



Tipo Norma	:Resolución 1422 EXENTA
Fecha Publicación	:02-10-2014
Fecha Promulgación	:25-09-2014
Organismo	:MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA; SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO
Título	:RECHÁCESE IMPUGNACIÓN PRESENTADA POR LA SRA. KATHERINE SCHMIED VÁSQUEZ EN ETAPA DE AUDIENCIA AL PROCESO INVALIDATORIO E INVALIDA RESOLUCIÓN EXENTA N° 2.862 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2013 DE LA SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO QUE APRUEBA BASES Y LLAMA A CONCURSO PARA PROVEER CARGOS DE DIRECTIVOS Y PROFESIONALES DE LA SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO
Tipo Versión	:Unica De : 02-10-2014
Inicio Vigencia	:02-10-2014
Id Norma	:1067777
URL	: http://www.leychile.cl/N?i=1067777&f=2014-10-02&p=

RECHÁCESE IMPUGNACIÓN PRESENTADA POR LA SRA. KATHERINE SCHMIED VÁSQUEZ EN ETAPA DE AUDIENCIA AL PROCESO INVALIDATORIO E INVALIDA RESOLUCIÓN EXENTA N° 2.862 DEL 5 DE DICIEMBRE DE 2013 DE LA SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO QUE APRUEBA BASES Y LLAMA A CONCURSO PARA PROVEER CARGOS DE DIRECTIVOS Y PROFESIONALES DE LA SUBSECRETARÍA DE PREVENCIÓN DEL DELITO

Núm. 1.422 exenta.- Santiago, 25 de septiembre de 2014.- Vistos: Lo dispuesto en la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el DFL N° 1/19.653 de 2001 y la ley N° 19.880 de 2003, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Organos de la Administración del Estado, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia; la ley N° 20.502 que crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública; el DFL N° 3-20.502 que Fija la Planta de Personal de la Subsecretaría de Prevención del Delito; el DFL N° 29/2004, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo; el decreto N° 69/2004 del Ministerio de Hacienda, que aprueba Reglamento de Concursos del Estatuto Administrativo; la resolución N° 1.600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República sobre exención del trámite de toma de razón; la resolución exenta N° 2.862 del 5 diciembre de 2013 que aprueba bases y llama a concurso para proveer cargos vacantes de la planta de directivos y profesionales; la resolución exenta N° 847 que instruye dar inicio al proceso invalidatorio del citado concurso público y la resolución exenta N° 918, de fecha 27 de junio de 2014, que resuelve la solicitud de ampliación de plazo del período para presentar descargos, todas de la Subsecretaría de Prevención del Delito;

Considerando:

- 1) Que, con resolución exenta N° 847 de 2014, publicada en el Diario Oficial el 13 de junio de 2014, se instruyó dar curso al proceso invalidatorio de la resolución exenta N° 2.862 del 5 diciembre de 2013 para proveer cargos vacantes de la Planta de Directivos y Profesionales en la Subsecretaría de Prevención del Delito.
- 2) Que, el mencionado proceso de invalidación se funda en la existencia de un vicio de legalidad en las bases que implicó ejercer una discriminación arbitraria entre los postulantes, al hacer de requisitos deseables de experiencia laboral, requisitos excluyentes, excediendo lo establecido en la Ley de Planta del Servicio. Dicho proceder vulneró las garantías individuales contempladas en el artículo 19, numerales 2° y 17°, de la Constitución Política, que impiden a la autoridad establecer diferencias arbitrarias, y, en cambio, aseguran la admisión a todas las funciones o empleos públicos, sin otras exigencias que las que impongan la Carta Fundamental y las leyes.
- 3) Que, en el resuelvo numeral 4° de la mencionada resolución exenta N° 847 de 2014 y, a objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 53, de la ley N° 19.880, se estableció un plazo de 10 días hábiles (administrativos), contados desde la comunicación y/o notificación de la resolución, para que los interesados pudiesen hacer llegar a esta Subsecretaría las sugerencias, reclamaciones, impugnaciones y otros que sean pertinentes al proceso de



invalidación iniciado.

