

Santiago, doce febrero de dos mil veinte.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece, FRANCISCO DONOSO CARRASCO, abogado, en representación de don FRANCISCO ESPINOZA CAMPOS, oficial del ejército en retiro, ambos con domicilio en la ciudad de Valparaíso, calle Plaza Justicia N° 45, Oficina 404, quien interpone recurso de protección en contra de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, representada por el Sr. Contralor General don JORGE BERMÚDEZ SOTO, ambos domiciliados en Teatinos N°56 de Santiago, por haber incurrido aquellos en un acto ilegal o arbitrario consistente en la actuación contenida en su Oficio N° 13.979 del 24 de mayo de 2019, por medio del cual se estableció indebidamente nuevos criterios para el acceso a los beneficios previsionales, provocando con ello una discriminación injusta y más desfavorable en perjuicio del Señor Francisco Espinoza Campos, lo que vulnera su garantía fundamental del artículo 19 N° 3 y N° 24, ambos de la Constitución Política de la República, solicitando que a fin de reestablecer su derecho conculcado se disponga que el Oficio N° 13.979, del 24 mayo de 2019 de la referida Contraloría sea dejado sin efecto o, en su defecto, que su contenido sólo puede producir efectos hacía futuro, debiendo darse por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y por DIPRECA pleno cumplimiento a la Resolución N° 1683, del 20 de junio de 2017, de dicha Subsecretaría.-

Fundando su recurso, indica que el señor Francisco Espinoza Campos es un oficial del Ejército retirado del servicio activo desde el mes de febrero de 2008, con pensión del sistema previsional de las Fuerzas Armadas administrada por CAPREDENA y desahucio, conforme a la Resolución N° 133, de 2008. Indica, que ha sido nuevamente contratado como empleado civil por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas con destinación a la Dirección General de Movilización Nacional, en calidad de contrata, Grado 10°, y sujeto al



mismo régimen previsional antes mencionado desde el mes de marzo del 2008.

Señala que en el curso del año 2016, y manteniéndose en servicios en la referida Dirección General de Movilización el recurrente fue diagnosticado con un “cáncer de colón grado IV con metástasis en el hígado”, lo que significó iniciar un agresivo tratamiento de quimioterapia y proyectar futuras intervenciones quirúrgicas.

Indica, que ello inicialmente lo hizo en el marco de los servicios asistenciales que le brindaba su propia institución y sistema previsional, según las capacidades y disponibilidad de recursos médicos y técnicos, sin embargo, en razón de las urgencias de sus tratamientos se vio progresivamente en la necesidad de acudir como particular al sistema asistencial privado con el consiguiente excesivo mayor costo que significa.

Refiere, que en ese contexto decidió someterse a los beneficios previsionales dispuestos en el artículo 177 del D.F.L. N° 1 de 1968, antiguo Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S N° 148, de 1986, vigente de conformidad a lo previsto en el artículo final del D.F.L. N° 1, de 1997, que fijó el nuevo Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en relación con el artículo 91 de la Ley 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Esto, por entender que cumplía con los requisitos para el acceso y goce del beneficio de la reliquidación de su pensión y de un nuevo desahucio. Alega, que la aplicación de dicha normativa y la concesión de dicho beneficio se encontraba respaldada por la administración desde el año 1997, por más de 20 años de aplicación administrativa debidamente respaldada por la Contraloría General de la República a través de la serie sucesiva de toma de razón.

Refiere, que para postular a dicho beneficio previsional, la normativa antes citada solo exige que el postulante tenga una mínima temporalidad, que se desafecte como imponente de CAPREDENA y



que se afilie seguida e inmediatamente al sistema previsional del D.L. N° 3500, de 1981. Señala, que reuniendo todos los requisitos antes referidos, el señor Francisco Espinoza se desafilió a finales del año 2016 y se incorporó al régimen del DL 3500, de 1981 (AFP), luego elevó su solicitud para la reliquidación de su pensión y desahucio conforme a las normas pertinentes y vigentes a la época, y en razón de ello se abrió el expediente N° 8393, de marzo de 2017, el que terminó con Resolución N° 1683, del 20 de junio de 2017, de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, mediante la cual se concedió al recurrente la reliquidación de su pensión y un nuevo desahucio, reconociéndosele el incremento de la pensión que allí se indica a contar del mes de enero de 2017.

