



Señor

17 de enero de 2020

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

Presente

De nuestra consideración:

Como es de su conocimiento con fecha 10 de enero del presente, fue ingresado al trámite de toma de razón establecido en el inciso sexto del artículo 64 y el inciso segundo del artículo 99 de nuestra Constitución Política, el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) a que se refiere el artículo decimosexto transitorio de la Ley N° 21.130 que Moderniza la Legislación Bancaria, que ha de dictar S.E. el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda, y que tiene como fin efectuar las modificaciones al actual Estatuto de personal de carácter especial de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), para su aplicación al personal traspasado desde la ex Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), a dicha Comisión.

Cabe recordar que por efecto de la Ley más arriba citada, se suprimió la institucionalidad de la SBIF, asumiendo la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) sus funciones, lo que se hizo efectivo a partir del día 1° de junio pasado, traspasándose sin solución de continuidad los funcionarios ex SBIF a la Comisión. En la actualidad, dichos funcionarios seguimos afectados a nuestro antiguo Estatuto del Personal, ello mientras no entre en vigor el DFL referido en el párrafo anterior.

Es del caso, Sr. Contralor, que a juicio de esta Asociación, el Decreto con Fuerza de Ley ingresado a toma de razón adolece de graves vicios de legalidad, además de establecer una regulación absolutamente vulneratoria de los derechos fundamentales de los trabajadores (incluso más allá de su denominación de servidores públicos), circunstancias que estimamos urgente poner en su conocimiento, con el fin de que desista de tomar razón del mismo, procediendo a representarlo conforme a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 99 de nuestra Constitución Política, ya que el texto remitido por el Ejecutivo fue elaborado totalmente a espaldas de los funcionarios. Lo decimos con todas sus letras, y esperando que disculpe nuestra franqueza: **Aquí se ha actuado de mala fe y al margen de la ley.**

Lo anterior, a partir de los argumentos de hecho y derecho que pasamos a exponer:

### **1.- VICIOS DE LEGALIDAD DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY EN CUANTO A FORMA**

#### **A. El DFL no cumplió con la exigencia legal del artículo decimosexto transitorio de la Ley N° 21.130**

##### **A.1 Tenor Literal**

El inciso final del artículo transitorio en cuestión, establece a modo de requisito previo de validez del acto de dictación del DFL, que *"Para la dictación del o los decretos con fuerza de ley de*

*conformidad al presente artículo, la autoridad tomará conocimiento de la opinión de la o las asociaciones de funcionarios de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras”.*

Este requerimiento, que a nuestro juicio debe ser entendido como la imposición de una exigencia de carácter **FORMAL** al Ejecutivo, tendiente a poner en conocimiento de la asociación de funcionarios pertinente, en este caso la AFUSBIF, de forma previa a su ingreso a toma de razón, el texto completo del DFL que se pretende dictar, obteniendo la consecuente opinión de los funcionarios, no se ha cumplido en el caso de marras.

**En efecto, esta Asociación no fue notificada por medio alguno por parte del Ministerio de Hacienda, o de cualquier otra repartición pública, del texto que se ingresó el día 10 de enero a toma de razón, no existiendo en consecuencia ninguna instancia para que el Ejecutivo pudiera haber “tomado conocimiento” de nuestra opinión al respecto.**

Cabe indicar a modo de contexto Sr. Contralor, que durante el año 2019, el Ministerio de Hacienda, a través de la Subdirección de Racionalización y Función Pública de la Dirección de Presupuestos (DIPRES), nos citó a una Mesa de Trabajo, que supuestamente tenía el fin de cumplir con el requisito legal que venimos tratando, instancia en la que se celebraron 5 reuniones con fechas 30/04/2019, 20/05/2019, 08/08/2019, 28/08/2019 y 03/10/2019, las que solamente tuvieron como propósito que la Asociación que representamos pudiera exponer respecto de aquellas materias del actual Estatuto de Personal de la CMF, que a nuestro juicio debieran ser modificadas, sin que en ningún momento se nos entregara algún borrador tentativo de texto, o se nos expusiera algún tipo de directivas planificadas para el futuro DFL, lo que en todo caso, sigue sin ocurrir hasta ahora<sup>1</sup>.

