

Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete.

Proveyendo al escrito folio 321136: a los autos.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos Rol Ingreso Corte N° 19.580-2017 el señor Héctor Campos Maldonado abogado, con domicilio en calle Agustinas N°1022 oficina 728, Santiago, en representación de don **Juan Carlos Estay Vergara**, asistente social, domiciliado en Pasaje Ninculan N° 213, Villa Puerta del Sol, Puerto Montt, deduce recurso de protección en contra de don Jorge Bermúdez Soto, en su calidad de Contralor General de la República, (CGR), ambos domiciliados en Teatinos N°56 de Santiago, por el acto arbitrario e ilegal consistente en el Oficio N°7777/2017 de 08 de marzo de 2017, mediante la cual ordenó a la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (DIPRECA), dejar sin efecto los actos administrativos, que indica, y reabrir un proceso de invalidación acabado, a fin de dar íntegro cumplimiento a lo instruido por Oficio N° 58.769 de 2016, disponiendo la invalidación parcial de las resoluciones que otorgaron determinadas pensiones, con vulneración de las garantías constitucionales consagradas en los números 1, 3 y 24 de la Constitución Política de la República.

Indica que su representado perteneció a la planta de profesionales de Gendarmería de Chile (GENCHI) y por resolución N° 10 de 21 de enero de 2016 se le concedió la pensión de retiro, respecto de la cual se tomó razón el 29 de enero del año 2016. Agrega que por Oficio N° 58.769 de 09 de agosto de ese año, la CGR ofició a DIPRECA a fin de que iniciara un proceso de invalidación de su pensión de retiro, sólo respecto de las remuneraciones percibidas durante el año 2015, donde se advertía un pago erróneo en la



asignación de modernización. Dicha institución previsional a través de la resolución exenta N° 352 no hizo lugar a la invalidación de la resolución que le concedió la pensión del señor Estay. A pesar de ello, la CGR, por Oficio N° **7777/2017** de 08 de marzo último – acto impugnado por esta vía– señaló que lo procedente era dejar sin efecto los actos administrativos que indica, para dar íntegro cumplimiento al Oficio N° 58.769 de 2016, disponiendo la invalidación parcial de las resoluciones que otorgaron pensiones a determinados funcionarios, entre las cuales se encuentra el actor.

Estima la recurrente que la ilegalidad y arbitrariedad del acto – **oficio N° 7777/2017** – está dada por incompetencia de la CGR; por haber incurrido en desviación de poder vulnerando el límite de la potestad invalidatoria y la teoría de los actos propios; infringir los principios de la confianza legítima. seguridad jurídica y presunción de legalidad.

Solicita que se deje sin efecto el Oficio N° 7777/2017 de 08 de marzo de 2017, ordenar a DIPRECA abstenerse de iniciar un nuevo proceso invalidatorio y, en consecuencia, se siga pagando su pensión conforme esta decretado en el acto administrativo correspondiente, con costas.

Segundo: Que posteriormente se acumuló a estos autos el Ingreso Corte N° 26.508-2017, interpuesto en favor del recurrente **Juan Carlos Estay Vergara**, esta vez en contra de don Jaime Gatica Barros, en su calidad de director de la DIPRECA, institución previsional que dictó **la Resolución Exenta N° 879 de 17 de marzo de 2017**, por la que se dejó sin efecto la Resolución Exenta N° 352 reabriendo el proceso de invalidación de las resoluciones N°2, 10, 12, 13, 14, 16, 18 y 39 del año 2016, todas de DIPRECA, que



concedieron la pensión de retiro a los funcionarios que indica, entre ellos el recurrente, y aplica la medida provisional de retención inmediata de lo que exceda el límite de las 60 UF de impondibilidad.

Sostiene argumentos similares en torno a la ilegalidad y arbitrariedad, estimando con ello vulneradas las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 números 3 y 24 de la Carta Fundamental y pide que DIPRECA deje sin efecto la suspensión parcial del pago de la pensión de retiro durante la tramitación total y completa del proceso invalidatorio y, en consecuencia, se continúe con el pago de su pensión como está decretado en el acto administrativo correspondiente, con costas.

Tercero: Que en los autos acumulados Rol Corte N° 23.195, don Jorge Lobos Díaz, abogado, con domicilio en calle Huérfanos N° 669 oficina N° 409, Santiago, en representación convencional de doña **Edita Ana Cortes Cortes**, ex funcionaria de Gendarmería de Chile, recurre de protección en contra de don Jorge Bermúdez Soto, Contralor General de la Republica, por el acto arbitrario e ilegal de emitir el Oficio N° **7777/2017** de 8 de marzo de 2017, que ordena a DIPRECA dejar sin efecto la Resolución exenta N° **350** con el fin de reabrir los respectivos procesos de invalidación para dar íntegro cumplimiento a lo instruido en el Oficio N° 58.769 de 2016.

Estima que el acto impugnado, es ilegal y arbitrario, al carecer la CGR de competencia para invalidar un acto administrativo terminal, no sujeto a su control, conculcando con ello las garantías consagradas en el artículo 19 números 2, 3 y 24 de la Constitución. Solicita se deje sin efecto el acto impugnado, oficiando a DIPRECA con el objeto que se le pague su pensión de retiro en los términos establecidos originalmente, con costas.



Cuarto: Que en los autos acumulados Rol Corte N ° 25.975, don Roberto Garrido Matamala, abogado, con domicilio de Avenida La Dehesa 181, oficina 707, Lo Barnechea, en representación de don **Nelson Robinson Villarroel Román**, don **Hernán Alberto Ayala Rivera**, don **Víctor Alfonso Pereira Acevedo** y don **Hernán Eduardo Molina Torres**, interpone recurso de protección en contra de la CGR, en relación al oficio N°7777 y también en contra de DIPRECA, respecto de la Resolución exenta N° 879 de 17 de marzo de 2017, emitida por mandato del referido Oficio 7777/2017 de la CGR, dejó sin efecto la resolución 352, en que no había dado lugar a la invalidación de las pensiones y luego de reabrir un proceso afinado, ordenó la retención del exceso de las 60 UF como medida provisional, vulnerando con ello las garantías constitucionales consagradas en los números 1, 3 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Sostiene, al igual que en las acciones de protección ya indicadas, que dichos actos son ilegales y arbitrarios, por haberse excedido la CGR en sus atribuciones predeterminando la resolución de la autoridad administrativa, arrogándose la potestad invalidatoria; por pasar a llevar principios de confianza legítima, principio de legalidad, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, e irretroactividad de la jurisprudencia administrativa. Solicita que se conmine a las recurridas a tener por finalizados los procedimientos de invalidación de las pensiones de retiro, según la Resolución exenta N° 352, de 27 de enero pasado, que concluye en la improcedencia de invalidar sus pensiones. Asimismo, pide que se oficie a DIPRECA ordenándole que pague la pensión de retiro a la que tienen derecho sus representados sin el límite de imponibilidad, con costas.



Quinto: Que en causa acumulada Rol Corte 27.844-2017, don José Aravena Castillo, abogado, domiciliado en Nueva York 17, oficina 201, Santiago, en representación de don **Oscar Ernesto Garcés Cid**, recurre de protección en contra de la CGR, por haber incurrido en ilegalidad, al evacuar el Oficio N° **7777/2017** de 8 de marzo de 2017, sin tener facultades para ordenar reabrir el proceso de invalidación de la Resolución **351** de DIPRECA, que confirmó su pensión de retiro, y en contra de DIPRECA, por la Resolución exenta N° **878** de 17 de marzo de 2017, que dejó sin efecto la resolución 351, reabrió el proceso de invalidación y suspendió parcialmente el pago de la pensión durante la tramitación de un proceso invalidatorio. Sustenta la ilegalidad en haberse excedido la CGR de sus potestades, arrogarse potestades de las que carece y desconocer el principio conclusivo, y la que afecta a la resolución 878 de DIPRECA, al dar curso a una invalidación parcial de la resolución afinada. Las garantías constitucionales vulneradas con dichas ilegalidades corresponden a las establecidas en el artículo 19 N°s 2, 3 y 24 de la Constitución Política de la República.

