



## Contraloría General de la República

### División de Coordinación e Información Jurídica

<b>Dictamen</b>	<a href="#">032430N08</a>				
<b>Estado</b>	<a href="#">Reactivado</a>	<b>Nuevo</b>	<a href="#">NO</a>	<b>Carácter</b>	<a href="#">NNN</a>
<b>NumDict</b>	<a href="#">32430</a>	<b>Fecha emisión</b>	<a href="#">11-07-2008</a>		
<b>Orígenes</b>	<a href="#">MUN</a>				

#### Referencias

-

#### Decretos y/o Resoluciones

-

#### Abogados

[IMF](#)

#### Destinatarios

[Alcalde Municipalidad de Algarrobo](#)

#### Texto

No ha procedido encomendar a dependiente del Departamento de Salud de Municipalidad, cuyo contrato de trabajo señala que debe desarrollar labores de oficial administrativo en dicho departamento, las funciones de encargada de bodega, de medicamentos, insumos y leche. Ello, porque aunque el art/12 inc/1 del Código del Trabajo, faculta al empleador para alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad y sin que ello signifique menoscabo para el trabajador, no aparece en este caso que el contrato señalado hubiere sido modificado expresamente en orden a encomendar a la servidora las funciones referidas conforme lo ordena el art/11 de dicho código. Según los artículos 22, 30 32 y 33 inc/1 de ese texto, la interesada tiene derecho al pago de horas extraordinarias por el desempeño realizado en exceso de la jornada ordinaria o convenida, aún cuando no existiere pacto escrito sobre el particular, las que se pagarán con el recargo previsto en el inc/3 del citado art/32. Para acceder a los niveles superiores de las categorías contempladas en el art/5 de la ley 19378 no debe convocarse a concurso público de antecedentes, pero sí cuando se trata de cambiar a otra diversa, en cuyo caso deberán existir horas vacantes en la dotación y los oponentes al certamen deben acreditar cumplir los requisitos exigidos, según el caso, en los artículos 6, 7, 8 y 9 de esa ley. La posibilidad de cambiar de nivel dentro de la categoría correspondiente y en la medida en que se cumpla con los puntajes mínimos establecidos, sólo beneficia a aquellos funcionarios titulares, esto es, los que han sido contratados a plazo indefinido, por lo que no procede extender tal beneficio a los servidores contratados a plazo fijo, dado el carácter provisorio de su contratación, puesto que se encuentran al margen de la carrera funcionaria, por lo que sólo se asimilan a una categoría y nivel funcionario de aquélla. El requisito de contar con disponibilidad presupuestaria para el pago del bono adicional establecido en el inciso final del art/35 de la ley 20143, debe entenderse referido al presupuesto del año 2006 por lo que ha debido pagarse en ese año al igual que el bono obligatorio del inc/1 de dicho precepto. Aunque en el concejo municipal tienen derecho a voto tanto el alcalde como los 6 concejales correspondientes a la comuna por lo que la base de cálculo para determinar el quórum de dos tercios está constituido por los 7 votos que pueden emitirse válidamente, al haber dos concejales inhabilitados, el quórum aludido exigido

por el inciso final del art/35 analizado debe calcularse sobre un total de 5 votos, esto es, se cumple con la concurrencia de 3 votos a favor de la propuesta del alcalde por cuanto la operación aritmética da como resultado 3,3, ya que los fracciones resultantes de esa operación no se consideran a menos que sean superiores a media unidad, en cuyo caso deben tomarse como un entero. Según las letras c), d) y e) del art/7 e incisos 4 y 5 del art/25 de la ley 19296, es imperativo para la autoridad administrativa proporcionar a los dirigentes gremiales la información que soliciten, siempre que la petición incida en materias relacionadas con los objetivos de la agrupación, entre las que se cuentan las relativas a los planes, programas y resoluciones relativas a los funcionarios, a fin de que la asociación, por su parte, dé a conocer a la autoridad sus criterios sobre políticas y resoluciones relativas al personal y a materias de interés general para la agrupación.

