

Talca, cuatro de enero de dos mil once.

**VISTOS:**

A fojas 35, comparece Pedro Enrique Verdugo Palma, funcionario público, en representación, en su calidad de Presidente de la Asociación de Funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Talca, de más de doscientos funcionarios que individualiza en su libelo, deduciendo recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República, representada por el Contralor General de la República, don Ramiro Mendoza Zúñiga y en contra la I. Municipalidad de Talca, representada por su Alcalde don Juan Castro Prieto, por sus actos arbitrarios e ilegales derivados del contenido y redacción de la Resolución Exenta N° 3564 de 12 de Octubre de 2010 de la Contraloría General de la República y del Decreto Alcaldicio N° 4271 de 27 de Octubre de 2010, en virtud de los cuales tanto el órgano contralor como el Municipio recurrido privan del derecho de percibir un reajuste de remuneraciones a los funcionarios que no han recibido efectivamente el pago y ordena la devolución de los dineros percibidos a aquellos que a esta fecha efectivamente si lo han recibido el incremento previsional del artículo 2 del Decreto Ley N° 3501 de 1980, en la forma prevista por el Dictamen 8466 de 2008 de la Contraloría General de la República.

Expresa el recurrente que hasta antes del Dictamen N°8.466 de 2008, la Contraloría General de la República habría sostenido que el incremento remuneracional contemplado en el artículo 2° del D.L. 3501, de 1980, debía calcularse considerando sólo los emolumentos imponibles vigentes al 28 de febrero de 1981. Sin embargo, el Dictamen en comento dispuso que debía efectuarse el cálculo en cuestión considerando todas las remuneraciones imponibles, incluso las creadas o establecidas con posterioridad a la fecha indicada.

Así, en virtud del Dictamen N°44.764, de 18 de agosto de 2009, se ratificó el predicamento existente antes del Dictamen

Nº8466/08, dándose origen a dos tipos de funcionarios: los que recibieron el pago con cálculo de base amplia, Dictamen Nº8466/08, y los que lo recibieron con cálculo de base restrictiva, Dictamen Nº44764/09, que volvió al criterio anterior del Dictamen 8466/08. De esta forma, los recurrentes recibieron el pago con base restrictiva.

Asimismo expresa que el Dictamen Nº50.142, de 09 de septiembre de 2009, sostuvo que los municipios que efectuaron pagos con base amplia deben corregir el cálculo, considerando los elementos existentes con anterioridad al 28 de febrero de 1981, y requiriendo de los funcionarios la devolución de los estipendios mal pagados, porque de no hacerse así se produciría una situación de enriquecimiento injusto.

De esta forma, el recurrente sostiene que el ejercicio de la potestad dictaminadora constituye un acto administrativo obligatorio y vinculante para los órganos de la administración, que se refuerza con la circunstancia de que rigen para el futuro, sin que tengan efecto retroactivo, incluso los que reconsideran otro acto anterior. El dictamen del año 2008 tuvo contenido favorable a los derechos de los funcionarios, por lo que no puede dejarse sin efecto, pues afectaría situaciones consolidadas, en cuanto a la declaración del derecho y/o a la percepción efectiva del beneficio. Lo contrario viola el derecho de propiedad sobre las remuneraciones y la igualdad ante la ley de quienes no recibieron el pago con el nuevo criterio; lo que importa también afectación de tratados o convenios internacionales.

Consecuencialmente, solicita dejar sin efecto la Resolución Exenta Nº3564 que ordena el reintegro de las sumas percibidas por los recurrentes, y el Decreto Alcaldicio Nº 4721, que establece la suspensión del pago del incremento provisional originado por el artículo 2º del D.L. Nº 3501.

A fojas 79 y siguientes, evacua informe el señor Contralor General de la República, pidiendo el rechazo del recurso por razones formales y de fondo. Señala entre las primeras, que no está fundado

en un derecho indubitado y que es un asunto propio de un juicio de lato conocimiento. Igualmente, aduce la extemporaneidad del recurso, en consideración a que éste recurso no sería más que una excusa para reclamar contra dictámenes dictados previamente y que fueron conocidos por los recurrentes en su oportunidad. En cuanto a las razones de fondo, expresa que no existe ilegalidad ni arbitrariedad en el acto impugnado, que la forma de cálculo sostenida por la Contraloría respecto del beneficio de que se trata se ajusta a derecho, y que no existen las vulneraciones de las garantías o derechos constitucionales señaladas en el recurso.

