



Contraloría General de la República División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen	058769N16		
Estado	Reactivado	Nuevo	karácteriNNN
NumDict	58769	Fecha emisión	¹¹⁰ 9.08.2016
Orígenes	DPA		

Referencias

Decretos y/o Resoluciones

Abogados

Destinatarios

Director de Previsión de Carabineros de Chile

Texto

La Dirección de Previsión de Carabineros de Chile deberá iniciar proceso invalidatorio respecto de actos administrativos que se indican.

!Acción

Fuentes Legales

Ley 19195 art/1, ley 19195 art/2, ley 18675 art/9 inc/1,
ley 19200 art/6, DL 249/73 art/1, DL 3501/80 art/5,
ley 19880 art/53 inc/1, POL art/6, POL art/7, ley 18575 art/2,
ley 20559, ley 19880 art/32

Descriptorios

Actos administrativos, invalidación, DIPRECA, pensiones gendarmería

Texto completo

ir **58.769 Fecha: 09-VIII-2016**

Mediante los oficios N°s 29.422, 30.136, 30.351, 30.474 y 31.186, todos de 2016 -ratificados por el dictamen N°42.701, de la misma anualidad-, esta Contraloría General representó los actos administrativos a que aluden cada uno de esos documentos, que concedían pensión de retiro a funcionarios de Gendarmería de Chile, debido a que el cálculo de esos beneficios se realizó sin considerar el límite de impondibilidad de sesenta unidades de fomento de las remuneraciones, establecido en el artículo 5° del decreto ley N° 3.501, de 1980.

Sobre el particular, debe recordarse que el citado dictamen N° 42.701, determinó que los oficios de representación aludidos se limitaron a aplicar la normativa legal vigente, no siendo jurídicamente admisible acceder a su reconsideración, por los motivos que en ese documento se precisan.

En tal sentido, cabe hacer presente que el artículo 1° de la ley N° 19.195, sujetó al personal de Gendarmería de Chile que consigna, al régimen previsional y de término de carrera que rige para los funcionarios de Carabineros de Chile, agregando su artículo 2°, que en dicho supuesto, sus remuneraciones y bonificaciones serán impondibles, con las excepciones contempladas en el inciso primero, del artículo 9° de la ley N° 18.675.

Luego, es menester anotar que si bien el referido personal quedó sujeto al

régimen previsional de Carabineros de Chile, en materia remuneratoria continúan afectos al decreto ley N° 249, de 1973, que fija la Escala Única de Sueldos, con las implicancias que ello conlleva.

Enseguida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la ley N° 19.200, en relación con el artículo 9° de la ley N° 18.675, las remuneraciones y bonificaciones de los trabajadores de las entidades regidas por el artículo 1° del decreto ley N° 249, de 1973, afectos, en lo que interesa, a la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (DIPRECA), con las excepciones consignadas, estarán sujetas al límite de impondibilidad de sesenta unidades de fomento establecido en el artículo 5° del decreto ley N° 3.501, de 1980.

Así, se colige, por una parte, que los funcionarios de Gendarmería de Chile no se rigen por el estatuto del personal de Carabineros de Chile en la materia en estudio, y por otra, dado que la ley N° 19.195 no contiene una regla especial relativa al sistema impositivo de tales servidores, dada su sujeción a la Escala Única de Sueldos, debe entenderse que se aplica a su respecto la anotada regla general, quedando entonces afectos al límite de impondibilidad preceptuado en el aludido artículo 5° del decreto ley N° 3.501.

De este modo, es posible concluir que las resoluciones de la DIPRECA que concedieron pensiones de retiro a funcionarios de Gendarmería de Chile, sin considerar para el cálculo de ese beneficio el referido límite de impondibilidad, no se ajustaron a derecho.

En dicho contexto, el inciso primero, del 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, prevé que "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".

