



**DIVISIÓN DE AUDITORÍA ADMINISTRATIVA
UNIDAD DE AUDITORÍAS ESPECIALES**

INFORME INVESTIGACIÓN ESPECIAL

Servicio Nacional de la Discapacidad

**Número de Informe: 32/2012
17 de diciembre del 2012**



INFORME EN INVESTIGACIÓN
ESPECIAL N° 32, de 2012, SOBRE
PRESUNTA INFRACCIÓN AL
PRINCIPIO DE JURIDICIDAD EN EL
SERVICIO NACIONAL DE LA
DISCAPACIDAD.

SANTIAGO, 17 DIC 2012

Se ha dirigido a esta Contraloría General, el señor Yuri Gahona Muñoz, funcionario del Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) y Presidente de la Asociación de Funcionarios de esa Repartición (ASOFFON), solicitando se efectúe una investigación en el precitado Servicio con motivo de eventuales irregularidades relativas a un juicio sobre tutela de derechos fundamentales y despido injustificado de cuatro trabajadores en el cual el Servicio señalado acordó poner término al proceso mediante la celebración de una conciliación.

Atendido lo anterior, esta Contraloría General, en uso de sus facultades, procedió a iniciar una investigación, con el objeto de determinar la veracidad de la denuncia de cuyos resultados da cuenta el presente preinforme.

I. ANTECEDENTES

El peticionario señala en primer término, que con fecha 30 de noviembre de 2011, los señores Félix Manterola, Cecilia Calderón, Roberto Pavez y Jonathan Muñoz fueron despedidos del SENADIS mediante la invocación de la causal establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa.

Agrega, que convencidos de que la causal invocada era incorrecta, dichos funcionarios decidieron demandar a la Repartición precitada mediante el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y despido injustificado, cuya causa quedó registrada con el número RIT T-7-2012 del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago.

Enseguida expone, que la pretensión de la demanda subsidiaria era el pago de la indemnización por años de servicio, más el 30% de recargo que establece la ley al ser injustificado el despido.

Contraloría General
de la República

A LA SEÑORA
MARÍA XIMENA RIVAS ASENJO
DIRECTORA NACIONAL
SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD
P R E S E N T E

Añade, que con fecha 26 de marzo de 2012 y en el contexto de un juicio sobre tutela de derechos fundamentales y despido injustificado en subsidio, el Servicio Nacional de la Discapacidad, que era la parte demandada, acordó poner término al juicio incoado por los trabajadores despedidos.

Al efecto, en la data precitada, el abogado Mauricio Correa Noé, representante del Servicio Nacional de la Discapacidad y de su directora, señora Ximena Rivas Asenjo, ofreció las bases de una conciliación consistente en el pago del total de la pretensión de los actores, a lo que los demandantes aceptaron y el Servicio pagó, en los días posteriores, la indemnización de cada uno más el 30% de recargo, el que, en total, ascendió a la suma de \$ 34.905.831, debiéndose agregar la cantidad de \$16.720.764 que corresponde a la indemnización por años servidos que ya había sido cobrada por el señor Roberto Pavez, quién al suscribir el finiquito, se reservó el derecho a discutir judicialmente la causal, por lo que sólo exigía el 30% de recargo.

Agrega el recurrente, que el juicio terminó por conciliación, la que versó en una renuncia del derecho a defender la causal invocada, que habría significado un costo para el Servicio, de al menos \$ 12.525.456.

Sobre el particular, el peticionario indica que la ley N° 19.882 no establece dentro de las atribuciones conferidas al Director Nacional del Servicio, la de transigir en juicio, por lo que estima que la conciliación no se ajustó a derecho, por cuanto la señora Ximena Rivas Asenjo y su abogado Mauricio Correa Noé, renunciaron tempranamente a las acciones y derechos legales que le correspondían al SENADIS y que podrían haber ocasionado un detrimento menor al patrimonio fiscal, y que con dicha actuación se vulneró el principio de juridicidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

También señala, que ingresada la demanda en comento, el 1° Juzgado del Trabajo decretó, como medida cautelar, la reincorporación de los demandantes y el pago de las remuneraciones correspondientes hasta el término del juicio, precisando, que como fueron despedidos el 30 de noviembre de 2011 y el juicio terminó el 26 de marzo de 2012, los trabajadores percibieron remuneraciones por los meses de diciembre, enero, febrero y marzo, las que suman una cantidad de \$ 27.262.883.

En otro orden de ideas, el recurrente expresa que la asociación que preside se reunió con la señora Ximena Rivas Asenjo, apenas se produjo el despido, para solicitarle una serie de medidas reparatorias que, de haber sido adoptadas, habrían ocasionado un costo infinitamente menor al Estado.

En tal sentido, le solicitó que los despidos fuesen el 30 de diciembre y no el 30 de noviembre, cambiando así la indemnización sustitutiva del aviso previo por el trabajo efectivo, lo que les hubiese permitido recibir las asignaciones adicionales que los funcionarios públicos perciben en diciembre de cada año.

Por lo anterior, señala, que los hechos descritos darían cuenta de una conducta gravísima de la señora Ximena Rivas Asenjo que, en lugar de defender los recursos de la institución, provocó el pago de \$ 81.539.865, actuando, por lo demás, con facultades que no detenta y transgrediendo, por lo mismo, el principio de juridicidad establecido en la Constitución Política de la República.

II. METODOLOGÍA

El trabajo se efectuó de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 131 y 132 de la ley N° 10.336, sobre Organización y Atribuciones de este Organismo Contralor, e incluyó la solicitud de datos, informes, documentos y otros antecedentes que se estimaron necesarios.