#### **Acción**

Aplica Dictámenes 35122/95, 22072/96, 24823/2002, 20511/2007, 32313/90, 13874/91, 38970/2005, 48077/2004, 39226/2003, 3975/2008, 29284/2005, 31353/2006, 17330/2008, 38106/98, 44910/2007

#### **Fuentes Legales**

Ley 20143 art/35 inc/fin, Ley 19378 art/2, Ley 19378 art/3  
CTR art/12 inc/1, CTR art/11, CTR art/22, CTR art/30  
CTR art/33 inc/1, CTR art/32 inc/3, Ley 19378 art/14, CTR art/28  
Ley 19378 art/32, Ley 19378 art/37, Ley 19378 art/6  
Ley 19378 art/7, Ley 19378 art/8, Ley 19378 art/9, Ley 19378 art/5 Ley 20143 art/35 inc/1, Ley 20143 art/29, Ley 18695 art/89 inc/3 Ley 19737, Ley 19296 art/7 lt/c, Ley 19296 art/7 lt/d  
Ley 19296 art/7 lt/e, Ley 19296 art/25 inc/4, DFL 1/2006 Traps  
Ley 19296 art/25 inc/5, DFL 1/2002 Traps

#### **Descriptoros**

salud mun, funciones CTR horas extras categorías quórum bono adicional

#### **Texto completo**

**N° 32.430 Fecha: 11-VII-2008**

Se ha dirigido a este Organismo de Control el Honorable Senador Jorge Arancibia Reyes, solicitando se informe en relación con las presentaciones efectuadas por la Asociación de Funcionarios de la Salud del Consultorio de Algarrobo ante la Contraloría Regional de Valparaíso, relativas a diversas situaciones irregulares que se habrían producido en ese establecimiento asistencial.

Al respecto, corresponde manifestar, en primer término, que las consultas formuladas por la aludida Asociación de Funcionarios fueron atendidas por la Contraloría Regional de Valparaíso, mediante los dictámenes N°s 3.196 y 4.192, ambos de 2007.

Con ocasión de la presentación del Senador, la Sede Central de esta Contraloría General ha efectuado un nuevo estudio de las materias planteadas por los interesados, y ha resuelto complementar el dictamen N° 4.192 y reconsiderarlo en los aspectos que se indican.

En forma previa, debe señalarse que el referido pronunciamiento aludió, en síntesis a los siguientes temas: situación contractual y procedencia del pago de determinadas prestaciones a doña Verónica Plaza Sandoval; derecho que le asistiría al personal del consultorio para cambiar de nivel en las respectivas categorías, así como el derecho que tendrían los funcionarios contratados a plazo fijo para cambiar de nivel; procedencia del pago a los funcionarios municipales del bono adicional establecido en el inciso final del artículo 35 de la ley N° 20.143 y pertinencia de la denegatoria para entregar determinados antecedentes por parte del Asesor Jurídico del municipio.

En lo que respecta a la situación funcionaria de doña Verónica Plaza Sandoval, es dable manifestar que de conformidad con la jurisprudencia contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 35.122, de 1995 y 22.072 de 1996, los funcionarios administrativos que laboran en los Departamentos de Salud no están sujetos a las disposiciones de la ley N° 19.378, a menos que, como lo estipula el artículo 3°, en relación al artículo 2°, del citado texto legal, ejecuten personalmente funciones y acciones directamente relacionadas con la atención aludida, esto es, que por sí mismos y de manera directa, participen en la atención y cuidado del usuario de salud, lo que no ocurre en la especie.

Siendo ello así, la mencionada servidora se encuentra sometida a las normas del Código del Trabajo, cuyas disposiciones, de acuerdo a lo precisado, entre otros, por los dictámenes N°s 24.823 de 2002 y 20.511 de 2007, tienen el carácter de normas estatutarias y constituyen mandatos imperativos para la autoridad administrativa.

Ahora bien, de conformidad con el respectivo contrato de trabajo, aprobado por decreto alcaldicio N° 360 de 2006, de la mencionada Entidad Edilicia, la señora Plaza Sandoval debe desarrollar labores de oficial administrativo en el Departamento de Salud, no obstante, según lo informado por el propio Municipio, con ocasión de la reestructuración del referido Departamento, se encomendó a dicha persona, atendida la formación técnica que posee, las funciones de encargada de bodega, de medicamentos, insumos y leche.

Sobre el particular, es menester advertir que si bien el artículo 12 inciso primero del Código del Trabajo, faculta al empleador para alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad y sin que ello importe menoscabo para el trabajador, es dable anotar que, en la especie, y del análisis de los antecedentes tenidos a la vista por esta Entidad Fiscalizadora, no se advierte que el respectivo contrato de trabajo hubiere sido modificado expresamente, en orden a encomendar a la servidora las funciones de encargada de bodega, conforme lo ordena el artículo 11 de ese cuerpo legal.

