


		ID Dictamen: 042283N04		Vista Previa 	
Nº Dictamen	42283	Fecha	18-08-2004	Carácter	NNN
Nuevo	NO	Reactivado	SI	Alterado	NO
Aclarado	NO	Aplicado	SI	Complementado	NO
Confirmado	NO	Reconsiderado	NO	Reconsiderado	NO
		o		Parcialmente	
Origen	División de Toma de Razón				
Criterio	Aplica Jurisprudencia				

Materia

imponentes del antiguo regimen previsional que se incorporaron al nuevo sistema de pensiones pudieron mantener el desahucio o indemnizacion que tenian al momento de cambiarse mediante el mecanismo de opcion que el legislador previo. no existe inconveniente legal para que quienes no ejercieron esa opcion al ingresar a una administradora de fondos de pensiones, lo hagan despues en cualquier oportunidad con la unica limitacion de que no haya existido desvinculacion de la entidad empleadora o cambio en la calidad juridica, lo que eventualmente podria haberle significado un regimen de desahucio distinto. ello, porque la ley no fijo un plazo para realizar la opcion en comento, de modo que no procede limitar en el tiempo el ejercicio de la misma. en todo caso, la falta de un pronunciamiento al respecto del trabajador no permite inferir intencion alguna en orden a conservar o no el desahucio, se requiere una manifestacion expresa de voluntad de aquel de cuyo cargo es la pertinente cotizacion. tal manifestacion debe efectuarse por escrito y no es factible modificarla posteriormente. si el funcionario opta por mantener el regimen de desahucio tiene derecho a percibir dicho beneficio al termino de sus servicios. en caso contrario, solo puede impetrar la devolucion de los descuentos que para el respectivo fondo se le hicieron, en su valor nominal, sin intereses y dentro del plazo de prescripcion general que contempla el art/2515 del codigo civil

Acción

aplica dictámenes 29152/81, 15065/89, 40594/94, 8270/97

Acción	Dictamen	Año
Aplica	029152	1981
Aplica	015065	1989
Aplica	040594	1994
Aplica	008270	1997

N° 42.283 Fecha:18-VIII-2004

Se ha dirigido a esta Contraloría General, funcionaria del Hospital Dr. Luis Tisné Brousse, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, solicitando la devolución de las cotizaciones para el Fondo de Desahucio, que se le han descontado de sus remuneraciones, sin su consentimiento. Además, requiere la suspensión de dicha rebaja.

Requerido su informe, la señora Directora del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, por medio del oficio N° 970, de 2004, señala que la interesada, actual funcionaria del Hospital Dr. Luis Tisné Brousse, se incorporó al Hospital del Salvador, a contar 16 de octubre de 1978, ingresando al Nuevo Sistema Previsional, el 30 de julio de 1981.

Agrega que, efectuado un estudio a nivel de Servicio sobre continuidad de cotización para el Fondo de Desahucio, respecto de aquellos funcionarios que se traspasaron al precitado Sistema Previsional, se observó que no existía, respecto de la interesada, el registro de opción que exige la normativa vigente.

Con el objeto de regularizar la situación, la Oficina de Recursos Humanos requirió a la señora XX, que expresara por escrito su voluntad de seguir cotizando al referido Fondo, lo que fue rechazado por la interesada manifestando que solicitaría la devolución de sus cotizaciones, petición que se acompaña en documento adjunto.

Finalmente señala, que según los registros de la Oficina de Remuneraciones, el monto de las cotizaciones a devolver asciende a la suma de \$715.731.-, al mes de mayo de 2004.

Sobre el particular, cabe señalar en primer término, que acorde a los artículos 19 y 13, N° 1, inciso segundo del DL. N° 3501, de 1980, la incorporación al Nuevo Sistema de Pensiones del DL. N° 3500, de igual año, es, por regla general, incompatible con la afectación a regímenes de desahucio o indemnizaciones por años de servicio. Sin embargo, el legislador previó excepcionalmente que tales franquicias se pudieran mantener mediante el mecanismo de la elección que allí se contempla, la que se realiza en relación al régimen de desahucio o indemnización al cual estaba afiliado el interesado al momento del cambio de sistema previsional.

Enseguida, es menester señalar que no existe inconveniente legal para que los funcionarios que no ejercieron su opción al ingresar a una Administradora de Fondos de Pensiones, lo efectúen después en cualquier oportunidad con la única limitación que no haya existido desvinculación de la entidad empleadora o cambio en la calidad jurídica que eventualmente podría haberle significado un régimen de desahucio distinto.

