones debido a que se encontraría próximo a vencer el beneficio tributario; y en haber, en forma sin precedente, utilizado como Rut provisorio el mismo de la empresa absorbida.

#### **• Respecto de la utilización del Rut provisorio.**

De los antecedentes aportados por el Director titular y subrogante del SII, que en primer lugar, aseguraron que no hubo irregularidades en la utilización del RUT por parte de Cuprum (institución que fue cuestionada por mantener el de Cuprum y no operar con el de Argentum), "esto se *hizo de acuerdo con los procedimientos operativos existentes y vigentes por las áreas operativas correspondientes*". En este sentido argumentaron que han validado el uso del Rut provisorio en otras situaciones donde pese a ser la primera vez que el servicio procedía en este Upo específico de operaciones, lo que no significa que sea un acto irregular. Por otra parte quedó establecido, que el otorgamiento de un nuevo y diferente Rut a Argentum, en términos operativos podría haber impactado a cerca de 800.000 afiliados y 500.000 accionistas, por esta razón es que el Servicio consideró pertinente autorizar este uso transitorio durante el año 2015<sup>5</sup>.

Se hace necesario señalar que tras esta operación, habitualmente el RUT que sobrevive es el de la sociedad que absorbe, en este caso, Argentum. Sin embargo, Principal solicitó al SU que lo autorizara a mantener el rol único tributario de la sociedad AFP Cuprum la que desaparecería. Con fecha 26 de diciembre do 2014 es aprobada la solicitud, vía e-mail del director de Grandes Contribuyentes,

---

<sup>5</sup> Sesión N° 16, del 91 de marzo de 2016.

Bernardo Seaman en el siguiente tenor *"Efectivamente se autorizará continuación del RUT 98.001.007-7"*. Esta confirmación fue utilizada por la entidad para solicitar ante la Superintendencia de Valores y Seguros la modificación de la identificación de nueva AFP.

En la misma línea, el Director Subrogante del SU Juan Alberto Rojas que, en sesión N° 5 de 11 de agosto de 2015, informó que, *"lo que se otorgó fue una especie de autorización provisoria, ya que no se ha realizado ningún acto administrativo formal, que es como debe ser un acto administrativo, en que el Servicio, a través del órgano correspondiente, haya autorizado de modo definitivo el uso por Argentum del RUT de la empresa absorbida Cuprum. Es una autorización provisoria que, según se me ha informado, tiene por finalidad dar un plazo razonable a la empresa para ajustar jos contratos con los afiliados o las relaciones con los proveedores, pues operar con un nuevo RUT implica un tema operacional que no soy capaz de dimensionar que tan complejo o caro es."*

*"Lo que se me informó es que en principio se autorizó el uso de ese RUT, como señaló en algún momento el director de la Dirección de Grandes Contribuyentes por un medio informal -un email-, pero esa autorización está acotada a este año, y pese a que la resolución definitiva aún está pendiente, se me ha señalado que a contar del próximo año tiene que obtener un RUT distinto."*

Ahora bien, cuando surgieron los cuestionamientos a la operación, producto del goodwill asociado, el SII solicitó más antecedentes y en noviembre pasado, mediante la resolución exenta N° 127, revocó este permiso, acotándolo hasta el 31 de enero de 2016 en la que señalaron lo siguiente: *"Atendido al hecho de que las dificultades que el contribuyente señala en su presentación son temporales, según él mismo indica, y por tanto susceptibles de ser subsanadas por él, este Servicio estima necesario limitar temporalmente la autorización otorgada haciendo primar el interés general de control fiscal por sobre el particular,"*

Esto, pese a que Cuprum planteó que el SII tenía facultades limitadas para revisar sus actuaciones, pues a su juicio *"la autorización otorgada a la nueva AFP Cuprum para usar el RUT de la antigua AFP Cuprum, le habría conferido supuestos derechos declarativos"*, el servicio denegó en su resolución exenta N° 134 los recursos de reposición y jerárquico solicitado por la AFP.

