



## MINUTA

### **Sobre cómo deben operar los convenios de desempeño de altos directivos de segundo nivel jerárquico que asumen la subrogación de cargos de alta dirección de primer nivel.**

División Jurídica DNSC

Santiago, 18 de julio de 2018

#### **I. CONTEXTO.**

Se plantea a la División Jurídica y Asuntos Institucionales, por parte del equipo de Acompañamiento y Desarrollo ADP, de la Subdirección de Alta Dirección Pública, la consulta sobre cómo procede abordar, de conformidad a la normativa vigente, la gestión, cumplimiento y evaluación de los convenios de desempeño de altos directivos públicos de segundo nivel jerárquico que asumen la subrogación de cargos de alta dirección de primer nivel, ya sea por vacancia o ausencia del titular.

Al efecto, se hace presente la alta demanda de asesoría por parte de los servicios públicos sobre la materia, la que ha aumentado en los primeros meses del cambio de gobierno del presente año, producto de los procesos de desvinculación de altos directivos públicos de primer nivel jerárquico y la generación de las respectivas vacancias, que ha traído como consecuencia que altos directivos de segundo nivel asuman la subrogación de dichas plazas.

Puntualmente, destaca la problemática que ha planteado el Ministerio de Salud, en tanto manifiesta que al mes de julio tiene un número considerable de altos directivos de segundo nivel en la situación precedentemente descrita, requiriendo a la Dirección Nacional del Servicio Civil dé *orientaciones generales* relativas al cumplimiento y evaluación de sus convenios de desempeño. (Reunión de fecha 10 de julio de 2018).

#### **II. NORMATIVA.**

Los convenios de desempeño de los altos directivos públicos se encuentran regulados en el **Párrafo 5º, del Título sexto, de la Ley N° 19.882** y el **Reglamento sobre convenios de desempeño, contenido en**

**el Decreto Núm. 172, de 7 de febrero de 2014, del Ministerio de Hacienda.**

Según lo dispuesto en el artículo **sexagésimo primero de la ley**, los convenios de desempeño de los altos directivos de segundo nivel se suscriben dentro del plazo máximo de sesenta días corridos, contado desde el nombramiento definitivo o renovación del alto directivo, con el jefe superior de servicio, a propuesta de dicha autoridad. Tratándose de los hospitales, el convenio de desempeño deberá suscribirlo el director de dicho establecimiento con los subdirectores médicos y administrativos respectivos, a propuesta de éste.

Los convenios deberán ser propuestos al alto directivo, a más tardar, dentro de los treinta días corridos contados desde el nombramiento, tienen una duración de tres años y deben sujetarse al modelo e instrucciones que imparta la Dirección Nacional del Servicio Civil.

En la proposición se deben incluir las metas anuales estratégicas de desempeño del cargo durante el periodo y los objetivos de resultados a alcanzar en el área de responsabilidad del directivo en cada año, con los correspondientes indicadores, medios de verificación y supuestos básicos en que se basa el cumplimiento de los mismos.

Conforme a lo dispuesto en el **artículo sexagésimo tercero de la ley**, cada doce meses, contados a partir de su nombramiento, el alto directivo deberá entregar a su superior jerárquico un informe acerca del cumplimiento de su convenio. Asimismo, debe informarle de las alteraciones que se produzcan en los supuestos acordados, proponiendo los cambios y ajustes pertinentes a los objetivos iniciales, de acuerdo a lo que establezca el reglamento.

El jefe de servicio, deberá determinar el grado de cumplimiento del directivo, dentro de treinta días corridos, contados desde la entrega del informe, de conformidad al reglamento.

Los convenios de desempeño podrán modificarse una vez al año, por razones fundadas.

De otro lado, en lo que se refiere a la subrogación es un mecanismo de reemplazo regulado en el **Párrafo 4º, del Título III, del Estatuto Administrativo**, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, **"De la subrogación", artículos 79 al 83**, cuyo objeto es mantener la continuidad del servicio público, cualquiera sea la causa que impida al titular ejercer su cargo o la duración del impedimento.

Se trata de una carga legal y el subrogante puede ejercer la totalidad de las facultades, derechos, deberes y obligaciones del cargo que reemplaza.

(Dictámenes N°s 25.572, de 2008 y 4.189, de 2011, entre otros, de Contraloría General).

Ya la jurisprudencia del Órgano Contralor, contenida en el dictamen N° 13.803, de 2012, había señalado que no se advierten inconvenientes para la aplicación de la figura de la subrogación al sistema de Alta Dirección Pública, lo que aludía a cargos vacantes y a cualquier hipótesis de ausencia del titular.

