



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DEPARTAMENTO DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

ÁREA DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

DIVISIÓN JURÍDICA

AGS
DIC

**REPRESENTA RESOLUCIÓN N°
57, DE 2017, DE LA DIRECCIÓN DE
PREVISIÓN DE CARABINEROS DE
CHILE, QUE PONE TÉRMINO A
PROCESO INVALIDATORIO QUE
INDICA.**

SANTIAGO, 08. MAR 2017. 007778

Esta Contraloría General no ha dado curso al documento singularizado en el epígrafe, mediante el cual se afina el proceso de invalidación de la resolución N° 347, de 2015, de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile -DIPRECA-, a través de la cual se concedió pensión de retiro a doña Ema Myriam Olate Berríos, exfuncionaria de Gendarmería de Chile, en relación con lo instruido por esta Entidad Fiscalizadora en sus oficios N°s 58.769, de 2016 y 4.750, de 2017.

Al respecto, cabe recordar que el mencionado oficio N° 58.769, expresó, en lo que interesa, que conforme a lo establecido en el dictamen N° 42.701 de 2016, las resoluciones que han otorgado pensiones de retiro a funcionarios de Gendarmería de Chile, sin aplicar el límite de impondibilidad de sesenta unidades de fomento, previsto en el artículo 5° del decreto ley N° 3.501, de 1980, no se ajustaban a derecho, añadiendo que la señora Olate Berríos no cumplía los requisitos para ser imponente de DIPRECA, según los argumentos allí esgrimidos.

En primer término, DIPRECA sostiene que la incorporación de la interesada a esa entidad previsional se encuentra ajustada a derecho pues, ni en el Informe de Auditoría N° 56 de 2012, de este origen, ni en el respectivo Informe de Seguimiento, emitido el año 2014, se objetó esa afiliación.

En este sentido, se indica que la desvinculación de dicho sistema se debió a una decisión unilateral de DIPRECA, de manera que, en su concepto, este Ente Contralor habría reconocido la legalidad de su adscripción a ese sistema.

Acto seguido, el servicio expresa que, aun cuando en el referido informe de seguimiento se indica que esa exservidora fue dada de baja del sistema a contar del 1 de diciembre de 2012, ante

**AL SEÑOR
DIRECTOR DE PREVISIÓN DE CARABINEROS DE CHILE
PRESENTE**

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DEPARTAMENTO DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

ÁREA DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

DIVISIÓN JURÍDICA

2

solicitudes de Gendarmería de Chile para su reingreso y luego de una nueva evaluación jurídica de su situación previsional, se estableció su reincorporación al referido sistema, a contar de octubre de 2014, en el ejercicio de sus atribuciones, reconocidas en el dictamen N° 77.457 de 2012, de este origen.

En cuanto a esas argumentaciones, es preciso consignar que si bien inicialmente no se aludió a la afectada en el anexo N° 1, del aludido Informe de Auditoría, en base a la información proporcionada por DIPRECA, en el Informe de Seguimiento de 2014, de esta procedencia, se dejó constancia expresa de la circunstancia que la exservidora en comento fue desvinculada de ese régimen, en atención a su situación funcionaria. Por ello, no se plasma una observación al respecto, que DIPRECA debiera subsanar, lo que debe entenderse como una constatación del correcto proceder del Servicio en ese caso particular.

En atención a lo anterior, no puede sostenerse que a través de los mencionados informes este Ente Contralor haya reconocido la legalidad de la adscripción de la afectada a la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, como se esgrime en la parte considerativa del acto administrativo en estudio, habiéndose validado su desvinculación del sistema previsional de esta última, que era lo que procedía.

En ese sentido, es preciso indicar que al cesar la señora Olate Berríos en el cargo de Subdirectora Técnica de la I Planta de Oficiales Penitenciarios de Gendarmería de Chile, por aceptación de renuncia, pasó a servir un empleo a contrata, dejando de cumplir, a partir de ese momento, el requisito esencial para tener la calidad de imponente de DIPRECA, en cuanto a pertenecer a la aludida planta, en concordancia con lo sostenido en los dictámenes N°s 19.807 de 2011, 6.733 de 2012 y 83.221 de 2014, de este origen. De este modo, su baja de dicho sistema se ajustó a derecho, por lo que su posterior reingreso a este carece de sustento jurídico.