Es importante recalcar lo señalado por el Director Subrogante del SIII Juan Alberto Rojas<sup>6</sup> que, quien sostuvo que *"En primer lugar, es necesario tener presente que el Servicio de Impuestos Internos no cuenta con atribuciones para autorizar, denegar, condicionar o proponer modificaciones a ningún proceso de fusión realizado por empresas privadas."* Así también agregó que *"lo que hace el Servicio -en esta fusión como en todas las fusiones- es determinar si se realizó el proceso de fusión. No se trata*

---

<sup>6</sup> Sesión N° 5, del 11 de agosto de 2011-

*de que tenga la facultad para evaluar si hubo o no una legítima razón de negocios, sin considerar el ámbito de aplicación de la norma antielusión, la cual aún no rige y eso va a ser otro punto."*

- **Sobre la intervención del SU a fin de acelerar los plazos de la fusión.**

Para hacer efectivo el beneficio tributario, la reforma tributaria exigía haber iniciado un proceso el 2014 y finalizarlo el 2015. En este caso Principal inició el proceso de fusión el 26 de agosto de 2014, incluso antes de que se dictara la ley de reforma tributaria de 29 de septiembre de ese año, y terminó la fusión el 01 de enero de 2015, pudiendo finalizar hasta el 31 de diciembre de 2015, es decir, restaba aún un año. Asimismo las normas anticelusión entraron en vigencia el 01 de octubre de 2015, por lo que tampoco existía apuro desde esa perspectiva.

Al respecto Barraza señaló en sesión N° 16 que *"nosotros fuimos notificados por la superintendencia correspondiente de que la fusión había sido autorizada con fecha 2 de enero de 2015. Por lo tanto, para nosotros esa es la fecha válida, porque es en la cual la autoridad competente autoriza la fusión. En ese proceso, obviamente nos damos por enterados de esa notificación y es lo que hasta ahora entendemos. Efectivamente, para efectos del uso de este beneficio tributario existía más plazo. Se debe recordar que la reforma tributaria permitía de hecho una transitoriedad precisamente asociada a la norma antielusiva para efectos de que las empresas pudieran hacer algunas de estas operaciones.*

*Desde esa perspectiva, en nuestro análisis entendemos que la empresa hizo uso de los elementos que le autorizaban para aquello. El plazo era el 30 de septiembre de 2015."*

#### **Sobre el otorgamiento del goodwill.**

Desde la perspectiva tributaria, específicamente en relación con el uso del goodwill, para el SII era indiferente el camino para ejecutar la operación. En este sentido el Director de SII señaló en sesión N° 16 que *"si en esto se hubiera seguido un camino u otro, una vez concretada la fusión y autorizada por un organismo competente, y si efectivamente la nueva empresa cumple con las condiciones que se establecen en las normas correspondientes para efectos de hacer uso del goodwill, definitivamente el camino que se haya elegido para efectos de la fusión, desde el punto de vista tributario, no tiene importancia."*

La ley 20.780 de reforma tributaria de 29 de septiembre de 2014 modificó la regulación del goodwill tributario a contar del 01 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 para finalizar el proceso. Por tanto, cualquiera hubiera sido el camino, en la medida en que la operación esté en

marcha, se hubiera optado de igual manera al beneficio.

Adicionalmente, es necesario señalar que el mecanismo del goodwill ha sido utilizado anteriormente y que en el caso específico Cuprum - Argentum aún no produce efectos, ya que es necesario esperar al proceso de declaración de renta 2016 que a la fecha de este informe, no ha concluido. Así, el Director Fernando Barraza, a propósito de acciones que podría tomar indicó que una vez concluido el proceso de declaración de renta, se podrá establecer de manera fehaciente y concreta la situación tributaria definitiva del caso, agregó que *"Obrar de otra manera haría incurrir a! servicio en acciones precipitadas que atenían contra los derechos de los contribuyentes, previstos, entre otras normas legales, en el artículo 8 bis del Código Tributario, norma que fue aprobada precisamente en el Congreso de nuestro país...."*