Agrega, que dicha resolución fue enviada a la Contraloría General de la República, para ser sometida al trámite de “Toma de Razón”, instancia en la cual fue representada mediante Oficio N° 30749 del 23 de agosto de 2017 por registrar un contrato vigente en la Dirección General de Movilización Nacional para el año 2017, lo que fue comunicado a la Dirección General de Movilización mediante Oficio N° 5186 del 4 de octubre de 2017. Refiere, que la Contraloría tomó razón sin observación alguna de las restantes resoluciones de reliquidación y desahucio de los otros 4 funcionarios de la Dirección General de Movilización Nacional que habían ingresado a dicho trámite conjuntamente con su resolución, por lo que respecto a ellos las correspondientes resoluciones produjeron válidamente sus efectos.

Añade, que se reiteraron en varias oportunidades la solicitud de toma de razón de la resolución que le concedió sus beneficios previsionales, siendo esta última el Oficio N° 1620/3 del 19 de febrero de 2018, el que fue enviado por la Dirección General de Movilización Nacional directamente a la Contraloría General, solicitando un pronunciamiento que explicase las razones jurídicas o de la jurisprudencia de dicha entidad que impedían tomar razón de la Resolución de reliquidación y desahucio que habían sido reconocidos a mi representado y que expusiera las condiciones legales que ella aplica



para reliquidar pensión; la circunstancia de haber sometido bajo esos criterios legales 5 resoluciones de reliquidación en idénticas circunstancias, siendo representada por la Contraloría una de ellas, constituyendo en consecuencia un acto discriminatorio en su contra; que no existe *ex ante* jurisprudencia previa de la Contraloría que haya definido la necesidad del cese de la actividad laboral del solicitante para acceder al beneficio de la reliquidación, y que desde el año 2005 se vienen tramitando dichas solicitudes de la misma manera sin representación de la Contraloría; y que se requiere finalmente un pronunciamiento a la Contraloría en el que se señale “*la normativa legal que impide tramitar la reliquidación de pensión*” del consultante.

Refiere, que transcurrido más de un año sin obtener la respuesta de esta última solicitud, con fecha 22 de febrero de 2019 la Dirección General de Movilización mediante su Oficio N° 1620/4, insiste a la Contraloría, la que emite su pronunciamiento mediante el dictamen N° 13.979 del 24 de mayo de 2019, dirigido a la Dirección General de Movilización con copia a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y que fue le notificado con fecha 17 de julio de 2019.

Afirma, que en dicho pronunciamiento el recurrido fijó una nueva doctrina, a saber: “*solo pueden impetrar la reliquidación de sus pensiones de retiro aquellas personas que se encuentren en situación de retiro*”.

Argumenta, que dicho acto es ilegal y arbitrario, pues es contrario a principios constitucionales y administrativos, en específico el de igualdad, el de confianza legítima y el de prohibición de regresividad y no regresión.

Respecto del derecho del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, argumenta que se produjo una discriminación injusta y más desfavorable en perjuicio de don Francisco Campos, en relación con aquellos se encuentran en la misma posición fáctica y jurídica de aquel, a los cuales si se les concedió dicho beneficio.



En cuanto al principio de confianza legítima, indica que se traduce en la prohibición a la administración de cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente, por lo que se trata de la protección de una legítima expectativa construida por la propia actuación de la administración que no puede ser traicionada sorpresiva o intempestivamente, lo que no ha observado la recurrida pues cambió sorpresivamente su criterio pretérito sobre la materia y con efecto retroactivo.

Alega, que ello resulta de gravedad, toda vez que por mérito a este principio el recurrente tomó decisiones radicales, desafiliándose de CAPREDENA e incorporándose hace ya más de 2 años al sistema particular del D.L. 3500, de 1981, decisión que no puede ser revertida por su propia voluntad; y que lo que correspondía para respetar el principio en comento era dictar una instrucción general en la que manifestara su cambio de criterio.