Ahora bien, de acuerdo con lo informado reiteradamente por esta Contraloría General (dictámenes N°s 46.234, de 2001; 80.286, de 2012; 74.850, de 2013; y 33.010, de 2015, entre otros) en virtud de lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la ley N° 18.575, que consagran el principio de juridicidad, en relación con el artículo 53 de la citada ley N° 19.880, una vez que la autoridad, de oficio o a petición de parte, constate la existencia de un vicio en la dictación de un acto administrativo, se encuentra en el imperativo de invalidarlo, lo cual debe hacer en los términos

del referido artículo 53, con el propósito de restablecer el orden jurídico quebrantado por una decisión contraria a derecho.

En este sentido, e independientemente que, en virtud del principio de confianza legítima, se ha estimado que los actos administrativos cursados con anterioridad al citado dictamen N° 42.701 no se verán afectados en razón de la vulneración jurídica anotada -esto es, determinación del cálculo de las pensiones de retiro sin considerar el límite señalado-, ello no puede extenderse a otro tipo de irregularidades en el otorgamiento del beneficio de que se trata, pues en tal caso correspondería que la autoridad adoptara la medidas necesarias para restablecer el derecho transgredido, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880.

En tal sentido, del análisis de los antecedentes que forman parte de los expedientes administrativos de las resoluciones que otorgaron pensiones de retiro a diversos funcionarios de Gendarmería de Chile, a contar del 17 de diciembre de 2015, y que fueron cursadas por este Órgano de Control pese a superar el límite de impondibilidad, se aprecian las infracciones que en cada caso se indica:

1. Ema Myriam Olate Berríos.

Mediante resolución N° 347, de 2015, de la DIPRECA, se otorgó pensión de retiro a la exservidora, en circunstancias que conforme se advirtiera en el Informe Final N° 56, de 7 de diciembre de 2012, sobre auditoría efectuada en

la DIPRECA, de este origen, la señora Olate Berríos, entre otros funcionarios, no cumplía con los requisitos para ser imponente de esa Caja Previsional, instruyéndose al efecto que aquella debía remitir las erogaciones recibidas de Gendarmería de Chile de esa servidora a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) que la Superintendencia de Pensiones señalase.

Luego, en el correspondiente Informe de Seguimiento, de 7 de octubre de 2014, se dejó constancia que la objeción antes referida no había sido corregida, en la medida que Gendarmería de Chile no dio respuesta a las solicitudes de la DIPRECA respecto de la AFP a la cual estaba adscrita la funcionaria y en lo tocante a abstenerse de remitir las erogaciones de esta última.

Más aun, cabe anotar que en su oficio N° 9.346, de 2012, dirigido a Gendarmería de Chile, la DIPRECA expresó que: "1. Con fecha 01 de octubre de 2012, se procedió a desvincular de este sistema provisional a los siguientes funcionarios de Genchi, por las razones que se señalan: c. Señora Ema Olate Berríos, toda vez que se encuentra erogando imposiciones en esta institución desde octubre de 2010, fecha desde la cual ostenta un cargo de contrata destinada a la Dirección Nacional, no cumpliendo así con ninguno de los requisitos exigidos por la ley 19.195".

En efecto, de los antecedentes tenidos a la vista consta que tras la renuncia al cargo de Subdirectora Técnica, grado 3 de la E.U.S., de la I Planta de Oficiales Penitenciarios de Gendarmería de Chile, a contar del 5 de abril de 2010, la señora Olate Berríos se desempeñó, en calidad de contrata, como profesional asimilada a grado 6 de la E.U.S., hasta el 10 de abril de 2014.

La última designación anotada, dada su naturaleza esencialmente transitoria, pugna con el requisito establecido en el inciso segundo, del artículo 1° de la ley N° 19.195, que exige para efectos de quedar sujeto al régimen previsional de Carabineros de Chile, respecto de las plantas que señala, ser destinado en forma permanente a prestar servicios dentro de una unidad penal (aplica dictámenes N°s 18.752, de 1996 y 9.901, de 2013).