Asimismo, el análisis consideró lo indicado en el oficio DIR. N° 4273, de 29 de mayo de 2012, mediante el cual la Repartición aludida emitió un informe sobre la materia, los antecedentes consignados en el juicio T-7-2012 del 1° Juzgado del Trabajo de Santiago y, otros antecedentes complementarios informados por Oficio Ord. N° 4903, de 4 de julio del mismo año, que se solicitaron a ese Servicio.

El resultado de la Investigación dio origen al Preinforme de Investigación Especial N° 32, de 2012, que fue puesto en conocimiento de la Directora del Servicio Nacional de la Discapacidad, mediante el oficio N° 55.214, del año en curso, repartición que entregó su respuesta a través del oficio DIR. N° 6.547, de la misma anualidad, cuyo análisis y antecedentes aportados sirvieron de base para la elaboración del presente Informe Final.

III. MARCO NORMATIVO

Dentro de las normas e instrucciones existentes, y que se relacionan con la materia analizada en este documento, corresponde citar las siguientes:

1. Ley N° 20.422, que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad

En su artículo 61 previene la creación del Servicio Nacional de la Discapacidad, servicio público funcionalmente descentralizado y desconcentrado territorialmente, que tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades, inclusión social, participación y accesibilidad de las personas con discapacidad.

Se agrega, que el Servicio Nacional de la Discapacidad será, para todos los efectos legales, el sucesor y continuador legal del Fondo Nacional de la Discapacidad.

El artículo 66 prevé que la dirección y administración del Servicio Nacional de Discapacidad corresponderá a un funcionario denominado Director Nacional, el que será nombrado de

UNIDAD DE AUDITORIA ESPECIALIZADA
28-II-1927
CHILE

conformidad a lo dispuesto en el Título VI de la ley N° 19.882, y que serán funciones de éste, entre otras:

- h) Representar judicial y extrajudicialmente al Servicio.
- l) En general, ejercer las demás facultades que sean necesarias para la buena marcha del Servicio.

El artículo 71 previene que las personas que presten servicios en el Servicio Nacional de la Discapacidad se registrarán por las normas del Código del Trabajo, sus normas complementarias y las especiales contenidas en la ley.

El artículo 72 estipula que el personal del SENADIS estará sujeto a las normas de probidad y a los deberes y prohibiciones establecidos en el Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga. Añade la norma, que estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pudiere afectarle por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.

Enseguida contempla, que le serán también aplicables las normas contenidas en los artículos 61 y 90 A del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

El artículo 74 indica que el personal del Servicio Nacional de la Discapacidad estará sujeto a un sistema de evaluación de desempeño conforme a las reglas y criterios que al efecto determine un reglamento expedido por el Ministerio de Planificación, y que las evaluaciones servirán de base para la selección del personal a capacitar, el otorgamiento de estímulos, la remoción o el término del contrato de trabajo en su caso.

El artículo 79 prevé que las infracciones de los deberes y prohibiciones establecidos en el Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado o en el contrato de trabajo en que incurra el personal del SENADIS, serán sancionadas con alguna de las siguientes medidas:

- a) Censura;
- b) Multa, y
- c) Remoción.

Añade la norma, que las medidas disciplinarias mencionadas en las letras a) y b) precedentes se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida, la eventual reiteración de la conducta, así como las circunstancias atenuantes y agravantes que arroje el mérito de los antecedentes.

Luego establece, que la remoción es la decisión de la autoridad facultada para contratar de poner término a la relación laboral del afectado, y que procederá toda vez que los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad y cuando se incurra

en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 160 del Código del Trabajo.

El artículo 80 estipula que sin perjuicio de las causales previstas en los artículos 159 y siguientes del Código del Trabajo y en el inciso final del artículo anterior, la relación laboral del personal del Servicio Nacional de la Discapacidad, podrá terminar, además, por evaluación deficiente de su desempeño.

Agrega el texto legal, que tratándose de la causal a que se refiere el artículo 161 del Código del Trabajo, su procedencia será determinada por el Director Nacional del Servicio y deberá ser siempre fundada en razones vinculadas al buen, oportuno y eficiente funcionamiento de la Repartición y ella dará derecho a la indemnización prevista en el artículo 163 del Código del Trabajo.

2. Código del Trabajo

El artículo 161 establece que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores.


En su artículo 162, se contempla, entre otros, que cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Agrega la norma, que no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

El artículo 168 prevé que el trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare.

Añade el texto legal, entre otros, que el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última en un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161.

IV. ANÁLISIS

De conformidad con las indagaciones efectuadas, antecedentes recopilados y considerando la normativa pertinente, se lograron determinar los hechos que se exponen a continuación:





1. SOBRE LOS DESPIDOS CURSADOS A CUATRO EX FUNCIONARIOS

Tal como lo señaló el recurrente, con fecha 30 de noviembre de 2011, el SENADIS mediante la invocación de la causal establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo, cursó la desvinculación de los siguientes funcionarios:

Nombres	Profesión u oficio	Fecha primer contrato	Fecha última modificación contrato	Notificación término contrato
Félix Manterola Tirado	Auxiliar y chofer	16-04-1999	31-12-2009	30-11-2011
Cecilia Calderón Ramos	Secretaria	01-10-1994	17-01-2002	30-11-2011
Roberto Pavez Basualto	Psicopedagogo	28-08-2000	30-05-2008	30-11-2011
Jonathan Muñoz Fuentes	Sociólogo	27-02-2009	29-05-2009	30-11-2011

En la especie, las notificaciones de término de contrato de trabajo estipularon que el despido se fundaba en la causal establecida en el artículo 161, inciso 1° del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, derivadas de readecuar la implementación del nuevo diseño organizacional del Servicio, conforme se resolvió por resolución exenta N° 4.888, de 31 de diciembre de 2010.