4) Que, para los efectos de lo dispuesto en el considerando anterior, se procedió a notificar la resolución exenta N° 847 mediante diversos medios establecidos en el citado acto administrativo, a objeto de asegurar que los interesados fueran informados del inicio del proceso de invalidación, a saber: publicación en el Diario Oficial, publicación en la página web del servicio, notificación al correo electrónico de cada postulante y por carta certificada en los casos de quienes habían sido avisados como ganadores de los concursos.

5) Que, con fecha 25 de junio, la Sra. Katherine Schmied Vásquez, en plazo, solicitó individualmente al Subsecretario de Prevención del Delito una prórroga de cinco días hábiles para presentar los antecedentes, sugerencias, reclamaciones, impugnaciones y otros, a que haya lugar, de conformidad a lo señalado por el artículo 26, de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, en relación a las normas del Estatuto Administrativo, ley N° 18.834 (sic).

6) Que, con resolución exenta N° 918 de fecha 27 de junio de 2014, de la Subsecretaría de Prevención del Delito, se acogió la solicitud de ampliación del plazo en los cinco días solicitados por la Sra. Katherine Schmied Vásquez, ampliándose así este plazo para que todos los interesados en el proceso en comento puedan presentar sus descargos.

7) Que, dentro del plazo establecido para que los interesados en el proceso de invalidación presentaran sus impugnaciones, dispuesto en las notificaciones que se practicaron y en la resolución exenta N° 918 de la Subsecretaría de Prevención del Delito, que acogió la solicitud de ampliación de plazo, se recibió la presentación de la Sra. Katherine Schmied Vásquez, RUT 13.027.259-2, en su calidad de postulante al concurso, en los siguientes términos:

Que señala la Recurrente en el punto I. Resoluciones exentas publicadas en el Diario Oficial de fecha 13 de junio de 2014, no están exentas del trámite de toma de razón

"Como es de conocimiento de usted la Contraloría General de la República ejerce el control de legalidad de los Actos de la Administración del Estado, mediante el trámite de toma de razón. En efecto, es la propia Entidad Fiscalizadora la que define en su Dictamen 35.397 de agosto de 2007, lo que se entiende por la Toma de Razón en los siguientes términos: "La toma de razón es el procedimiento de control preventivo a través del cual esta Contraloría General verifica la constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que, de conformidad a la legislación, deben tramitarse ante ella, y de los decretos con fuerza de ley que dicta el Presidente de la República. De este modo, la toma de razón constituye un control de juridicidad de los instrumentos que se examinan, sin que con ocasión del mismo la Contraloría General pueda pronunciarse o calificar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas".

Continúa señalando que "cabe precisar que los actos administrativos sobre personal que se encuentren exentos de toma de razón, deben, en todo caso, remitirse a esta Entidad de Control para su registro y control posterior, en tanto que los actos administrativos sobre obras que se encuentren exentos del control preventivo, deben enviarse para toma de conocimiento".

Que, respecto a esto es necesario señalar que la resolución 1.600 de la Contraloría General de la República sobre exención del trámite de razón, establece que los actos administrativos están exentos de dicho trámite, salvo los que considera esenciales y que, expresa y taxativamente señala dicha resolución, entre las cuales no se encuentran las relativas a los procesos de invalidación. Tampoco aquellas están señaladas en el Título de Controles de Reemplazo, como Resoluciones que deban siquiera estar sujetas a Control de Registro.

Finalmente en este punto solicita: "procede que esa Entidad Administrativa dicte un Acto Administrativo que proceda a invalidar todas las Resoluciones exentas que dieron inicio a este proceso de invalidación, a fin de observar el principio de Legalidad Administrativa. Hecho lo anterior, en el evento que se insistiere en iniciar un nuevo proceso de naturaleza invalidatoria, deberá previamente remitirse a la Contraloría General de la República para el trámite de Toma de Razón, y posterior a ello publicarse en el Diario Oficial a fin de cautelar lo dispuesto en los Artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y en el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado".