De este modo, no obstante haber sido advertida por esta Contraloría General, mediante su Informe Final N° 56, de 2012, y su Informe de Seguimiento de 2014, y pese a que la propia DIPRECA, en su oficio N° 9.346, de 2012, manifestó haber desvinculado a la exfuncionaria del sistema previsional de que se trata, igualmente esa repartición procedió, con infracción a la normativa vigente, a emitir la resolución N° 347, de 2015, otorgándole a **aquella** la pertinente pensión de retiro.

Aclarado lo expuesto en relación con la exfuncionaria, es útil tener presente que si bien Gendarmería de Chile posee determinadas atribuciones para nombrar a su personal, ello no significa que en el ejercicio de tales potestades pueda actuar arbitrariamente o de un modo que, en definitiva, signifique una desviación de poder y una infracción al deber de probidad, ya que ello no se condice con los principios básicos de un Estado de Derecho, criterio que es coincidente con el que se ha sustentado por la jurisprudencia de esta Entidad, Fiscalizadora, entre otros, a través de sus dictámenes N°s. 3.837, de 2001, 21.964 y 72.596, ambos de 2010, y 19.807, de 2011.

Siendo ello así, cuando la ley otorga a ese organismo la facultad de destinar a sus funcionarios en forma permanente a una unidad penal, adscribiendo a esos empleados a un determinado régimen previsional por las razones anotadas, persigue que la superioridad del mismo cuente con la dotación necesaria para administrar adecuadamente el servicio a su cargo, todo lo cual, en último término, debe tener como referente la realización del interés general, y no puede tener como motivación únicamente la de que esos servidores gocen del sistema de pensiones de DIPRECA, menos cuando éstos no trabajen -en los hechos- en un recinto penal, pues ello implicaría el uso de sus potestades con un fin diverso del que buscaba el legislador al concedérsela.

En relación con lo anterior, es menester recordar que mediante dictamen N°

83.221, de 2014, se ordenó a la DIPRECA dar aplicación a la doctrina contenida, entre otros, en los dictámenes N's. 44.037, de 2010, 19.807, de 2011, 6.733 y 29.957, ambos de 2012, y 65.932, de 2013, de este Organismo Fiscalizador, la que estableció, en síntesis, que no procede incorporar al régimen previsional y de término de la carrera aludido en el primer inciso, del artículo 1° de la ley N° 19.195, al personal penitenciario que presta servicios transitorios en una unidad penal, puesto que esos funcionarios no reúnen los requisitos copulativos que establece dicho precepto para adscribirse al mencionado sistema institucional de pensiones.

Añade ese pronunciamiento, en todo caso, que el criterio contenido en el citado dictamen N° 65.932, de 2013 -que precisó que es posible conservar la adscripción a la DIPRECA cuando se ha cotizado erróneamente por un periodo superior a cinco años- sólo puede amparar las situaciones consolidadas con anterioridad a la vigencia del dictamen N° 19.807, de 31 de marzo de 2011. Ello, dado que a partir de esa data, quienes se mantenían adscritos a dicha entidad con un nombramiento transitorio, ya no se encontraban afiliados de buena fe a la misma.

Ahora bien, en el caso en análisis y de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista, respecto de la señora Olate Berríos no se advierte que esta última satisfaga las exigencias previstas en la jurisprudencia administrativa antes reseñada, para efectos de beneficiarse del criterio expuesto en aquella y a conservar así su adscripción a la DIPRECA, lo que, por lo demás, se ve ratificado por la circunstancia que, según se indicara, esta Contraloría General, mediante su Informe Final N° 56, de 2012, y su Informe de Seguimiento de 2014, advirtiera que la exfuncionaria no cumplía con los requisitos para ser imponente de esa Caja Previsional.

Finalmente, en lo tocante a las remuneraciones percibidas por la señora Olate Berríos durante el año 2015, y que sirvieron de cálculo a la pensión de retiro otorgada, se advierte el pago indebido de la bonificación compensatoria de la asignación de modernización, toda vez que la funcionaria, descontando las cuotas correspondientes a la asignación de modernización, percibía remuneraciones por sobre el tope imponible.