Cabe precisar, que sólo el señor Roberto Pavez Basualto aceptó el finiquito, dejando establecido que se reservaba el derecho de reclamar administrativa y/o judicialmente la causal invocada y el monto de las indemnizaciones.

2. SOBRE LAS INDEMNIZACIONES FIJADAS EN LOS FINIQUITOS

Mediante los actos administrativos que se detallan a continuación, el SENADIS aprobó los finiquitos para cada ex trabajador, fijando las indemnizaciones allí señaladas:

Nombres		Resolución aprobatoria finiquito	Ferlado proporcional y pendiente \$	Indemnización sustitutiva mes aviso \$	Indemnización años de servicio \$	Descuentos \$	Total a pagar \$
Félix Tirado	Manterola	(Ex) 5.791 de 7-12-2011	385.330	778.461	8.563.071	0	9.726.862
Cecilia Ramos	Calderón	(Ex) 5.790 de 7-12-2011	556.529	724.096	7.965.056	2.650.387	6.595.294
Roberto Basualto	Pavez	(Ex) 5.792 de 7-12-2011	353.712	1.363.921	15.003.131	1.706.676	15.014.088
Jonathan Fuentes	Muñoz	(Ex) 5.793 de 7-12-2011	892.295	1.291.481	3.874.443	0	6.058.219
TOTAL							37.394.463

3. SOBRE LA DEMANDA

Con fecha 5 de enero de 2012, la abogada patrocinante señora Alejandra Miranda Delgado, en representación de los cuatro ex trabajadores, interpuso una denuncia por tutela de derechos fundamentales en contra de la señora María Ximena Rivas Asenjo,

representante legal y Directora del Servicio Nacional de la Discapacidad con el fin de que se declarara que la denunciada había vulnerado las garantías contenidas en los artículos 19 número 2 en concordancia con lo establecido en el inciso segundo del artículo 485 del Código del Trabajo; 19 número 5 y 19 número 16 inciso cuarto de la Constitución Política de la Republica, incluida costas.

Añadió en el escrito, que mientras se ventilara el juicio, se incorporara a los denunciados a sus respectivos puestos de trabajo. Asimismo, que en el evento de no ser acogido el referido requerimiento, se tuviera por solicitada en carácter subsidiaria, demanda por despido injustificado y cobro de prestaciones en contra de su ex empleador, reclamándose, en síntesis, para cada ex trabajador, las siguientes indemnizaciones:

Nombre	Indemnización adeudada \$	30% recargo legal \$	Total exigido \$
Félix Manterola Tirado	9.726.862	2.918.059	12.644.921
Cecilia Calderón Ramos	9.245.681	2.773.704	12.019.385
Roberto Pavez Basualto (1)	0	5.016.229	5.016.229
Jonathan Muñoz Fuentes	6.058.219	1.817.466	7.875.685
			37.556.220
(1) El ex trabajador recibió el pago de indemnización por \$ 15.014.088, en fecha anterior a la de la demanda.			

4. SOBRE EL ACUERDO JUDICIAL

Como se indicó previamente, el recurrente manifestó que el día 26 de marzo de 2012, el abogado señor Mauricio Correa Noé, representante del SENADIS y de su Directora, señora Ximena Rivas Asenjo, ofreció las bases de una conciliación consistente en el pago del total de la pretensión de los actores, a lo que los demandantes aceptaron.

Cabe indicar sobre este aspecto, que el Servicio Nacional de la Discapacidad informó en su oficio N° 4.273, de 2012, que al momento en que fue notificado de la demanda, la Directora Nacional se encontraba haciendo uso del permiso de descanso prenatal de maternidad, por lo cual las gestiones en representación de ese Servicio fueron firmadas por el Director Nacional (S), señor Oscar Mellado Berríos, en virtud de lo dispuesto en la resolución exenta N° 334, del año 2011, de esa Repartición, en relación con el artículo 67 letra a) de la ley N° 20.422 y que cuenta con facultades de representación judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 letra h) del mismo cuerpo legal.

Agregó, que el juicio en comento terminó a través de una conciliación judicial, con fecha 27 de marzo del presente año, mediante la cual el juez propuso las bases de acuerdo a las partes, y que ello se equipara a una sentencia judicial. Añadió, que de acuerdo con lo expuesto precedentemente y en virtud de la facultad para representar judicialmente al Servicio, dicha conciliación fue ratificada por el Director Subrogante el 29 de igual mes y año.

UNIDAD DE AUDITORIAS FISCALES

Ahora bien, de la revisión de dicha conciliación se constató que ella estipuló, en lo medular, los siguientes términos:

a) Que la parte demandada, sin reconocer los hechos expuestos en la demanda y con el sólo ánimo de poner término al juicio, se obligaba a pagar a los actores las siguientes sumas:

Nombre	Monto del acuerdo \$
Félix Manterola Tirado	12.644.920
Cecilia Calderón Ramos	9.368.998
Roberto Pavéz Basualto	5.016.229
Jonathan Muñoz Fuentes	7.875.684
TOTAL	34.905.831

b) Que la parte demandante aceptaba la suma ofrecida en los términos expuestos.

c) Que mediante el acuerdo, las partes se otorgaban el más amplio total y recíproco finiquito, señalando que nada se adeudan por ningún concepto, renunciando a toda acción que pudiese derivar de esa causa.

d) Que las partes estaban de acuerdo en que el término de los servicios se produjo por necesidades de la empresa, causal establecida en el artículo 161, inciso 1° del Código del Trabajo, con fecha 26 de marzo del presente año.