Respecto al principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, señala que aquel se encuentra incorporado en nuestro sistema jurídico a través de lo previsto en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental en relación al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana de Derechos Humanos a los tratados internacionales, y que importa la obligación de procurar una mejora continua a las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de modo tal que, una vez alcanzado un cierto nivel de satisfacción realización, o protección, el Estado está restringido a establecer retrocesos frente al nivel de protección alcanzado, y si restringe el ejercicio de dicho derecho debe ser en virtud de razones poderosas que justifiquen objetivamente su establecimiento en razón del interés general.



Refiere, que el recurrido desconoce el carácter de derecho público y constitucional de las normas que reglan el sistema previsional de las FFAA, el que arranca de la propia Carta Política y se le otorga el estándar de estatuto orgánico constitucional, lo que significa que la determinación del sentido y alcance de sus efectos no puede ser escrutado acudiendo a las reglas de interpretación propias del derecho privado, sino a las que gobiernan la interpretación constitucional.

Finalmente, hace presente que la Contraloría homologa dos situaciones que el propio legislador distinguió en el artículo 177 del DFL N° 1, de 1968, la primera referida al funcionario castrense que, encontrándose en retiro, vuelve a la actividad en la misma plaza o empleo que servía con anterioridad y que al momento de su reincorporación pide el goce de la pensión, pero tiene derecho a que el tiempo anterior de servicios le sea abonado para los efectos de su *posterior retiro*; y la segunda, en la que se encontraría el recurrente, referida al funcionario castrense que, encontrándose en retiro, es contratado posteriormente para servir una función o cargo distinto al de sus servicios prestados antes de su retiro, y tiene derecho a que su pensión anterior le *sea reliquidada* por una sola vez, incrementándose por cada nuevo año de servicio, en un 3,33% del monto que resulte menor entre su última pensión percibida, reajustada conforme a lo establecido en el Decreto Ley N° 2.547, de 1979, y el promedio de remuneraciones percibidas durante los últimos treinta y seis meses correspondientes a los nuevos servicios prestados.

Alega, que dicha forma de obrar de la Contraloría resulta arbitraria por el déficit de los argumentos en los que sostiene su decisión que la hace y rompe el marco de sus competencias invadiendo peligrosamente la órbita de actuación del legislador, lo que hace su actuación ilegal en atención a las prescripciones de los Art. 6 y 7 de la Carta Fundamental como paso a explicar a continuación.

Segundo: Que comparece Eugenio Rebagliati Rivera, abogado en representación de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional,



ambos con domicilio en Paseo Bulnes N° 102, Santiago, quien informa del recurso indicando que al recurrente se le concedió una pensión de retiro y que el mismo registra imposiciones en esa caja desde el 2 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2016.

Agrega, que la Contraloría General de la República por Oficio N° 30.749 ratificó el Oficio N° 65/2018 mediante el cual representó la resolución N° 1683/2017, negando al recurrente la liquidación de la pensión vigente.

Tercero: Que comparece la Contraloría General de la República, quien informa que mediante el Oficio N° 13.979 de 2019 se determinó, en armonía con lo establecido en el artículo 177 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1968, del Ministerio de Defensa Nacional, antiguo Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo final del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997, de igual Secretaria de Estado; artículo 77 de la Ley N° 18.948 y artículo 208 del citado Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1997; que siendo la reliquidación un beneficio que mejora el monto de una prestación y que solo favorece al sector pasivo, es de toda lógica interpretativa sostener que para tener derecho a impetrarla es indispensable encontrarse en situación de retiro y reunir el tiempo exigido; condición que en el caso del recurrente no se verifica por el hecho de pasar a imponer en el sistema del Decreto Ley N° 3.500 de 1980 o por acogerse a la exención de cotizar para pensión, por lo que solo cuando el señor Francisco Espinoza Campos se retire de la Dirección General de Movilización Nacional tendrá derecho a reliquidar su pensión de retiro, en la medida que reúna los requisitos exigidos para ello.

