

COLOQUIO – 1ª JORNADA DEL TERCER CICLO DE COLOQUIOS DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE 2022. PROTECCIÓN DE LOS SERVIDORES A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Organizador:

Centro de Estudios de la Administración del Estado, de la Contraloría General de la República

Moderador:

Graciela Lepe Uribe, subjefa de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Participantes:

Constanza Novoa Valdés, abogada del Comité de Estatuto y Educación de la División Jurídica y Alejandro Vergara Blanco, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Chile

Fecha:

25 de marzo de 2022

Lugar:

Coloquio web

Presentación

El tema que vamos a conversar lo titulamos «protección de los servidores a honorarios». Como es sabido, la Contraloría se ha preocupado de analizar la contratación a honorarios desde hace un tiempo y, como consecuencia, ha estado emitiendo dictámenes nuevos que han dado un giro a la jurisprudencia tradicional, particularmente los de este año. Por eso, estimamos relevante poder difundir sus alcances y, de alguna manera ir profundizando de a poco en este tema que se está recién reescribiendo.

Hoy vamos a hablar del dictamen E173171, de 2022, y para ello nos acompañan el profesor Alejandro Vergara Blanco de la Universidad Católica de Chile y, desde la División Jurídica de la Contraloría, Constanza Novoa Valdés.

Constanza Novoa Valdés¹

El dictamen E173171 de la Contraloría General ha generado bastante interés, porque afecta a muchas personas. Fue emitido el 10 de enero de 2022 y es una especie de corolario de una línea que ha venido trabajando la Contraloría desde hace unos dos o tres años, en el sentido de dar mayor protección a los trabajadores a honorarios, intentando acercarlos a los funcionarios públicos desde el punto de vista de sus derechos. La razón de esto la encontramos en que si tenemos personas que realizan las mismas funciones habituales en un determinado servicio, no parece justo ni razonable que tengan regímenes jurídicos distintos, que unos tengan derechos y otros carezcan de ellos como sucede con los contratados a honorarios.

Este criterio se ha expresado ya en algunos dictámenes, por ejemplo, el que reconoció los derechos de protección a la maternidad para las servidoras a honorarios que cumplen funciones habituales o aquel relativo al derecho de los trabajadores a honorarios a computar el tiempo servido, en esa calidad, para invocarlo como confianza legítima cuando están en posición de ser designados en la contrata.

Al igual que otros dictámenes de la Contraloría —como el de la confianza legítima—, este pronunciamiento se aparta de la línea tradicional positivista —apegada estrictamente a la norma— y utiliza como fuente del derecho a los principios, en este caso particular, el de primacía de la realidad. Ello, toda vez que el dictamen intenta reconocer y recoger una realidad para hacerse cargo de ella y evitar que se siga utilizando la figura de los honorarios cuando no es procedente, pues lo que corresponde en realidad es que esas personas sean funcionarios públicos, específicamente, servidores a contrata.

Para contextualizar un poco, me remito a los artículos 11 del Estatuto Administrativo y el artículo 4º del estatuto municipal que son los que establecen la contratación a honorarios en la Administración del Estado. En primer lugar, el inciso primero del artículo 11 y el artículo 4º señalan que la Administración puede contratar sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos y también puede contratar a expertos en determinadas materias cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución. Eso es el fundamento del primer supuesto: labores accidentales y que no son habituales.

1 Abogada del Comité de Estatuto y Educación de la División Jurídica de la Contraloría General de la República, licenciada en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Derecho Regulatorio y diplomada en Derecho Administrativo de la misma casa del estudio

A continuación, inciso segundo establece un supuesto distinto: se podrá contratar sobre la base de honorarios la prestación de servicios para cometidos específicos, en este caso estamos hablando de funciones que son habituales —porque los cometidos son funciones habituales del servicio—, pero, según ha señalado la jurisprudencia, que son acotados en el tiempo.

Finalmente, el inciso tercero fija el régimen aplicable a este tipo de servidores: las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán extensibles las normas que se aplican para el resto de los funcionarios públicos.

¿Cuál fue la intención del legislador al establecer estos preceptos?

El legislador otorgó a la Administración una herramienta para hacer frente a situaciones específicas o puntuales:

- a) La contratación de expertos para labores accidentales que no sean propias del servicio. Se refiere a aquellos casos en que la Administración necesitaba realizar alguna función para la cual precisaba una pericia, una expertise específica que no se encuentra en los funcionarios de la institución. Por lo tanto, era razonable ir a buscarla afuera.
- b) La contratación de personal para cometidos específicos. En este caso, como dije anteriormente, se trataba de funciones habituales, pero que se desarrollaban de manera acotada en el tiempo y que se requerían cada cierto tiempo. La jurisprudencia ha dicho reiteradamente que los contratados bajo este régimen no son funcionarios públicos y además que se rigen —como lo señala la propia ley— por lo establecido en sus respectivos contratos de honorarios y que no les son aplicables las normas del Estatuto Administrativo, ni del estatuto municipal ni de los estatutos particulares del servicio respectivo.