Al respecto, el Ministro de Hacienda Rodrigo Valdés señaló en sesión N° 10 que *"La reforma tuvo una transición bien precisa: todas las operaciones que se iniciaron hasta el 1 de enero de 2014 y que se perfeccionen hasta fines de este año, tienen la posibilidad de acogerse a lo que la ley anterior señala. Por lo tanto, no es de extrañar que todavía existan operaciones de este tipo. Pero lo importante es que la nueva normativa termina con esto...en la discusión de la reforma tributaria quedó claro que la mayoría está por terminar con eso."*

En conclusión, no obstante las acusaciones imputadas durante el desarrollo de este caso consideramos que no existe en la comisión ninguna prueba concreta que sustente la hipótesis de que existiría una acción concertada entre el SII y la Superintendencia de AFP's para beneficiar a una empresa determinada, por el contrario las dos grandes imputaciones en nuestra opinión se encuentran desacreditadas toda vez que no fue posible confirmar objetivamente, la acusación referente a una supuesta intervención tendiente a acelerar los plazos de la fusión, en razón de ser los establecidos por la reforma tributaria, respecto de los cuales el SII contaba incluso con doce meses más para ejecutar la operación; ni tampoco se logró constatar que existen antecedentes suficientes para acreditar alguna ilegalidad en el actuar del SII respecto de la entrega del Rut provisorio porque como dijimos, es una práctica usual la que de no haber mediado hubiera generado inconvenientes a miles de afiliados.

#### **IV. Rol de la Superintendencia de Valores (SVS).**

Una vez aprobada la fusión, AFP Cuprum le informa el 26 de enero, de 2015, a la Superintendencia de Valores y Seguros que, haciendo uso de un beneficio incluido en la Ley de Reforma Tributaria, calculaba en \$ 80 mil millones el valor de los impuestos que podría pagar en forma diferida,

dependiendo de los resultados que obtenga en el ejercicio de su actividad. Dada la condición de sociedad anónima de Cuprum debe ser registrada en ese organismo (situación que se cumplió) y es su obligación legal informarle este tipo de hechos.

En nuestra opinión concluimos que la SVS actuó dentro de la esfera de sus atribuciones y no existió ningún antecedente dentro de la comisión que pudiese dar cuenta de un actuar ilegal.

#### **V. Rol de los órganos co-legisladores.**

Más allá de las responsabilidades de los entes estatales no existe ninguna conexión o relación directa entre la actuación de las autoridades anteriormente señaladas y el hecho de que esta operación haya implicado un eventual menor pago al fisco. En efecto, cualquiera de los caminos que se hayan adoptado para ejecutar esta fusión [sea el propuesto por Superintendente de Pensiones, Contraloría General de la República o la empresa) hubiera tenido el mismo resultado para Chile. Esto es ratificado por el Subdirector del SII Juan Alberto Rojas quien sostuvo que *"definitivamente el camino que se haya elegido para efectos de la fusión, desde el punto de visto tributario, no tiene importancia"*<sup>7</sup>.

En consecuencia, el cuestionamiento que legítimamente se realiza a la existencia del goodwill, a su vigencia, en nuestra opinión es responsabilidad directa del legislador, que tuvo dentro de sus atribuciones la posibilidad de haberlo acotado como efectivamente se hizo el año 2014. Debió haberse analizado con anterioridad la pertinencia de mantener este beneficio tributario toda vez que fue diseñada hace décadas para promover la inversión.

La tardía modificación de la Legislación Tributaria, fue uno de los puntos que se pudieron constatar con el desarrollo de la comisión. El beneficio conocido como goodwill debió ser modificado con anterioridad a la tramitación de la reforma tributaria, ya que como estaba concebida podía generar consecuencias no deseadas en la recaudación Fiscal tal como ocurrió en el caso que dio origen a la comisión investigadora.

El goodwill fue eliminado de la legislación con la reforma tributaria de 2014. Pero estableció posibilidad de uso para las fusiones en marcha hasta el 31 de diciembre del año siguiente. Esa herramienta consistía en imputarlo como gasto en 10 años la diferencia entre el valor contable de una empresa y el mayor valor pagado por la adquirente de la misma, en el caso de Cuprum y Argentum, el beneficio ascendió a US\$ 130 millones.

---

<sup>7</sup> Sesión N° 16.