Por otra parte, alega la extemporaneidad del recurso de protección, en este punto, hace presente, que si bien la acción cautelar del señor Espinoza Campos se dirigió formalmente en contra del Oficio N° 13.979, de 2019, la situación que causó el supuesto agravio, se configuro mediante el Oficio N° 30,749, de 23 de agosto de 2017, en



el cual se le representó por primera vez la resolución que reliquidaba su pensión, de la que el recurrente tomó conocimiento el día 21 de febrero de 2018.

En segundo lugar, alega que el asunto es ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección, ya que de la lectura del libelo se colige que el actor pretende que se emita un pronunciamiento acerca de cuáles son los requisitos que se deben satisfacer para reliquidar una pensión de retiro en el régimen de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y, en ese sentido, se determine que el cese no es una condición para que un imponente reliquide su pensión de retiro, cuestión que es absolutamente ajena a la finalidad propia del recurso de protección.

En tercer lugar, argumenta que la acción de autos es improcedente en contra de la toma de razón efectuada por un Ente Fiscalizador pues constituye un trámite que se emite en forma exclusiva por aquel. Asimismo, lo hizo en ejercicio de una de sus funciones primordiales, de naturaleza constitucional y legal, cual es, la de velar por el resguardo del principio de juridicidad de los actos de la Administración del Estado, a través del examen preventivo de legalidad.

Por otro lado, señala que el Oficio N° 13.979, de 2019, no constituye una acción u omisión arbitraria, dado que no obedeció a una conducta antojadiza o contraria a la razón por parte del organismo fiscalizador, sino que constituye el resultado de un estudio acabado de los antecedentes en torno a la situación planteada, de la interpretación de la normativa vigente sobre la materia y en el ejercicio de una actuación llevada a cabo en uso de sus facultades, y por tanto no puede contrariar ni al principio de confianza legítima ni al de progresividad y no regresividad.

Finalmente, hace presente que no se vulneró el derecho consagrado en el artículo 19, N° 2 de La Constitución Política de la República, ya que en tanto advirtió la situación recién expuesta por



medio del Oficio N° 13.979, de 2019, instruyó a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas en orden a que iniciara un proceso invalidatorio de las resoluciones de reliquidación de pensión de retiro cuyo plazo se mantenía vigente.

Cuarto: Que comparece, el Subsecretario para las Fuerzas Armadas, el que al informar hace presente que por Resolución N° 7003/1650/133 de 4 de marzo de 2008, de la ex Subsecretaria de Guerra, le concedió al recurrente una pensión de retiro, de conformidad a sus 33 años y 2 meses de servicios efectivos, computados hasta el 29 de febrero de 2008, y una indemnización de desahucio. Refiere, que mediante la Resolución N° 1683 de 20 de junio de 2017, que le reconocía 8 años, 9 meses y 29 días de servicios prestados como Empleado Civil a Contrata en la citada Dirección, desde el 2 de marzo de 2008 al 31 de diciembre de 2016; más los 33 años y 2 meses de servicios efectivos reconocidos por la antedicha resolución, computando así un total de 41 años, 11 meses y 29 días, hasta el 31 de diciembre de 2016.

Señala, que atendido lo anterior se reliquida su pensión de retiro como Coronel y una nueva indemnización de desahucio, la que es remitida a la Contraloría General de la República para su control preventivo de legalidad, a través de la toma de razón.

Indica, que dicha entidad mediante Oficio N° 30.749, de 23 de agosto de 2017, representó la Resolución N° 1.683 de 2017, habida consideración que el interesado registraba un contrato vigente a partir del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, en la Dirección General de Movilización Nacional. Refiere, que ante dicho pronunciamiento vuelve a insistir una vez y otra por la Dirección General de Movilización Nacional, pero que la entidad fiscalizadora reiteró en todas sus partes el antes citado Oficio N° 30.749, de 2017.