Finalmente se indica, que el tribunal aprobaba la conciliación dándole el carácter de sentencia definitiva para todos los efectos legales.

Ahora bien, en el Preinforme de Observaciones se señaló, que de los antecedentes examinados se evidenció que el acuerdo tuvo un costo total para el Servicio de \$ 34.905.831, monto que habría sido superior en \$ 1.903.746 a lo que hubiese correspondido de haber aplicado la normativa del Código del Trabajo, como se detalla en el siguiente cuadro:

Pagos determinados en finiquitos y 30% adicional según Código del Trabajo					
Nombre	Total líquido a pagar \$	30% adicional \$	Total \$	Pagado según acuerdo judicial \$	Diferencia \$
Félix Manterola Tirado	9.726.862	2.568.921	12.295.783	12.644.920	
Cecilia Calderón Ramos	6.595.294	2.389.517	8.984.811	9.368.998	
Roberto Pavez Basualto(1)	0	4.500.939	4.500.939	5.016.229	
Jonathan Muñoz Fuentes	6.058.219	1.162.333	7.220.552	7.875.684	
		Totales	33.002.085	34.905.831	1.903.746

Es del caso precisar, que el costo total pagado a los cuatro ex funcionarios ascendió a la suma de \$ 49.919.919, al incluir la indemnización que se pagó en forma previa a la demanda, al señor Roberto Pavez Basualto, y que según su finiquito y contestación de la demanda habría ascendido a \$ 15.014.088.

UNIDAD DE ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA
28-II-1927
CHILE

Al efecto, el SENADIS en su oficio de respuesta DIR N° 6.547, de 2012, precisó la forma como había calculado los montos en definitiva pagados.

Añadió, que el hecho de haber mantenido reincorporados en el Servicio durante seis meses a dichos funcionarios, que es el plazo mínimo estimado de tramitación de los juicios, le habría costado al SENADIS \$ 30.608.872 adicionales a los costos que eventualmente debería pagar como consecuencia de la dictación de la sentencia definitiva.

En la especie, y como se indicara en el Preinforme de Observaciones, corresponde precisar que estas cifras derivan de un equivalente jurisdiccional, por lo que a esta Entidad de Control no le corresponde pronunciarse a su respecto, conforme lo establece el artículo 6°, inciso tercero, de la ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de este Organismo Fiscalizador (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s 35.834, 41.511 y 44.461, todos de 2012, de esta Contraloría General).

5. SOBRE LAS FACULTADES PARA ACORDAR O TRANSIGIR

En la especie, el recurrente manifiesta que ley N° 19.882 no establece dentro de las atribuciones conferidas al Director Nacional del Servicio, la de transigir en juicio, por lo que estima que la conciliación efectuada no se ajustaría a derecho.

Sobre este aspecto, el SENADIS indicó en su oficio DIR. N° 4.273, de 2012, que las facultades para suscribir dicha conciliación judicial se desprenden del artículo 66 letra h) de la ley N° 20.422, que establece que el Director(a) Nacional tiene, entre otras funciones, la representación judicial y extrajudicial del Servicio, y que fue en este ámbito de competencias que la autoridad (S) ratificó, con fecha 29 de marzo de 2012, la referida conciliación judicial.

Enseguida señaló, que en este orden de ideas, entendían como Servicio, que las facultades del inciso segundo del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, referidas a transigir, avenir o conciliar, se encuentran contenidas en la facultad de representación judicial que tiene el Director(a) Nacional del Servicio Nacional de la Discapacidad y que si el legislador no efectuó una distinción entre las facultades de representación propiamente tal, contenidas en el inciso primero del artículo 7° del señalado Código y las especiales del inciso segundo de dicho artículo, esto es, transigir, avenir o conciliar, es porque estimó que estas facultades especiales se encontraban incluidas en la de representación judicial. Agregó, que para estos efectos, estimaban procedente recurrir al viejo adagio jurídico "donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir".

También expresó, que las relaciones laborales en el SENADIS se rigen por el Código del Trabajo, lo que supone necesariamente la posibilidad de judicialización de los conflictos laborales, y por ende, resultaría un contrasentido que el Jefe de Servicio no contase con las facultades para poner término a una causa judicial, conforme al mecanismo que la propia legislación ha establecido para estos efectos.

OPD

Indicó además, que el tribunal tuvo por ratificada la conciliación por parte del Director Subrogante con fecha 30 de marzo de 2012 y, por tanto, no fue cuestionada por ese tribunal la facultad de representación judicial.

Sobre el particular y en primer término, es dable precisar que en la situación de la especie corresponde determinar si la Directora de dicho Servicio cuenta con facultades para poner término a un juicio laboral a través de un avenimiento, conciliación o transacción, actuaciones que implican una renuncia a toda acción y derecho al respecto.

En relación con lo anterior, resulta útil considerar que los servicios públicos no pueden renunciar a las acciones y derechos que les corresponden y por ende transigir, a menos que una norma legal expresa los faculte para ello (aplica criterio contenido en dictamen N° 32.992, de 2002, entre otros).

Ahora bien, como se dijo, la facultad de representar judicial y extrajudicialmente al Servicio, que la letra h) del artículo 66, de la ley N° 20.422, le otorga al Director Nacional del SENADIS, no podría entenderse como una autorización legal expresa para celebrar avenimientos, conciliaciones o transacciones judiciales o extrajudiciales.