Que, este planteamiento no se acoge toda vez que, la resolución exenta N° 847 de la Subsecretaría de Prevención del Delito que instruye dar inicio al proceso invalidatorio del citado concurso público, se encuentra plenamente ajustada a la normativa.

Que, señala la Recurrente en el punto II. Concurso público ajustado al principio de legalidad administrativa.

En la letra a) señala: La suscrita, ganó el concurso al cargo grado 5°



Directivo, Jefe de Departamento, participó en el proceso sin infringir el principio de probidad administrativa, por cuanto existe constancia que se abstuvo de intervenir en cualquier proceso de evaluación de los postulantes, por lo que a este respecto no existió vicio que invalide el concurso".

Que, en relación al argumento, en ningún momento se ha cuestionado la probidad de la Sra. Schmied ni la de ningún otro funcionario que haya participado en los concursos públicos, el proceso de invalidación atañe a un vicio existente en las bases que los llamaron, no a la conducta funcionaria de los postulantes y, al existir este vicio, el nombramiento dispuesto por la autoridad competente con infracción de ley, bajo ningún punto de vista puede generar algún tipo de propiedad sobre el cargo de que se trata, como tampoco estabilidad en el empleo, toda vez que la respectiva persona no ha sido legalmente investida para ocuparlo, careciendo entonces, de un título válido que la habilite para ejercer legítimamente la plaza en que ha sido designada (Dictamen N° 22.400, de 1998 y N° 015329 de 2008).

En la letra b) menciona la Sra. Schmied que, "la definición del perfil del cargo asociado a la planta Directiva grado 5°, se ajusta a derecho, pues a dicho cargo, el DFL 3/20.502, no le señala ni restringe las funciones a asignar".

Que, en relación a que el perfil de cargo utilizado en el llamado a concurso se ajustara a lo señalado en la Ley de Planta del Servicio (DFL 3-20.502), podemos señalar que la definición del perfil de cargo indica que son requisitos complementarios y deseables, entre otras cosas, "experiencia laboral en cargos de jefatura o liderando equipos de trabajo de al menos tres años, en áreas asociadas al cargo", el vicio detectado no se produjo en el perfil de cargo, sino en la tabla de evaluación utilizada en las bases del concurso, donde los requisitos señalados como deseables se transformaron en excluyentes, al establecer en la etapa II (experiencia laboral) un puntaje mínimo de 10 puntos para pasar a la etapa siguiente, que corresponde a "experiencia laboral en el área deseada pero inferior a la requerida en el perfil de cargo".

De esta manera, quienes cumplían con el requisito establecido en la Ley de Planta del Servicio, esto es, un título profesional de una carrera de, a lo menos 10 semestres de duración y una experiencia profesional mínima de cuatro años en el sector público o privado (años de experiencia que se reducen a tres de poseer un grado académico de Magíster y dos en el caso de poseer el de Doctor); o título profesional de una carrera de, a lo menos, 8 semestres de duración y una experiencia profesional de cinco años en el sector público o privado (años que se reducen a cuatro de poseer un grado académico de Magíster y tres en el caso de poseer el de Doctor) cuyos años de experiencia profesional era distinta a cargos de jefatura o liderando equipos de trabajo en áreas asociadas al cargo de coordinación regional, no aprobaron la etapa, quedando excluidos del proceso. Por lo tanto, las bases no se ajustaron a la normativa.

Indica la Recurrente en la letra c) "que en cuanto a postulantes que no avanzaron en el proceso de selección por no haber cumplido los requisitos que le permitieran avanzar a las etapas posteriores, fueron notificados legalmente, y no interpusieron reclamo alguno".