**EN NINGUN MOMENTO SE TOMÓ CONOCIMIENTO DE NUESTRA OPINIÓN respecto del DFL a dictar, tal como mandata la Ley.**

Asimismo Sr. Contralor, estimamos que desde un punto de vista de validez de los actos administrativos en un Estado de Derecho, las exigencias que la ley le impone a las autoridades que deben dictarlos, deben ser cumplidas de modo sacramental, por lo que estas reuniones informales que en este caso tuvieron lugar, (a las que ni siquiera concurrieron autoridades del Ministerio, salvo a la primera y solo de manera protocolar) no deben ni pueden considerarse para efectos del cumplimiento del requisito establecido por el artículo decimosexto transitorio de la Ley N° 21.130.

Yendo a un caso extremo, cabe preguntarse Sr. Contralor, si hubiese bastado para dar por cumplido el requisito legal en cuestión, que cualquier personero de la DIPRES se hubiera tomado un cafecito, con un Directivo de la Asociación para preguntarle, además del clima, su opinión del Estatuto. Nos negamos a aceptar este grado irrisorio de cumplimiento del mandato que el Legislador ha entregado al Ejecutivo.

---

<sup>1</sup> La limitada interacción que existió entre la AFUSBIF y el Ejecutivo concluye con dos presentaciones que efectuó esta Asociación al Gobierno, las que tampoco pueden ser consideradas para efecto del cumplimiento del requisito habilitante establecido en la ley, puesto que ellas no tuvieron como propósito que se tomara conocimiento de nuestra opinión del DFL a dictar, sino meramente representarle al Sr. ministro de Hacienda en forma genérica los asuntos de nuestro interés en la primera, y en la segunda, hacerle presente la molestia de los funcionarios de la ex SBIF ante los graves hechos de que fuimos víctimas.

Lo que aquí ocurrió Sr. Contralor, fue una desvergonzada puesta en escena, que tuvo como fin manufacturar una apariencia de cumplimiento de una exigencia formal impuesta por la Ley, que no había el más mínimo interés en obedecer.

Solo para graficar lo anterior, la única respuesta que se recibió de la DIPRES en el contexto de la Mesa ya referida, era que las materias que solicitábamos abordar, “excedían la delegación de potestades conferida al Ejecutivo”, respuesta absolutamente insólita en nuestra opinión, ya que como podrá apreciar a través de nuestro relato, la delegación regulatoria fue totalmente excedida, por supuesto, en aquellas materias que el poder Ejecutivo consideró de su propia conveniencia. En caso de que requiera mayor detalle sobre este punto, adjuntamos la carta que hicimos llegar al Sr. Ministro de Hacienda en diciembre pasado, antes del ingreso del DFL a la Contraloría, y que detalla los hechos.

Cabe indicar por último, que según ha trascendido (porque como ya se dijo, hasta la fecha desconocemos el texto final remitido a toma de razón), el Ejecutivo habría introducido en el DFL una serie de materias que ni siquiera fueron conversadas a nivel informal con esta Asociación, como es el caso de una disposición que homologa con efecto inmediato las calificaciones del personal traspasado (evaluado conforme al reglamento de calificaciones de la ex SBIF) a las actualmente vigentes en la CMF, situación de la máxima gravedad y que se tratará más adelante en esta presentación. Por supuesto, es imposible que el Ejecutivo haya “tomado conocimiento de nuestra opinión”, respecto de asuntos que ni siquiera nos comunicó de manera informal.

## **A.2- Espíritu de la Norma**

Es oportuno con el fin de contextualizar, hacerle presente que esta Asociación tuvo una activa participación en la tramitación de la Ley N° 21.130, lográndose aprobar la exigencia especial que motiva la dictación de este DFL, cuyo fin último era generar un texto de Estatuto consensuado entre la AFUSBIF y el Ejecutivo. Ello, debido a las múltiples preocupaciones expresadas por los legisladores respecto de la mantención de garantías y condiciones laborales de nuestros asociados con motivo de la nueva institucionalidad. En consecuencia, lo que se buscó con la indicación que resultó en el artículo transitorio que venimos comentando, era generar una dinámica de acuerdos entre las partes, con el fin de garantizar que las condiciones laborales de los funcionarios traspasados, no se vieran vulneradas o menoscabadas.

Sin embargo, el Ejecutivo ha entendido que un requisito formal impuesto por la ley, no es más que un mero trámite que debe cumplir en apariencia, para establecer en definitiva un texto de Estatuto completamente a su antojo. Ello, con la gravedad de que se trata de una delegación de facultades normativas, que involucra un alto grado de confianza depositada por parte del Legislador.