En la especie tampoco resultaría aplicable el inciso segundo del artículo 426 del Código del Trabajo -cuerpo normativo que rige las relaciones laborales en el SENADIS-, conforme con el cual las partes pueden concurrir a las audiencias por intermedio de mandatario, el que se entiende de pleno derecho facultado para transigir.

Lo anterior, en atención a que dicha norma legal faculta de un modo general a los mandatarios para transigir, sin aludir de manera expresa a quienes representan en juicio a los órganos de la Administración del Estado, razón por la cual dicha disposición carece de la especificidad requerida por el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 60 y 7° de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de modo tal que el citado precepto no puede ser considerado como una autorización expresa para transigir (aplica criterio contenido en dictamen N° 34.400, de 2011).

Con el mérito de lo expuesto, en el Preinforme de Observaciones se indicó que como tal Repartición no contaba con facultades para transigir, dicha actuación habría vulnerado el principio de juridicidad previsto en el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

A este respecto, el SENADIS en su oficio respuesta al Preinforme de Observaciones DIR N° 6.547, del presente año, expuso, en síntesis, que debía reafirmar que los artículos 66 de la ley N° 20.422 y 426 del Código del Trabajo, permitían sostener la posición del Servicio por las siguientes consideraciones:

-Que el principio de juridicidad involucra tanto la legitimidad como la legalidad del acto que se estudia, así, en este caso



particular, nadie podría sostener que el acto en discusión carece de la legitimidad que le otorga el hecho de haber sido efectuado por una autoridad legalmente investida en el cargo, y lo que se discute es la estricta sujeción a la legalidad de su actuar, por cuanto las facultades que la ley N° 20.422 en su artículo 66 letra h) entrega al Director o Directora de SENADIS, son parte fundamental de su investidura como Jefe del Servicio, y responden a las especiales características de éste, y la condición de continuador legal del antiguo Fondo Nacional de la Discapacidad que SENADIS ostenta.

-Que la ya citada facultad de representación judicial o extrajudicial contemplada en el artículo 66 letra h) de la ley N° 20.422 no puede entenderse de forma aislada o inconexa con lo que establecía el artículo 59 de la ley N° 19.284, que fijaba normas para la plena integración social de personas con discapacidad, actualmente derogada, y en la cual se señalaba que la administración del Fondo correspondía a un Secretario Ejecutivo, quien tenía su representación legal, judicial y extrajudicial, por cuanto tal como se ha señalado en las prevenciones generales de esta presentación, existía una expresa autorización para delegar las facultades del inciso segundo del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, para transigir, avenir y conciliar, y que el derogado artículo 60 de la misma ley, establecía que eran funciones del Secretario Ejecutivo del Fondo Nacional de la Discapacidad, conferir poder a abogados habilitados para el ejercicio de la profesión y delegarles las facultades de ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil.

-Que del análisis de la ley N° 20.422, pueden entender que el cambio de redacción en la materia, está determinado por la eliminación del Consejo del Fondo Nacional de la Discapacidad, a quien el Secretario Ejecutivo debía dar cuenta de su actuar, incluyendo la contratación de personal o las actuaciones en representación de la institución, lo que implicaba la necesidad de mayor especificidad en las facultades conferidas en ese plano al mencionado funcionario, concentrándose hoy dichas facultades en el Jefe del Servicio, esto es el actual Director o Directora Nacional, sin que fuera necesario para el legislador de la ley N° 20.422, privar expresamente de la facultad de transigir, avenir y conciliar al Director Nacional de SENADIS.

-Que las normas aplicables a este Servicio, esto es, la ley N° 20.422, la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y otras, deben armonizarse con otros cuerpos legales, particularmente considerando el modo en que el Servicio interactúa en otras esferas del derecho, más allá del ámbito público.

-Que el artículo 426 del Código del Trabajo estipula, que "Las partes podrán concurrir a estas audiencias por intermedio de mandatario, el que se entenderá de pleno derecho facultado para transigir, sin perjuicio de la asistencia de sus apoderados y abogados", y que se trata de una norma de orden público cuya interpretación es igualmente restrictiva que las que rigen el actuar de la administración pública, y sostener que no es aplicable al Servicio implica desconocer la observancia de los principios inspiradores de la reforma al procedimiento laboral, así como una grave falta al principio rector del Derecho Laboral "indubio pro trabajador".

-Que la expresión "se entenderá de pleno derecho", solo puede interpretarse como una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, y que responde precisamente a una aplicación

192



de los principios fundantes del derecho, en este ámbito, aplicado al laboral, y en resguardo de los trabajadores, y supone como fundamento básico que el empleador tiene las facultades para transigir, avenir y conciliar y que en consecuencia la actividad de la Dirección Nacional al aprobar la conciliación se ajusta a derecho.

-Que sostener que un servicio público no puede renunciar derechos o transigir, avenir o conciliar y someter a ese organismo a las reglas del Código del Trabajo en sus relaciones contractuales con sus funcionarios equivaldría a impedirle contestar libremente una demanda, y le obligaría a controvertir todas las alegaciones de un eventual trabajador que le demande aún cuando estas se ajusten a derecho, y haría muy complejo resguardar debidamente el interés fiscal, que en esta materia, no necesariamente se logra llegando siempre a término con una sentencia judicial.

-Que debe considerarse el principio de la buena fe de los actos administrativos, en el sentido de que la autoridad del Servicio que llegó a instancias jurisdiccionales por una demanda, y tuvo que sopesar en una oportunidad procesal en que las bases para ese acuerdo fueron presentadas por el juez, debió considerar también si era pertinente la solución alternativa propuesta en atención a la calidad jurídica de una de las partes, esto es un Servicio Público como SENADIS.