Respecto al argumento presentado por la Recurrente, en cuanto al hecho de que los postulantes no hayan presentado reclamos al proceso, esto no implica en ningún caso que el vicio no haya existido. El proceso de invalidación no se basa en haber recibido de parte de algún postulante una queja, sino en el análisis de los concursos realizado por la Administración ya que le correspondía decidir sobre éstos a la luz de los antecedentes y la existencia del vicio detectado es de tal relevancia que, conforme lo ha señalado la Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República, con el propósito de proteger el principio de juridicidad emanado de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, la Administración tiene el deber de invalidar los actos administrativos, en el evento de que se compruebe la existencia de vicios de legalidad.

Manifiesta además en las siguientes letras que "d) sobre el particular, es menester señalar que las Bases Administrativas que fueron aprobadas a través de actos administrativos, se ajustaron precisamente a la normativa legal y reglamentaria que exigen los Concursos Públicos que corresponden desarrollar a los Órganos de la Administración Civil del Estado en los términos consagrados en el inciso primero del artículo 38 de la Constitución Política y artículos 1°, 21 y siguientes de la ley 18.575 y, en especial, la ley 18.834 que aprobó el Estatuto Administrativo que regula las relaciones entre el Estado y el personal o funcionario público, se observó estrictamente el decreto supremo N° 69 de fecha 30 de enero del 2004, que aprobó el Reglamento sobre Concursos del Estatuto Administrativo y; e) así entonces, las bases cumplieron con lo dispuesto en la ley que establece como requisitos para el ingreso y promoción en los cargos de las plantas que fija de Directivos y Profesionales, título en los términos expuestos en el DFL 3/20.502 de 2011".

Que, respecto a la afirmación de que las bases sí se ajustaron a la normativa,



resulta importante señalar que la jurisprudencia ha sido clara en establecer, a través de los Dictámenes N° 10.856 y 6.142 de 2014 y 15.329 de 2008 de Contraloría General de la República, entre otros, que no proceden requisitos denominados "deseables" establecidos en las bases del concurso público y que luego son utilizados como "excluyentes", para la provisión de cargos, porque significan la fijación de exigencias diversas a las previstas en los DFL sobre plantas de personal. Lo anterior, dado que la autoridad está facultada para, al precisar los factores a ponderar, atribuir valoración a aquellas circunstancias, características o aptitudes que respondan a las necesidades de las respectivas plazas, pero sin que llegue a configurar la fijación de requisitos adicionales o diversos a los previstos por el legislador. La Jurisprudencia Administrativa de Contraloría, la cual es vinculante para esta Subsecretaría, ha resuelto que frente a este tipo de vicios deben quedar sin efecto los correspondientes actos administrativos y la Autoridad Administrativa debe efectuar una nueva convocatoria, solicitando expresamente la invalidación de estos concursos, al no ajustarse a la normativa.

A su vez, la Recurrente argumenta en la letra f) "a su turno, acorde con lo establecido en el artículo 1° c.2 del D/S. 69 del 30.ene.2004, Reglamento sobre Concursos del Estatuto Administrativo para la provisión de cargos de Jefes de Departamento y niveles de Jefaturas Jerárquicos equivalentes, ha resultado ajustado a derecho el llamado a concurso público en comentario al no existir otros postulantes idóneos. Del mismo modo, se ha dado estricto cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5°, en orden a que en el correspondiente proceso de selección no se ha establecido distinción, exclusión o aplicado preferencia alguna basada en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social con la finalidad de anular o alterar la igualdad de oportunidades de los postulantes".

Respecto a lo que señala la Recurrente, el proceso de invalidación nunca se ha referido a la calidad de los postulantes, el fundamento de la invalidación como ya se ha expuesto, es la existencia del vicio establecido en las bases, de hacer de requisitos deseables de experiencia laboral, requisitos excluyentes, cuestión que puede afectar tanto a los participantes del concurso en comentario, como a aquellos que pudieron inhibirse de participar al constatar que no cumplían con los requisitos adicionales a los establecidos en la ley.