Al respecto, y solo como muestra Sr. Contralor, le referimos dos discusiones generadas a propósito de la tramitación del Proyecto de Ley de Modernización de la Legislación Bancaria, en la Comisión de Hacienda del Honorable Senado de la República.

- En <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/hacienda/comision-de-hacienda/2018-08-06/200205.html>, minuto 84.48, señalando el Sr. Ministro de Hacienda de la época, don Felipe Larraín, que se incluía como indicación el artículo decimosexto

transitorio, a la sazón aprobado sin cambios, con el fin de cumplir con el protocolo suscrito por el “Gobierno anterior” con los funcionarios de la SBIF, garantizándoles que no se verían alteradas sus condiciones laborales, lo que como detallaremos más adelante es totalmente alejado de la realidad.

- En <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/hacienda/comision-de-hacienda/2018-08-07/172358.html>, minuto 100.50 se discute largamente las aprensiones que tienen los senadores respecto de la posibilidad de delegar al Ejecutivo el establecimiento de normas de tipo laboral o estatutarias a través de la dictación de un DFL, justamente por la eventualidad de que incurra en arbitrariedades, -Como aquellas de que hemos sido víctimas los funcionarios de la SBIF-, debiendo ello ser materia de ley. En la práctica Sr. Contralor, se ha materializado aquel temor expresado en la Comisión, ya que no solo se ha incurrido en arbitrariedades, sino que se han ignorado groseramente las exigencias formales que ha impuesto la ley para la dictación de la norma correspondiente.

## **2.- SITUACIONES VULNERATORIAS EN CUANTO AL FONDO DEL TEXTO SOMETIDO A TOMA DE RAZÓN.**

Es del caso, Sr. Contralor, que el Estatuto que se pretende imponer a los funcionarios de la Superintendencia traspasados a la CMF, contiene una serie de normas que vulneran los derechos mas básicos de los trabajadores (tanto públicos como privados), además de ser absolutamente contrarias a las disposiciones estatutarias que nos aplican actualmente, y que si bien fueron tomadas de razón con motivo de la dictación del DFL a que se refiere el artículo cuarto transitorio de la Ley N° 21.000, no deben ser soslayadas esta vez. Esto demuestra una vez más, que la regulación del DFL no cumple con su finalidad de garantizar que las condiciones laborales de que gozamos los funcionarios de la ex SBIF no se vean afectadas luego del traspaso a la CMF.

En este sentido, nos permitimos detallarle solo algunos ejemplos de lo señalado:

### **A.- Facultad del Presidente de la CMF de pedir la renuncia de un funcionario sin expresión de causa establecida en el artículo 58 letra a) del Estatuto del Personal CMF**

Al respecto, estimamos que esta causal de desvinculación atenta contra la carrera funcionaria, afecta el carácter permanente del personal y la garantía de estabilidad en el empleo, permite amparar remociones discrecionales y arbitrarias y constituye un anacronismo inaceptable en un Estado de Derecho que se precie de respetar los derechos de los trabajadores.

Cabe indicar que el Estatuto CMF sí considera otra causal de desvinculación denominada “necesidades de la Comisión”<sup>2</sup>, la que debe ejercerse de manera fundada, e igualmente responde a la facultad que le asiste al Presidente de la CMF de “*nombrar y remover al personal, con entera independencia de toda otra autoridad*”<sup>3</sup>, con la salvedad de que no tiene el carácter arbitrario que puede darse en el caso de la causal de renuncia sin expresión de causa.

---

<sup>2</sup> Artículo 58 letra n) del Estatuto CMF.

<sup>3</sup> Artículo 26 DL. N° 3.538, modificado por ley N° 21.000.

## **B.- Creación de modalidad de “contrata indefinida” y debilitamiento de la planta funcionaria**

El Estatuto CMF crea, sin contar con delegación alguna, una nueva modalidad de funcionario público, la que a nuestro juicio solo pudo haber sido creada por ley, debilitando las garantías inherentes a los funcionarios de planta. En efecto, tanto los funcionarios a contrata indefinida como los de planta están sujetos a las mismas causales de remoción, sin embargo los primeros tienen derecho a indemnización de perjuicios (otra creación espuria) y los segundos no, pretendiendo forzarse a través de una norma transitoria<sup>4</sup> (que presuponemos ha sido incluida en similares términos en el nuevo DFL actualmente sometido a su toma de razón), que los funcionarios de planta renuncien a la misma, con la precarización implícita de su condición laboral actual.

