

DICTAMEN N° 84.476 Fecha: 29-X-2014

Se ha dirigido a esta Contraloría General la senadora señora Isabel Allende Bussi, conjuntamente con otros parlamentarios, haciendo presente la preocupación de los distintos municipios y asociaciones de funcionarios de las entidades edilicias del país, en relación con el problema suscitado con ocasión de la interpretación y aplicación del incremento previsional contemplado en el decreto ley N° 3.501, de 1980, atendido que algunos alcaldes y otros servidores municipales, actualmente son sujetos de juicios de cuentas o procedimientos sumariales derivados de la referida situación.

Al efecto, solicitan los senadores recurrentes que, en virtud de la facultad establecida en el artículo 67, incisos cuarto y quinto, de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, se condonen total o parcialmente las sumas requeridas a los funcionarios indicados precedentemente.

Como cuestión previa al análisis del requerimiento de la especie, y con la finalidad de dar a conocer la especial situación suscitada en el ámbito municipal respecto del incremento previsional, es menester referirse a la consagración legal del citado emolumento y a la jurisprudencia administrativa de este origen relativa al mismo, para luego detallar las acciones de control llevadas a cabo por este Órgano de Fiscalización ante su pago indebido, como también, las actuaciones realizadas por las entidades edilicias y las asociaciones de funcionarios en relación con la materia.

1. Consagración legal del incremento previsional y jurisprudencia administrativa de la Contraloría General acerca de su forma de cálculo.

En primer término, cabe hacer presente que el cuerpo normativo del que fluye la controversia de la especie es el decreto ley N° 3.501, de 1980, que fijó un nuevo sistema de cotizaciones previsionales respecto de los trabajadores allí mencionados, y que contempla disposiciones tendientes a mantener las rentas líquidas de estos con anterioridad a su entrada en vigencia, atendido el traspaso del aporte de esas imposiciones desde el empleador a dichos dependientes.

El aludido decreto ley establece, en su artículo 1°, las cotizaciones que, a partir de la entrada en vigencia de esa norma legal, esto es, desde el 1 de marzo de 1981, gravan las remuneraciones de los funcionarios dependientes afiliados a las entidades que indica, haciendo de cargo de estos el integro de esas imposiciones para pensiones y seguridad social.

El artículo 2°, por su parte, señala que sin perjuicio del referido aumento de la carga impositiva establecida en el artículo anterior, los trabajadores antedichos mantendrán el monto líquido de sus remuneraciones, para cuyo único efecto se incrementan las remuneraciones de estos, en la parte afecta a imposiciones al 28 de febrero de 1981, mediante la aplicación de los factores a que se refiere el citado artículo. Del mismo modo, este precepto ordena que los incrementos de remuneraciones se apliquen también a los trabajadores que ingresen a entidades cuyas remuneraciones se fijen por ley.

A su turno, el artículo 4° del anotado cuerpo normativo contiene una disposición imperativa - reiterada en el artículo 2° del decreto N° 40, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba el Reglamento de los artículos 4° y 3° transitorio del decreto ley N° 3.501, de 1980-, que ordena que los incrementos de remuneraciones dispuestos por el artículo 2° del decreto ley,

solo deberán producir el efecto de mantener el monto líquido que al 28 de febrero de 1981 tenían las remuneraciones, beneficios y prestaciones imponibles de los servidores a que se refiere ese artículo.

Sobre dicha materia, esta Entidad Superior de Control ha sostenido reiterada e invariablemente, durante 30 años, que el denominado incremento previsional solo tuvo como objeto evitar la disminución de los estipendios líquidos que los trabajadores tenían al 28 de febrero de 1981, al hacerse de su cargo la totalidad de las imposiciones previsionales, por lo que únicamente favoreció a las remuneraciones imponibles vigentes a la citada fecha y, por lo tanto, debe determinarse únicamente sobre la base de estas últimas, sin incluir a las establecidas o que adquirieron tal carácter con posterioridad.

En este orden de ideas, pueden citarse una serie de pronunciamientos emitidos en relación con la materia que se analiza, de cuyo tenor aparece claramente que este Organismo Fiscalizador ha mantenido a lo largo del tiempo la conclusión referida precedentemente, efectuando, sobre la base de la misma, ciertas precisiones que no hacen sino ratificarla en todas sus partes.

A modo ejemplar, conviene recordar que ya a través del dictamen N° 27.108, de 1983, se determinó que los incrementos contemplados en el artículo 2° del decreto ley N° 3.501, de 1980, no son aplicables ni se presumen incorporados a las remuneraciones de los nuevos sistemas que hayan sido o sean establecidos con posterioridad al 1 de marzo de 1981; mientras que en el N° 28.993, de 1998, se indicó que la asignación municipal, por no haber tenido el carácter de imponible al 28 de febrero de 1981, no puede ser incluida en la base de cálculo del incremento en estudio, aun cuando después se le haya dado esa calidad en virtud del artículo 9° de la ley N° 18.675.

En el mismo sentido, el dictamen N° 40.282, de 1997, concluyó que los factores de aumento fijados por el citado artículo 2° no pueden aplicarse a ninguna nueva remuneración imponible que se perciba con posterioridad al 28 de febrero de 1981, sea que provenga o no de horas extraordinarias; en tanto el N° 4.126, de 2001, sostuvo que las horas extraordinarias para los trabajadores del sector público, incluidas las municipalidades, no están afectas a las cotizaciones para el financiamiento de los beneficios de pensiones que establecen tanto el sistema antiguo como el creado por el decreto ley N° 3.500, de 1980, por lo que a aquellos no les asiste el derecho al incremento previsional.