A su turno, la Sra. Schmied señala en los siguientes literales "g) lo anterior, sin perjuicio por cierto, conforme lo autorizan los artículos 5° inciso 2°, 11°, 36° y 37° del Reglamento para Concursos Públicos, que el Jefe Superior del Servicio, en este caso el Subsecretario de Prevención del Delito, como ha ocurrido en la especie, haya considerado como factor la experiencia laboral; subfactor experiencia laboral en áreas asociadas al cargo al que se postula; a su vez con tres criterios con sus respectivos puntajes mínimos y máximos. Experiencia laboral requerida en el perfil de cargo. (Año y área de desempeño); experiencia laboral en área deseada pero inferior (años) a la requerida en el perfil del cargo y experiencia laboral en otras áreas diferentes a las requeridas en el perfil del cargo. Experiencia Calificada el desempeño de cargos cuyas funciones sean afines o se justifiquen como precedente útil al cargo que se concursa";

h) "Estas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinadas, por expresa disposición del inciso 2° del artículo 5 del citado texto reglamentario, no serán consideradas discriminación".

i) "Este procedimiento reglado y las facultades del Jefe del Servicio para establecer factores a ponderar sin que lleguen a configurar la fijación de requisitos adicionales o diversos a los previstos por el legislador, se encuentran reconocidos, entre otros, por la Contraloría General de la República" (señalando diversos Dictámenes).

Que, las mencionadas letras g, h e i están referidas a la facultad que tiene la Autoridad que llama a concurso para establecer requisitos adicionales relativos a las calificaciones requeridas para asumir un empleo. Al respecto, es necesario hacer la siguiente distinción:

. El ponderar requisitos deseables como obligatorios representa un vicio de legalidad por cuanto dicho proceder vulnera las garantías individuales contempladas en el artículo 19, numerales 2° y 17°, de la Constitución Política de la República, que impiden a la autoridad establecer diferencias arbitrarias, y asegurar la admisión a todas las funciones o empleos públicos, sin otras exigencias que las que impongan la Carta Fundamental y las leyes.

. Si bien la autoridad, al momento de fijar las bases, tiene la facultad de atribuir una mayor valoración a aquellas circunstancias, características o aptitudes que respondan a las necesidades del cargo, no se puede establecer requisitos adicionales o diversos de los contemplados por la ley, de modo que signifiquen la exclusión de los concursantes que no cumplan con ellos. Se establecen



requisitos adicionales a los legales, vulnerando con ello los preceptos constitucionales de igualdad ante la ley y de igualdad y legalidad en el acceso a cargos públicos, cuando en un concurso con etapas sucesivas, ocurre copulativamente que: (a) se fijan factores de evaluación adicionales a los establecidos en la ley y (b) de no cumplirse, no permiten al postulante pasar a la siguiente etapa de evaluación, ya que por no satisfacer estos requisitos adicionales, no se obtiene el puntaje mínimo de acceso a la siguiente etapa del concurso (Dictámenes Nos. 69718/2010, 80973/2012, 48499/2006, 15329/2008, 70556/2009, 1612/2011, 35690/2011, 6142/2014, 10853/2014).

Lo anteriormente descrito es lo que ocurrió con los concursos desarrollados por esta Subsecretaría. Por lo tanto, la atribución de la autoridad para fijar requisitos de preferencias basadas en calificaciones exigidas para un empleo, que fundamenta la Recurrente latamente en su presentación existe efectivamente, pero tiene limitaciones, cuales son, no hacer de requisitos adicionales a los que contempla la ley, requisitos excluyentes.

Que, también sostiene la Recurrente en el punto III.- Asunción del cargo, perfeccionamiento de la calidad de empleado público.

Afirma la Sra. Schmied que conforme a la resolución N° 19, posee la calidad de funcionario público, sosteniendo en su presentación los siguientes antecedentes:

Argumenta, que posee la calidad de funcionaria debido a que ya ha asumido el cargo público al cual concursó, para lo cual señala: "en términos tales que la suscrita asumió el cargo, con el cual se concretó el elemento de hecho que perfecciona la relación de empleado público. En efecto, con fecha 30 de enero de 2014 envié comunicación escrita al Ministro del Interior y Seguridad Pública, Señor Andrés Chadwick Piñera, mediante el cual expresé formalmente la aceptación de mi cargo."