-Que el Director Subrogante del SENADIS tomó la decisión, tanto en consideración al contexto, como a la interpretación de sus facultades legales, considerándose que esta actuación no trasgredía en modo alguno la buena fe administrativa que hace presumir la legalidad de sus actuaciones.

-Que negar la posibilidad de conciliación entre las partes, cuando se trata de funcionarios públicos de SENADIS, introduce a su juicio, una arbitraria diferencia y excluye sin razón alguna a un sector de los trabajadores, a los funcionarios públicos de SENADIS, la posibilidad de poner término al juicio mediante conciliación, constituyéndose en una discriminación arbitraria e ilegal.

-Que la interpretación restrictiva de las facultades de la Dirección Nacional, contenida en el Preinforme, se aparta de los nuevos criterios en administración de justicia, que reconocen mayor eficacia e importancia a las resoluciones que consideren a las partes en la solución de sus conflictos y supone dudar del buen criterio de la Dirección Nacional de SENADIS, para ponderar la decisión que estime más adecuada para el Servicio.

-Que hay una evidente afectación al principio indubio pro trabajador, al privar a solo parte de ellos, los funcionarios públicos de SENADIS, de la aplicación íntegra del estatuto laboral establecido en el Código del Trabajo, alterando el principio constitucional de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política.

-Que producto de una interpretación restringida por parte de la Contraloría General acerca del Servicio Nacional de la Discapacidad, representado por su Directora Nacional, los funcionarios de la Repartición se verían privados de un mecanismo de solución de conflictos laborales judicializados, como es la conciliación.

M.P.

-Que para los efectos de la aplicación de las normas del Código del Trabajo en un servicio público, éstas son normas de derecho público, tal como lo establece el dictamen N° 23.709 de 2009, de la Contraloría General, que en su parte pertinente señala: "...este Órgano Fiscalizador, por medio del dictamen N° 26.507, de 2008, expresó que las disposiciones del Código del Trabajo y su legislación complementaria, que rigen a determinados servidores del Estado, poseen el carácter de normas estatutarias de Derecho Público que no constituyen derechos mínimos, sino que mandatos imperativos para la autoridad administrativa..."

-Que reiteraba lo señalado en su oficio N° 4.273, de 29 de mayo de 2012, en el sentido que este Órgano Contralor "no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor".

No obstante lo anterior, la Directora Nacional del SENADIS señala en su oficio respuesta al Preinforme, que a objeto de mitigar el cuestionamiento sobre las facultades de transigir, en lo sucesivo, no se aprobará, ni considerará ninguna acción de resolución de conflictos, tales como transacciones, avenimientos, ni conciliaciones.

Agrega, que no les resulta congruente que tanto los funcionarios como el Servicio estén privadas de utilizar los medios que el mismo legislador puso a su disposición para poner término al conflicto, como lo es la conciliación, motivo por el cual se solicitará al señor Presidente de la República, por intermedio del Ministerio de Desarrollo Social, el análisis de esta materia.

También indica, que se está colaborando con la Unidad de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados, actualmente abocada al estudio de las normas de discapacidad, con quien esta Contraloría General ha suscrito un convenio para abordar estas materias, y a quienes se les ha indicado alguna de las dificultades prácticas con las cuales el Servicio se enfrenta en su gestión, especialmente en relación al ámbito del estatuto laboral de sus funcionarios.

Finalmente expone, que se solicitará a esta Contraloría General, un pronunciamiento sobre diversos aspectos en que es necesario contar con el apoyo interpretativo de este Órgano Contralor, dada la particularidad de ser un Servicio Público en que sus funcionarios están sujetos a la normativa del Código del Trabajo, que tiene una lógica que cultural y normativamente se aparta de los criterios administrativos tradicionales de la administración pública.

Ahora bien, analizado lo argumentado por el Servicio, esta División de Auditoría Administrativa solicitó un pronunciamiento a la División Jurídica de esta Entidad de Fiscalización, sobre la aplicación de los dictámenes N°s 32.992, de 2002, y 34.400, de 2011, citados en el Preinforme de Observaciones, para determinar el alcance de los mismos en el trámite judicial de conciliación, así como la aplicación del inciso 2° del artículo 426 del Código del Trabajo, cuyos resultados serán informados en su oportunidad a esa Repartición.



En cuanto a lo manifestado por el SENADIS en relación a que esta Contraloría General no interviene en asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, cabe indicar, que sin perjuicio de las facultades del mencionado Tribunal, éste sólo ejerce funciones jurisdiccionales, no teniendo competencias para establecer las responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos, lo que sólo le incumbe a la Contraloría General y a las autoridades administrativas que determine la ley (aplica criterio contenido en los dictámenes N^{os} 3.293 y 37.063, de 2011).

En consecuencia, los hechos investigados estuvieron enmarcados dentro de las atribuciones fiscalizadoras que le confieren los artículos 21 A y 131 a 139 de la ley N^o 10.336, sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General, para practicar las auditorías, inspecciones, investigaciones y sumarios que se estimen pertinentes, con el fin de determinar las eventuales responsabilidades administrativas de funcionarios públicos (aplica criterio contenido en los dictámenes N^{os} 64.750, de 2011 y 6.929, de 2012).

6. SOBRE LOS COSTOS DEL ACUERDO JUDICIAL

Como se indicara previamente, el recurrente alega que el despido de estos cuatro trabajadores costó al SENADIS la suma de \$ 81.539.865, considerando las remuneraciones de los meses reincorporados, las indemnizaciones legales y el 30% de recargo de las mismas.