Evidentemente, hoy en día no se defiende este beneficio, creado hace décadas para incentivar la inversión, que pudo ser necesario en el contexto histórico de su regulación, pero lo cierto es que actualmente no había justificación para mantenerlo.

## **VI. Rol de la Ministra del Trabajo Ximena Rincón.**

Nos referimos al intercambio de oficios<sup>8</sup> entre la Ministra del Trabajo Ximena Rincón y la Superintendente de Pensiones Támara Agnic, en los cuales, la primera en un primer momento manifiesta sus reservas sobre un proceso que a su juicio era *"a lo menos irregular, no ajustándose esa superintendencia a los imperativos legales sobre la materia y en especial a su obligación de velar por los intereses de los afiliados"*.

Ante los descargos de Agnic, la Ministra Rincón, replica señalando que sus cuestionamientos no interfieren con la autonomía que la ley le entrega a la Superintendencia de Pensiones, pero que el Ministerio del Trabajo es el órgano superior y debe velar por el cumplimiento de la normativa.

Finalmente, la Ministra del Trabajo y Previsión Social, ante esta Comisión Investigadora señala que ***"el oficio era una opinión con respecto al procedimiento"***<sup>9</sup>.

En nuestra opinión la actuación de la Ministra del Trabajo fue equivocada y generó confusión y dudas respecto de cuáles son las reales alcances de sus competencias respecto del actuar de la Superintendencia. Consideramos además, que como la Superintendencia de Pensiones es un órgano autónomo<sup>11</sup>, la forma de objetar su resolución es a través de los recursos correspondientes y no por medio de opiniones públicas.

## **PROPOSICIONES.**

1. Clarificar mediante una modificación legal o administrativa el criterio jurídico a aplicar para resolver el mecanismo de fusión de AFP.

Como se señaló precedentemente durante el curso de esta comisión investigadora la academia y las instituciones públicas entregaron

---

<sup>8</sup> oficio 19.463 / oficio 11.482 / oficios 0280 y 0281 / oficio 13.302 / oficio 392 / oficio 17.700 / oficio 419 / oficio 18.943 / oficio 0469 / oficio 22509 / oficio 0539.

<sup>9</sup> El decreto con fuerza de ley N° 101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1980, señala en su artículo 1°: ***La Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, en adelante la Superintendencia, es una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por intermedio de la Subsecretaría de Previsión Social.***

soluciones diferentes al problema de la fusión de una Administradora de Pensiones con una empresa de giro diverso, específicamente su controlador.

Tal como se señaló por diferentes invitados, entre otros el Director del Servicio de Impuestos Internos, el Superintendente de Valores y Seguros y el Superintendente de AFPs estas operaciones sin ser habituales no son infrecuentes y por su naturaleza y externalidades deben ser objeto de una normativa más precisa en cuanto a los procedimientos que llevan aparejados para su materialización.

A mayor abundamiento la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 98889 de fecha 16 de diciembre de 2015 señala al respecto que *a fin de precaver como las que se plantean en los presentaciones del rubro, esta Contraloría general se permite sugerir al legislador, un estudio cié reforma normativa, que regule con más precisión los distintos procesos de reestructuración empresarial que involucren la participación de las AFPs.*

Si bien es una sugerencia, resulta importante relevar la importancia de la misma atendido a que la Contraloría General de la República es el ente que, según prescribe el artículo 98 de la Constitución Política de la República, le corresponde, entre otras atribuciones, ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración.

En conclusión, con el fin de contar con un marco regulatorio claro y transparente para todos los entes públicos y privados relacionados con el mercado de las AFPs así como con el objetivo de entregar mayor certeza jurídica a este tipo de operaciones es que resulta imperativo definir una norma que evite que hacia el futro se repitan situaciones como las que dieron origen a esta comisión investigadora.

2. Precisar las atribuciones de la Contraloría General de la República respecto de pronunciamientos referentes al actuar de la superintendencia, específicamente en lo que respecta a la declaración de legalidad de sus resoluciones.