"Asimismo, las liquidaciones de renta emanadas de esa Subsecretaría a partir del mes de febrero de 2014 hasta el día de hoy, señalan inequívocamente que mi calidad jurídica es de Planta, escalafón Directivo, Grado 5°".

Que, a su vez, invoca a favor de su postura el Dictamen N° 52.802 de 2009, mediante el cual, y cita la Recurrente que "la fecha a partir de la cual una persona adquiere la calidad de empleado público en un determinado Servicio es la de la asunción del cargo" e invoca "Elemento fáctico que di cumplimiento en términos tales que físicamente he ejercido mi cargo público ininterrumpidamente, como consta en la siguiente documentación:

a. Copia de transparencia activa, publicada en la página web de la Subsecretaría de Prevención del Delito, en la que consta el cargo y función que actualmente desempeño, además de la fecha de inicio y término.

b. Set de correos electrónicos, donde queda de manifiesto mi calidad de funcionaria de planta, dotación Directiva, Grado 5°.

c. Copias de solicitud de descanso complementario por horas extraordinarias, autorizado la División de Coordinación Nacional de la Subsecretaría de Prevención del Delito.

d.- Resolución exenta N° 265, de fecha 17 de febrero de 2014, el cual modifica asignación de funciones críticas en caso que se indica, dentro de los cuales está la suscrita, teniendo como motivo principal el cambio de la calidad jurídica de suplente a Titular de Planta.

e. Resolución exenta N° 509, de fecha 2 de abril de 2014, el cual pone término asignación de función crítica en los casos que indica. En ese listado aparece la suscrita, individualizada como Jefa de Departamento Grado 5°. Suscrita por el Subsecretario de Prevención del Delito, Sr. Antonio Frey Valdés."

Que, si bien en ese caso se dictó una resolución de nombramiento, que no se encuentra completamente tramitada, dado que antes de su ingreso a la Contraloría General de la República para la toma de razón la Administración detectó el vicio de legalidad, la jurisprudencia administrativa de Contraloría General ha indicado en una serie de Dictámenes entre ellos el N° 22.400 de 1998, y el Dictamen N° 15.329 del 2008, que "el nombramiento dispuesto por la autoridad competente con infracción de ley, bajo ningún punto de vista puede generar algún tipo de propiedad sobre el cargo que se trata, como tampoco estabilidad en el empleo, toda vez que la respectiva persona no ha sido legalmente investida para ocuparlo, careciendo entonces, de un título válido que la habilite para ejercer legítimamente la plaza en que ha sido designada."

A mayor abundamiento, incluso si la resolución de nombramiento hubiese sido tomada razón, se debe hacer presente que ella constituye una mera presunción de legalidad y no impide que la Entidad Fiscalizadora modifique su criterio si con posterioridad se comprueba que los mismos se emitieron con defectos de legalidad o fundados en antecedentes no ponderados correctamente en su oportunidad o en supuestos irregulares, casos en los cuales corresponde que la autoridad los invalide (Dictamen



N° 15.329 del 2008).

Que, la ley N° 19.880 de 2003, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado señala en su artículo 53° que: la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

Que, a la luz de estos antecedentes no es efectivo que, como sostiene la Recurrente, por haber asumido el cargo perfeccionó la relación de empleado público.

Que, en relación a la ejecución de tareas asociadas al cargo y las liquidaciones de renta percibidas por la Sra. Schmied, éstas no implican que la funcionaria ejerza el cargo en propiedad toda vez que, en la medida en que un nombramiento tenga como antecedente un concurso en el cual no se respetaron los requisitos legales, éste no puede originar un supuesto derecho al empleo, sin desmedro de que por haberse ejecutado las labores pertinentes, el afectado conserve las remuneraciones percibidas por tal desempeño, a fin de no configurar un enriquecimiento sin causa (Dictamen N° 15.329 del 2008).