El Servicio expresó en su oficio DIR N^o 6.547, de 2012, que el hecho de haber continuado el juicio hasta la dictación de la sentencia definitiva, habría significado un gasto infinitamente mayor al efectuado, pues el Juzgado Laboral ordenó la reincorporación de los funcionarios a partir del 30 de enero de 2012, motivo por el que se debió pagar los meses de diciembre del año 2011 y de enero a marzo del presente año, fecha en que concluyó el juicio.

Manifestó también, que el plazo promedio en este tipo de juicios es de aproximadamente ocho meses, durante los cuales se debía seguir pagando los sueldos a dichos funcionarios, sin perjuicio de los montos que se deberían eventualmente pagar al resolverse el recurso de nulidad, de acogerse la acción por despido injustificado.

Añadió, que en la causa judicial en comento, el tribunal decretó como medida provisional y previa al conocimiento de fondo del asunto, la reincorporación de los cuatro funcionarios despedidos, lo que se concretó el día 30 de enero del presente año, generando un clima laboral de tensión al interior de la institución, ya que fue interpretada por los funcionarios como un cuestionamiento a la Dirección Nacional, elemento que además del factor económico antes expresado, debió tener presente esa Dirección al momento de decidir aceptar los términos de la conciliación propuesta por el tribunal.

Asimismo argumentó, que de conformidad con lo establecido en la ley N° 20.422, artículos 66 letras c) y l) respectivamente, corresponde al Director Nacional entre otras funciones, la de "Dirigir, organizar y administrar el Servicio, controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos" y "En general, ejercer las demás facultades que sean necesarias para la buena marcha del Servicio" y que por tanto, la adecuada administración y buen funcionamiento del mismo, unido a las consideraciones económicas y adecuado uso de los recursos del Servicio, constituyeron un imperativo para la autoridad, quien, de acuerdo a las normas señaladas, debió tomar aquellas decisiones que fueran necesarias para la adecuada marcha institucional.

Finalmente, hizo presente que al momento en que la Dirección Nacional del Servicio decidió desvincular a los funcionarios, consideró el costo de las indemnizaciones que debía pagar, pues ellas constituyen un derecho irrenunciable de los trabajadores contemplado en el Código del Trabajo, y que como autoridad dieron íntegro cumplimiento a dicha norma, consignando en los finiquitos los montos que conforme a la ley correspondía pagar a cada uno de ellos. Añadió, que con motivo de la referida conciliación judicial, sólo existió un costo adicional para el Servicio, correspondiente al 30% por sobre el total de dichos finiquitos.

Sobre al particular, en el Preinforme de Observaciones se indicó que conforme al Código del Trabajo, los funcionarios despedidos tenían derecho a las indemnizaciones que se determinaron en sus finiquitos y eventualmente a un pago adicional del 30% sobre esta indemnización, si así lo determinaba el juzgado correspondiente.

En definitiva y como ya se señaló en el punto 4 anterior, en el transcurso del juicio en análisis, se llegó a un acuerdo judicial, que en su total ascendió a \$ 34.905.831 como se detalló

Además, corresponde agregar, que el costo de los servicios contratados al abogado señor Juan Noe, para representar y defender al SENADIS en el juicio en comento, ascendió a \$ 3.333.334.

Ahora bien, en cuanto a las remuneraciones que el SENADIS debió pagar por los meses de diciembre 2011 a marzo 2012, cabe precisar, que dichos desembolsos están asociados a la contraprestación de servicios que efectuaron los funcionarios, en consecuencia no correspondería catalogarlo como mayor costo.

En la especie, el Servicio expuso en su respuesta que discrepaba con la observación realizada por esta Entidad Fiscalizadora, por cuanto estimaba que pagar remuneraciones por funciones que ya no existían en el Servicio, constituye una dilapidación de recursos públicos.

Agregó, que en el análisis de dicha situación se consideró la opinión del abogado señor Mauricio Correa, quien representó a la Repartición para estos efectos, respecto de los tiempos estimados para la terminación del juicio por sentencia definitiva, atendida la gran cantidad de causas laborales existentes a esa fecha.



Indicó, que era necesario considerar que algunas de las funciones que realizaban los funcionarios desvinculados una vez reintegrados al Servicio ya no existían, conllevando a pagar con recursos públicos funciones innecesarias, situación que se opone al buen uso de los recursos públicos, además de impedir la contratación de personal necesario para atender las reales funciones del Servicio.

Sobre el particular, cabe indicar que conforme al artículo 72 de la ley N° 20.422, el personal del SENADIS está sujeto a las normas de probidad y a los deberes y prohibiciones establecidos en el Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Asimismo, contempla que le serán también aplicables las normas contenidas en los artículos 61 y 90 A del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Siendo ello así, correspondía a la Jefatura de esa Repartición, haber dispuesto, en su oportunidad, que los funcionarios reintegrados efectuaran sus funciones habituales o de apoyo, de modo de cumplir con sus obligaciones como establecen las normas que señala el artículo 72, ya precitado.

7. SOBRE OTRAS SITUACIONES

En el marco de la presente investigación, se revisaron otros antecedentes aportados por el SENADIS, con el objeto de verificar las afirmaciones de ese Servicio en la contestación de la demanda en análisis.

Al efecto, el SENADIS argumentó, en lo que interesa, que los denunciantes fueron desvinculados por la causal del inciso primero del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, derivadas del objetivo de readecuar la implementación del nuevo diseño organizacional del Servicio, conforme se resolvió en la resolución exenta N° 4.888, de 31 de diciembre de 2010, de esa Repartición.