Sexto: Que en causa acumulada Ingreso Corte 23.260-2017, don Luis Enrique Parra Véliz, abogado, domiciliado en calle Agustinas 1442 oficina 207-B, Santiago, en representación de doña **Ema Myriam Olate Berríos**, pensionada, ex funcionaria de GENCHI, recurre de protección en contra el acto ilegal de arbitrario de CGR en la dictación del Oficio N° **7778/2017** de 8 de marzo de 2017, que ordena a DIPRECA proceder a la desafiliación previsional de la recurrente, traspasando las erogaciones recibidas por Gendarmería de Chile, a la AFP. Solicita se deje sin efecto el Dictamen 7778 y se



oficie a DIPRECA ordenándole pagar la pensión de retiro en los términos que fue otorgada originalmente.

Los actos indicados son ilegales, por incompetencia del órgano administrativo y las garantías constitucionales vulneradas en su caso, serían las establecidas en el artículo 19 números 2,3 y 24 de la CPR.

Séptimo: Que, informando al tenor de las acciones, **la Contraloría General de la República**, (CGR) pidió su rechazo. En cuanto al oficio N° 7777/2017, expuso que mediante dicho pronunciamiento, no dio curso a las resoluciones de DIPRECA en las que, pese a indicarle que iniciara el proceso de invalidación de los actos administrativos que concedieron pensiones de retiro, incluyendo en la base de cálculo asignaciones irregulares, no las invalidó, sobre la base de la presunción de legalidad, el imperio y la exigibilidad frente a los destinatarios del artículo 3 de la Ley 19.880, y por considerar además que los vicios que las afectan no tiene gravedad suficientes. Argumentó además DIPRECA que de existir un error en las remuneraciones, éste derivaría de los antecedentes proporcionados por GENCHI, por lo que ésta debía determinar esa circunstancia y, solo cuando eso fuera subsanado, haría los recálculos.

La CGR estimó, en el acto que se impugna por esta vía, (Oficio 7777/2017) que las ilegalidades son determinantes en el monto de las pensiones, sin que sea indispensable contar con un nuevo certificado de remuneraciones, porque en el Oficio N° 58769 de CGR, se establecen en forma precisa las infracciones detectadas, por ello, en el oficio 7777/2017 se ordenó reabrir el procedimiento invalidatorio a fin de dar íntegro cumplimiento a lo instruido, es decir, disponer la invalidación parcial de las Resoluciones.



En el Oficio 7778/2017, de la misma fecha, se puntualizó que DIPRECA no puede sostener, para no invalidar la pensión de la reclamante señora Olate, que su adscripción a esa entidad previsional se ajustó a Derecho, siendo que previamente se había objetado esa filiación por CGR, toda vez que, en base a la información proporcionada por esa Dirección, se dejó constancia expresa de la desvinculación de la actora en ese régimen previsional. Precisa que al cesar la reclamante en el cargo de Subdirectora técnica por aceptación de renuncia, pasó a servir un empleo a contrata, dejando de cumplir a partir de ese momento el requisito esencial para imponer en DIPRECA, esto es, pertenecer a la planta, no le es aplicable en este caso la jurisprudencia administrativa de consolidación de la afiliación previsional.

Argumenta la extemporaneidad de los recursos de protección, porque si bien se dirigen contra los oficios N°s 7777/2017 y 7778/2017, lo cierto es que se busca atacar las decisiones que la CGR adoptó en Oficio N° 58.769 de 9 de agosto de 2016.

Afirma asimismo que los Recursos de Protección son improcedentes en cuanto atacan el trámite de toma de razón, facultad exclusiva y excluyente de la CGR, que no puede ser imputada ni suplida mediante la acción de protección.

Sostiene que los oficios impugnados consisten en la intervención de la CGR en el control previo de legalidad de las resoluciones de DIPRECA, en el marco de procesos invalidatorios que debía llevar a cabo, de acuerdo al método de los artículos 98 y 99 de la CPR y artículos 1 y 10 de la Ley 10.336.

También sostiene la improcedencia de la acción de protección para impugnar controversias interpretativas y niega haber incurrido en



arbitrariedad o ilegalidad, sosteniendo que sólo ha cumplido el imperativo legal que recae sobre ella, de velar por el cumplimiento de la ley.

En cuanto a las ilegalidades que se le atribuyen, indica que no advierte cómo los oficios impugnados, N°s 7777/2017 y 7778/2017, corresponderían a invalidaciones de actos invalidatorios, como lo señalan los recurrentes, toda vez que la decisión de no cursar los actos emitidos por DIPRECA, que no invalidaron sus pensiones, se fundamentan en la circunstancia que, por una parte, la señora Olate no reunía las exigencias necesarias para ser imponente de DIPRECA y, por otra, que en la situación de los demás recurrentes, sus pensiones no se ajustaban al tope imponible. Niega haber vulnerado las garantías que indican las recurrentes.

Octavo: Que informando, la Dirección Previsional de Carabineros, (DIPRECA) solicitó igualmente el rechazo del recurso, por extemporáneo, sosteniendo que una vez terminado el procedimiento en sede administrativa (y no antes), acorde al inciso final del artículo 53 de la Ley 19.880, el contribuyente tiene derecho a recurrir a los tribunales, los que procederán en un procedimiento breve y sumario. Explica que el reclamante Juan Carlos Estay Vergara ya había presentado ante la Illtma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt un recurso de protección en el mismo sentido, IC 2238-2016, que fue rechazado por sentencia de 19 de octubre de 2016, confirmada por la Excma. Corte Suprema.

Sostuvo que la acción de protección no es la vía idónea, ya que atendida la complejidad de la materia y que se trata de derechos no indubitados corresponde su conocimiento a un juicio de lato conocimiento. En lo demás, se remite a lo informado por la CGR.



I. En relación a la oportunidad de la acción de protección.

Noveno: Que el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, dispone en su numeral 1°, que la acción se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiera cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria e ilegal que ocasiona la privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la concurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de los mismos.

Décimo: Que las recurridas sostienen que las acciones fueron interpuestas extemporáneamente. Contraloría asevera que, si bien los recursos se dirigen contra los Oficios N°s 7777/2017 y 7778/2017 de marzo de 2017, lo que realmente se pretende impugnar es la decisión que adoptó en el oficio N° 58769 de 9 de agosto de 2016, y por ende, fueron extemporáneas.

DIPRECA, al mismo respecto, agrega que son extemporáneos, por cuanto el inciso final del artículo 53 de la Ley 19.880, establece que el contribuyente tiene derecho a recurrir a los tribunales, una vez terminado el procedimiento en sede administrativa, y no antes.

Undécimo: Que las alegaciones de las recurridas, en cuanto plantean la extemporaneidad de las acciones de protección no pueden prosperar, en primer término, porque del mérito de los antecedentes aparece que el resultado del proceso invalidatorio iniciado a instancias de CGR, en su Oficio 58.769, fue favorable a los intereses de los recurrentes, en tanto que, los actos que les perjudican, y contra los cuales accionan, son precisamente los oficios



Nºs 7777/2017 y 7778/2017 de 8 de marzo de 2017, mediante los cuales la CGR dispuso que DIPRECA debía reabrir los procesos invalidatorios, e invalidar las pensiones de los recurrentes, acorde a lo consignado en el Oficio 58.769, como también las subsecuentes resoluciones emanadas de DIPRECA, que reabrieron el procedimiento invalidatorio y dispusieron medidas cautelares.