También, mediante el dictamen N° 329, de 2006, este Organismo de Fiscalización desestimó una solicitud de reconsideración del aludido dictamen N° 27.108, de 1983, confirmando la jurisprudencia administrativa existente, al señalar expresamente que el incremento de que se trata únicamente ha podido tener efectos y beneficiar a aquellos estipendios, asignaciones y remuneraciones imponibles que existían en el régimen remuneratorio vigente al 28 de febrero de 1981 y no a los creados o establecidos con posterioridad.

Como es posible advertir del tenor de la jurisprudencia administrativa anotada, la postura uniforme de esta Contraloría General ha sido siempre y sin excepción, que el incremento previsional se aplica solo a las remuneraciones imponibles al 28 de febrero de 1981.

Lo anterior, atendido que expresamente la norma lo establece de ese modo y, además, porque a contar del 1 de marzo de 1981, fecha en que, como se dijo, entró en vigencia el aludido decreto ley N° 3.501, no existe necesidad de compensar las nuevas remuneraciones imponibles que se van estableciendo, dado que las mismas no sufren alteraciones por el cambio de sistema impositivo que

introdujo ese cuerpo normativo y que las cotizaciones previsionales que se descuentan de aquellas son, desde la entrada en vigor de esos estipendios, siempre de cargo del trabajador, y han sido, también, objeto de diversas compensaciones a fin de mantener su monto líquido, entre ellas, precisamente en materia municipal, la establecida en el artículo 3° de la ley N° 19.200 -que establece nuevas normas sobre otorgamiento de pensiones a funcionarios que indica y dicta otras disposiciones de carácter previsional-, de modo que aceptar una tesis diversa implicaría establecer dos veces el mismo beneficio para una sola causa (aplica dictamen N° 56.188, de 2011).

2. Errónea interpretación efectuada por municipalidades del país en relación con el pago del incremento previsional.

Ahora bien, no obstante la clara normativa como también la uniforme jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control existente sobre el particular, en el ámbito municipal se presentó la especial situación que nos ocupa, como consecuencia de la errónea interpretación que algunas entidades edilicias efectuaron del dictamen N° 8.466, de 2008.

El aludido pronunciamiento, emitido con ocasión de una consulta formulada por un funcionario del Servicio de Salud Araucanía Sur, acerca de la posibilidad de percibir el citado incremento, calculado sobre determinadas remuneraciones que en esa oportunidad mencionaba y que eran anteriores al 28 de febrero de 1981, señaló que cualquier eventual derecho que le hubiera asistido a ese servidor para obtener las diferencias que pudiesen haberse originado, se encontraba prescrito, pues habría transcurrido en exceso el plazo de que disponía para impetrar su pago.

En ese contexto, en el tercer párrafo de dicho oficio, a modo simplemente introductorio del asunto examinado y sin que fuera una cita legal textual, pues ni siquiera era algo que se discutiera en ese momento, se expresa que "el artículo 2° del decreto ley N° 3.501, de 1980, señala, en lo pertinente, que los trabajadores dependientes afiliados a las instituciones de previsión indicadas en el artículo 1° de ese cuerpo normativo, mantendrán el monto líquido de sus remuneraciones, para lo cual se incrementarán éstas, en la parte afecta a imposiciones, mediante la aplicación de los factores que la misma norma indica, que en el caso de los Empleados Públicos corresponde a un 13,05%".

Como puede apreciarse, en el mencionado acápite se omitió hacer referencia a continuación de la palabra "imposiciones" a la frase "al 28 de febrero de 1981", lo que en el contexto de ese dictamen no tenía ninguna importancia, ya que no guardaba relación con lo decisorio de dicho pronunciamiento.

Sin embargo, algunos municipios, valiéndose de esa parte del citado oficio, entendieron equivocadamente que la Contraloría General había variado su interpretación de la norma, en el sentido que se estaba autorizando una nueva forma de determinación del aludido beneficio, razón por la cual comenzaron a pagar ese incremento calculándolo sobre el total de las remuneraciones imponibles, esto es, de una manera distinta a la prevista expresamente en el artículo 2°, inciso segundo, de ese texto normativo y en la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de esta Entidad.

Pues bien, frente a lo que se estimó una nueva interpretación en esta materia, diversas entidades edilicias, la Asociación Chilena de Municipalidades, agrupaciones de funcionarios municipales y servidores de esas reparticiones, formularon una consulta a la Contraloría General destinada a precisar los términos del referido oficio N° 8.466, de 2008, la que fue respondida en el dictamen N°

44.764, de 18 de agosto de 2009, el que reiterando la doctrina uniforme sobre la materia, aclaró la indicada interpretación dada a tal pronunciamiento, en cuanto a que el incremento contemplado en la normativa antes referida, debe calcularse aplicando el factor que corresponde solo sobre las remuneraciones que al 28 de febrero de 1981 se encontraban afectas a cotizaciones previsionales, y no a las creadas o establecidas con posterioridad, las que no gozan del beneficio dispuesto por el legislador, tal como lo preceptúa la norma legal aludida.

Luego, las dudas planteadas por varias municipalidades y funcionarios de las mismas, en torno a cómo proceder en los casos en que, de hecho, el pago del incremento se había verificado erróneamente del modo descrito, o estaba por ejecutarse de esa manera, fueron atendidas en el dictamen N° 50.142, de 9 de septiembre de 2009.