En cuanto a los hechos, la entidad pública manifiesta que la reiterada jurisprudencia del Órgano Fiscalizador ha concluido que el incremento de que se trata sólo ha podido beneficiar a aquellos estipendios, asignaciones y remuneraciones imponibles que existían en el régimen remuneratorio vigente al 28 de febrero de 1981.

Así, debido a la consulta formulada por un funcionario del Servicio de Salud Araucanía Sur, acerca de la posibilidad de percibir el incremento del artículo 2º del Decreto Ley N°3.501, de 1980, calculado sobre determinadas remuneraciones que en esa oportunidad mencionaba y que eran anteriores a la data indicada precedentemente, el Dictamen N°8.466, del año 2008, determinó que cualquier eventual derecho que le hubiere asistido para obtener las diferencias que pudiesen haberse originado se encontraba prescrito, pues habría transcurrido en exceso el plazo de que disponía para impetrar o intentar su pago o solución. 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 un asunto 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 1º 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%”.*

Continúa señalando que algunas municipalidades entendieron 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 pagaron (como es el caso específico de la Municipalidad de Talca) o estaban por pagar a sus funcionarios ese incremento calculándolo sobre el total de las remuneraciones imponibles. Así, diversas entidades formularon una consulta destinada a precisar los términos del Oficio N°8.466 respondida en el Dictamen N° 44.764, de 2009, reiterando la doctrina uniforme sobre la materia, en cuanto a que el incremento debe calcularse aplicando el factor que corresponde sólo sobre las remuneraciones que al 28 de febrero de 1981 se encontraran afectas a cotizaciones previsionales, y no a las creadas o establecidas con posterioridad, las que no gozan del beneficio establecido por el legislador, tal como señala el citado D.L.

Finalmente, en relación 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, en el Dictamen N° 50.142, de 2009, se concluyó que las autoridades comunales que habían incurrido en el error antes expuesto, debían modificar su actuar y ajustar el cálculo del citado incremento, ordenando la devolución de las sumas mal pagadas. Agrega que la Resolución Exenta N° 3564 únicamente reitera una orden dada previamente en los Dictámenes N°44764 y N°50142 ya mencionados precedentemente, y que al mantener su parecer sobre el fondo del asunto en cuestión no ha infringido ninguna disposición legal ni ha actuado de forma arbitraria. Pidiendo por todo lo anterior que la acción de protección sea desestimada.

Por su parte, a fojas 103, informa la I. Municipalidad de Talca, exponiendo que según su interpretación del Dictamen 8466/2008 comenzó a pagar las remuneraciones de los funcionarios municipales con la reliquidación y el incremento, todo materializado por el Decreto Alcaldicio N° 2494 de 24 de Julio de 2009, el que posteriormente fue suspendido por otro Decreto Alcaldicio (3251/2009) derivado a su vez de otro Dictamen de la Contraloría General de la República (el N° 50.142) que ordenó esta suspensión en el intertanto no se pronunciara la Contraloría sobre la reconsideración de estos últimos Dictámenes que no favorecían la interpretación de los funcionarios municipales. Sin embargo, finalmente la Contraloría debe inhibirse de pronunciarse dado que el asunto fue llevado a la esfera judicial por otro recurso de protección que en definitiva fue rechazado en lo que respecta a la Municipalidad de Talca, aunque señala que en la práctica para evitar inequidades se siguió pagando de acuerdo a lo establecido en el Dictamen 8466/2008. Agrega que en el mes de Enero pasado la Asociación recurrente interpuso una demanda en Juicio Ordinario de cobro de pesos en contra de la Municipalidad y que actualmente está en tramitación. En ese contexto, se recibió la Resolución Exenta 3564 por parte de la Contraloría General de la República que ordena el reintegro de las sumas pagadas indebidamente por su parte con motivo de la presente situación, por tal razón y por serle legalmente obligatorio acatar esta Resolución Exenta procedió a dictar el Decreto Alcaldicio impugnado suspendiendo el pago del incremento y dando curso al reintegro de las sumas señaladas percibidas por los funcionarios de la Municipalidad de Talca, lo que se encuentra suspendido por la orden de no innovar decretada.