Por lo tanto, a la autoridad le asiste la obligación de efectuar las modificaciones contractuales que en derecho correspondan, en cuanto a la vigencia y labores asignadas en la actualidad a la referida funcionaria.

En relación al pago de horas extraordinarias de la señora Plaza Sandoval, y habida consideración a la naturaleza del vínculo jurídico existente entre las partes, resulta necesario indicar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 del Código del Trabajo, la duración de la jornada ordinaria no puede exceder de cuarenta y cinco horas semanales, las que no podrán distribuirse en más de seis ni menos de cinco días, según prescribe el artículo 28 del indicado texto legal.

A su turno, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Código del Trabajo, se entiende por jornada extraordinaria de trabajo la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor.

Por su parte, de conformidad con el artículo 32 del referido texto legal, las horas extraordinarias deberán pactarse por escrito, sea en el contrato de trabajo o en un acto posterior. Sin perjuicio de ello, se considerarán horas extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador.

Finalmente, el inciso primero, del artículo 33, prevé que para los efectos de controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo, sean ordinarias o extraordinarias, el empleador llevará un registro que consistirá en un libro de asistencia del personal o en un reloj control con tarjetas de registro.

De este modo, atendidas las normas legales citadas y lo resuelto por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 32.313, de 1990, 13.874, de 1991 y 38.970, de 2005, cabe concluir que a la señora Plaza Sandoval le asiste el derecho a percibir

el pago de las horas extraordinarias, por las labores que hubiere desempeñado en exceso de la jornada ordinaria o convenida, aún cuando no existiere pacto escrito sobre el particular, las que se pagarán con el recargo previsto en el inciso tercero del artículo 32 del Código del Trabajo.

En lo referente al derecho que asistiría al personal que se desempeña en el Consultorio Municipal para cambiar de nivel en las respectivas categorías, así como el derecho de los funcionarios contratados a plazo fijo para cambiar de nivel, cabe señalar que de conformidad con el artículo 14 de la ley N° 19.378, el personal podrá ser contratado a plazo fijo o indefinido.

En este sentido, son funcionarios con contrato indefinido los que ingresan previo concurso público de antecedentes. En cambio, se considerarán funcionarios con contrato a plazo fijo, los contratados para realizar tareas por períodos iguales o inferiores a un año calendario.

A su vez, el artículo 32 del aludido texto legal establece, en lo que interesa, que el ingreso a la carrera funcionaria se materializará a través de un contrato indefinido, previo concurso público de antecedentes.

Asimismo, el artículo 37 de la ley citada, define la carrera funcionaria como el conjunto de disposiciones y principios que regulan la promoción, la mantención y el desarrollo de cada funcionario en su respectiva categoría, especificando que todos ellos estarán clasificados en un nivel determinado, conforme a su experiencia y su capacitación, y que dichos elementos se ponderarán en puntajes cuya sumatoria permitirá el acceso a los niveles superiores.

Por otra parte, útil resulta consignar que al igual que todos los funcionarios de la Administración del Estado, el personal de atención primaria de salud municipal se encuentra afecto a un régimen jerarquizado, que se encuentra establecido por la categoría y el nivel correspondiente que éstos ocupen en la dotación.

En este contexto, la jurisprudencia administrativa contenida, especialmente, en el dictamen N° 48.077, de 2004, ha señalado que una vez que un funcionario ingresa a la dotación por la vía del concurso público, lo hace en la categoría para la cual cumple las exigencias previstas en los artículos 6°, 7°, 8° y 9°, de la ley N° 19.378, y en un determinado nivel de aquélla, conforme al puntaje que resulte de la evaluación de sus antecedentes curriculares, esto es, en el de inicio u otro superior, pudiendo operar el cambio de nivel en la misma categoría, en la medida que alcance el puntaje requerido para ello.

De este modo, para ser promovido en la línea jerárquica de la categoría correspondiente, basta que el funcionario sume el puntaje necesario, que es fijado por cada Entidad Administradora acorde lo previsto en sus respectivos reglamentos de carrera funcionaria, sin que se requiera la existencia de vacantes en ella, contemplándose, por ende, un sistema de promoción automático en la categoría en que se encuentra clasificado cada servidor.

Distinto es el caso cuando se trata de cambiar a una categoría diferente, a la que podrá accederse mediante el mecanismo del concurso público, pero solamente en el evento que existan horas vacantes en la dotación para ingresar a la categoría de que se trate y, además, que el funcionario cumpla con los requisitos exigidos para el desempeño del respectivo cargo.