Al respecto, cabe agregar que esta Contraloría General, al fijar parámetros generales, específicamente, a través de los citados dictámenes N°s. 44.764 y 50.142, ambos de 2009, aplicables a todos quienes se encuentran en la misma situación, no ha hecho sino dar estricto cumplimiento al principio de igualdad, por cuanto mediante su actuar, ha dispuesto que ningún funcionario municipal perciba el incremento de remuneraciones de una manera diversa a la prevista en el texto normativo que lo establece.

Sostener un criterio en contrario, produciría una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, pues del total de beneficiarios del aludido incremento habría un grupo reducido de servidores que gozarían de aquel, determinado sobre la base de un monto mayor al que jurídicamente corresponde, en contraste con la mayoría de los servidores que perciben ese beneficio en conformidad con la ley.

Asimismo, se debe hacer presente que en el citado dictamen N° 8.466, de 2008, este Ente de Control jamás consignó que mediante aquel se reconsideraba la jurisprudencia sobre la materia o se dejaba sin efecto algún pronunciamiento anterior, sea de manera específica o genérica, como suele indicarse en los casos en que sí acontece, porque precisamente esa no era la situación; resultando, de este modo, inexplicable, que únicamente en el ámbito municipal se haya interpretado de manera equívoca el anotado oficio -a diferencia de las demás entidades del sector público, las que han pagado correctamente el emolumento analizado-, desconociendo no solo el tenor literal de la norma en estudio, sino que además la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, emitida en relación a la forma de cálculo del mencionado **incremento previsional**.

3. Acciones de control llevadas a cabo por este Organismo de Fiscalización ante el pago indebido del **incremento previsional** por parte de algunas municipalidades del país.

En relación con la materia, cabe indicar que los pagos indebidos que comenzaron a efectuarse con posterioridad al citado dictamen N° 8.466, de 2008, continuaron realizándose -incluso con efecto retroactivo- no obstante que el criterio expuesto en aquel, como ya se ha mencionado, fue aclarado mediante los aludidos dictámenes N°s. 44.764 y 50.142, ambos de 2009, luego de los cuales este Organismo de Control, de conformidad con las facultades legales y constitucionales que le otorga el ordenamiento jurídico, ha realizado una serie de acciones orientadas a resguardar el patrimonio público.

Pues bien, acorde con las referidas atribuciones, este Ente Contralor en octubre de 2009, emitió oficios a todas las municipalidades del país, con el objeto que informaran sobre el particular, oportunidad en la que de los 345 municipios a nivel nacional, 286 de ellos -lo que equivale a un 82,3%- indicaron haber realizado pagos indebidos por concepto del **incremento previsional**, de lo cual se desprende que si bien un número importante de las entidades edilicias del país incurrieron en el aludido desembolso irregular, existe un porcentaje que, aun cuando es menor, ha pagado correctamente el emolumento de que se trata. El detalle de los municipios que informaron consta en el anexo N° 2.

Con la información recabada, en el mes de octubre de 2010 el Contralor General, en virtud de la precisa facultad que en tal sentido le confiere el artículo 67, inciso primero, de la ley N° 10.336, procedió a emitir resoluciones para cada una de las entidades edilicias que habían incurrido en pagos improcedentes, ordenando el reintegro de las sumas enteradas indebidamente y la restitución por parte de los funcionarios respectivos, de las cantidades individualmente percibidas - por un monto que asciende a \$14.007.831.583-, en las cuales se hizo presente la posibilidad de solicitar facilidades para el reintegro o liberación, total o parcial, de lo adeudado, cuyo detalle consta en el anexo N° 3.

Luego de emitidas las órdenes de reintegro a que se ha hecho referencia, 106 municipios solicitaron, a nombre de todos o algunos de sus funcionarios, la condonación de las sumas mal percibidas, o facilidades para su reintegro, peticiones que fueron analizadas caso a caso, y a las cuales se accedió total o parcialmente teniendo en consideración los requisitos y criterios que se indicarán en el apartado relativo al requerimiento que se formula en la presentación de la especie. El detalle de los municipios solicitantes consta en el anexo N° 2.

No obstante la voluntad de algunos municipios por regularizar los mencionados pagos indebidos, solo entre el mes de noviembre de 2010 y agosto de 2011, esta Contraloría General recibió cerca de 100 presentaciones efectuadas por diversas entidades edilicias, tendientes a eludir el cumplimiento de las citadas resoluciones de reintegro, utilizando diversos argumentos, tales como, la existencia de sentencias que resolvieron recursos de protección sobre la materia, la circunstancia de haberse interpuesto demandas por parte de funcionarios municipales, las transacciones suscritas en el marco de esas acciones judiciales, el error común en que habría incurrido la generalidad de los órganos comunales del país y la buena fe de los servidores que percibieron el beneficio de que se trata.

En relación con dichas presentaciones, cabe señalar que en aquellos específicos casos en que se dictó por las Cortes de Apelaciones sentencias que impedían dar cumplimiento a las respectivas resoluciones que ordenaron el reintegro, o de la suscripción de una transacción a fin de poner término a una demanda judicial, que ha sido luego aprobada por el pertinente tribunal, esta Contraloría General acogió las peticiones formuladas, con el objeto de evitar un eventual desacato de la correspondiente resolución judicial.

En los restantes casos, en que no existió un fallo judicial o equivalente jurisdiccional en sentido diverso, la respuesta de este Organismo Fiscalizador a las presentaciones aludidas reiteró la orden de reintegro de las sumas pagadas indebidamente por concepto de **incremento previsional**, desestimando las alegaciones y argumentos planteados por los municipios.