En relación a la alegación de DIPRECA, es del caso señalar que la intervención de los tribunales de justicia durante la tramitación de un procedimiento de invalidación de un acto administrativo, vía recurso de protección, no puede ser considerada extemporánea, toda vez que la acción constitucional de protección, tiene por finalidad garantizar los derechos constitucionales, -que en el presente caso se dicen atropellados o vulnerados por actos arbitrarios o ilegales ejecutados por la CGR y DIPRECA, en la tramitación del proceso, finalidad muy distinta de la que se previene en el artículo 53 de la ley 189.880, consistente en conocer y resolver las impugnaciones de los actos invalidatorios definitivos de la administración, -materia que por lo demás, amerita un juicio con discusión y prueba.

En tal estado de cosas y considerando además que los respectivos recursos fueron interpuestos dentro de los 30 días previstos en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo el recurso de protección, contados a partir de la realización del acto reclamado o bien, dentro de los 30 días contados desde que los recurrentes tomaron conocimiento de las resoluciones de DIPRECA, que hacían referencia al Oficio 7777/2017, mediante las cuales la señalada Dirección dispuso la reapertura de los procesos invalidatorios, dejó sin efecto su decisión de no invalidar las pensiones de los recurrentes, y decretó, con fines cautelares,



retenciones parciales de las mismas, se desestiman las alegaciones de extemporalidad de los recursos, levantadas por las recurridas,

II. En cuanto a la procedencia del recurso de protección:

Duodécimo: Que, para que pueda prosperar el recurso de protección que consagra el artículo 20 de la Constitución Política de la República, debe existir un acto u omisión arbitraria o ilegal y que signifique o una “privación”, o una “perturbación”, o una “amenaza” en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos constitucionales asegurados y garantidos por el recurso y, que esa privación, perturbación o amenaza conculque o afecte de modo real, efectivo o inminente el legítimo ejercicio de los derechos que garantiza la Constitución, donde el restablecimiento del imperio del derecho debe serlo en un procedimiento sumario y rápido, sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Decimotercero: Que las recurridas aducen que el asunto de que tratan las acciones intentadas es ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección, por cuanto lo que se pretende es un pronunciamiento acerca de un derecho a obtener una pensión de retiro, o que se les reconozca su derecho sin límite de impondibilidad, materia que no está amparada por el recurso, conforme a lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

Contraloría sostiene además, que su intervención mediante los oficios 7777/2017 y 7778/2017, se llevó a cabo durante el trámite de toma de razón, en el examen preventivo de legalidad y en uso de sus atribuciones privativas, que no pueden ser impugnadas por la vía del recurso de protección.



Décimocuarto: Que de las argumentaciones de los recurrentes, enunciadas en los seis primeros motivos de esta sentencia, se advierte, sin lugar a equívocos, que la materia que se ha traído a conocimiento de esta Corte, no dice relación con los montos de determinadas pensiones ni con el derecho a pensionarse. Lo que se impugna es la manera en que las recurridas intervinieron en el proceso de invalidación de sus pensiones, proceder que las actoras estiman ilegal, arbitrario y afecta el legítimo ejercicio de derechos constitucionales, a su juicio, indubitados, que sí se encuentran protegidos por la acción de protección, en el artículo 20 de la CPR.

En dicho contexto, esta judicatura no puede excusarse de conocer de este asunto a través de este medio cautelar, puesto que, de verificarse la efectividad de la afectación de derechos fundamentales a raíz de una actuación ilegal o arbitraria de la Administración y de la CGR, es la vía más rápida y efectiva de otorgar protección a tales derechos.

En consecuencia, no se hará lugar a la pretensión de las recurridas en cuanto sostienen que la presente materia no puede ser tratada o resuelta a través de este medio cautelar.

III. Hechos no controvertidos:

Décimoquinto: Que los intervinientes son acordes en las siguientes circunstancias de hecho:

a) Por resolución **347** de 1 de diciembre de 2015, tomada razón por la CGR, DIPRECA concedió pensión de retiro a Ema Olate Berríos, por un monto de \$5.241.799.

b) Por resoluciones **números 02, 10, 11, 12, 15, 16 y 39**, de 21 de enero de 2016, tomadas razón por la CGR, DIPRECA concedió



pensión de retiro a los recurrentes: Víctor Alfonso Pereira Acevedo; Juan Carlos Estay Vergara; Edita Ana Cortés Cortés; Nelson Robinson Villarroel Román; Oscar Ernesto Garcés Cid; Hernán Eduardo Molina Torres y. Hernán Alberto Ayala Rivera, todos ex funcionarios de GENCHI.

c) En abril de 2016, durante el trámite de toma de razón de otras resoluciones de DIPRECA que concedían pensiones de retiro a funcionarios de GENCHI, la CGR no les dio curso, fundamentando su disconformidad en que el cálculo de las mismas se realizaba sin consideración al límite de impositividad de las remuneraciones de la Escala Única de Sueldos establecido en el artículo 5° del decreto ley N° 3501 de 1980, en relación con el artículo 6° de la Ley 19.200.

Esto fue un cambio de criterio, porque hasta entonces, en el cálculo de las pensiones de los empleados y oficiales de GENCHI no se consideraba dicho límite.

d) Las asociaciones de empleados y oficiales de GENCHI y también el subsecretario de justicia de la época, pidieron reconsideración, mediante diversas presentaciones a la CGR, argumentando que las pensiones de los funcionarios de Gendarmería se habían calculado de la misma forma, durante 23 años.

e) La CGR, mediante diversos Oficios, no dio lugar a las reiteradas reconsideraciones, hasta que, por **Dictamen 42.701/2016 de 9 de junio de 2016**, del siguiente tenor, dictaminó lo siguiente:

“Se ha dirigido a esta Contraloría General el Director Nacional de Gendarmería de Chile, solicitando la reconsideración de los oficios N°s 29.422, 30.136, 30.351, 30.474 y 31.186, de 2016, de este origen, que representaron los actos administrativos que indica, que concedían pensión de retiro a funcionarios de esa institución, debido



a que el cálculo de esos beneficios se realizó sin considerar el límite de impositibilidad de las remuneraciones establecido en el artículo 5° del decreto ley N° 3.501, de 1980, en atención a los argumentos que expone.

En los mismos términos requieren la revisión del aludido pronunciamiento, el Subsecretario de Justicia, la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios (ANFUP), la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (DIPRECA), el señor Joel González Barraza, Presidente de la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes de Chile y la Asociación Nacional de Oficiales Penitenciarios (ANOP).

Sobre el particular, es útil recordar que el artículo 1° de la ley N° 19.195, publicada el 13 de enero de 1993, 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 impositibles con las excepciones contempladas en el inciso primero del artículo 9° de la ley N° 18.675.

Al respecto, es del caso precisar que, si bien el referido personal quedó sujeto al régimen previsional de Carabineros de Chile, DIPRECA, en materia remuneratoria, continuaron afectos al decreto ley N° 249, de 1973, que fija la Escala Única de Sueldos, con las implicancias que ello conlleva.

Por su parte, cabe anotar que 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 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.

En este contexto, la jurisprudencia de este Organismo Fiscalizador, contenida en su dictamen N° 32.547, de 1995, determinó que la intención del legislador al dictar el artículo 2° de la ley N° 19.195, fue la de asimilar al personal de Gendarmería de Chile adscrito a la DIPRECA, íntegramente al sistema impositivo del artículo 9° de la ley N° 18.675, aplicable a la mayoría de los empleados de la Administración del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas, considerando las limitaciones que establece, por lo que la alusión que aquella norma efectúa al inciso primero de este último precepto legal, debe entenderse como una cita destinada a precisar el tratamiento impositivo que regirá a esos funcionarios en materia de pensiones.

Agrega el referido pronunciamiento que, de las normas mencionadas, se infiere que los servidores de Gendarmería de Chile adscritos a la DIPRECA, no quedan excluidos de la aplicación de las reglas generales sobre impondibilidad contenidas en el antedicho artículo 9° de la ley N° 18.675, más aún si se tiene en cuenta que lo que se pretendió fue no establecer regímenes especiales en estos aspectos, criterio que, posteriormente, fue recogido en el dictamen N° 9.448, de 1998, de este origen.

