

03.NOV.2010* 32696

OFICIO ORDINARIO N°

ANT.: 1.- Nota Electrónica NE-20-10-4351, de fecha 29-09-2010, de la División Atención y Servicios al Usuario, de esta Superintendencia.

2.- Oficio Ord. N°845-23-1, de fecha 22-09-2010, del Sr. Director Nacional Instituto de Previsión Social.

MAT.: Solicita reconsideración, respecto de la situación de la opción entre pensión no contributiva y bono de reconocimiento, cuando éste se encuentra comprometido en una pensión, en el Sistema de Pensiones del DL N°3.500, de 1980.

FTES.: Ley N° 20.255, artículo 48. Ley N°19.234, artículo 16°.

DE: SUPERINTENDENTE DE PENSIONES

A: SEÑOR CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

Mediante el Oficio citado en antecedentes número 2, ha recurrido ante esta Superintendencia el Instituto de Previsión Social, solicitando instrucciones en relación a la forma de actuar en los casos en que no es posible otorgar una pensión no contributiva, a los exonerados políticos cuyo bono de reconocimiento se encuentra liquidado y comprometido en una pensión concedida en el Sistema de Pensiones establecido por el DL N°3.500, de 1980.

Señala esa Institución de Previsión, que por Dictamen N° 43.849, de 13 de agosto de 2009, esa Contraloría General se pronunció sobre la situación previsional de un exonerado político, respecto del cual, a la época en que se determinó el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley N° 19.234, para acceder al beneficio de pensión no contributiva, su bono de reconocimiento se encontraba liquidado y consumido, al haber accedido a una pensión en el Sistema de Pensiones contemplado en el D.L 3.500, de 1980; señalando que en ese caso, se había producido una situación de excepción, toda vez que al interesado no le fue posible ejercer la opción a que tenía derecho, como quiera que se liquidó el bono de reconocimiento sin su consentimiento previo y antes de que se le otorgara la calidad de exonerado político que había solicitado; configurándose, la especial situación descrita en dictámenes anteriores de ese mismo

Organismo, en cuanto a que, erróneamente, la autoridad administrativa había decidido unilateralmente los derechos del peticionario, sin darle la posibilidad de ejercer la respectiva opción, circunstancia que hace posible que se retrotraiga la situación previsional del interesado y se le permita elegir entre la pensión no contributiva y el bono de reconocimiento, al tenor de lo previsto en el artículo 16 de la Ley N°19.234; instruyendo a ese Instituto, en orden a otorgar el beneficio de pensión no contributiva al exonerado, no obstante que su bono de reconocimiento se encuentre liquidado o cedido.

Hace presente además el citado Instituto, que ese mismo Organismo Contralor, en diversas situaciones se ha pronunciado en igual sentido, emitiendo instrucciones para que se otorgue el beneficio de pensión no contributiva, no obstante estar los bonos de reconocimiento de los interesados cedidos o consumidos. Al efecto, por vía ejemplar, cita los Dictámenes N°s 51.148, de 2009 y 34.147, de 2010.

A juicio del Instituto de Previsión Social, no procedería aplicar en las situaciones en estudio la doctrina del error de la administración, por cuanto hubo una manifestación expresa del interesado, en orden a obtener un beneficio previsional en el Sistema de Pensiones del DL 3500, utilizando el bono de reconocimiento, por lo que es razonable concluir que ha renunciado tácitamente a la Pensión No Contributiva, toda vez que al solicitar el beneficio previsional, utilizaría el saldo de su cuenta de capitalización individual, el que incluye las cotizaciones que el bono de reconocimiento representa, las que una vez consumidas, no pueden ser consideradas para la determinación de otro beneficio, como es la franquicia no contributiva de la Ley N°19.234.

Agrega, que hasta la fecha del dictamen N°43.849, de 2009, hubo una doctrina reiterada y uniforme de la Contraloría General de la República, contenida entre otros, en sus Dictámenes N°s 31.436, 33.212 y 36751, todos de 1999, que señalaba que, a contar del 31 de Agosto de 1998, fecha de vigencia de la Ley N° 19.582, las pensiones no contributivas por gracia, establecidas en la Ley N° 19.234, son incompatibles con la concesión del bono de reconocimiento, generando el derecho de opción entre ellos. De lo que se colige, que el bono de reconocimiento no impide al interesado impetrar la pensión no contributiva por gracia, mientras éste no pierda su carácter de tal, o sea, mientras dicho bono no sea cedido, liquidado o consumido.