Así también, cabe señalar que este Ente Contralor ha llevado a cabo diversas fiscalizaciones, entre las cuales destaca la que dio origen al Informe Final N° 74, de 2011, Consolidado Nacional **Incremento Previsional**, que comprende el período 2009-2010, y que abarcó 118 municipios. Entre las conclusiones a que se arribó, es dable hacer presente que durante el año 2009, 11 de las referidas entidades pagaron correctamente el **incremento previsional**, en tanto, los 107 municipios restantes incurrieron en desembolsos indebidos por un monto ascendente a \$7.443.156.625.-, sin perjuicio que 79 de aquellos, corrigieron la modalidad de cálculo durante la citada anualidad. Por su parte, en el período 2010 se detectó que de los 118 municipios fiscalizados, 77 de ellos calcularon y pagaron conforme a la normativa y jurisprudencia de esta Entidad, por el contrario 41 no se ajustaron a derecho. El informe en comento se adjunta en el anexo N° 4.

Luego, en noviembre de 2011, fueron requeridas nuevamente todas las municipalidades del país, a objeto que informaran acerca de la existencia de causas judiciales relacionadas con la materia, cuyo detalle se analizará en el acápite relativo a dicha materia.

En relación con los pagos indebidos de que se trata, este Organismo de Control ha iniciado juicios de cuentas a objeto de hacer efectiva la responsabilidad civil emanada de tales dispendios, efectuándose hasta la fecha 50 reparos -cuyo detalle consta en el anexo N° 5-, por un monto que asciende a \$3.670.829.971.-, de los cuales 30 corresponden a sumas pagadas retroactivamente, como también, ha incoado sumarios administrativos tendientes a hacer efectivas las responsabilidades pertinentes.

Asimismo, cabe destacar que esta Entidad Fiscalizadora ha emitido más de 100 pronunciamientos referentes a la materia que nos ocupa, entre los cuales se destacan los informes N°s. 42.546, 56.188, y 80.781, todos de 2011, dirigidos al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Presidente de la República y al Consejo de Defensa del Estado, respectivamente, con la finalidad de poner en conocimiento de aquellos, la especial situación acontecida en el ámbito municipal respecto del erróneo cálculo del emolumento analizado.

Además de las medidas antes mencionadas, es necesario hacer presente que esta Contraloría General ha sostenido múltiples reuniones con los distintos entes relacionados con la materia en comento, entre los cuales es dable destacar aquellas efectuadas con la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, con la Asociación Chilena de Municipalidades y el Consejo de Defensa del Estado, a objeto de dar solución a la problemática que se analiza.

4. Acciones efectuadas por los municipios y las asociaciones de funcionarios, con el fin de evadir las órdenes emanadas de este Organismo Fiscalizador.

Sin perjuicio de las medidas de control precedentemente indicadas y no obstante la claridad de los pronunciamientos emitidos por esta Contraloría General acerca del reintegro de los montos pagados indebidamente y las múltiples ocasiones en que los criterios contenidos en los mismos se han reiterado, varias municipalidades, a través de sus respectivos alcaldes, quienes por lo demás, también se han visto beneficiados con el pago del **incremento previsional** -asunto al que se hará mención más adelante-, han perseverado en su afán de eludir el cumplimiento de las órdenes impartidas por esta Entidad.

A este respecto, cabe hacer presente que del idéntico tenor de muchas de las presentaciones formuladas por las entidades edilicias ante esta Contraloría General, sobre todo las de aquellas que

pertenecen a una misma región o localidad, queda de manifiesto que un número importante de ellas ha actuado de manera conjunta o concertada, tal como consta del comunicado de 21 de octubre de 2009, de la Confederación Nacional de Funcionarios de Chile "ASEMUCH", cuya copia se adjunta para su conocimiento, en el anexo N° 6.

El citado documento instruye a las Federaciones y Asociaciones de Funcionarios Bases a nivel nacional, la respuesta que los municipios debían emitir en relación con las solicitudes de informe formuladas por esta Entidad de Control, en octubre de 2009, a las municipalidades del país, sobre la forma cómo se estaba calculando y pagando el **incremento previsional**.

Al efecto, indica "Que, las municipalidades informen que si pagaron, para que el Contralor al estar en presencia de un número muy significativo de municipios con cumplimiento efectivo del pago del **incremento** se vea en la obligación de examinar con mayor detención cualesquiera acción que pretenda iniciar", indicando, asimismo, "que el pago se extendió por el máximo de meses y cuándo, efectivamente, se decidió suspenderlo". Añade, "Que, respecto de aquellos municipios que no habiendo dictado un decreto o resolución que suspendiese el pago, aun así dejaron de pagar el **incremento**, informarlo en esos términos, sin mencionar antecedente alguno de los recursos pendientes ante los tribunales".

Como puede advertirse, tales instrucciones tienen como finalidad última persistir en el pago irregular fundado en la errónea forma de cálculo del **incremento previsional**, pese a que -para entonces- esta Contraloría General ya había aclarado suficientemente cualquier eventual confusión mediante el dictamen N° 44.764, de 2009, o, al menos, prolongar el tiempo durante el cual se siguiera pagando dicho beneficio indebidamente, con el consecuente perjuicio al patrimonio municipal, denotando, indudablemente, un actuar coordinado entre los municipios, sus alcaldes, y los entes gremiales respectivos.

Por su parte, las asociaciones de funcionarios municipales a nivel regional y nacional, han efectuado innumerables actuaciones con el propósito indicado precedentemente, particularmente, a partir del año 2009, de las cuales queda en evidencia la intención positiva de los funcionarios municipales representados por dichas entidades gremiales, en orden a aprovecharse de una interpretación a todas luces errónea, ejerciendo presiones ilegítimas ante las autoridades comunales, a objeto de obtener un beneficio que no les corresponde, amenazando con movilizaciones y paralizaciones, algunas de las cuales se concretaron contraviniendo texto constitucional expreso en ese sentido - artículo 19, número 16°, inciso final, de la Carta Fundamental-, con el consiguiente perjuicio a la continuidad en la función municipal y la prestación de servicios a la comunidad.