Sostener una tesis diversa, implicaría lesionar los presupuestos del sistema de reparto, por cuanto al gozar el personal que se examina de plena impondibilidad de sus remuneraciones -al contrario de lo que ocurre con los funcionarios de Carabineros de Chile, cuya impondibilidad es más restringida-, y aportar para pensión en los



mismos porcentajes que éstos según el inciso segundo del artículo 2° de la ley N° 19.195, las jubilaciones que obtengan unos y otros presentan diferencias sustanciales en cuanto a sus montos, dado que en el caso de Carabineros de Chile la base de cálculo de sus pensiones se encuentra limitada por el menor número de estipendios de naturaleza imponible que la componen.

De lo expuesto se desprende, por una parte, que los funcionarios de que se trata no se rigen por el estatuto del personal de Carabineros de Chile en la materia en estudio, no siéndoles aplicables, por ende, los preceptos que se invocan en lo relativo a este punto, y por otra, que como la ley N° 19.195 no contiene una regla especial relativa al sistema impositivo de ese personal, dada su sujeción a la Escala Única de Sueldos, se rigen por la anotada regla general en dicha materia, quedando afectos al límite de imponibilidad preceptuado en el artículo 5° del decreto ley N° 3.501, de 1980, conclusión que se encuentra en armonía con lo resuelto en el dictamen N° 59.391, de 2015, de esta procedencia.

En el mismo orden de consideraciones, debe consignarse que la ley N° 19.195 no excluye la aplicación del límite de imponibilidad de las remuneraciones contenido en la ley N° 19.200, toda vez que este último cuerpo legal resulta aplicable a los funcionarios afectos a la Escala Única de Sueldos, sin que contenga alguna disposición que margine de su ámbito de aplicación al personal de Gendarmería.

Producto de lo anterior, cabe señalar que los oficios de representación aludidos precedentemente se limitaron a aplicar la normativa legal vigente, no siendo jurídicamente admisible acceder a su reconsideración, por los motivos expresados.



Sin perjuicio de lo anterior, y atendido que esta Contraloría General ha dado curso a pensiones y reliquidaciones sin el límite de imponibilidad en referencia, en virtud del principio de confianza legítima su aplicación no afectará a los actos administrativos cursados con anterioridad a la dictación de los oficios cuya reconsideración se solicita, por tratarse de situaciones consolidadas.

Transcríbase al Subsecretario de Justicia, a la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, a la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, al señor Jose González Barraza, Presidente de la Asociación Nacional de Suboficiales y Gendarmes de Chile, y a la Asociación Nacional de Oficiales Penitenciarios. Saluda atentamente a Ud. Jorge Bermúdez Soto. Contralor General de la República”.

f) Posteriormente y por Oficio N° 58.769/2016, de 9 de agosto de 2016, Contraloría dictaminó lo siguiente:

“Mediante los oficios N°s 29.422, 30.136, 30.351, 30.474 y 31.186, todos de 2016 -ratificados por el dictamen N° 42.701/2016, 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 imponibilidad 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 imponibles, 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 imponibilidad 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, constata 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 imponibilidad, 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



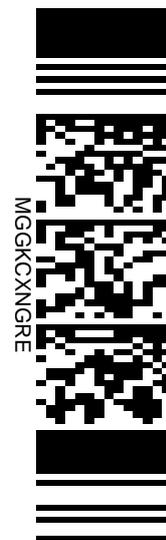
respuesta a las solicitudes de la DIPRECA respecto de la AFP a la cual estaba adscrita la funcionaria y en lo tocante a abstenerse de remitir las erogaciones de esta última.

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 previsional 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 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 acápite 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". Saluda atentamente a Ud. Jorge Bermudez Soto. Contralor General de la República".

g) DIPRECA inicia procedimiento de invalidación, y mediante las resoluciones N° 350 (Sra. Cortés), N° 351 (Sr. Garcés) y N° 352 (Srs. Estay, Villarroel, Ayala, Pereira, Molina); y 349 (Sra. Olate) resuelve que las pensiones otorgadas se ajustaban a Derecho, por lo que no se invalidarían. Sí ordenó recalcular la pensión de la señora Olate, por resolución 349.

h) La CGR, no da curso a las referidas resoluciones de DIPRECA, en trámite de toma de razón y emite los Dictámenes objeto del presente recurso de protección, N° **7777 y 7778** con fecha 8 de marzo de 2017, donde indica:

N° 7.777/2017 Fecha: 8 de marzo de 2017. "Se han remitido a esta Contraloría General, los documentos del rubro, mediante los cuales se tramitan los procesos de invalidación de los actos administrativos que concedieron pensiones de retiro a los exservidores de Gendarmería de Chile que en cada caso se indica, dando cumplimiento a lo instruido por esta Entidad Fiscalizadora en su oficio N° 58.769, de 2016, que ordenó iniciarlos en razón de diversos beneficios remuneratorios considerados indebidamente, en la base de cálculo de las pensiones de los beneficiarios.

En relación con lo anterior, el mencionado oficio N° 58.769 expresa que conforme a lo establecido en el dictamen N° 42.701 de 2016 se desprende que 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 han ajustado a



derecho, sin perjuicio de lo cual, 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-, lo que 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 las medidas necesarias para restablecer el derecho transgredido, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la ley 19.880.

Los instrumentos a que se alude precedentemente, corresponden a las resoluciones exentas N°s 350; 351 y 352, todas de 2017, referentes a las resoluciones que otorgaron pensiones de retiro a doña Edita Cortés Cortés; a don Oscar Garcés Cid; don Víctor Alfonso Pereira Acevedo; don Juan Carlos Estay Vergara; don Nelson Robinson Villarroel Román; doña Gladys Eliana Ramírez Pezoa; doña Jenny del Carmen Soto Cruz; don Hernán Eduardo Molina Torres; doña Ingrid Carolina Fuchser Oportus y don Hernán Ayala Rivera, respectivamente.

Las referidas resoluciones exentas determinan que las pensiones no se invaliden, considerando que los montos de cada una sean recalculados, pero solo en el caso de obtener un nuevo certificado de remuneraciones de Gendarmería de Chile, para lo cual dispone officiar a dicho servicio. Adicionalmente, instruye la notificación de los actos, concediendo un plazo de 5 días para que los afectados interpongan recurso de reposición.

Al respecto, es útil mencionar que según lo consignado en dichas resoluciones, mediante estas se finalizaron procedimientos de invalidación de actos administrativos que concedieron pensiones de



retiro a determinados ex funcionarios de Gendarmería de Chile, ordenados iniciar por esta Contraloría General, a fin de reducir su monto, debido a que en su base de cálculo, se incluyeron diversas asignaciones de manera irregular.

No obstante, la superioridad de DIPRECA adoptó en definitiva la determinación de no invalidar, teniendo como elemento fundante la presunción de legalidad, el impero y la exigibilidad del acto administrativo frente a sus destinatarios, contemplada en el artículo 3° de la Ley 19.880, toda vez que, a su parecer, dicho vicio no tiene la gravedad o trascendencia suficiente para tales efectos.

Luego, se aduce que de existir un error en las remuneraciones que se tuvieron a la vista al otorgar el beneficio pecuniario de que se trata, este se deriva de los antecedentes proporcionados por Gendarmería de Chile, siendo esa Entidad a quien corresponde determinar dicha circunstancia, y solamente una vez subsanado, DIPRECA procederá a su recálculo.

Adicionalmente, según lo señalado por DIPRECA, esa decisión se ha amparado en el “principio de conservación de los actos administrativos”, por cuanto, en su concepto, los defectos de que adolece la concesión del beneficio no son de una entidad suficiente para invalidarlos, y además se trata de situaciones consolidadas.