Luego, en lo que respecta a cargos de alta dirección vacantes, el artículo **quincuagésimo noveno de la Ley N° 19.882**, fue modificado por la ley N° 20.955, de 2016, y en su texto vigente, establece que: *"...sólo se aplicarán las normas de la subrogación establecidas en la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, sin que sea aplicable el mecanismo de la suplencia."* Luego agrega, *"No obstante lo establecido en el artículo 80 del referido decreto con fuerza de ley, la autoridad facultada para efectuar el nombramiento de los jefes superiores de servicios afectos al Sistema de Alta Dirección Pública podrá determinar para ellos otro orden de subrogación, para lo cual sólo podrá considerar funcionarios que sirvan cargos de segundo nivel jerárquico, nombrados conforme al Sistema de Alta Dirección Pública, cuando existan en el servicio respectivo."*

### **III. ANÁLISIS.**

Respecto de las dudas que se generan en torno a los convenios de desempeño suscritos por altos directivos de segundo nivel jerárquico que han asumido la subrogación del cargo de Jefe Superior de Servicio, ya sea en hipótesis de vacancia o ausencia de éste último por cualquier motivo, es del caso señalar:

1. Ni la Ley N° 19.882, ni el Reglamento sobre convenios de desempeño, regulan expresamente la situación planteada.
2. No obstante, es dable constatar, que conforme a la normativa aludida, un convenio de desempeño es un acuerdo de voluntades entre el alto directivo y la autoridad que lo nombra, que fija compromisos de desempeño o gestión para el primero, los cuales, según el mismo reglamento, son objetivos a lograr por el alto directivo, el que será evaluado por la gestión efectiva que realice. (Título V, del reglamento, "Del seguimiento y evaluación del desempeño del alto directivo público": Artículo 22º.- *"Los altos directivos públicos responderán por la gestión eficaz y eficiente de sus funciones en el marco de las políticas públicas y planes definidos por la autoridad, las instrucciones impartidas por las autoridades competentes y los términos del convenio de desempeño.* (...)).

3. Cabe evidenciar, que en la situación consultada, el alto directivo de segundo nivel no se encuentra desempeñando efectivamente las funciones de su cargo, por una causa legal, a saber, el deber de asumir la subrogación del Director de servicio, el cual implica cumplir con todas las funciones que corresponden a éste último y, a su vez, ser subrogado en sus propias funciones, siendo dable concluir, que no le es posible ejecutar las acciones tendientes a dar cumplimiento a los compromisos de gestión asumidos en su convenio de desempeño por el período que se extienda la subrogación, lo cual supone un desempeño efectivo y personal de sus funciones.
4. Por tanto, desde el punto de vista de las obligaciones asumidas en el convenio de desempeño por el alto directivo de segundo nivel, la subrogación configura una causal de fuerza mayor, en los términos del Código Civil, que imposibilita y exime de su cumplimiento. En la especie, la subrogación es una carga legal, no imputable al directivo e imposible de resistir. (Aplica criterio contenido en dictámenes N° 61.785, de 2010; 78.431, de 2012, 54.242, de 2014, entre otros, de la Contraloría General de la República, que aluden a los requisitos de la fuerza mayor)
5. Al respecto, resulta importante tener en cuenta que, conforme al reglamento vigente, la fuerza mayor constituye una causal de modificación del convenio de desempeño, las cuales no son taxativas. (Artículo 19 del Reglamento.- *"Los convenios de desempeño podrán modificarse, en cualquier tiempo, a solicitud del alto directivo público o del ministro del ramo o jefe superior de servicio, según corresponda. Se considerarán como causas para modificar un convenio de desempeño, entre otras, las alteraciones en los supuestos básicos en que se basa el cumplimiento de los mismos, cambios en las condiciones acordadas originalmente que afecten el cumplimiento de los objetivos y cambios en las prioridades del sector y/o Servicio respectivo. Sin perjuicio de lo anterior, las modificaciones solicitadas a instancia del alto directivo público deberán justificarse fundadamente ante la autoridad competente, para efectos de evaluar la procedencia de su solicitud."*).
6. No obstante lo anterior, la ley N° 19.882, en su texto actual, restringe la modificación a una oportunidad anual, por tanto, orientar a la modificación en el caso de subrogación, no resolverá los casos en que ya se ha realizado la modificación anual del convenio. Tampoco constituye una solución efectiva si no habiéndose realizado la modificación anual, se vislumbra que podrían confluir otras causales ésta, la que ya no se podrá efectuar.
7. Por tanto, se mantiene la interrogante en torno a cómo afecta la operativa del convenio de desempeño del alto directivo de segundo nivel, el acaecimiento de esta fuerza mayor (subrogación), que si bien exime al alto directivo del deber de cumplir las obligaciones del convenio

por el lapso respectivo, no lo exime del deber de dar cuenta sobre el cumplimiento de su convenio, ni exime a la autoridad de la obligación legal de evaluar el mismo.