Asimismo, debe hacerse presente que, de acuerdo con la jurisprudencia de este origen -contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 63.296, de 2011, 11.825, de 2012 y 68.093, de 2013- la dimisión voluntaria de un funcionario involucra el término de los derechos, así como de las obligaciones y beneficios de que gozaba con ocasión de su empleo.

Sentado esto, y en cuanto a la pretensión de DIPRECA, en orden a aplicar al presente caso el criterio jurisprudencial contenido, entre otros, en el dictamen N° 29.957, de 2012, que reconoce la consolidación de la situación previsional de determinado personal de Gendarmería de Chile, autorizando su permanencia en el sistema previsional a su cargo, es dable recordar que el dictamen N° 65.932, de 2013, permitió conservar la adscripción a DIPRECA de los funcionarios suplentes a quienes se enteraron erróneamente sus cotizaciones previsionales en esta,

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DEPARTAMENTO DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

ÁREA DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

DIVISIÓN JURÍDICA

3

siempre y cuando dicha situación se hubiera mantenido por un período superior a cinco años.

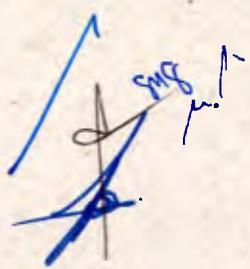
Posteriormente, a través del dictamen N° 83.221, de 2014, se estableció que dicho criterio, solo puede amparar las situaciones consolidadas con anterioridad a la vigencia del dictamen N° 19.807, de 31 de marzo de 2011, que determinó que los nombramientos en calidad de suplente en recintos penitenciarios no permitían satisfacer el requisito previsto en el artículo 1° de la aludida ley N° 19.195, atendido el carácter eminentemente transitorio de esas destinaciones. Ello dado que, a partir de esa data, quienes se mantenían adscritos a DIPRECA con un nombramiento de ese tipo, ya no se encontraban afiliados de buena fe a esa entidad.

En tal contexto, es menester señalar que si bien a partir de su nombramiento -1 de abril de 2006-, en el cargo de Subdirectora Técnica, perteneciente a la I Planta de Vigilantes Penitenciarios de Gendarmería de Chile, a la señora Olate Berrios le asistió el derecho a adscribirse al sistema previsional de DIPRECA, con el cese en esa plaza, a contar de la aceptación de su renuncia voluntaria y su designación en un empleo a contrata, perdió esa prerrogativa. Así, la decisión inicial adoptada por esa Dirección de desafiliarla se ajustó a la legalidad y, por el contrario, la determinación adoptada posteriormente, en el año 2014, de readmitirla, no se ajustó a derecho.

De este modo, en el caso de la anotada exfuncionaria, no es aplicable la citada jurisprudencia administrativa de la consolidación de la afiliación previsional, por cuanto, como se ha indicado, dicho criterio ha sido establecido únicamente a favor de quienes se encuentran en la hipótesis a que se refiere dicha doctrina, cuyo no es el caso. No obstante, cumple señalar que, aun cuando aquella le resultase aplicable, a la data de emisión del aludido dictamen N° 19.807, esto es, al 31 de marzo de 2011, la ex servidora no tenía 5 años como imponente de ese sistema previsional, de manera que no habría reunido los requisitos para quedar amparada por la mencionada presunción de buena fe.

A mayor abundamiento, y sobre la mención realizada en el acto administrativo en análisis, respecto del dictamen N° 85.801 de 2013, es pertinente puntualizar que el criterio expuesto en dicho pronunciamiento jurídico fue reconsiderado a través del dictamen N° 3.443 de 2017, en el cual se establece que "los antecedentes que se tuvieron en consideración al emitir tal razonamiento no son causa suficiente para que este Órgano Fiscalizador continúe amparando situaciones contrarias a derecho, pues es la ley -cuya ignorancia no se puede alegar-, la que determina el régimen en el que debe cotizar cada servidor".