## **C.- Caso de la homologación de calificación de desempeño actual de funcionarios SBIF**

Tal como comentamos más arriba en esta presentación Sr. Contralor, se nos ha comentado que el DFL en estudio contendría una norma que ordena con efecto inmediato, la homologación de las calificaciones aplicadas al personal traspasado, asignadas en el contexto del Reglamento de Calificaciones SBIF, con la establecida en el Reglamento CMF, lo que consideramos, de ser así, totalmente inaceptable, y prueba de la mala fe con que ha obrado el Ejecutivo.

Ciertamente Sr. Contralor, de acuerdo al Reglamento de Calificaciones vigente en la CMF, ningún funcionario que no haya sido calificado en Lista de Distinción puede ser sujeto de promoción, restricción que no aplicaba a los funcionarios SBIF y que no fue considerada por los evaluadores o la Junta Calificadora SBIF en el proceso calificadorio vigente. De aplicarse la norma que pretende introducir el Ejecutivo con efecto inmediato, se estaría vulnerando de forma flagrante la seguridad jurídica involucrada en un proceso calificadorio ya cerrado. Está demás explayarse en los demás efectos nocivos de una disposición con este nivel de antijuridicidad. Es evidente que una norma de este tenor solo puede aplicarse a futuros procesos calificadorios, sin afectar a aquél cuyos efectos están rigiendo, y que ya no puede ser modificado.

Cabe reiterar Sr. Contralor, que esta disposición en particular, así como los demás aspectos contenidos en el DFL que aun desconocemos formalmente, nunca fue tratada con nuestra Asociación y según hemos podido pesquisar, tampoco fue consultado el parecer del Consejo de la Comisión ni menos de su Presidente. Simple “gustito” del Ejecutivo, que nosotros atribuimos a la férrea defensa que los funcionarios de la SBIF hemos hecho, y continuaremos realizando en las instancias que corresponda, de nuestros derechos, con motivo de un proceso de integración en el que nunca se ha tomado en consideración la opinión de los principales afectados, los trabajadores públicos.

En todo caso y para finalizar este punto, estimamos que esta disposición, de existir, excede el marco delegatorio otorgado al Presidente de la República por el artículo decimosexto transitorio de la Ley N° 21.130, toda vez que no se refiere a modificación de norma alguna del Estatuto del Personal CMF vigente (el que no incorpora en ninguna de sus normas una categorización de listas para efectos de calificación del desempeño individual), ni a una norma transitoria que se pueda estimar como “necesaria” para la aplicación del Estatuto al personal traspasado. Por ello, estimamos que debe ser representada en cuanto a su legalidad.

---

<sup>4</sup> Artículo cuarto transitorio Estatuto CMF en relación con su artículo segundo transitorio.

### **3.- PROCEDENCIA DE REPRESENTAR LA LEGALIDAD DEL DFL POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN EL MARCO DEL CONTROL DE LEGALIDAD QUE DEBE EFECTUAR**

Compete a la Contraloría General de la República el control preventivo de legalidad de un decreto con fuerza de ley como el que venimos a impugnar, en cuyo marco deberá controlar que dicho DFL esté dictado en conformidad con la ley delegatoria<sup>5</sup>. Al respecto, existen precedentes de actuación del órgano contralor en este sentido. Ocurrió por ejemplo en su Dictamen 45.413-2018, en que se rechazó dar curso a una serie de DFLs del Ministerio de Salud, por no ajustarse a derecho. Ello, sin perjuicio del control a posterior que pudiera efectuar en caso de afectación particular de un funcionario por causa de la aplicación que la autoridad haga del Estatuto.

Reafirmando lo aseverado en el párrafo anterior, Humberto Nogueira sostiene que en aquellos casos en que la ilegalidad de un DFL surge antes de la entrada en vigencia del decreto con fuerza de ley, el control le corresponde a la Contraloría General de la República, al conocer del acto a través del trámite de toma de razón<sup>6</sup>.