Por otra parte, estima necesario citar los siguientes dictámenes de esa Contraloría General: el primero de ellos, el N° 20.595, de 2004, en el que se señaló que la opción entre la pensión no contributiva y el bono de reconocimiento, no puede ejercerse sucesiva e ilimitadamente a través del tiempo, por cuanto el referido bono es un instrumento expresado en dinero, que es representativo de las cotizaciones que el imponente tenía en el Antiguo Régimen Previsional, al momento de afiliarse al Sistema de Pensiones que el D.L. 3.500, de 1980, el que desaparece al optar por la pensión no contributiva, consumiéndose las respectivas cotizaciones. El segundo dictamen, N° 21.985, de 12 de Mayo de 2008, que dispone que al liquidarse el bono de reconocimiento produce pleno efecto y se agota como beneficio previsional, toda vez que el titular incorpora al estipendio que le hubiese correspondido, el valor obtenido en virtud de la liquidación y pierde su derecho sobre el bono, que subsiste como un mero instrumento de valor sin significación alguna, y no puede, aunque se recupere, hacer uso posteriormente del derecho a opción establecido en el artículo 16 de la Ley N° 19234.

Expresa además el mencionado Instituto, que esta Superintendencia de Pensiones, en su Circular N° 1633, de 2009, en el capítulo relativo a "Disposiciones sobre Opción PNC-Bono", dispone que el afiliado debe concurrir a la Sucursal del Instituto de Previsión Social, para solicitar su pensión no contributiva, oportunidad en la cual se determina si tiene derecho al beneficio solicitado. Si el bono se encuentra consumido en un beneficio del Sistema de Pensiones del DL N°3.500, de 1980, la AFP respectiva debe avisar de esta situación al Instituto de Previsión Social. Si el bono está liquidado y no consumido en un beneficio de AFP, se debe efectuar la devolución de los fondos por concepto de bonos al mencionado Instituto. En consecuencia, si a la fecha en que se determina el derecho al beneficio de pensión no contributiva, el exonerado ha obtenido un beneficio en el Sistema de Pensiones del DL N° 3500, encontrándose liquidado y consumido o cedido el bono de reconocimiento, representativo de las cotizaciones que registraba en alguno de los regímenes previsionales administrados por el citado Instituto, no puede ejercer el derecho de opción establecido en el artículo 16 de la Ley N° 19.234, no pudiendo por tanto, acceder al beneficio no contributivo, sino que sólo al abono de tiempo por gracia, contemplado en el artículo 4° de la citada ley, con lo que tendrá derecho a un bono de reconocimiento adicional, que será enviado a la entidad en que se encuentra afiliado, a fin de que se sume al monto que sirvió de base para su pensión.

Indica que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que, el exonerado hace una manifestación expresa de voluntad -de fecha posterior a su solicitud de reconocimiento como exonerado político- al solicitar el beneficio en la administradora de fondos de pensiones en la que está afiliado, el que necesariamente considerará el bono de reconocimiento al que tuvo derecho, por lo que no puede sostenerse que el interesado no tuvo la oportunidad de elegir el beneficio al que accedía. Asimismo, en muchos casos, al formular la solicitud de reconocimiento de exonerado político, el interesado no cumple la afiliación mínima exigida para acceder a la pensión no contributiva, de 15 o 20 años, según la fecha de su exoneración, reuniendo esta afiliación en virtud del pago con subrogación de las imposiciones correspondientes a un período en que uno de sus ex empleadores no enteró las cotizaciones y cuyos servicios son acreditados conforme al procedimiento establecido al efecto.

Sobre el particular esta Superintendencia cumple con señalar, que tal como lo señala el Instituto de Previsión Social, la uniforme jurisprudencia de esa Contraloría General de la República, como por ejemplo los dictámenes N°s 31.436, de 1999; 33212, de 1999; 36751, de 2009; 20.595 de 2004 y 38.961 de 2005, señaló que la opción entre bono de reconocimiento y pensión no contributiva, es procedente en la medida que aquel no se encuentre cedido o liquidado, por cuanto al realizarse alguna de esas transacciones, el bono y las cotizaciones que representa, se consumen al ser considerado en el cálculo de la pensión que se otorga al respectivo interesado, acorde con el DL N°3.500, de 1980.