Que, el hecho de que esta Subsecretaría publique en Transparencia Activa el cargo que hasta ahora ha desempeñado la Recurrente y se le hayan conservado sus remuneraciones responde a que se le considera como "funcionaria de hecho" como ocurre cuando una designación no llega a materializarse, pues el acto administrativo que dispuso un nombramiento no se ajusta a derecho. Hasta que se resuelva el proceso de invalidación, sus actuaciones y remuneraciones son consideradas como válidas, dado que la resolución que la nombraba, dispuso la asunción inmediata de funciones.

Por otro lado, responde a la voluntad de la Autoridad llevar a cabo el proceso de invalidación respetando todos los derechos de los interesados, otorgando las facilidades para que puedan presentar sus argumentos frente a este proceso y, de esta manera, poder tomar una mejor decisión apegada a la normativa y, sólo una vez que este proceso se resuelva, si correspondiere, se procederá a hacer las modificaciones que se deriven de la invalidación de los concursos y lo obrado en ellos.

Que, señala la Recurrente en el punto IV. Desigualdad y arbitrariedad manifiesta.

Que, la Sra. Schmied invoca que es perjudicada por un trato desigual y una supuesta arbitrariedad por parte de la Autoridad Administrativa, dado que como señala: "Como es de conocimiento de usted; con fecha 3 de marzo de 2014 se tomó razón por parte de la Contraloría General de la República de la resolución N° 91, de fecha 18 de octubre de 2013, en la cual se designó en la Planta de Directivos a determinada persona para la Subsecretaría de Prevención del Delito. El mencionado acto administrativo, ingresó en definitiva con fecha 17 de marzo de 2014, donde consta que fue totalmente tramitado. Más aún la propia Contraloría General de la República, mediante el Dictamen N° 16.228 de 2014, resolvió cursar la resolución 91 ya individualizada precedentemente, no obstante que un tercero en uso de sus derechos constitucionales se dirigió ante esa Entidad Contralora para impugnar el concurso público para proveer la plaza de Jefe de Departamento Grado 5° de la EUS ante lo cual la Contraloría estimó que el concurso estaba ajustado a derecho y no hizo ningún reparo sobre la materia.

Significativo es la circunstancia que las bases administrativas aplicadas en este procedimiento concursal son las mismas que las utilizadas en el caso Sub-Lite en el cual participó la suscrita y que fundamentan, según consta, en la resolución N° 849 de fecha 11 de junio del 2014, este procedimiento administrativo de invalidación del concurso."

Que tal situación, según la Recurrente significaría que habría un acto arbitrario en la iniciación del proceso de invalidación conforme al artículo 53 de la ley 19.880, donde la Administración le da un trato diferente al no iniciar dicho proceso invalidatorio a otro funcionario que estaría en su misma condición jurídica.

Que, sobre la materia es el caso señalar que no ha habido arbitrariedad, ya que se ha obrado de la misma manera para todos los concursos públicos en cuyas bases se ha detectado algún vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad, a saber: concurso para proveer cargo vacante de la planta de directivo convocado mediante resolución exenta N° 1.794 de agosto de 2013; concurso para proveer cargos vacantes de la planta de directivos y profesionales llamado mediante la resolución exenta N° 2.550; concurso para proveer cargos vacantes de la planta de técnicos, administrativos y auxiliares llamado mediante la resolución exenta N° 2.530, ambas de noviembre de 2013; concurso para proveer cargos vacantes de la planta de directivos y profesionales llamado mediante la resolución exenta N° 2.862 de diciembre de 2013; concurso para proveer cargos vacantes de la planta de directivos llamado mediante la resolución exenta N° 38 y para proveer cargos vacantes de la planta de profesionales llamado mediante la resolución exenta N° 40, ambas de enero de 2014, estando todos actualmente en proceso de invalidación.



Que, como se ha referido previamente, la existencia del vicio de legalidad, impone el deber a la Administración activa de ejercer las potestades invalidatorias del artículo 53 de la ley 19.880, como lo ha resuelto la jurisprudencia del Órgano de Control mediante los Dictámenes Nos 27.879 de 2008, 53.531 de 2009 y 69.573 de 2012 y 1.166 del 2013, toda vez que la autoridad administrativa tiene obligación de dejar sin efecto los actos administrativos ilegales o que descansen en supuestos erróneos.