En este orden de ideas, es necesario indicar, además, que durante el mes de junio de 2011, el Presidente y el Secretario General de la Confederación Nacional de Funcionarios de Chile "ASEMUCH", presentaron ante la Organización Internacional del Trabajo -en el marco de la 100ª versión de la Reunión de la Conferencia Mundial de esa entidad- una reclamación en contra del Estado chileno en relación con la forma de cálculo del **incremento previsional**, la que se fundamentó, precisamente, en la equívoca interpretación que parte importante del sector municipal efectuó respecto del tantas veces mencionado dictamen N° 8.466, de 2008.

La anotada entidad gremial plantea en dicha reclamación que la exclusión, para efectos de determinar la remuneración imponible a la que se debe aplicar el aludido **incremento**, en el caso de los trabajadores municipales, de las asignaciones de antigüedad, mejoramiento de la gestión

municipal, asignación municipal, asignación de zona y del pago de horas extraordinarias, vulneraría los Convenios N°s. 35 y 37, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Chile -sobre seguro de vejez e invalidez, respectivamente-, al incidir en la determinación de lo que se entiende por salario o remuneración, para los efectos del cálculo del monto de las cotizaciones que deben efectuarse para dichos seguros.

Al respecto, este Organismo Contralor a través del dictamen N° 15.446, de 2013, analizó cada una de las mencionadas asignaciones, concluyendo, en síntesis, que los referidos emolumentos no pueden considerarse en la determinación del **incremento** en estudio, ya sea por haberse establecido con posterioridad al 28 de febrero de 1981, por no estar afectos a imposiciones a esa data o derechamente por no tener ese carácter, según sea el caso.

5. Acciones judiciales interpuestas por las municipalidades, sus funcionarios o las entidades gremiales que los representan, en relación con la determinación de la forma de cálculo del **incremento previsional**.

Con el mismo objetivo analizado en el acápite precedente, las municipalidades y sus funcionarios, por sí o a través de las asociaciones que los representan, iniciaron acciones judiciales a fin de que en sede jurisdiccional, se determine la forma de cálculo del **incremento previsional**, de una manera distinta a la establecida legal y jurisprudencialmente, respecto de las cuales el Consejo de Defensa del Estado, ha debido asumir la representación de esta Entidad de Control y de algunos de los municipios demandados.

De acuerdo con lo informado por el Consejo de Defensa del Estado, se han entablado un total de 209 demandas con el objeto que se declare a favor de los actores el pago del emolumento en estudio, determinado mediante una base de cálculo que no se ajusta a derecho.

El total de causas judiciales se desglosa de la siguiente manera: 112 corresponden a juicios ordinarios -cobro de prestaciones, de pesos o de cotizaciones **previsionales**- tramitados en juzgados civiles o laborales, en contra de la municipalidad correspondiente; en tanto las 97 acciones restantes, se refieren a demandas de nulidad de derecho público, de las cuales 63 fueron presentadas en contra de esta Entidad de Control -incluyendo, en algunos casos también a municipalidades-, y 34, entabladas solo respecto de municipios. Además, se han interpuesto 170 recursos de protección, 26 en contra de este Organismo y 144 en contra de municipalidades. El detalle precedente consta en el anexo N° 7.

En relación con las acciones de protección, es menester indicar que aquellas han sido desestimadas por la Corte Suprema en su totalidad, y por las Cortes de Apelaciones, en su mayoría -declaradas inadmisibles o derechamente rechazadas-, habiéndose acogido por estas últimas, un número menor, únicamente en razón de aspectos formales; en tanto que, de las demás acciones judiciales referidas, algunas están actualmente en tramitación, mientras que un número importante han sido archivadas o rechazadas y, a otras se les ha puesto término a través de avenimiento o transacción judicial.

Pues bien, ante el fracaso de los recursos de protección interpuestos por los empleados municipales y las entidades edilicias, estas han acudido a equivalentes jurisdiccionales a fin de consolidar el derecho de los funcionarios a percibir el **incremento previsional**, al margen de la ley, de la jurisprudencia e, inclusive, de lo que pudieren resolver los Tribunales de Justicia sobre el particular.

Dicha estrategia no tiene otro propósito que intentar evadir la institucionalidad vigente, y excluir de las acciones jurisdiccionales en tramitación, a este Organismo de Control, así como impedir la participación del Consejo de Defensa del Estado.

En efecto, del tenor de los citados equivalentes jurisdiccionales, se aprecia que aquellos no tienen otro fin que poner término a los respectivos litigios, mediante un acuerdo que se limita a acoger las pretensiones de los actores, prescindiendo del análisis jurídico que hubiera podido realizar el respectivo tribunal, evitando de este modo que la posición de esta Entidad sea considerada en el juicio, debiendo hacerse presente que resulta cuestionable la validez de tales transacciones y avenimientos, habida cuenta que no se advierte que en la especie se hayan cumplido los requisitos establecidos en el artículo 2.446 del Código Civil en relación con las concesiones mutuas y sacrificios recíprocos que deben efectuarse, razón por la cual el Consejo de Defensa del Estado ha iniciado acciones de nulidad de derecho público a su respecto, las que de acuerdo con lo informado por dicho organismo, al mes de junio de 2014, ascienden a 78 demandas, cuyo detalle consta en el documento contenido en el anexo N° 7.