Sobre el particular, cabe señalar que, al contrario de lo que sostiene esa Dirección, las asignaciones incluidas en forma irregular en la base de cálculo de las pensiones de esas personas, no constituyen defectos meramente formales, sino que tienen un carácter determinante en su monto, elevándolo significativamente.

En efecto, esta Entidad Fiscalizadora ha recogido en su jurisprudencia administrativa dicho principio en diversos dictámenes,



como es el caso de sus oficios N°s 62.242 de 2013; 19890 de 2012 y 5.609 de 2011, pero siempre al pronunciarse sobre 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 de las situaciones de que se trata, por cuanto, como se ha mencionado precedentemente, dicen relación con un elemento determinante en el monto de dichos beneficios pecuniarios.

De esta manera, no es posible admitir lo que sostiene DIPRECA en cuanto a que sería aplicable en la especie el principio de conservación de los actos administrativos.

Por otra parte, tampoco es plausible lo manifestado por esa Dirección en cuanto a que resulta indispensable contar con un nuevo certificado de remuneraciones emanado del empleador de los beneficiarios, puesto que en el referido Oficio 58.769 de 2016, se han establecido en forma precisa las infracciones de orden remuneratorio detectadas, que inciden en el cálculo del monto de las respectivas pensiones.

En este sentido, el hecho de que los beneficios remuneratorios sean otorgados por Gendarmería de Chile, no obsta a que si estos han sido otorgados en forma irregular, DIPRECA invalide parcialmente la resolución que concedió la pensión.

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°, 5°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, cumpliendo con su obligación de velar por el irrestricto respeto al



ordenamiento jurídico por parte de los organismos sujetos a su fiscalización.

Asimismo, conforme a los señalados artículos 0° 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° 16768, de 2016, de esta procedencia).

En tales términos, procede que DIPRECA deje sin efecto los actos administrativos de que se trata, para luego reabrir los respectivos procesos de invalidación, a fin de dar íntegro cumplimiento a lo instruido en el referido oficio N° 58.769, de 2016, de esta procedencia, esto es, disponiendo la invalidación parcial de las resoluciones que otorgaron las pensiones de las personas antes individualizadas.

Finalmente, es del caso acotar, que los actos administrativos que finalicen los nuevos procesos invalidatorios, deberán tener la calidad de afectos al trámite de toma de razón. Saluda atentamente a Ud. Jorge Bermúdez Soto. Contralor General de la República”.

En el caso de la señora Olate, CGR emite el Dictamen 7778 de 8 de marzo de 2017, del tenor siguiente;

N°7778/2017. *“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 Nos 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.

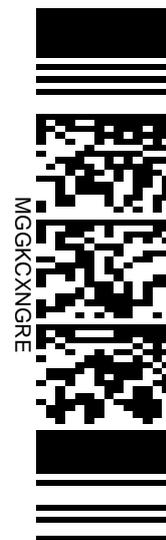
Acto seguido, el servicio expresa que, aun cuando en el referido informe de seguimiento se indica que esa exservidora fue dada de baja del sistema a contar del 1 de diciembre de 2012, ante solicitudes de Gendarmería de Chile para su reingreso y luego de una nueva evaluación jurídica de su situación previsional, 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 Nos 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 Nos 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, 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 Berríos 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, 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 Nos 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° 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°, 5°, 6° y 9° de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, cumpliendo con su 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 Bermúdez Soto Contralor General de la República

i) Con posterioridad, DIPRECA, en cumplimiento a lo ordenado por la CGR en dictámenes 7777 y 7778, emite las resoluciones siguientes: N° **735**, mediante la cual ordena la retención provisional parcial de la pensión de retiro de la señora



Olate. Posteriormente, por resolución **876** decreta la retención provisional total y en forma inmediata de sus fondos de retiro de la referida Sra. Olate;

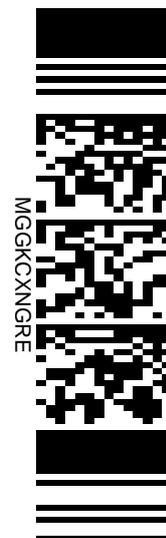
Resolución N° 877, reabre el procedimiento invalidatorio correspondiente a la Sra. Cortés y ordena la retención provisional y parcial de fondos;

Resolución 878, que deja sin efecto la resolución N° 351, reabre el procedimiento invalidatorio referente al señor Garcés y ordena la retención provisional y parcial de fondos;

Resolución N° 879 por la que se deja sin efecto la resolución 352, reabre el procedimiento invalidatorio referido a los recurrentes señores Estay Villarroel, Ayala, Pereira y Molina que pusieron término al proceso invalidatorio, y aplica además, medidas provisionales, consistentes en la retención parcial –lo que excede al límite de 60 UF.

IV. En cuanto a la legitimación activa de los recurrentes:

Decimosexto: Que los recurrentes son ocho ex funcionarios de Gendarmería de Chile, que se acogieron a jubilación por años de servicio y obtuvieron pensión de retiro por resolución de DIPRECA, cursada por CGR mediante toma de razón, en diciembre de 2015 y enero de 2016. Exponen que sienten afectados por un Dictamen de la CGR que, de forma que consideran ilegal y arbitraria, ordenó a DIPRECA invalidar una resolución que ponía término a un procedimiento invalidatorio de sus pensiones de retiro y mediante la cual, la señalada institución previsional disponía mantenerlas sin variación, orden que fuera posteriormente cumplida por la señalada dirección previsional. A raíz de lo actuado por las instituciones recurridas, las actoras estiman conculcados sus derechos



constitucionales contenidos en el artículo 19 números 1, 2, 3 y 24 de la Constitución Política de la República.

En tal escenario, se considera que los recurrentes están legitimadas para impetrar la protección de sus derechos, por la vía cautelar objeto de estos autos.

V. En cuanto a la ilegalidad o arbitrariedad en que habría incurrido la administración en el proceso de invalidación de las pensiones de retiro de los recurrentes.

Decimoséptimo: Que la doctrina señala que la “*arbitrariedad*” importa ausencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanza, carencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o sea, una actuación sin fundamento alguno; en tanto lo “*ilegal*” se da en el ámbito de los elementos reglados de las potestades jurídicas; es decir, de lo contrario a la ley; en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal cuando, fundándose en algún poder jurídico que se posee o detenta, se excede en su ejercicio, cualquiera sea el tipo, modo o manera que el exceso adopte.

Decimooctavo: Que acorde sostienen los recurrentes, las ilegalidades en el actuar de Contraloría radicarían entre otras irregularidades en:

a) Considerando que la atribución de invalidar es un acto administrativo que corresponde al órgano que lo dictó, y no en el órgano contralor, mediante oficios N° 7777/2017 y N° 7778/2017, la CGR se arroga una potestad invalidatoria de la que carece, dejando a DIPRECA como un mero ejecutor de sus arbitrios. Estiman que los dictámenes impugnados son una auto atribución de potestad de



instrucción y no se ajustan al ordenamiento jurídico, vulnerando lo prevenido en el artículo 7° de la CPR;

b) Se argumenta que la resolución 1600 de 2008, de naturaleza reglamentaria, que fija los actos que están sujetos a toma de razón, no contempla actos administrativos que finalicen procedimientos invalidatorios, de manera que al disponer el dictamen 7777/2017 que aquellos deberán tener la calidad de afectos al trámite de toma de razón, lo que está haciendo es una derogación singular de reglamento. Precisa la defensa de los señores Villalobos, Ayala, Pereira y Molina, que acorde a la resolución 1.600, los actos que se pretenden invalidar están exentos de toma de razón y por ende, se encuentran sujetos a controles de reemplazo posteriores a su nacimiento, de manera que no resultaría lícito privar al acto de sus efectos si éste ha declarado derechos en favor del administrado -como ocurre en la especie -, en virtud de la aplicación del principio de confianza legítima;

c) Afirman los recurrentes que la CGR carece de competencias para dejar sin efecto un acto del que ya había tomado razón con anterioridad, puesto que una vez ejecutada esta atribución, opera su desasimio con el acto sometido a control de legalidad. Puntualizan que el artículo 53 de la Ley 19.880 dispone que el acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia en procedimiento breve y sumario, y que, conforme a lo anterior, la CGR no podía disponer que se dejase sin efecto el acto administrativo que resolvió el proceso invalidatorio.