8. Respecto de esta interrogante, es dable plantear, que el alto directivo público de segundo nivel jerárquico que haya asumido, en el año de gestión respectivo, la subrogación de un jefe superior de servicio, debe, al momento de realizar su informe de desempeño, hacer presente la situación a la autoridad, para que ésta, al momento de evaluar, pondere el impacto en el cumplimiento de su convenio, y por ende, en el resultado final de su evaluación.
9. Así, resulta relevante advertir, que siendo la subrogación una situación esencialmente transitoria, ésta podrá tener diverso impacto en el cumplimiento del convenio de desempeño, atendido el lapso que dure la misma en relación con la estructuración del convenio y las metas comprometidas. Así por ejemplo, conforme a estas variables, podría ser que no todas las metas del convenio se vean afectadas, sino tan sólo algunas o podría ser ninguna, si se trata de una subrogación por un lapso muy menor.
10. En este escenario, por una parte, el alto directivo, al momento de enviar a la autoridad el informe de desempeño - dando cuenta el nivel de cumplimiento alcanzado para cada meta comprometida en el año de gestión y los correspondientes medios de verificación - deberá especificar cómo la subrogación ha impactado en el cumplimiento de cada una de las metas comprometidas, cuantificando su repercusión en el valor efectivo final de los indicadores afectados.
11. Por otra parte, la autoridad, al momento de efectuar su informe de evaluación - en el cual comparará las metas comprometidas con las cifras de cumplimiento efectivo de conformidad al reglamento- deberá calificar la situación expuesta y cuantificar su impacto en el cumplimiento del convenio, pudiendo determinar otorgar la ponderación máxima asignada a la o las metas afectadas, o aquella que a su juicio corresponda en función del impacto verificado, lo cual deberá efectuar fundada en antecedentes objetivos y concretos.
12. Preciado lo anterior, se hace presente, que, en cuanto a la persona que asume la subrogación del alto directivo de segundo nivel, ésta debe dar cumplimiento a todas las funciones que a éste último le corresponden, y en este contexto, debe cumplir lo dispuesto en el convenio de desempeño, en tanto este incorpora objetivos vinculados a líneas de acción del primer nivel jerárquico en los ámbitos de su competencia. No obstante, este subrogante no será evaluado por esta gestión, en tanto no es una de las partes suscriptoras del convenio y, por tanto, no asume el deber de cumplir efectivamente con los

compromisos de gestión. Tampoco su buena o mala gestión incide en la evaluación de la gestión del alto directivo subrogado.

13. Finalmente, en cuanto a qué autoridad propone, suscribe y evalúa el convenio del directivo de segundo nivel, si éste ejerce las funciones del Jefe Superior de Servicio, entendemos que correspondería al superior jerárquico de los servicios centralizados.

#### **IV. CONCLUSIÓN.**

Conforme a los argumentos expresados en esta minuta, en opinión de la suscrita, es posible orientar a los servicios que requieran asesoría respecto de la operativa de los convenios de altos directivos públicos de segundo nivel jerárquico, que han asumido la subrogación de directivos de primer nivel, en el siguiente sentido, que es acorde al texto del reglamento actualmente en aprobación:

- El alto directivo público de segundo nivel jerárquico que haya asumido, en el año de gestión respectivo, la subrogación de un jefe superior de servicio de conformidad a lo prevenido en el artículo quincuagésimo noveno de la ley N° 19.882, por un lapso que le haya impedido el cumplimiento de una o más metas de su convenio, y no haya sido posible efectuar una modificación del mismo de conformidad al procedimiento regulado en el Título IV del presente reglamento, deberá explicitar dicha situación en su informe de desempeño, con el fin de que el ministro o subsecretario del ramo, actuando por delegación del primero, pueda calificarla en el informe de evaluación correspondiente.
- La autoridad cuantificará el impacto de la situación en el cumplimiento del convenio, pudiendo determinar otorgar la ponderación máxima asignada a la o las metas afectadas, o aquella que a su juicio corresponda en función del impacto verificado, lo cual deberá efectuar fundada en antecedentes objetivos y concretos.

CATALINA SILVA PÁEZ

Abogado

División Jurídica y Asuntos Institucionales  
Dirección Nacional del Servicio Civil

CSP/csp