2. Oscar Ernesto Garcés Cid.

A través de resolución N° 15, de 2016, la DIPRECA otorgó al señor Garcés Cid pensión de retiro, sin embargo, del análisis de las liquidaciones de remuneraciones y de la relación de servicios de ese exservidor, se aprecia que este último fue designado, en calidad de suplente, a contar del 1 de octubre de 2014, por resolución exenta N° 9.857, de esa anualidad y de Gendarmería de Chile, en el cargo de profesional grado 6 de la E.U.S., para desempeñarse en la Oficina de Gabinete del Director Nacional de ese servicio, repartición en la que se mantuvo hasta el 17 de febrero de 2015, data a partir de la cual fue destinado al Centro de Detención Preventiva de Chaitén, en la Provincia de Palena, de la Región de Los Lagos.

Lo anterior, supuso que el referido exfuncionario -dos meses y medio antes de su llamado retiro-, percibiera la bonificación de zona extrema respectiva, lo cual derivó en un aumento de la base de cálculo de su pensión de retiro.

En relación con lo expuesto, y como ya se indicara en los acápites anteriores, debe recordarse que la facultad conferida por el ordenamiento jurídico a la superioridad de Gendarmería de Chile para destinar a sus funcionarios, persigue que aquella cuente con la dotación necesaria para administrar adecuadamente el servicio a su cargo, pero teniendo siempre presente la realización del interés general, y no puede tener como motivación únicamente el incremento de las rentas de un determinado funcionario, para incidir de ese modo en la base de cálculo de su pensión de retiro, en tanto ello conllevaría una desviación de poder y una infracción al deber de probidad.

Finalmente, en lo concerniente a las remuneraciones percibidas por el señor Garcés Cid durante el año 2015, y sin perjuicio de lo dicho a propósito del

cálculo de la pensión respectiva, se aprecia lo siguiente:

- Error en el pago de la asignación de modernización en el mes de junio de 2015, toda vez que, atendido que su retiro se produjo a contar del 1 de mayo de esa anualidad, solo le correspondía la cuota devengada en el mes de abril y no la de todo el trimestre, como erróneamente se le enteró.
- Error en el pago de la asignación especial de zonas extremas, dado que los montos enterados se actualizaron el año 2012, en circunstancias que de acuerdo a la ley N° 20.559, ese año no procedía reajuste.
- Además, en el mes de abril de 2015 solo le correspondía pagar la cuota de la asignación de zonas extremas de ese mes, en cambio se le enteró el trimestre completo.
- Pago indebido de la bonificación compensatoria de la asignación de modernización y de la bonificación compensatoria de la asignación de zonas extremas durante todo el año 2015, sin embargo, no era procedente el entero de estos estipendios, dado que el funcionario, descontando las cuotas correspondiente a la asignación de modernización y de zona extrema, percibía remuneraciones por sobre el tope imponible.
- Pago indebido de la asignación de zona en los meses de mayo, junio, julio y agosto, todos de 2015, en la medida que cesó a contar del 1 de mayo de 2015.

3. Edita Ana Cortés Cortés.

Mediante resolución N° 11, de 2016, de la DIPRECA, se otorgó pensión de retiro a la exfuncionaria, advirtiéndose que en la base de cálculo de aquella se incluyó la asignación de funciones críticas, la que le fue otorgada a partir del 1 de julio de 2015 y pagada hasta el mes de noviembre de esa anualidad, en circunstancias que su desvinculación se produjo a partir del 1 de agosto del mismo año, es decir, un mes después de concedido el referido beneficio.

Tal como se indicara en acápites anteriores, lo precedentemente expuesto, en tanto significó una alteración de la base de cálculo de la pensión de retiro, que carece de la debida justificación, podría constituir una desviación de poder y una transgresión al principio de probidad administrativa, en particular si se tiene en cuenta que no se advierten las razones en cuya virtud se concede la *asignación de funciones críticas a una servidora que hará dejación de su cargo un mes después de otorgado tal beneficio.