d) Indican que, aun cuando la CGR tuviera la facultad de ordenar el inicio de un procedimiento invalidatorio, no resultaría lícito privar al acto de sus efectos si éste ha declarado derechos a favor del



administrado, en virtud del principio de confianza legítima. – reconocido, por lo demás por el ente contralor, en dictamen N° 42.701/2016;

e) Afirman los recurrentes que los errores en el acto administrativo no pueden afectar la buena fe de terceros, sólo deben ser soportados por la administración, toda vez que el fundamento y alcance de la potestad revocatoria de la Administración, encuentra una serie de limitaciones doctrinales: principios como la buena fe, seguridad jurídica, irrevocabilidad para los actos favorables o declarativos de derechos y teoría de los actos propios. Sólo se admite invalidación cuando de la aplicación práctica del acto se demuestre que éste adolece de una ilegalidad sobreviniente, producto de un cambio del ordenamiento jurídico, no previsto en el trámite de toma de razón, cuyo no es el caso.

Decimonoveno: Que, en su informe, la CGR sostuvo que actuó en el marco de las atribuciones que le confieren los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República y artículos 1 y 10 de la Ley 10.336. Indicó que en el Oficio N° 58769, se establecen en forma precisa las infracciones detectadas, por ello, al no haberse ajustado a las instrucciones impartidas en el señalado oficio, las resoluciones mediante las cuales DIPRECA decidió no invalidar, aquellas que concedieron irregularmente pensiones de retiro a los recurrentes, ex servidores de Gendarmería de Chile, por el oficio 7777/2017. Asimismo, al no concordar con los fundamentos esgrimidos en la resolución de DIPRECA, le ordenó, en el mismo dictamen, dar íntegro cumplimiento a lo instruido, es decir, disponer la invalidación parcial de las resoluciones de los recurrentes.



En relación la señora Olate, Contraloría objetó la afiliación a DIPRECA, ya que la decisión de no invalidar su pensión era insostenible, motivo por el cual se dejó constancia expresa de la desvinculación a ese régimen previsional en el oficio 7778/2017.

DIPRECA, en su informe, adhirió a lo expuesto por Contraloría.

Vigésimo: Que las conductas impugnadas de ilegalidad son las ordenes contenidas en los Dictámenes N°s 7777/2017 y 7778/2017, que la Contraloría General de la República, (CGR) impartió a la Dirección de Previsión de Carabineros, (DIPRECA) en el sentido de invalidar las resoluciones 350, 351, 352 y 349, por las cuales ponía término al procedimiento administrativo de invalidación de las pensiones de retiro de los recurrentes, y reabrir dicho procedimiento. Por lo tanto, el primer asunto a resolver es si la Contraloría General de la República tiene la facultad de ordenar a la autoridad administrativa que dictó un acto terminal, rechazando la invalidación, luego de tramitado el procedimiento administrativo invalidatorio, que lo invalide.

Vigesimoprimer: Que, acorde al artículo 53 de la Ley 19.880, la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho.

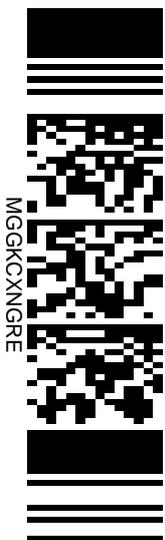
A la vez, en su artículo 3° la señalada ley, indica: “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado, en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. (..... “Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas, dotadas de poder de decisión”. Agrega la norma: “Los actos



administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad, frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa, dentro del procedimiento impugnatorio, o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

De otra parte, en su artículo 4° la ley 19.880 indica los principios a los que está sometido el procedimiento administrativo, entre éstos, el principio conclusivo, definido en el artículo 8°, que señala “ todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en la cual exprese su voluntad”, y el “principio de imparcialidad, que exige a la administración actuar con objetividad y respetar el principio de probidad, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte, como también la expresión de fundamentos de hecho y derecho”.

Vigésimosegundo: Que de otra parte, la Constitución Política de la República, en su artículo 98 otorga al Contralor General de la República el ejercicio de la función de control de legalidad de los actos de la Administración, lo que ejecuta, entre otros medios, mediante la toma de razón de los decretos y resoluciones, así como la facultad de representar la ilegalidad de que puedan adolecer, establecida en los artículos 99 de la Constitución y 10 de la Ley 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. A su vez, en el artículo 6° de la misma ley, se establece la función de informar los expedientes sobre pensiones de retiro cuando se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas, otorgando a tales informes, según señala la misma



norma y el artículo 9º de la ley, el carácter de obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.

Vigesimotercero: Que la obligatoriedad de los informes o dictámenes, a que se refiere el inciso final del artículo 9 de la Ley 10.336, se circunscribe a la interpretación auténtica de la ley para los funcionarios correspondientes. Por lo mismo, la inobservancia de los dictámenes por parte de la autoridad a quien están dirigidos, se traduce en infracción de la propia ley. En otros términos, el acto realizado sin observancia de la jurisprudencia administrativa, es un acto ilegal, y si causa daño al patrimonio público, puede eventualmente llevar aparejada no solo la responsabilidad administrativa de la autoridad administrativa, sino también la civil, lo que puede perseguir por la CGR, vía juicio de cuentas.

En este sentido, la Contraloría General de la República ostenta distintas facultades para hacer cumplir sus dictámenes a la autoridad administrativa, aun cuando no goza de potestad de imperio para ello. Así, en el evento de que la autoridad con potestad resolutoria, desatienda la jurisprudencia administrativa durante el trámite de toma de razón –cuya procedencia en este caso es discutida respecto de la resolución que pone término al procedimiento invalidatorio, atendido lo dispuesto en la Resolución 166/2008 de la CGR y sin que se encontrara vigente la nueva Resolución 10/2017 del mismo ente contralor- ésta tendría prerrogativas para dictaminar la ilegalidad del acto, sin perjuicio de requerir al Consejo de Defensa del Estado la incoación de un juicio de nulidad de derecho público, del mismo ente, ante los tribunales de justicia.



Vigesimocuarto: Que, en este contexto, es evidente que, con su orden de invalidar un acto administrativo, la CGR sobrepasa sus atribuciones interpretativas, autoatribuyéndose facultades que la ley asigna al órgano de la Administración activa, ya sea por ejercicio de la potestad invalidatoria o pronunciándose sobre algún recurso administrativo interpuesto por un interesado en esta materia.

En ese estado de cosas, los oficios números 7777/2007 y 7778/2007, contravienen el principio de legalidad establecido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República y a raíz de ello, interfieren en la potestad de la autoridad administrativa para decidir libremente de forma autónoma, imparcial y objetiva. En otros términos, la orden de invalidar, excede los límites de la legalidad.

En tal sentido se ha pronunciado, por lo demás la CGR en diversos dictámenes, a saber: Dictamen 9702 de 2016, donde señala *“el ejercicio de la potestad invalidatoria corresponde a la Administración activa y no a esta Contraloría General, y debe ejercerse dentro del plazo de dos años que señala la norma y previa audiencia de los interesados, ocasión en la cual los afectados harán valer los argumentos que estimen convenientes, debiendo la autoridad ponderarlos al decidir si deja sin efecto el acto administrativo que se estima dictado vulnerando la ley”*.