Así, el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal sólo contempla un sistema de promoción automático respecto de los niveles dentro de la categoría en que se encuentre ubicado el funcionario, pero no así respecto de distintas categorías, puesto que, como se infiere claramente del contexto de las disposiciones de dicho cuerpo legal, el servidor debe mantenerse en su categoría, sin que pueda pasar a otra diversa, salvo que el municipio convoque a concurso público.

Por consiguiente, en mérito de lo expuesto, es necesario concluir, en primer lugar, que para acceder a los niveles superiores de las categorías contempladas en el artículo 5° de la ley N° 19.378, no debe convocarse a concurso público de antecedentes, pero sí cuando se trata de cambiar a otra diversa, en cuyo caso deberán existir horas vacantes en la dotación y los oponentes al certamen deben acreditar cumplir los requisitos exigidos, según el caso, en los

artículos 6°, 7°, 8° y 9° del Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

Asimismo, y en conformidad con lo concluido en el dictamen N° 39.226, de 2003, es preciso señalar que la posibilidad de cambiar de nivel dentro de la categoría correspondiente y en la medida en que se cumplan con los puntajes mínimos establecidos, sólo beneficia a aquellos funcionarios titulares, esto es, los que han sido contratados a plazo indefinido, por lo que no resulta procedente extender tal beneficio a los servidores contratados a plazo fijo, atendido el carácter provisorio de su contratación, puesto que se encuentran al margen de la carrera funcionaria, por lo que sólo se asimilan a una categoría y nivel funcionario de aquélla.

Luego, en lo que atañe al pago a los funcionarios municipales del bono adicional establecido en el inciso final del artículo 35 de la ley N° 20.143 -que otorga un reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, reajusta las asignaciones familiar y maternal, y concede otros beneficios que indica-, la Asociación recurrente denuncia que se habría pagado sin dar debido cumplimiento a las exigencias legales.

Sobre el particular, cabe tener presente que, en lo que interesa, el inciso primero del artículo 35 de la ley N° 20.143, concedió, por una sola vez, un bono especial a los funcionarios que indica, que al 13 de diciembre de 2006 -fecha de publicación de esa ley-, desempeñasen cargos de planta o a contrata, el que debía pagarse en una sola cuota en el curso del mes de diciembre de 2006.

Por su parte el inciso final del citado artículo 35, facultó a los municipios para otorgar a tales funcionarios un bono adicional, sujeto al cumplimiento de los siguientes supuestos: contar con disponibilidad presupuestaria y con la aprobación de, a lo menos, los 2/3 del Concejo Municipal.

En estos términos, la procedencia del pago del referido bono adicional se encuentra supeditada a la concurrencia copulativa de los requisitos que, al efecto, prevé la referida disposición.

En ese contexto y en lo que respecta al cumplimiento del primer requisito -contar con disponibilidad presupuestaria-, cabe aclarar como cuestión previa que la jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida en el dictamen N° 3.975, de 2008, ha manifestado que dicho requisito debe entenderse referido al presupuesto del año 2006, ya que la regla que establece el artículo 29 de la ley N° 20.143 es que el gasto que ella demande debe ser imputado al presupuesto de ese ejercicio presupuestario.

En consecuencia, una vez decidido el otorgamiento del aludido bono, debía ser pagado en ese año, al igual que el bono obligatorio que contempla el inciso primero del artículo 35.

Dado lo anterior, de los antecedentes tenido a la vista, fluye que en definitiva el citado bono se pagó con cargo al presupuesto del año 2007, ya que se dispuso que el mismo sería solucionado en los meses de marzo y abril del citado año, con lo cual no se dio cumplimiento a este requisito.

Por otra parte, en cuanto al cumplimiento del segundo requisito, cabe manifestar que de los antecedentes acompañados, entre ellos fotocopia del Acta de la sesión ordinaria de fecha 11 de diciembre de 2006, del Concejo Municipal de Algarrobo, se advierte que dicho ente colegiado -al que concurrieron los seis concejales de la comuna y el alcalde- aprobó el otorgamiento del referido bono, para ser pagado en dos cuotas en los meses de marzo y abril de 2007, por tres votos a favor (dos concejales y el alcalde), dos votos en contra y dos abstenciones por encontrarse inhabilitados según lo dispuesto en el artículo 89 de la ley N° 18.695.