La Contraloría General de la República tiene por mandato constitucional del artículo 98 de la Constitución como una de sus atribuciones la de controlar la legalidad de los actos de la Administración. Esta potestad se ejerce por mandato constitucional mediante el mecanismo de la toma de razón (artículo 99). Además, con fuente meramente legal, se ejerce sólo respecto de los funcionarios públicos por mandato del artículo 6° de la ley N° 10.336. Este último cuerpo legal es la ley orgánica del Ente Contralor.

La ley señala a la Contraloría, sin embargo, dos limitaciones en su propio estatuto orgánico. La primera consiste en que el Contralor no puede dictaminar en asuntos que estén en conocimiento de los tribunales de Justicia o que sean

propiamente litigiosos. Dispone al efecto el mismo artículo 6° 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, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor"*<sup>10</sup>.

Un asunto sometido al conocimiento de los tribunales es aquella causa actualmente en manos de un órgano jurisdiccional, pertenezca o no éste al Poder Judicial, Un asunto de carácter propiamente litigioso es aquel que tiene la aptitud de afectar derechos ya constituidos, o afectar actos jurídicos ya celebrados o perfeccionados de particulares. La Corte ha dicho que es litigioso cuando *"algo está en duda o se disputa"*<sup>11</sup>.

La segunda limitación consiste en que la Contraloría no puede evaluar el mérito o conveniencia de las decisiones administrativas, apreciación que pertenece en primer término a los órganos de la Administración, y en última instancia a los tribunales de justicia, si ello envuelve controversia (art. 76 de la Constitución).

Esta segunda limitación tiene su fuente en el artículo 21 b) de la ley 10.226, que dispone: *"La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas"*. Se ha entendido que esta limitación se aplica a todas las funciones de la Contraloría.

Por último, cabe consignar que la invalidación de un acto administrativo - cuando éste crea derechos para particulares- es por definición de carácter jurisdiccional o litigiosa, dado que envuelve afectación de derechos que ya se han generado por el acto que se hará desaparecer de la vida del derecho. Esto no obsta a la función del Contralor de apreciar la legalidad o ilegalidad del acto, que coexiste con la atribución de los órganos administrativos de apreciar el mérito de una decisión, y de los tribunales de conocer los asuntos propiamente litigiosos.

En síntesis, y teniendo a la vista las dos fuentes citadas de limitación a las funciones de la Contraloría, esta Comisión discrepa de la afirmación de la Contralora General Subrogante de la República en cuanto a que, respecto del control de la legalidad, **"nuestro legislador ha querido evitar distintas interpretaciones que la legislación pueda provocar, dándole a un solo organismo esta función de interpretación de la ley"**. Ello por cuanto si bien el control de la legalidad de los actos

---

<sup>10</sup> Las funciones judiciales que la Ley N° 10.336 son el conocimiento y resolución de los juicios de cuentas. Estos son los conflictos que se suscitan entre particulares y organismos de la Administración, respecto de los cuales los particulares realizaban funciones de administración de sus fondos y presupuestos.

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 6488-2005, de fecha 28 de abril de 2006, considerando 20". Confirmada por la Corte Suprema, en sentencia rol N°-1 2.198-2006, de 19 de junio de 2006.

administrativos pertenece en principio a la Contraloría, por una parte es el órgano administrativo y no el Contralor quién tiene la potestad de apreciar el mérito y conveniencia de sus decisiones, y por otra, la invalidación ha sido atribuida por el artículo 53 de la ley 19.880 en primer término al mismo órgano administrativo que emitió el acto y en segunda instancia a los tribunales de justicia. La invalidación es, en este sentido, un asunto propiamente litigioso cuando afecta actos creadores de derechos, quedando excluida la potestad contralora de esta actuación.

A fin de dar claridad, tanto al Ente Fiscalizador como a los fiscalizados y de determinar el alcance de las normas de derecho público que rigen a unos y otros es necesario realizar un cambio normativo que permita delimitar las atribuciones que posee la Contraloría General de la República respecto de instituciones públicas de carácter autónomo, con el objetivo de evitar superposiciones en materia de interpretación de la legalidad de los actos de dichos organismos y mantener el principio de certidumbre jurídica.

\*\*\*\*\*

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 levanta la sesión a las 15:25 horas.**

**Hernán Almendras Carrasco**  
**Abogado Secretario de la Comisión**