Sin embargo, la utilización o la sobreutilización, por parte de la Administración, de estos contratos a honorarios ha hecho que se vaya desvirtuando el fin para el cual fueron establecidos por el legislador y esto se ha dado por varios motivos. En primer término, por el crecimiento del Estado, el que, durante el último tiempo, está presente en lugares de nuestro país donde antes no llegaba, lo que ha exigido mucho más personal. Por otra parte, han aumentado y se han complejizado las tareas de la Administración. A esto se suma la dotación que tienen los servicios en la planta y la contrata son insuficientes, muchas veces consisten en plantas que vienen desde hace muchos años y que claramente no dan abasto. Entonces, la Administración se ha visto obligada a recurrir a estos contratos a honorarios para poder satisfacer las necesidades públicas e incluso solamente para ser capaz de cumplir sus tareas legales.

En la práctica, la contratación a honorarios constituye una figura precaria, porque estos servidores no tienen el carácter de funcionarios públicos, no tienen

derecho propio ni los derechos inherentes a aquellos. Esto significa que, si no se establecen en sus respectivos convenios, no tienen derecho a permisos, a feriados o a licencias médicas.

Producto de lo anterior, una vez que son desvinculados, muchas veces después de haber prestado mucho tiempo servicios a la Administración, recurren a los tribunales de justicia para buscar protección y para ello invocan el derecho laboral. Esta tesis ha sido acogida bajo el fundamento del principio de primacía de la realidad, toda vez que se trata de una relación laboral intensa, no de un sujeto que está un par de horas en el servicio como un asesor externo. A mayor abundamiento, la vinculación es de dependencia, hay jerarquía, muchas veces existe un escritorio en la institución donde trabaja el individuo, quien cumple jornada laboral. Por lo tanto, dadas estas circunstancias fácticas, ha entendido la jurisprudencia judicial que estamos frente a una relación laboral.

En consecuencia, el Estado ha sido condenado a pagar cuantiosas sumas de dinero por concepto de indemnizaciones, de cotizaciones y demás recargos legales. Por ello, lo que en un principio era beneficioso para Administración —porque contratar a honorarios no implicaba el gasto, por ejemplo, en cotizaciones— finalmente ha resultado contraproducente desde el punto de vista del erario público, pues se han gastado ingentes recursos en el pago de multas e indemnizaciones, cotizaciones establecidas en las sentencias judiciales y también en equivalentes jurisdiccionales.

Junto con tales problemas, la sobreutilización de los contratos a honorarios ha redundado en otras consecuencias negativas para la Administración:

- a) Sabemos que tales convenios, por regla general, no tienen responsabilidad administrativa, lo que trae aparejado el peligro de que un individuo que desarrolla funciones públicas no tenga responsabilidad administrativa por lo que hace.
- b) En lo que respecta a la función, considerando que los servidores a honorarios no son funcionarios públicos, no se les exigen los requisitos generales y especiales de ingreso a la Administración que se aplican al personal de planta y a contrata.

Frente a esa situación fáctica, llegamos a este dictamen, que se emitió el 10 de enero de 2022, y que efectúa un nuevo análisis respecto de la contratación a honorarios en la Administración del Estado, basado principalmente en el principio de primacía de la realidad y recogiendo la precaria condición que están viviendo estos trabajadores, para poder otorgarles mayores derechos.

Los efectos del dictamen pueden dividirse en uno permanente y otro transitorio. El primero de ellos consiste en restringir la aplicación de los artículos 11 de la ley

Nº 18.834 y 4º de la ley Nº 18.883, a los contratos honorarios que cumplan con los supuestos detallados en ellos. Por su parte, el efecto transitorio se traduce en el traspaso a la contrata de determinados servidores que antes prestaban servicios a honorarios. Es decir, el dictamen se hizo cargo de la realidad y dio una solución provisoria, ya que la definitiva tiene que venir de la ley.

La reinterpretación de los artículos 11 del Estatuto Administrativo y 4º del estatuto municipal consistió en considerar que solo pueden ser contratados a honorarios los asesores externos que se desempeñan principalmente fuera de las dependencias institucionales o los expertos para la elaboración de informes o estudios en materias específicas. Aquí lo que se hace es recoger un criterio de especialización, por ejemplo: algún experto que nos asesore para una licitación, en ese caso podemos contratarlo a través de la figura de los honorarios.