Dictamen 43.416 de 2014, *“esta Contraloría General, con arreglo a su ley orgánica, N° 10.336, no cuenta con atribuciones para anular los actos de la Administración activa –como se solicita en la especie- correspondiéndole a esta última la potestad invalidatoria de los mismos, acorde con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales que en su caso procedan”*.



Dictamen 24.745 de 2014, *“esta Contraloría General, con arreglo a su ley orgánica N° 10.336, no cuenta con atribuciones para dejar sin efecto los actos de la Administración activa –como se solicita en la especie. Correspondiéndole a esta última, la potestad invalidatoria de los mismos, acorde con lo dispuesto en el artículo 53 de la ley N° 19.880”.*

Vigesimoquinto: Que de otra parte, la conducta de Contraloría importa la imposición directa de una sanción sin proceso alguno que la avale. En este sentido, la Corte Suprema (en recurso de protección Rol 47.610-2016, de 4 de octubre de 2016) ha señalado, que la orden de invalidar un determinado acto administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, toda vez que ello contraviene el derecho consagrado en el artículo 19 n°3 de la Constitución, *“que reconoce y resguarda el debido proceso administrativo, por una autoridad imparcial, sin un resultado predeterminado, que haría innecesario transitar por un procedimiento previo, incluso legalmente tramitado, puesto que la determinación final estaría precisada con anterioridad”.*

Como consecuencia de la señalada instrucción, DIPRECA actuó ilegalmente, ya que ejerció su potestad fundado en una actuación ilegal de la Contraloría General de la República, y dejó sin efecto las resoluciones números 351 y 352 de 2017, sólo por la orden ilegal del órgano contralor, incurriendo por ello, en contravención de los principios de imparcialidad y objetividad establecidos en la Ley N° 19.880.

En este estado de cosas, y sin necesidad de analizar las restantes ilegalidades alegadas por los recurrentes, sólo se puede concluir que se cumple en la especie con la segunda exigencia que la



ley constitucional establece para que prospere el recurso de protección, esto es, que las entidades recurridas actuaron fuera del marco de la legalidad y por ende las ordenes de invalidar contenidas en los dictámenes 7777 y 7778 y las resoluciones 735, 876, 877, 878 y 879, adolecen de ilicitud.

VI. En cuanto a la perturbación y amenaza del ejercicio de derechos constitucionales, protegidos por la acción cautelar que nos ocupa.

Vigesimosexto: Que en forma reiterada la Corte Suprema ha señalado que la garantía del artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de la República, esto es, no ser juzgado por comisiones especiales, incluye el derecho a que el “asunto en conflicto sea conocido y resuelto por el órgano que la ley establece”.

El proceder de Contraloría, al imponer imperativamente una sanción predeterminada, sin tener facultades para ello, vulnera así esta garantía, toda vez que la potestad invalidatoria corresponde exclusivamente al órgano de la administración activa que dictó el acto jurídico que se pretende impugnar. Por otra parte, los dictámenes recurridos pretenden reemplazar la vía judicial que el artículo 53 de la ley 19.880 consagra para reclamar en contra de las resoluciones con que DIPRECA finalizó los respectivos procesos, lo que también afecta la garantía en comento.

Por estas consideraciones, y de acuerdo, también con lo preceptuado en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado sobre Tramitación el Recurso de Protección, se declara:

I. Que se acogen los recursos de protección deducidos por Juan Carlos Estay Vergara; Edita Ana Cortés Cortés; Víctor Alfonso



Pereira Acevedo; Nelson Robinson Villarroel Román; Hernán Alberto Ayala Rivera, Hernán Eduardo Molina Torres, Oscar Ernesto Garcés Cid y Ema Myriam Olate Berríos, en contra de don Jorge Bermúdez Soto, en su calidad de Contralor General de la República, dejándose sin efecto los Dictámenes 7777 y 7778 de 8 de marzo 2017.

II. Que, como consecuencia de lo previamente resuelto, quedan sin efecto asimismo las resoluciones 735, 876, 877, 878, 879, y se deben entender acogidos los recursos de protección deducidos por Juan Carlos Estay Vergara, Víctor Alfonso Pereira Acevedo; Nelson Robinson Villarroel Román, Hernán Alberto Ayala Berríos y Oscar Ernesto Garcés Cid, en contra de don Jaime Gatica Barros, Director Nacional de Previsión de Carabineros de Chile.

III. Que se rechazan los recursos en lo demás.

Acordada con el voto en contra del Ministro Mario D. Rojas González, quien estuvo por rechazar los aludidos recursos, en mérito de las siguientes consideraciones:

1°) Que el disidente estima, en primer lugar, que la vía que se ha escogido por los recurrentes, para impugnar determinaciones de la Contraloría General de la República, no es la idónea para conseguir dicha finalidad.

Sobre el particular, el disidente aprecia que se ha constituido en una costumbre y práctica habitual, la de utilizar el recurso de protección de garantías constitucionales para impugnar toda clase de decisiones que han sido adoptadas en el marco de procedimientos administrativos, sean ellas determinaciones finales, como en el presente caso, o actuaciones intermedias, lo cual es improcedente, porque el aludido recurso no es un medio de impugnación de aplicación ordinaria o general, que tenga por propósito la



impugnación de decisiones de autoridades administrativas -o jurisdiccionales, como suele ocurrir-, que éstas toman en el ámbito de sus respectivas competencias y dentro del marco que la ley les asigna, esto es, en uso de sus atribuciones. Dichos procedimientos tienen sus medios de impugnación propios, siendo a ellos a los que se debe acudir para tal propósito.

2°) Que, en el presente caso, se ha recurrido en contra de la Contraloría General de la República, entidad de control independiente, consagrada en la Carta Fundamental de la República, con su propia ley orgánica, respecto de las decisiones que quedaron expuestas en la sentencia previa, y que ésta tomó en el marco de sus legítimas atribuciones, que emanan tanto de la Carta Política, cuanto de su Ley orgánica, N°10.336, en la forma que el propio ente contralor ha explicado al informar. Dichas decisiones, por la propia naturaleza de las mismas, no pueden ser impugnadas a través de un recurso cautelar de emergencia, como es el presente, debido a que los alcances de éste son limitados, de acuerdo con los términos del artículo 20 de la propia Constitución Política de la República, por lo que las deducidas en estos autos resultan improcedentes.

3°) Que, desde otra perspectiva, el disidente estima que los tribunales de justicia no pueden tener injerencia en procedimientos administrativos como aquellos de que tratan estos autos, que surgen de la Contraloría General de la República, por medio de la acción constitucional de protección, además, porque el derecho administrativo proporciona sus propias herramientas jurídicas y medios de impugnación de los actos de la administración, de donde se desprende, igualmente, que los recursos entablados en este caso son inidóneos, importando una utilización abusiva de los mismos.



Ello, sin perjuicio de lo que pudiere impugnarse a través del juicio ordinario de lato conocimiento, que es el que verdaderamente debería utilizarse, en ausencia de un procedimiento contencioso administrativo general, falta esta última que, por cierto, no es responsabilidad del Poder Judicial; más la ausencia de dicho procedimiento no habilita para transformar el recurso de protección en el medio de impugnación definitivo o final de las aludidas decisiones, sean intermedias, sean finales, ya que simplemente no ha sido concebido, jurídicamente, con esa finalidad. Esto es, no constituye el recurso último de lo contencioso administrativo.

4°) Que, de otro lado, y sin perjuicio de lo dicho, sobre la improcedencia de los recursos, que han sido utilizados como un medio de impugnación general, que no lo es, así como tampoco constituye un sustituto jurisdiccional, consideraciones que bastarían para rechazar la acción cautelar de que se trata, el disidente estima adecuado agregar que los recursos tampoco podrían prosperar porque no concurren los requisitos básicos para su procedencia y acogimiento.