Ello, porque las normas en que se funda son de orden público y, por ende, de aplicación estricta, de modo que no habiendo la ley fijado un plazo determinado para optar, no procede limitar en el tiempo el ejercicio de esa facultad. Además, la falta de opción del funcionario por conservar o no esa franquicia patrimonial, que depende de su aporte, no permite inferir intención alguna en uno u otro sentido, siendo necesario una manifestación expresa de su voluntad al respecto.

Asimismo, debe considerarse que la cotización pertinente es de cargo del funcionario y se trata en este caso de un beneficio indemnizatorio cuyo goce está subordinado exclusivamente a la manifestación de voluntad de los trabajadores. (Aplica dictamen N° 40.594, de 1994).

A su turno, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 29.152, de 1981, y 15.065, de 1989, concluye que los trabajadores que opten por el nuevo sistema de pensiones del DL. N° 3.500, de 1980, pueden, acorde a lo dispuesto en el artículo 13, N° 1, del DL. N° 3.501, elegir entre continuar afectos al régimen de desahucio de los empleados públicos, o bien, dejar de cotizar al fondo respectivo, debiendo, en ambos casos, expresar su opción por escrito, y sin que sea factible modificar dicha expresión de voluntad. Así, a falta de ella, la entidad empleadora deberá requerir al funcionario en tal sentido, pues la falta de manifestación de voluntad del interesado no permite subentender intención alguna.

De este modo, si el funcionario opta por aceptar como válidas las cotizaciones descontadas por el servicio a partir de su afiliación al régimen de pensiones del DL. N° 3500, de 1980, tendrá derecho al término de sus servicios a una indemnización de desahucio, conforme a lo dispuesto en el artículo 103 del DFL. N° 338, de 1960, que establece que el empleado que se retire de la plaza que sirve por cualquier causa, tiene derecho a percibir, independientemente de la pensión de jubilación o retiro que pueda corresponderle, un desahucio equivalente a un mes de remuneraciones sobre las cuales haya

efectuado imposiciones para tal fin, por cada año o fracción superior a 6 meses de servicios prestados, sin que el desahucio pueda exceder de 24 veces dicho valor.

Ello, considerando que conforme al artículo 107 del mismo texto, el desahucio se financia, entre otros ingresos, con un descuento practicado sobre las remuneraciones imponibles que para tal fin se paguen a los empleados.

Así, el desahucio constituye un beneficio de naturaleza indemnizatoria que se concede según el tiempo servido útil para ello, con la limitación que, según un mandato expreso de la ley, el monto de aquel no pueda exceder de 24 veces el valor de las remuneraciones imponibles para ese fin, aun cuando de hecho se llegue a imponer en el Fondo aludido por un período mayor a 24 años.

En caso contrario, si decide no validar los descuentos para el desahucio, sólo tendrá derecho a impetrar la devolución de ellos, debiendo, dichas sumas, ser pagadas en su valor nominal, sin intereses, por no existir norma legal que así lo autorice, y sujetas al plazo de prescripción general que prevé el artículo 2.515 del Código Civil, lo cual determina que en ese caso sea procedente devolver sólo las mensualidades, que no excedan de cinco años contados retrospectivamente desde la fecha de la respectiva solicitud. (Aplica dictamen N° 8.270, de 1997).

En este orden de ideas, se ha estimado del todo indispensable precisar que la interesada opte informadamente por cuál de las alternativas le conviene escoger, considerando que sí mantiene la cotización al Fondo de Desahucio, al momento de su cese percibirá una indemnización equivalente a un mes de remuneraciones sobre las cuales haya efectuado imposiciones para tal fin, por cada año o fracción superior a 6 meses de servicios prestados, sin que el desahucio pueda exceder de 24 veces dicho valor, y en caso de no perseverar en mantener la referida cotización, sólo tendrá derecho a impetrar la devolución de ellas, debiendo dichas sumas ser restituidas en su valor nominal, tal como se indicó precedentemente, sin intereses, por no existir disposiciones que autoricen la reajustabilidad de ellas, y considerando al efecto lo dispuesto en el artículo 2.515 del Código Civil, lo cual determina que en ese caso sea procedente restituir tan sólo las mensualidades, que no excedan de cinco años contados retrospectivamente desde la fecha de la respectiva solicitud.

Finalmente, en caso de optar por la devolución de las cotizaciones efectuadas al Fondo de Desahucio, la interesada deberá elevar, una solicitud expresa en tal sentido ante esta Contraloría General.

En consecuencia, en mérito de lo señalado precedentemente corresponde que la interesada ejerza la opción, según la alternativa que mejor convenga a sus intereses particulares.