Sin perjuicio de lo anterior, necesario se hace señalar que ese mismo Organismo Contralor, por ejemplo en los dictámenes N°s 27.108, de 2004 y 47.880, de 2006, estableció que el requerimiento previo y oportuno de la aplicación de las normas de la ley N° 19.234 y sus modificaciones, permite al reclamante acceder a los beneficios que consagra no sólo su texto primitivo, sino también las ulteriores adiciones y correcciones de igual naturaleza sufridas por el mismo, sin que obste a esta conclusión el hecho de haberse liquidado el bono de reconocimiento;

conclusión que fundamenta en que la referida liquidación, si es realizada antes de la concesión de los beneficios previstos por la Ley de Exonerados Políticos, se produce por error u omisión de la autoridad administrativa, por su desconocimiento o ignorancia de la circunstancia de haberse acogido el interesado a las reglas de la ley en comento.

Con motivo de lo anterior, en un primer momento la ex Superintendencia de AFP, actual Superintendencia de Pensiones, en uso de las atribuciones previstas por el artículo 94 del D.L. N°3.500 y el artículo 3° del D.F.L. N°101, de 1980, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, mediante el Oficio Ord. N°13001, de fecha 13 de septiembre de 2000, impartió instrucciones a las A.F.P., para los efectos de ejercer la opción antes indicada, estableciéndose el procedimiento de devolución de los bonos de reconocimiento, que hubieran sido emitidos a los afiliados que optaran por una pensión no contributiva por gracia, o la renuncia a la emisión de ese instrumento, de no haber sido emitido. Dichas instrucciones consideraron lo resuelto inicialmente por esa Contraloría General, en cuanto a la inadmisibilidad de la opción de que se trata, en el evento que el bono de reconocimiento de un afiliado hubiera sido liquidado o cedido. Sin embargo, ante el cambio del criterio interpretativo antes indicado, mediante Oficio Ord. N°938, de fecha 23 de enero de 2002, este Organismo complementó las instrucciones impartidas a las A.F.P., esta vez con el objeto de establecer el procedimiento de devolución de las sumas correspondientes a bonos de reconocimiento que hubiesen sido liquidados por edad o cobro anticipado, pero que no se encontraran comprometidos en pensión. Cabe agregar que dicho Oficio, de acuerdo a su Distribución, fue remitido también al señor Coordinador del Proyecto Exonerados Políticos, del ex Instituto de Normalización Previsional. Este nuevo criterio fue ratificado por medio del Oficio Ord. N°543, de 2005 de la misma Superintendencia, que en definitiva se tradujo en la Circular N°1633, de 2009, de esta Superintendencia de Pensiones.

Pues bien, ahora en virtud del contenido del dictamen N°43.849 , de 13 de agosto de 2009, reiterado por el dictamen N°34.147, de 23 de junio de 2010, pareciera ser que esa Contraloría General ha nuevamente modificado su interpretación en la materia, agregando un nuevo elemento a la posibilidad de ejercer la opción prevista por el artículo 16 de la ley N°19.234, cual es que ella es procedente, aún cuando el bono de reconocimiento se encuentre consumido en pensión en el Sistema de Pensiones basado en la Capitalización Individual; criterio que discrepa no sólo con el contenido en todos los dictámenes ya singularizados, sino también con el sustentado en los dictámenes N°s 47.179 de 2010 y 57.154 de 2010, de ese mismo origen, en los cuales sólo se indica la posibilidad de opción, hasta cuando el bono de reconocimiento se encuentra liquidado. A mayor abundamiento, necesario se hace consignar, que por medio del dictamen N°58.606, de 4 de octubre de 2010, esa Contraloría solicitó a esta Superintendencia que requiriera informe a una AFP, con respecto a si el bono de reconocimiento de un exonerado político, liquidado aún cuando habría solicitado con antelación los beneficios de la Ley N°19.234, se encontraba consumido en algún beneficio concedido acorde con el DL N°3.500, de 1980, información que según expresa, es fundamental para determinar la factibilidad de otorgar una pensión no contributiva.

Este Organismo Fiscalizador estima necesario hacer presente, que si efectivamente los dos dictámenes ya singularizados, representan un cambio interpretativo en la materia, las consecuencias, que ello implicaría, entre otras, son las siguientes:

1.- Posible perjuicio a terceros de buena fe, incluso en su derecho de dominio, creando incerteza jurídica:

En esta materia ese Organismo Contralor, entre otros, por medio de los dictámenes N°s 12.272, de 2002, 40.346, de 2006, 56.143, de 2007, 42.649, de 2008 y 40319, de 2009, ha reconocido, en lo que interesa, que la obligación de cumplir con el deber constitucional de respeto irrestricto a la legalidad que tiene la Administración, está limitada por la necesidad de mantener situaciones jurídicas creadas a su amparo, cuando aquéllas alcanzan a terceros de buena fe.