Al respecto debe recordarse que a través de los dictámenes N° 29.284, de 2005 y 31.353, de 2006, se ha concluido que -con ocasión de las modificaciones incorporadas a ley N° 18.695 por ley N° 19.737, al establecer elecciones separadas de alcaldes y concejales- los alcaldes no deben ser considerados para el cálculo del quórum que la ley exige para que el concejo pueda sesionar, pero sí en el del quórum requerido para adoptar acuerdos, ya que tienen derecho a votar en las sesiones de dicho cuerpo colegiado, de manera que, en la especie, el alcalde debe ser considerado en el quórum de dos tercios del concejo que exige el referido inciso final del

artículo 35 de la ley N° 20.143.

Asimismo, habiéndose encontrado inhabilitados dos concejales para participar en la discusión y votación -según aparece de la citada acta del concejo municipal de Algarrobo- procede señalar que la reiterada jurisprudencia administrativa de esta Entidad Fiscalizadora, contenida, entre otros, en el dictamen N° 31.353, de 2006, ha establecido que los concejales que tengan interés en un asunto determinado -cuya concurrencia se define en el inciso tercero del artículo 89 de la ley N° 18.695-, deben no solamente abstenerse de intervenir en él y de emitir su voto, sino que, además, deben estimarse legalmente inhabilitados para hacerlo, de manera que ni siquiera procede considerarlos para la determinación de los quórum exigidos para que el concejo pueda adoptar acuerdos en relación con tal asunto.

Siendo ello así, puede concluirse que estando dos concejales inhabilitados para tomar parte en la discusión y votación del asunto respectivo por tener interés en él, no procede contabilizarlos para el cálculo del quórum de dos tercios del concejo, exigido en el aludido inciso final del artículo 35 de la citada ley.

En resumen, cabe sostener que si bien en el Concejo de la Municipalidad de Algarrobo tienen derecho a voto tanto el alcalde como los seis concejales que acorde con la ley corresponden a esa comuna -por lo que en ese municipio, la base de cálculo para determinar el quórum de dos tercios está constituido, en principio, por los siete votos que pueden emitirse válidamente en ese concejo- de acuerdo a los antecedentes que se han tenido a la vista para este caso concreto, al haber dos concejales que se encontraban inhabilitados, el quórum de dos tercios, que exige el referido inciso final del artículo 35, debe calcularse sobre un total de cinco votos.

En ese contexto en la especie, el quórum de dos tercios aludido se cumple con la concurrencia de 3 votos a favor de la propuesta del alcalde, por cuanto la operación aritmética correspondiente da como resultado 3,3. Ello en concordancia con la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control -contenida, entre otros, en el dictamen N° 17.330, de 2008-, que establece que las fracciones que resulten de esa operación no se toman en cuenta a menos que sean superiores a media unidad, en cuyo caso deben considerarse como un entero.

En consecuencia, con el mérito de lo expuesto, no resultó procedente que la Municipalidad de Algarrobo otorgara el referido bono adicional voluntario, contemplado en el inciso final del artículo 35 de la ley N° 20.143, ya que el mismo fue pagado con cargo al presupuesto del año 2007, por lo cual no se cumplía con uno de los requisitos para su otorgamiento, cual es, contar en el presupuesto del año 2006 con los fondos necesarios para su pago, razón por la cual la Contraloría Regional de Valparaíso deberá adoptar las medidas conducentes a objeto de determinar las responsabilidades administrativas y civiles que en derecho procedan.

En relación con la conducta del ex Asesor Jurídico, abogado señor Francisco Yaber Lozano, quien habría denegado entregar información acerca de la vida funcionaria de los servidores que desarrollan labores en el Consultorio Municipal a la Asociación de Funcionarios recurrente, corresponde manifestar que, conforme lo dispuesto en las letras c), d) y e) del artículo 7° y en los incisos cuarto y quinto del artículo 25 de ley N° 19.296, es imperativo para la autoridad administrativa proporcionar a los dirigentes gremiales la información que soliciten, siempre que la petición incida en materias relacionadas con los objetivos de la agrupación, entre las que se cuentan las relativas a los planes, programas y resoluciones relativas a los funcionarios, a fin de que la asociación, por su parte, de a conocer a la autoridad sus criterios sobre políticas y resoluciones relativas al personal y a materias de interés general para la agrupación (aplica los dictámenes N° 38.106, de 1998 y 44.910, de 2007).

En consecuencia, el municipio deberá ajustar su accionar de acuerdo a los criterios señalados, en cuanto a la entrega de la documentación requerida.

Conforme con lo anterior, se complementa y reconsidera, en lo pertinente, el dictamen N° 4.192, de 2007, de la Contraloría Regional de Valparaíso.