En cuanto a los aspectos en que debe centrarse el control de legalidad, la autora Miriam Henríquez Viñas, señala que *“El Contralor General de la República ejerce un control sobre la adecuación del decreto con fuerza de ley a la ley delegatoria y a la Constitución. El Contralor deberá tomar razón si estima que el decreto con fuerza de ley es conforme a la ley delegatoria y a la Constitución, pero deberá representarlo o rechazarlo cuando considere lo contrario.*

*Constituyen ejemplos de decretos con fuerza de ley contrarios a la ley delegatoria:*

*a) si excedió la ley delegatoria y se dictó sobre materias que la ley no delegó, pero dentro de las materias de ley no vedadas por la Constitución en el artículo 64; b) si excedió la ley delegatoria y se dictó en un plazo superior al fijado por la ley delegatoria pero inferior a un año; c) si contravino la ley delegatoria y se dictó sin tomar en cuenta las limitaciones, restricciones o formalidades fijadas por aquélla. Son ejemplos de decretos con fuerza de ley contrarios a la Constitución: a) si se dictó en ausencia de ley delegatoria; b) si se dictó regulando las materias que la Constitución ha vedado; c) si se dictó en un plazo superior a un año; d) si lo dictó una autoridad administrativa distinta del Presidente de la República”<sup>7</sup>.*

Ahora bien, en lo referido a los estándares que debe cumplir el DFL que ejecute una delegación regulatoria del poder Legislativo, Eduardo Cordero señala que *“Por su parte, y en sentido estricto, no se trata de una ley delegante sino de una ley habilitante, en la medida que atribuye al Presidente de la República una potestad normativa con fuerza de ley en los temas previstos por la Constitución. Por lo tanto, el ejercicio de esta facultad debe ajustarse a los términos y condiciones previstos en dicha ley. Es así que la propia Carta Fundamental nos señala que ‘la ley que otorgue la referida*

<sup>5</sup> Artículo 64 inciso sexto y 99 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

<sup>6</sup> Nogueira Alcalá, Humberto (2001). “La delegación de facultades legislativas en el ordenamiento jurídico chileno”. Revista *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2, p. 79.

<sup>7</sup> Henríquez Viñas, Miriam (2009). *Las fuentes formales del Derecho*. Santiago: LegalPublishing, p. 84.

autorización, señalará las materias precisas sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones o formalidades que se estimen convenientes”<sup>8</sup>.

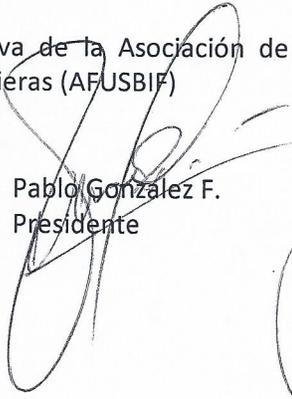
Finalmente, y más bien referido al fondo de lo regulado en un DFL delegado por Ley, la doctrina comparada apunta a que “La relación entre la ley delegatoria y el DFL se construye desde el principio de la competencia, dado que si la legislación delegada excede el ámbito fijado por la ley delegatoria estaría ejerciendo competencias legislativas que no le son propias”<sup>9</sup>.

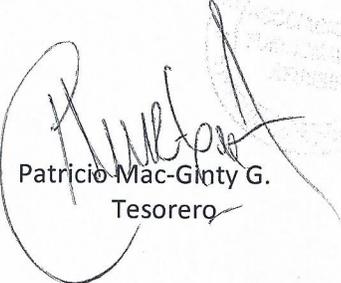
#### **4.- CONCLUSIÓN**

Resumiendo, nuestra presentación Sr. Contralor, solicitamos a Ud. no tomar razón del DFL a que se refiere el artículo decimosexto transitorio de la ley N° 21.130 que Moderniza la Legislación bancaria, procediendo a su representación conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución, atendidos los evidentes y graves vicios de legalidad tanto de forma como de fondo de que adolece, según se ha expuesto.

Se despide respetuosamente,

Directiva de la Asociación de Funcionarios de la Superintendencia de Bancos e instituciones Financieras (AFUSBIF)

  
Pablo González F.  
Presidente

  
Patricio Mac-Ginty G.  
Tesorero

  
Jorge Díaz R.  
Secretario

<sup>8</sup> Eduardo Cordero Quinzacara. Estudios Constitucionales, Año 8, N°2, 2010, pp 49-86. ISSN 0718-195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, “La legislación delegada en el Derecho Chileno y su función constitucional”, págs. 72-73.

<sup>9</sup> Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (1995). Los controles de la legislación delegada. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 152-154.