Hace presente, que el artículo 98 de La Constitución Política de la República actualmente en vigor, encargó a La Contraloría General de la República el ejercer el control de legalidad de los actos de la

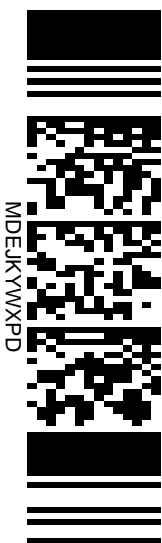


Administración, una de cuyas modalidades se lleva a cabo a través de la toma de razón, los que luego de notificados o publicados están investidos de una presunción de legalidad, en razón de ello debe necesariamente concluirse que la actuación de esta Subsecretaria se ha enmarcado estrictamente en las disposiciones constitucionales, legales y administrativas que le son aplicables.

Quinto: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar frente a un acto u omisión ilegal o arbitrario que impida, amague o perturbe ese ejercicio. En concordancia con lo anterior, corresponde a esta Corte dilucidar si el acto impugnado por la presente acción es ilegal o arbitrario, para luego examinar si dicho acto afecta o conculca alguna de las garantías constitucionales que se denunciaron como vulneradas por el recurrente.

Sexto: Que como se desprende de lo expuesto, es requisito indispensable de la acción constitucional de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1 del Código Civil o arbitrario producto del mero capricho de quien incurre y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha planteado.

Séptimo: Que. en cuanto a extemporaneidad alegada por la recurrida, cabe señalar que si bien la presente acción cautelar se dirige formalmente contra el Oficio 13.979, lo cierto es que la situación que indica le causa agravio, se configuró cuando por primera vez representó y recurrió en contra de la resolución que reliquidaba su pensión, esto es aquella N° 30.749 de 23 de agosto de 2017, de la cual



tomó conocimiento a lo menos el día 21 de febrero de 2018, puesto que en esta fecha hizo una nueva presentación, en tal sentido, acompañando una copia de la aludida Resolución N° 30.749. Por lo anterior al recurrir de protección con fecha 16 de agosto de 2019, lo hizo fuera de plazo.

En efecto, conforme a lo indicado, cabe rechazar la presente acción constitucional de protección, por cuanto de lo expuesto aparece de manifiesto que el mismo se ha interpuesto, fuera del plazo de 30 días que al efecto establece el Auto Acordado sobre la materia.

Octavo: Que sin perjuicio de lo recién establecido, cabe consignar sobre el fondo del presente arbitrio, que el mismo excede los marcos de su competencia, pues de accederse a lo en él pedido, importaría declarar derechos en favor del recurrente, pues de los antecedentes del recurso resulta evidente que el recursista no se presenta ante esta sede, gozando de un derecho indubitado, y en base a ello se debería además disponer procesos de invalidación de lo obrado en sede administrativa, lo que sigue excediendo los extremos de esta clase de acción cautelar de orden constitucional.

Noveno: Que conforme a lo anterior, la conducta de la recurrida no resulta ni ilegal ni arbitraria y por ello, como natural consecuencia de lo anterior, en la especie, es dable concluir que no se han producido vulneración de las garantías constitucionales que se estiman amagadas por la recurrente.

Décimo: Que, en tales circunstancias, por las razones que se han expresado, y no concurriendo en la especie los presupuestos que hacen procedente el recurso de protección establecido en la Carta Fundamental, a los que se ha hecho referencia en esta sentencia, se procederá, a rechazar el presente recurso.

Y de acuerdo, con lo preceptuado en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República, y 1º, 3º y 7º del Auto Acordado sobre Tramitación el Recurso de Protección, **se rechaza** el recurso



deducido en favor de Francisco Espinoza Campos, sin costas, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro (S) Sr. Andrade.

ROL: 71.403-2019

Pronunciada por la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la ministro señora Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por el ministro(S) señor Rafael Andrade Díaz y el abogado integrante señor Cristian Lepín Molina. No firma el ministro (S) señor Andrade, por encontrarse con permiso administrativo.



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Dobra Lusic N. y Abogado Integrante Cristian Luis Lepin M. Santiago, doce de febrero de dos mil veinte.

En Santiago, a doce de febrero de dos mil veinte, 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 08 de septiembre de 2019, 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>