En efecto, en la especie, a juicio del disidente, no se ha establecido que se esté frente a actos ilegales o arbitrarios de la autoridad recurrida, porque las medidas reprochadas fueron dictadas en el marco de las legítimas atribuciones de dicha entidad de control, ateniéndose por cierto a la normativa vigente, tanto en la forma como en el fondo, haciendo uso precisamente de sus atribuciones, que según se dijo, emanan de la Carta Política de la República y de su ley orgánica.

Como se sabe, la Constitución Política dedica su capítulo X a la “Contraloría General de la República”, artículos 98 a 100.



El primero de dichos preceptos estatuye, en su primer inciso, que “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de la municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes, examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.”

5°) Que, entonces, de acuerdo con los términos del precepto transcrito previamente, la Contraloría General de la República debe velar por la legalidad de los actos de la Administración, y si en el cumplimiento de dicha tarea detecta actuaciones a su juicio ilegales o al menos irregulares, debe tomar las medidas que correspondan, las que desde luego pueden ser impugnadas, pero por los medios generales de impugnación, más no por medio de un recurso de protección, pues aceptar lo contrario implicaría convertir dicha acción en una suerte de supra recurso, esto es, que se ubica por sobre todos los demás.

En torno a dichas funciones, también son importantes los artículos 1°, 5°, 9° u 10° de la Ley Orgánica de dicha institución, N°10.336, los que no resulta de utilidad reproducir.

6°) Que, además, tampoco se ha demostrado, en el presente caso, que se haya producido la conculcación de alguna norma de rango legal o constitucional, en términos que pudieran determinar que lo resuelto por el Órgano Contralor y que se reprocha deviene en



ilegal, habiendo éste explicado en detalle la razón por la que los beneficios previsionales reclamados no resultan procedentes.

7°) Que, como si lo anterior no fuera suficiente, el disidente puede agregar que los recurrentes tampoco tiene un derecho indubitado que deba protegerse, puesto que ninguno han podido enarbolar legítimamente, y no se divisa cual podría ser éste, que los habilite para buscar su protección por la vía del recurso de que se trata.

Debe recordarse que los beneficios previsionales que se reclaman se encuentran sujetos a determinados requisitos, que a juicio del órgano contralor de la República no se cumplían, de manera que no podía accederse a su otorgamiento, y de haber sido otorgados previamente, al haber estimado el ente recurrido que ellos no se ajustaban a la ley, lo único que podía hacer era precisamente disponer que fueran dejadas sin efecto las decisiones administrativas que permitieron que se entregaran. Por lo tanto, al estar cuestionados nada menos que por la Contraloría General de la República, los derechos alegados no son indubitados, y de ello deriva que no pueda abogarse por su protección, por la presente vía.

8°) Que, según entiende quien disiente, lo dicho desnuda la circunstancia ya citada, en orden a que esta acción ha sido usada, en la especie, sencillamente como un medio de impugnación general, esto es, tal como si constituyera un mero recurso jurisdiccional de aplicación general, lo cual resulta impropio, en especial, tratándose de un ente de control por excelencia, como lo es la Contraloría General de la República, cuyas decisiones en esta materia deben quedar al margen de la posibilidad de ser revisadas por una vía cautelar de emergencia que, como se sabe, no constituye un juicio.



Cabe igualmente recordar que los actos administrativos son revocables, al contrario de lo que sucede con las decisiones jurisdiccionales, siendo este el rasgo distintivo más importante entre ambas actuaciones. Lo anterior deriva de la circunstancia de que las decisiones jurisdiccionales, o resoluciones, producen el efecto de cosa juzgada, del que carecen los actos administrativos, que pueden revocarse por actos de contrario imperio, si es que se constata que su dictación no se ha apegado a la legalidad, como ha sostenido el ente contralor.

9°) Que el Ministro disidente estima prudente reiterar que, a juicio suyo, se ha venido haciendo un verdadero abuso de este medio cautelar de protección, que tiene naturaleza constitucional, y que se lo usa no para proteger derechos indubitados, sino derechamente para tratar de constituir derechos de que se carece, como ha ocurrido en la especie, en que quienes recurren solo tenían una mera expectativa y no un derecho indubitado. Este ha sido puesto en duda precisamente por el órgano superior del Estado en materia de control de los actos de la administración, y ello le confiere entonces, el carácter de dubitado, y por lo tanto, no susceptible de protección por medio del recurso de que se trata.

10°) Que, ampliando lo anterior, puede añadirse que se traen cotidianamente al conocimiento de esta Corte asuntos de competencia incluso de otras autoridades, que nunca podrían ser resueltos por medio de esta acción cautelar de emergencia.

Sería largo enumerar toda la clase de asuntos que, impropriamente, se traen al conocimiento de esta Corte, por medio de este recurso, con la pretensión de que se resuelvan cuestiones de forma y principalmente de fondo, que no cabe bajo ningún respecto



decidir a través una acción cautelar de emergencia, dado que ella no constituye un juicio, y que como consecuencia de tal circunstancia, durante su tramitación no se produce más prueba que la que entregan las partes, pero sin las posibilidades que entrega un juicio ordinario, de lato conocimiento, que constituye la sede donde verdaderamente donde deben discutirse los asuntos referidos, al cual por cierto son los recurrentes quienes deben acudir, dada la naturaleza y complejidad de lo que se debate.

11°) Que, en efecto, en opinión de quien disiente, resulta contrario al sentido común plantear que sea la Contraloría General de la República o el Fisco de Chile quien deba demandar o requerir judicialmente a quienes han recibido o pretenden recibir pensiones que, a juicio del ente recurrido, resultan indebidas. Ello, porque como le resulta obvio al disidente, cuando el órgano contralor adopta una determinación, en uso de sus facultades legales y constitucionales, debe ejecutarlas, y quienes se crean afectados por lo decidido y ejecutado son los que tienen ocasión de discutirlos en sede de juicio ordinario, la cual les otorga la posibilidad de plantear sus pretensiones y los argumentos que las sustentan, así como producir las pruebas correspondientes, en apoyo de las mismas, y hacer uso de los recursos procesales ordinarios y extraordinarios que sean procedentes. LO anterior deriva de la aplicación del artículo 3° de dicho cuerpo legal, y el ejemplo más notorio que puede entregarse a este respecto es lo que ha ocurrido con las discusiones llevadas ante los tribunales ordinarios de justicia, a raíz de la llamada nulidad de derecho público.

12°) Que, además, aunque para el disidente es de total falta de utilidad, estima que tampoco se demostró la infracción de alguna



garantía constitucional, ni siquiera en grado de amenaza. Aún más, se debe también recordar que la garantía que explícitamente resguarda el derecho a la seguridad social, en el cual se enmarcan las pensiones, no está incluida en el catálogo de derechos protegidos, contenida en el artículo 20 de la Constitución Política, cual se desprende de su sola lectura.

13°) Que, finalmente, al disidente le parece particularmente grave que se busque el amparo de esta Corte, por la presente vía, para intentar revertir decisiones que se tomaron por la Contraloría General de la República luego de que esta entidad llegara a la conclusión de que los beneficios previsionales que se reclaman no corresponden en la forma pretendida por quienes recurren.

Ciertamente que, en tales circunstancias, de acuerdo con lo que estima el disidente, no podría acogerse un recurso de protección que pretende crear o mantener una situación que ha sido calificada de irregular por el referido órgano de control.

14°) Que, por todo lo anterior, es que en opinión de quien disiente, el recurso en examen no puede prosperar y debería desestimarse.

Redacción de la Ministra (S) María Luisa Riesco Larraín y del voto disidente su autor.

Regístrese y notifíquese.

Protección Rol N° 19.580-2017.

Pronunciada por la **Novena Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Mario Rojas González, e integrada por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz y la



Ministra (S) María Luisa Riesco Larraín. No firma el Ministro señor Mera, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse en comisión de servicio.



Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Mario Rojas G. y Ministra Suplente Maria Riesco L. Santiago, veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete.

En Santiago, a veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 13 de agosto de 2017, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.