En este orden de ideas, es menester tener en consideración la particular situación de los alcaldes que también han percibido los aludidos pagos indebidos, accediendo a la suscripción de acuerdos de los que han sido beneficiarios, en detrimento del interés público comprometido, el que precisamente están obligados a resguardar, y faltando gravemente al principio de probidad administrativa. Cabe agregar, que dichas autoridades comunales entre noviembre de 2010 y hasta julio de 2012, solicitaron a este Organismo de Control, la condonación de las sumas adeudadas por un total de \$216.087.864.-, acciéndose la condonación de \$120.546.853.-, quedando subsistente una deuda de \$95.541.011.-.

Especial mención merece el caso del alcalde de la Municipalidad de Tucapel, quien debió cesar en su cargo, en cumplimiento de la sentencia de 12 de enero de 2012, del Tribunal Electoral Regional del Bío-Bío, confirmada por el Tribunal Calificador de Elecciones, con fecha 20 de marzo del mismo año, por la causal contenida en el artículo 59, inciso tercero, de la ley N° 18.695, vale decir, inhabilidad sobreviniente, para desempeñar el cargo de alcalde, específicamente, por tener litigios pendientes con la municipalidad respectiva, con motivo de la acción judicial que interpuso reclamando el pago del **incremento previsional**, en calidad de demandante, durante el desempeño de su mandato. El aludido fallo se adjunta en el anexo N° 8.

6. Otras consideraciones.

Por otra parte, cabe destacar que la situación generada en torno al erróneo cálculo del **incremento previsional**, tuvo una amplia cobertura en los medios de comunicación a nivel nacional, particularmente escritos, cuyas notas de prensa se adjuntan para su conocimiento en el anexo N° 9, a través de las cuales se confirma un actuar doloso y concertado de los servidores que percibieron los pagos indebidos a que se ha hecho alusión.

A modo ejemplar, se debe mencionar la inserción pública efectuada por la Asociación de Funcionarios Municipales de Punta Arenas, en el diario "La Prensa Austral de Punta Arenas", de fecha 19 de agosto de 2009, en el cual la citada entidad gremial conmina al alcalde de ese órgano comunal a que pague el **incremento previsional** de acuerdo a sus pretensiones, anunciando la presentación de una acusación por notable abandono de deberes en su contra de no hacerlo. Por su parte, de las notas contenidas en "El Rancagüino", de fecha 20 y 21 del mes y año citado; en "La

Prensa”, de Curicó, de fecha 14 de septiembre de la misma anualidad, aparece que la ASEMUCH anuncia movilizaciones, paros e incluso acciones judiciales relativas al pago del **incremento previsional**, efectuando un claro llamado a desestimar la jurisprudencia emanada de esta Contraloría General.

Asimismo, las notas contenidas en “El Día” de La Serena -online-, de 4 de septiembre de 2010, que da cuenta de la ratificación por parte del Concejo de la Municipalidad de Coquimbo, del aumento indebido de remuneraciones originado por la errónea interpretación del dictamen N° 8.466, de 2008, ya mencionado; en “El Mercurio”, cuerpo D, de 7 de noviembre de 2010, en el que, por una parte, queda de manifiesto que el pago indebido que se analiza, se efectuó incluso antes de la emisión de la jurisprudencia que aclaró la materia, en muchos casos motivado por la presión ejercida por los funcionarios y, por otra, destaca la preocupación del gobierno de la época sobre el particular.

En este orden de ideas, conviene citar, además, las notas contenidas en “La Segunda online” de 28 de septiembre de 2011, relativa a la reunión sostenida por el Contralor General con el entonces Presidente de la República a objeto de informarle la situación originada en el ámbito municipal respecto del **incremento previsional**, y aquella publicada en el diario “El Siglo”, de 31 de agosto de 2012, en la que consta el llamado formulado por la ASEMUCH exigiendo a nivel gubernamental, una solución acerca de la materia a fin de que se les reconozca el pago indebido del emolumento en cuestión.

Como puede advertirse de las consideraciones anotadas precedentemente, el actuar de las diversas entidades edilicias y de sus funcionarios, destinado a consolidar para aquellos la percepción del **incremento previsional** calculado de una forma distinta a la establecida en la ley, eludiendo, de este modo, el cumplimiento de la jurisprudencia emanada de esta Contraloría General y las órdenes de reintegro del mismo origen, no solo atenta contra las atribuciones que la Carta Fundamental y la ley asignan a este Organismo de Control respecto de entes sometidos a su fiscalización, como son los municipios, sino que vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues se beneficia a algunos servidores municipales en desmedro de otros y de los demás funcionarios públicos que tienen derecho a percibir el **incremento previsional** -a quienes este se les paga en la forma prevista por la ley-, ocasionando un grave perjuicio al patrimonio de sus respectivos municipios.

Sobre este aspecto, cabe señalar que a través de dicha vía las municipalidades que incurrieron en los anotados pagos indebidos, fijaron las remuneraciones de su personal por un medio distinto al contemplado en la Constitución Política de la República, que corresponde a una materia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, según lo previene el artículo 65, numeral 4°, de la Carta Fundamental, toda vez que al modificar la base de cálculo del emolumento en estudio, mediante la incorporación de asignaciones que no estaban afectas a imposiciones al 28 de febrero de 1981, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 2° del citado decreto ley N° 3.501, de 1980, aumentaron artificialmente su retribución mensual, en un monto que jurídicamente no les corresponde.

7. Procedencia de ejercer la facultad a que se refiere el artículo 67, incisos cuarto y quinto, de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General.