Por consiguiente, pide el rechazo del recurso, por no existir acto ilegal ni arbitrario alguno, toda vez que no ha podido actuar de otra forma, atendido el tenor de la Resolución Exenta de la

Contraloría General de la República y de su obligación legal de acatar la misma.

A fojas 158 vuelta se ordenó traer autos en relación.

### **Y, TENIENDO EN CONSIDERACION**

**PRIMERO:** Que, este recurso constitucional, se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales que la misma norma constitucional consagra, frente a los menoscabos que se puedan experimentar como consecuencias de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.

**SEGUNDO:** Que, siendo supuestos de esta acción constitucional la existencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria, que como consecuencia de ésta se prive, perturbe o amenace un derecho y, que el mismo se encuentre señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

**TERCERO:** Que, es exigencia imprescindible de la acción de protección de garantías constitucionales, la presencia de un acto u omisión ilegal, y/o arbitrario, es decir, que sea contraria a la ley o producto de la incoherencia o simple capricho de quien incurre en él y que provoque realidades que afecten una o más de las garantías constitucionales aseguradas, ya sea que estas imposibiliten, perturben, amenacen o alteren su legítimo ejercicio.

**CUARTO:** Que, se está en presencia de un acto u omisión ilegal en aquellos casos en que el acto o la omisión se realizan contraviniendo una norma jurídica, sea de carácter constitucional, legal o reglamentaria; y, de la misma forma un acto u omisión será arbitraria en aquellos casos en que carece de fundamento racional, no posee motivación que la sustente o constituye una discriminación injustificada entre sujetos de derecho de la misma condición, situaciones que no se dan en la especie.

**SEXTO:** Que, si bien, el Decreto Alcaldicio N° 4721 de la I. Municipalidad de Talca, establece la suspensión del pago del

incremento previsional originado por el artículo 2º del D.L. Nº 3501, lo hace fundándose en la Resolución Exenta de la Contraloría General de República, ente contralor y vinculante para la corporación municipal, en lo que respecta a su actuar como órgano de derecho público.

**SEPTIMO:** Que, de la sola lectura de todos los antecedentes que rolan en autos queda de manifiesto que estamos en presencia de un acto arbitrario de parte de la Contraloría General de República, toda vez que la Resolución Exenta Nº3564, sin consignar los fundamentos pertinentes, ordena el reintegro de los dineros recibidos por los actores, perturbando así el derecho de propiedad sobre las remuneraciones legítimamente percibidas por éstos, las cuales han sido incorporadas al patrimonio de los funcionarios municipales recurrentes y respecto de las cuales no pueden ser privados mientras no se establezca que han sido obtenidas por un procedimiento irregular o indebido.

**OCTAVO:** Que, a mayor abundamiento, la situación descrita en esta acción constitucional, emana de un acto unilateral de la Contraloría General de la República, que en el fondo busca subsanar errores contenidos en resoluciones anteriores emanados del mismo órgano contralor, lo cual afecta y vulnera los legítimos derechos de terceros, incorporados a su patrimonio.

Por estos fundamentos, y de conformidad con lo que la Constitución Política de la República, dispone en su artículo 20 y lo previsto en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **SE ACOGE**, el recurso deducido a fojas 35, por don Pedro Enrique Verdugo Palma, en la representación en comparece, en su calidad de Presidente de la Asociación de Funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Talca en contra de la Contraloría General de la República, dejándose sin efecto el acto recurrido con respecto a los recurrente, sin costas y se rechaza en cuanto a la I. Municipalidad de Talca, sin costas.

Acordada con el voto en contra de la Ministra, señora Olga Morales Medina, quien estuvo por rechazar el recurso por no existir en su opinión acto arbitrario, ni ilegal por parte de la recurridas, que afecte las garantías constitucionales de los recurrentes.

Redactada por el Abogado Integrante señor Eduardo del Campo Vial, y del voto su autora.

Regístrese, devuélvase y en su oportunidad, archívese.

**Rol 1024-2010 Civil**