Que, la invocación del Dictamen 16.228 de 2014, por parte de la Recurrente, dice relación con la situación particular del Sr. José Luis Mujica Fredes, para impugnar el concurso público convocado para proveer un cargo en la Subsecretaría de Prevención del Delito, ya que en criterio del Sr. Mujica Fredes, durante el desarrollo del concurso se habrían producido irregularidades que afectarían su validez.

Esta situación particular del reclamante no guarda relación con la situación de la Sra. Schmied, ni con los vicios detectados por la Autoridad Administrativa que dan inicio al proceso invalidatorio del concurso público en el cual participó la Recurrente, debido a que el reclamo efectuado por el Sr. Mujica Fredes fue en orden a que se habría discriminado a profesionales del área científica en la etapa I "Estudios y Cursos de Formación Educacional y de Capacitación". Por otro lado manifiesta que no se le habría informado satisfactoriamente acerca de los contenidos de la evaluación técnica contemplada en ese certamen.

Al respecto cabe indicar que Contraloría General de la República concluyó que dicha alegación careció de sustento, pues analizada la etapa I, sobre "Estudios y Cursos de Formación Educacional y de Capacitación", se observa que el puntaje mínimo de aprobación corresponde a 4 puntos, resultado que era factible de obtener por cualquier postulante que acreditara poseer un título profesional, situación que no acontece en la etapa II, sobre la que versa el proceso invalidatorio en comento. Respecto a su otro reclamo, concluyó que se le entregó adecuada orientación sobre las materias de estudio para la evaluación técnica y que, en todo caso, las respuestas otorgadas en ningún caso pudieron perjudicar al Sr. Mujica Fredes ya que éste no sorteó la etapa III de "Evaluación Psicolaboral", que era previa a la etapa evaluación técnica que motivó su consulta.

Como puede observarse, se trata de una situación del todo diferente del vicio de legalidad detectado en el concurso en el cual participó la Sra. Schmied y que implicó ejercer una discriminación arbitraria entre los postulantes, al hacer de requisitos deseables de experiencia laboral, requisitos excluyentes, excediendo lo establecido lo prescrito en la Ley de Planta del Servicio, vulnerando las garantías constitucionales del artículo 19 N° 2 y 19 N° 17 de la Constitución Política de la República de Chile, que impiden establecer diferencias arbitrarias a los postulantes a la Administración Pública, asegurando la admisión a todas las funciones o empleos públicos en igualdad de condiciones, sin otras exigencias que las exigidas por la Ley y la Constitución, de acuerdo a los Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 6.142 del año 2014 y 57.696 del 2007.

8) Que, analizados los antecedentes presentados por la Sra. Schmied, no se han expuesto argumentos que desacrediten la existencia del vicio detectado, prevaleciendo éste, frente a lo cual, la Administración se encuentra impedida de acoger la impugnación.

9) Que, no habiéndose presentado más reclamaciones por algún interesado;

Resuelvo:

1° Rechácese la impugnación presentada por la Señora Katherine Schmied Vásquez, RUT 13.027.259-2, en virtud de que los antecedentes tenidos a la vista no desvirtúan la existencia del vicio que afecta la validez del proceso concursal en el cual participó.

2° Invalídese la resolución exenta N° 2.862 del 5 de diciembre de 2013 de la Subsecretaría de Prevención del Delito, publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre del mismo año, que aprueba bases y llama a concurso para proveer cargos de la planta de directivos y profesionales de la Subsecretaría de Prevención del Delito.

3° Déjese sin efecto todo lo obrado en el citado proceso concursal.

4° Notifíquese esta resolución a la interesada y publíquese en el Diario Oficial y la página web del Servicio.

Anótese y comuníquese.- Antonio Frey Valdés, Subsecretario de Prevención del Delito, Ministerio del Interior y Seguridad Pública.