Establecido lo anterior, corresponde referirse a la situación específica que se plantea, relativa al ejercicio de la facultad contenida en el artículo 67, incisos cuarto y quinto, de la citada ley N° 10.336,

respecto de los juicios de cuentas y procedimientos sumariales relativos al pago indebido del tantas veces mencionado **incremento previsional**.

Sobre el particular, se debe reiterar que tanto los juicios de cuentas como los sumarios a que aluden los parlamentarios ocurrentes, constituyen algunas de las acciones desarrolladas por este Organismo de Control en ejercicio de las atribuciones que el ordenamiento le confiere, con la finalidad de resguardar el principio de legalidad y el patrimonio público involucrado.

Pues bien, el mencionado artículo 67, en lo que interesa, concede al Contralor General la facultad de ordenar que se descuenten de las remuneraciones de los funcionarios de los organismos y servicios que controla, en las condiciones que determine y adoptando los resguardos necesarios, las sumas que éstos adeuden por concepto de beneficios pecuniarios que hayan percibido indebidamente.

La citada norma, en su inciso cuarto, señala que salvo el caso en que la obligación derive de una sentencia judicial, el Contralor podrá, por resolución fundada, liberar total o parcialmente de la restitución o del pago de las remuneraciones a que se alude en sus incisos anteriores, cuando, a su juicio, hubiere habido buena fe o justa causa de error.

Agrega el inciso quinto del aludido precepto, que cuando en uso de sus facultades el Contralor General libere total o parcialmente a los funcionarios o ex funcionarios de la restitución de los valores que hubiesen percibido indebidamente, pero de buena fe, alcanzará también a quienes hayan ordenado o efectuado el pago, salvo que disponga lo contrario, atendidas las circunstancias especiales que procedan en cada caso.

Como puede advertirse, para que se acceda total o parcialmente a una solicitud de condonación, es necesaria la concurrencia de ciertos requisitos, entre los cuales destaca la existencia de buena fe o justa causa de error y, además, deben analizarse las circunstancias específicas en cada situación particular, tales como la oportunidad en que se presenta la petición, antecedentes socio-económicos de los interesados, entre otros (aplica criterio contenido en el dictamen N° 33.231, de 2011).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer presente que la posibilidad de impetrar la condonación, dice relación únicamente con los pagos realizados con anterioridad a la emisión de los citados dictámenes N°s. 44.764 y 50.142, ambos de 2009, toda vez que solo hasta entonces es dable considerar que ha concurrido buena fe en dicho desembolso; y, aún para esos casos, ello debe ser evaluado en cada situación (aplica dictamen N° 42.546, de 2011).

Lo anterior, por cuanto los pagos indebidos efectuados con posterioridad a la emisión de los pronunciamientos recién aludidos, implican un desconocimiento o contravención a la jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Fiscalización, que resulta obligatoria para los organismos sometidos a su control -entre ellos las municipalidades-, motivo por el cual, respecto de los funcionarios municipales que incurrieron en los desembolsos improcedentes a que se ha hecho referencia, se instruyeron juicios de cuentas a objeto de hacer efectiva su responsabilidad civil.

Además, acorde con el dictamen N° 53.069, de 2009, debe señalarse que si bien el artículo 67 de la ley N° 10.336 permite al Contralor General condonar u otorgar facilidades para el reintegro de remuneraciones indebidamente percibidas, cuando exista buena fe o justa causa de error, para

acceder a dichas peticiones, es necesario analizar cada caso particular, lo cual requiere que el funcionario afectado impetre su solicitud en forma individual, o bien, ello se verifique de manera colectiva, pero identificando específicamente a los requirentes y el monto que adeudan.

En este contexto, cabe concluir que no es posible aplicar al requerimiento de la especie, la facultad prevista en el citado artículo 67 de la ley N° 10.336, considerando los términos genéricos en que ha sido planteado.

Con todo, resulta pertinente reiterar que las solicitudes que sobre la materia puedan formularse ante esta Entidad de Control, deberán cumplir los requisitos a que se ha hecho referencia y, particularmente, tratarse de pagos efectuados con anterioridad a la emisión de la jurisprudencia anotada precedentemente -dictámenes N°s. 44.764 y 50.142, ambos de 2009-, a fin de que se configure la existencia de buena fe o justa causa de error, además de las otras circunstancias que sea del caso considerar.

No obstante lo expuesto, es menester hacer presente que, aun cuando se diera lugar a peticiones de condonación que en lo sucesivo puedan formularse, ello no paraliza la tramitación de los juicios de cuentas y sumarios respectivos, los que deberán seguir su curso, ponderándose en tales procesos dicho antecedente al momento de verificar la concurrencia o no de la responsabilidad que por su intermedio se persigue.

Al respecto, el artículo 60 de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General establece que “Todo funcionario cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes a que se refiere el artículo 1°, será responsable de éstos, en conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias”.

Por su parte, el artículo 61 del citado texto legal dispone que “Los funcionarios que tengan a su cargo fondos o bienes de los señalados en el artículo anterior serán responsables de su uso, abuso o empleo ilegal y de toda pérdida o deterioro de los mismos que se produzca, imputables a su culpa o negligencia”.

Añade el inciso segundo del mismo precepto que “La responsabilidad civil derivada de hechos investigados en un sumario administrativo se hará efectiva en la forma que se establece en el artículo 129°, sin perjuicio de la facultad del Contralor para ordenar que se retengan las remuneraciones, desahucios o pensiones del funcionario o exfuncionario, cuando se trate de fondos de que éste aparezca directamente responsable en el sumario”.