Además, es necesario advertir que la resolución exenta N°6.927, de 2015, que otorga la asignación de funciones críticas a la señora Cortés Cortés, no describe las labores calificadas como críticas sino que simplemente se limita a indicar el cargo en el que se desempeña la servidora; por lo que, además, dicho acto administrativo carece de fundamento. Lo anterior, impide determinar si la función es relevante o estratégica para la gestión de la institución y su incidencia en los productos o servicios que ésta debe proporcionar, según lo ordena el artículo septuagésimo tercero de la ley N° 19.882, que regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica.

Finalmente, en lo concerniente a las remuneraciones percibidas por la señora Cortés Cortés durante el año 2015, y que sirvieron de cálculo a la pensión de retiro otorgada, se advierte el pago indebido de la bonificación compensatoria de la asignación de modernización, toda vez que la funcionaria, descontando las cuotas correspondientes a la asignación de modernización, percibía remuneraciones por sobre el tope imponible.

4. Víctor Alfonso Pereira Acevedo, Juan Carlos Estay Vergara, Nelson Robinson Villarroel Román, Gladys Eliana Ramírez Pezoa, Jenny del Carmen Soto Cruz, Hernán Eduardo Molina Torres, Ingrid Carolina Fuchser Oportus y Hernán Alberto Ayala Rivera.

Por resoluciones N's 2, 10, 12, 13, 14, 16, 18 y 39, todas de 2016 y de la DIPRECA, se otorgaron pensiones de retiro a los señores Pereira Acevedo, Estay Vergara, Villarroel Román, Ramírez Pezoa, Soto Cruz, Molina Torres, Fuchser Oportus y Ayala Rivera, en relación con lo cual cabe manifestar que, en lo tocante a las remuneraciones percibidas durante el año 2015, se advierte el pago indebido a esos ex servidores de la bonificación compensatoria de la asignación de modernización, toda vez que aquellos, descontando las cuotas correspondientes a la asignación de modernización, percibían remuneraciones por sobre el tope imponible.

En conclusión, en lo tocante a las resoluciones que otorgaron pensiones de retiro a los exfuncionarios Ema Myriam Olate Berríos, Oscar Ernesto Garcés Cid, Edita Ana Cortés Cortés, Víctor Alfonso Pereira Acevedo, Juan Carlos Estay Vergara, Nelson Robinson Villarroel Román, Gladys Eliana Ramírez Pezoa, Jenny del Carmen Soto Cruz, Hernán Eduardo Molina Torres, Ingrid Carolina Fuchser Oportus y Hernán Alberto Ayala Rivera, resulta necesario que la DIPRECA, en el ejercicio de la potestad contenida en el artículo 53 de la ley N° 19.880, inicie el respectivo procedimiento de invalidación, otorgue audiencia o traslado a los interesados y, con el mérito de los elementos de juicio que reúna en el expediente respectivo y aquellos que ya han sido aportados en el presente oficio, resuelva lo que en Derecho corresponda, debiendo informar a esta Contraloría General el inicio del procedimiento de

- invalidación, dentro del término de 15 días hábiles a contar de la recepción de este documento, acompañando copia del acto que disponga la iniciación y, una vez concluido, remita copia del acto terminal del mismo.

Asimismo, la DIPRECA deberá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para efectos de resguardar adecuadamente el patrimonio fiscal y asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer en el procedimiento invalidatorio de la especie, conforme a lo ordenado en el artículo 32 del aludido cuerpo normativo, debiendo informar acerca de las mismas en el plazo concedido en el párrafo anterior.

Finalmente, y en relación con otros actos administrativos que hubieren concedido pensiones de retiro por sobre el límite de imponibilidad, en una data anterior al 17 de diciembre de 2015, la DIPRECA deberá iniciar un análisis de los expedientes administrativos respectivos, para determinar la posible existencia de irregularidades como las anotadas u otras, que pudieren afectar el derecho a percibir ese beneficio o su base de cálculo.

Transcríbese al Ministerio del Trabajo y Previsión Social, al Ministerio de Justicia y a Gendarmería de Chile.

Saluda atentamente a Ud.

Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República