Pues bien, salvo en el caso del retiro programado, el respectivo interesado pierde la propiedad de los fondos de pensión, los cuales pasan a una Compañía de Seguros de Vida, como ocurre en las modalidades de pensión Renta Vitalicia Inmediata, Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida y Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado. Luego, la eventual posibilidad de recuperar los fondos que representa el bono de reconocimiento consumido en pensión, generaría un perjuicio a estos terceros de buena fe, especialmente en su derecho de propiedad de los fondos de pensiones.

2.- De perseverarse en esta interpretación, se podría llegar al extremo de concederse prestaciones que el Legislador ha hecho expresamente incompatibles, utilizándose incluso los mismos lapsos de afiliación, situación que sin duda pudiera acontecer, si no fuera posible recuperar el monto del bono de reconocimiento, en razón de haber pasado los fondos de pensión a la propiedad de un tercero de buena fe y, además, si el respectivo exonerado político optara por la pensión no contributiva; generando muy probables casos de desigualdad, según sea la modalidad de pensión elegida y la opción que se ejerza.

Lo señalado, no sólo vulneraría la clara intención de la ley N°19.234, al establecer estas prestaciones de gracia reparatorias, financiadas con fondos fiscales; sino además, los principios de Seguridad Social de Unidad, que señala que el sistema de seguridad social, como un todo, debe funcionar con criterios congruentes y coordinados y otorgar prestaciones o beneficios similares para los diferentes colectivos que se protegen y, de Igualdad, que significa que debe darse el mismo trato a todas las personas que se encuentran en la misma situación.

Finalmente resulta indispensable consignar de manera general, que la liquidación del bono de reconocimiento, no implica de manera inmediata, que éste se consuma en una modalidad de pensión en el Sistema de Pensiones del DL N°3.500, de 1980. En efecto, la indicada liquidación, sólo implica que el monto del bono de reconocimiento pasa a formar parte de la cuenta de capitalización individual; luego de ello, el peticionario presenta la solicitud de pensión; posteriormente, recibe un certificado del saldo de su cuenta; para después, sobre la base de las ofertas que se le efectúen, pueda escoger la respectiva modalidad de pensión, la que para su perfeccionamiento, requiere la suscripción de actos formales.

Conforme con lo anterior, cada interesado dispone de varias etapas posteriores a la liquidación de su bono de reconocimiento, en las cuales puede válidamente, evitar que dicho documento se consuma en una modalidad de pensión; situación que permite razonablemente concluir, que si no da a conocer una voluntad en contrario y, por tanto, persevera en la

obtención de una prestación que incluya el monto del bono de reconocimiento, está renunciando tácitamente a la pensión no contributiva y, por consiguiente, materialmente ejerciendo con ello la opción prevista por el artículo 16° de la Ley 19.234, norma que debe presumirse conocida, por aplicación del artículo 8° del Código Civil.

En consecuencia y sobre la base de todo lo anteriormente señalado, esta Superintendencia solicita a esa Contraloría General, que tenga a bien reconsiderar el criterio sustentado en los singularizados dictámenes N°s. 43.849 , de 13 de agosto de 2009, 34.147, de 23 de junio de 2010 y cualquiera otro que se refiera a la misma materia, señalando en definitiva que, en concordancia, entre otros, con sus dictámenes N°s 31.436, de 1999; 33212, de 1999; 20.595 de 2004; 38.961 de 2005; 36751, de 2009; 47.179 de 2010; 57.154 de 2010 y N°58.606, de 2010, la opción entre pensión no contributiva y bono de reconocimiento, prevista por el artículo 16° de la ley N°19.234, procede respecto de un bono de reconocimiento liquidado, siempre que éste no se encuentre comprometido en alguna modalidad de pensión, acorde con lo establecido por el DL N°3.500, de 1980.

Saluda atentamente a usted,


ALEJANDRO CHARME CHAVEZ
Superintendente de Pensiones Subrogante

M
SBL/sbl

Distribución:

- Sr. Contralor General de la República : Incluye los siguientes expedientes:

P.
[Redacted list of case files]

[REDACTED]

- Sr. Director Instituto de Previsión Social
- Fiscalía
- Oficina de Partes
- Archivo