A su turno, el artículo 62 del cuerpo normativo en comento señala que “Ningún funcionario quedará libre de la responsabilidad civil derivada de la pérdida, merma, hurto o deterioro de los bienes que administre o custodie a que se refiere el artículo 1°, mientras el Contralor no lo haya exonerado expresamente de dicha responsabilidad, al término del sumario que para estos efectos se incoare”.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa de este Ente Contralor, contenida, entre otros, en el dictamen N° 61.618, de 2009, ha precisado que la responsabilidad civil que irroga la pérdida o deterioro de los fondos o bienes del Estado, en los casos en que el daño aparezca relacionado con la infracción de deberes y prohibiciones funcionarias, comprobada en un sumario administrativo, debe hacerse efectiva ante los organismos jurisdiccionales competentes, esto es, los Tribunales Ordinarios de Justicia o el Juzgado de Cuentas de este Organismo de Control.

Ahora bien, en lo que concierne a los juicios de cuentas, cabe indicar que acorde con los artículos 107 y siguientes de la citada ley N° 10.336, estos son instruidos por el Tribunal de Cuentas, que constituye un órgano jurisdiccional, cuyo objetivo es sustanciar un proceso contencioso administrativo, destinado a determinar y hacer efectiva la responsabilidad pecuniaria que afecte a funcionarios públicos que han causado un daño al patrimonio del Estado. Así, por mandato constitucional, aquel está inserto en la estructura de la Contraloría General de la República, sin embargo, por tratarse de un tribunal, ejerce jurisdicción con absoluta independencia del Ente Contralor, sujetándose al procedimiento especial que la ley determina.

Luego, la responsabilidad que se persigue en los correspondientes procedimientos, dice relación con los funcionarios que, estando en conocimiento que los referidos pagos no podían realizarse, perseveraron en aquellos incluso efectuándolos con carácter retroactivo, como aconteció en algunos municipios, la cual debe ser investigada y, en su caso, sancionada.

Resulta, por ende, evidente, que ella difiere de la percepción indebida del emolumento en cuestión, pues en esos procesos no se persigue a quien recibió de tal modo el **incremento previsional** -quien, por lo demás, pudo acceder a la condonación o facilidades para el reintegro de las correspondientes sumas-, sino a aquellos que con su actuar negligente o doloso generaron un daño al patrimonio municipal al disponer dicho pago.

Por su parte, los sumarios instruidos por este Organismo de Control tienen por objeto determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios sujetos a su fiscalización, la que no necesariamente radica en quienes percibieron el **incremento**, sino que también alcanza a los servidores que administran o custodian los bienes municipales.

De acuerdo con lo expuesto, y dado que conforme lo dispone el artículo 18 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la responsabilidad administrativa, es independiente de la civil y la penal, los juicios de cuentas y sumarios respectivos proseguirán su tramitación, con autonomía de la decisión que se adopte en relación con las solicitudes de condonación que en lo sucesivo puedan formularse.

Finalmente, es del caso señalar que la eventual solución integral de la problemática planteada, atendidas las diversas acciones judiciales impetradas al efecto a lo largo del país, corresponde a los tribunales de justicia -sobre lo cual, debe destacarse el fallo de la Excm. Corte Suprema de 20 de mayo de 2013, dictado en causa Rol N° 1.764-12, que rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por funcionarios de la Municipalidad de Punta Arenas, concordando plenamente con los pronunciamientos vertidos por esta Contraloría General, cuya copia se adjunta en el anexo N° 8-, o bien, a través de la vía legislativa.

Para una mejor ilustración de la materia, se acompañan para su conocimiento y fines que estime pertinentes, el anexo N° 1, que contiene fotocopias de los dictámenes N°s. 27.108, de 1983; 40.282, de 1997; 28.993, de 1998; 4.126, de 2001; 329, de 2006; 8.466, de 2008; 44.764, 50.142, 53.069 y 61.618, todos de 2009; 33.321, 42.546, 56.188, y 80.781, todos de 2011; y 15.446, de 2013; todos de esta Contraloría General, citados a lo largo del presente oficio; el anexo N° 2, que detalla los municipios que informaron pagos erróneos del **incremento previsional**; el anexo N° 3, referente a las resoluciones de reintegro; el anexo N° 4, que adjunta Informe Final N° 74, de 2011, Consolidado Nacional **Incremento Previsional**; el anexo N° 5, referente a los juicios de cuentas iniciados por esta Entidad Fiscalizadora; el anexo N° 6, que acompaña copia del comunicado emitido por la ASEMUCH,

de 21 de octubre de 2009; el anexo N° 7, relativo a las causas judiciales interpuestas en relación con el anotado emolumento; el anexo N° 8, que contiene el fallo de la Excma. Corte Suprema, dictado en la causa Rol N° 1.764-12, y las sentencias de 12 de enero y 20 de marzo, ambas de 2012, del Tribunal Electoral Regional del Bío-Bío, y el Tribunal Calificador de Elecciones, respectivamente; y el anexo N° 9, que adjunta la información de prensa generada en torno al erróneo cálculo del **incremento previsional**.

Transcríbese a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; al Consejo de Defensa del Estado; a la Asociación Chilena de Municipalidades; a la Asociación de Municipalidades de Chile; a todas las Contralorías Regionales; a la División Jurídica, a la División de Personal de la Administración del Estado, a la Fiscalía, y a la Subdivisión de Auditoría e Inspección de la División de Municipalidades, todas de esta Entidad de Control.

Saluda atentamente a Ud.

Ramiro
Contralor General de la República

Mendoza

Zúñiga