Ahora bien, y en cuanto a las disposiciones que se citan a vía de ejemplo en el documento en examen,



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DEPARTAMENTO DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

ÁREA DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

DIVISIÓN JURÍDICA

4

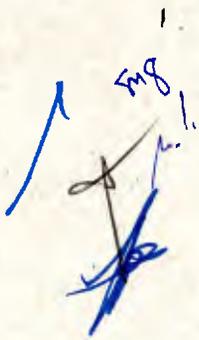
contempladas en diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, a fin de justificar en la especie la consolidación previsional, corresponde puntualizar que en ningún caso lo ordenado por esta Contraloría General, puede ser catalogado como una infracción a los principios consagrados en dichas normas, por cuanto la materialización de dicha instrucción tiene como efecto el traspaso de cotizaciones de la persona de que se trata, entre diversos sistemas previsionales y, en ningún caso, privarla de su derecho a cobertura en materia de seguridad social.

Luego, y en relación a lo anotado en los considerandos 38 y siguientes de la resolución en comento, en cuanto a la "presunción de legalidad" y el "principio de conservación de los actos administrativos", cabe advertir, en primer término, que la toma de razón constituye una mera presunción de legalidad de los actos administrativos de que se trate, y no impide que esta Entidad Fiscalizadora modifique su criterio si, con posterioridad, se comprueba que los mismos se emitieron con defectos de juridicidad, o fundados en antecedentes no ponderados correctamente en su oportunidad o en supuestos irregulares, tal como ha ocurrido en el caso de la especie, correspondiendo que la autoridad que los dictó los deje sin efecto, a fin de subsanar los vicios que inciden en su legalidad (aplica criterio contenido en dictámenes N^{os} 32.507, de 2006 y 24.417, de 2007, de esta procedencia).

En seguida, no es posible dar aplicación en la especie al principio de "conservación de los actos administrativos" a que alude esa Dirección, por cuanto este dice relación con defectos meramente formales o de menor entidad de que adolecieron determinados actos administrativos, pero que no afectaron lo esencial de esos instrumentos, lo que difiere en forma notoria del presente caso, en el que no concurren defectos meramente formales, pues han incidido en un aspecto esencial, como es el régimen previsional al cual dicha persona debe incorporarse.

Además, no es posible admitir el argumento de DIPRECA en cuanto a que se trata de una ilegalidad de menor entidad, que no ameritaría la invalidación íntegra de la resolución que le concedió pensión de retiro, por cuanto, como se ha mencionado previamente, y al contrario de lo que sostiene ese servicio, la adscripción de la señora Olate Berríos al sistema previsional a su cargo no se ajustó a la legalidad vigente, de manera que no es posible otra alternativa que proceder a dejar sin efecto en forma íntegra, la resolución N^o 347 de 2015, de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.

Por lo demás, es útil mencionar que esta Contraloría General, al emitir un dictamen, ejerce las facultades y desempeña las funciones que le corresponden de acuerdo con los artículos 98 de la Constitución Política de la República, y 1^o, 5^o, 6^o y 9^o de la ley N^o 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, cumpliendo con su



Handwritten signature and initials in blue ink, including the letters 'FMG' and a large 'X' mark.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

DEPARTAMENTO DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

ÁREA DE PREVISIÓN SOCIAL Y PERSONAL

DIVISIÓN JURÍDICA

5

obligación de velar por el irrestricto respeto al ordenamiento jurídico por parte de los organismos sujetos a su fiscalización.

Ahora bien, conforme a los señalados artículos 9° y 19 de la ley N° 10.336, tales dictámenes son obligatorios para los órganos de la Administración sometidos a la fiscalización de este Ente de Control, de modo que su inobservancia importa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores públicos involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa (aplica dictamen N° 26.768, de 2016, de esta procedencia).

De esta manera, corresponde que la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile adopte, a la brevedad, todas las medidas que resulten conducentes para dar cabal cumplimiento a lo señalado en el citado dictamen N° 58.769 de 2016, procediendo, en consecuencia, a la desafiliación previsional de la señora Olate Berríos, traspasando las erogaciones recibidas de Gendarmería de Chile de esa exservidora a la administradora de fondos de pensiones correspondiente.

Cabe reiterar que la DIPRECA debe, además, adoptar las medidas provisionales pertinentes con el objeto de resguardar el patrimonio fiscal y la eficacia del procedimiento invalidatorio, según se ordenó en la parte final del oficio N° 58.769, de 2016, de este origen.

Finalmente, es del caso mencionar que se ha omitido incluir en las órdenes de tramitación del instrumento en estudio, la fórmula "tómese razón".

En consecuencia, se devuelve sin tramitar el acto administrativo del rubro.

Saluda atentamente a Ud.


JORGE BERMUDEZ SOTO
Contralor General de la República