Asimismo, para cada uno de ellos, en general, se señaló que las nuevas obligaciones y funciones de los cargos no se condecían con sus competencias, indicando además el tipo de profesional que requería en cada caso. Del mismo modo, se indicó que los ex funcionarios aludidos, no estuvieron sometidos a amonestaciones, sanciones o sumarios.

Por tal motivo, en relación a los cuatro ex funcionarios, se examinaron los antecedentes de sus calificaciones, el cumplimiento de la jornada laboral, los perfiles definidos para los cargos que ocupaban y la contratación de nuevos trabajadores para asumir las vacantes dejadas por ellos, de cuyo examen se constató lo siguiente:

a) Calificaciones

El Subdirector Nacional Subrogante del SENADIS, entregó al efecto las calificaciones del año 2010, de los cuatro ex funcionarios en análisis.

No obstante, respecto de las evaluaciones del año 2011, informó que con la entrada en vigencia de la ley N° 20.422, los funcionarios de ese Servicio debían ser evaluados en virtud de un nuevo Reglamento de Desempeño. En tal sentido indicó, que a fines del año 2010 se propuso un borrador de reglamento, el cual fue trabajado con la Asociación de Funcionarios y propuesto al Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), y que a la espera de su dictación, y en atención a que en el año 2011 debía haber una evaluación, se decidió mantener las mismas notas, en atención a que éstas no afectaban a los funcionarios.

Cabe manifestar al respecto, que conforme al artículo 74 de la ley N° 20.422, las evaluaciones servirán de base para la selección del personal a capacitar, el otorgamiento de estímulos, la remoción o el término del contrato de trabajo en su caso, por lo que ese Servicio debió haber aplicado una calificación real del desempeño.

b) Jornada laboral

Revisado el sistema de control horario de los cuatro ex trabajadores, para el período de enero a noviembre de 2011, se constató que todos presentan diversas ausencias y/o faltas del registro de la hora de ingreso y/o la hora de salida, sin que éstas hayan sido justificadas mediante feriados, permisos administrativos o licencias médicas, por lo que no es posible acreditar el cabal cumplimiento de la jornada laboral por parte de ellos.

En consecuencia, en el Preinforme de Observaciones se indicó que ese Servicio debía informar los motivos de dichas faltas de control horario, por cuanto su incumplimiento podría contravenir los deberes y prohibiciones establecidos en el Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en concordancia con el artículo 72 de la señalada ley N° 20.422, en relación a los ex funcionarios de que se trata y también, en cuanto al control jerárquico permanente que la jefatura debía efectuar.

Sobre estos aspectos, el SENADIS, en su oficio de respuesta indica que, de acuerdo a lo informado por el Jefe del Departamento del Desarrollo de las Personas, el sistema que se utilizaba hasta diciembre de 2011 no estaba en línea con el sistema interno de registro, alojado en la plataforma institucional denominada "Fonaweb" y por ello, el listado proporcionado originalmente no existían antecedentes respecto a justificativos de ausencias o faltas de registro de hora de ingreso y/o salida de los ex funcionarios, adjuntando al efecto, un detalle con las ausencias y/o faltas de registro del período enero a noviembre de 2011, con la explicación pertinente.

Finalmente señaló, que debido a que el sistema de control horario de los funcionarios no atendía todos los requerimientos institucionales para llevar un registro de todos los eventos en línea, se decidió cambiarlo por otro, a partir de enero de 2012, que cuenta con un software más adecuado y que permite registrar los justificativos en caso de ausencias.

En atención a las explicaciones formuladas y los antecedentes aportados por el Servicio, se levanta la observación señalada.

c) Perfiles definidos para los cargos

Al respecto, se comprobó que dicha Repartición contaba con los respectivos perfiles de los cargos que ocupaban los ex trabajadores en análisis, que contenían los requisitos que debían cumplir los mismos, lo que resulta concordante con lo argumentado en el juicio analizado.

d) Contratación de nuevos trabajadores

El SENADIS informó que a la fecha del presente examen, se había contratado a dos nuevos trabajadores, quienes remplazaron a los señores Félix Manterola y Roberto Pavez, faltando por proveer los otros dos cargos. En consecuencia, estas contrataciones estarían en armonía con lo manifestado por la Repartición en la contestación de la demandada.

V. CONCLUSIONES

Conforme al análisis precedente de acuerdo a la investigación realizada se concluye que:

1. En relación a las facultades de transigir del SENADIS, esta División de Auditoría Administrativa solicitó un pronunciamiento a la División Jurídica de esta Entidad de Fiscalización, sobre la aplicación de los dictámenes N^{os} 32.992, de 2002, y 34.400, de 2011, citados en el Preinforme de Observaciones, para determinar el alcance de los mismos en el trámite judicial de conciliación así como la aplicación del inciso 2° del artículo 426 del Código del Trabajo, cuyos resultados serán informados en su oportunidad a esa Repartición.

2. Respecto de los otros aspectos relacionados con la demanda que dicen relación con las calificaciones de los funcionarios, cumplimiento de la jornada laboral, perfiles definidos y contratación de nuevos funcionarios, cabe concluir que el Servicio precitado, en general, dio cumplimiento en dichos aspectos, lo que resulta concordante con lo planteado en la respuesta a la demanda.

Saluda atentamente a Ud.,



MARÍA REGINA RAMÍREZ VERGARA
Jefe Unidad Auditorías Especiales
División Auditoría Administrativa



www.contraloria.cl