Asimismo, son susceptibles de esta modalidad de contratación las personas que cada cierto tiempo se incorporan a tareas acotadas en su duración, aquí estamos recogiendo el criterio de la transitoriedad, porque se trata de tareas que son habituales de la institución, pero que son transitorias. El típico ejemplo es el INE, que cada cierto tiempo tiene que hacer censos y que para dicha labor requiere mayor dotación.

En tercer lugar, corresponde contratar a honorarios al personal de los gabinetes del Presidente de la República, de los ministros, de los subsecretarios y de los jefes de servicio. En este caso, se decidió incorporar a los individuos que trabajan en gabinete, dada la especial relación de confianza que tienen con la autoridad para la cual prestan servicios: no se trata de cualquier funcionario, ellos tienen que estar 24/7 con la autoridad, necesitan seguirle su ritmo, muchas veces no cumplen horario, sino jornadas más extensas. Además, también se decidió incorporarlos por otros motivos, como la *expertise* que muchas veces se requiere para el desarrollo de estas funciones y también por el nivel remuneratorio que se estila para poder otorgar una remuneración adecuada a estos sujetos que muchas veces no calzan con los grados del personal a contratar.

También tenemos los profesores por hora en universidades y centros de formación técnica. Sabemos que ellos no tienen su oficina en la universidad, no trabajan la jornada completa como los profesores que realizan investigaciones, sino que llegan a hacer su clase y se van. Por disposición legal, perciben honorarios.

Finalmente están los inspectores técnicos de obra que cuentan con regulación especial que determina que sean contratados a honorarios e impide que ellos sean designados a contrata.

El dictamen no solamente señala quienes sí pueden ser contratados honorarios a partir de su emisión, sino que también establece un grupo de contratos a

honorarios que están exceptuados, esto es, podrán seguir contratando esos servicios a honorarios, sin ajustarse a las reglas de este pronunciamiento:

- a) Las prestaciones de servicios en programas comunitarios, puesto que estas labores son ajenas a la Administración interna y están asociadas a programas en beneficio de la comunidad, programas de tipo deportivo, social, cultural, etcétera.
- b) Los contratos a honorarios suscritos con funcionarios del mismo servicio u otro para el cumplimiento de funciones propias del organismo. En este caso, se requiere que exista una habilitación legal expresa, como sucede con el Servicio Médico Legal.
- c) Los contratos a honorarios del personal de la salud para hacer frente al aumento de la carga de trabajo provocada por la pandemia. Sabemos que son situaciones excepcionales y el número 4 también dice relación con lo mismo, son contratos honorarios con cargo a la ley N° 21.288 que crea el Fondo de Emergencia Transitorio COVID-19.

Ámbito temporal de aplicación de este dictamen

¿En qué momento se empieza a aplicar este dictamen? Ya que fue emitido el 10 de enero de 2022, abarca casi todo este año y esto se traduce en que los servicios no podrán contratar a un trabajador para que se desempeñe a honorarios y realice funciones habituales del servicio como se hacía hasta ahora.

A partir de esa fecha, el dictamen se hace efectivo para el futuro, vale decir, se utiliza solo para las nuevas contrataciones. Esto significa que se aplica a los individuos sin contrato a honorarios vigente al 31 de diciembre de 2021, a quienes no se podrá contratar para funciones habituales como se hacía anteriormente. Sin embargo, los contratos vigentes al 31 de diciembre de 2021 pueden renovarse por todo el año 2022 o por parcialidades. Esto último tiene una explicación desde el punto de vista presupuestario, porque sabemos que, a fines del año pasado, los servicios públicos ya realizaron su planificación presupuestaria, por lo tanto, perjudicaría la planificación que ellos tienen para este año decir que ya no pueden contratar honorarios. En consecuencia, el dictamen tendrá efecto completo desde 2023, para todas las contrataciones, ya no estarán permitidos los contratos a honorarios que no estén en los supuestos que autoriza el dictamen.

En cuanto al traspaso a la contrata de los servidores a honorarios, no se trata de todos sino de algunos. Probablemente la gran mayoría de estos trabajadores serán aquellos que, al 31 de diciembre de 2021, tenían contratación vigente, que fue renovada para 2022, de acuerdo con la autorización que otorga el propio dictamen y que van a tener contratos vigentes también al 31 de diciembre del año 2022. Por ende, este efecto del traspaso a la contrata de servidores honorarios se dará a partir del primero de enero de 2023.

Esa es la fecha clave y quienes deben ser o pueden ser traspasados a las contrata o a la figura análoga respectiva son los servidores a honorarios que reúnan estos requisitos copulativos:

- a) Que desarrollan labores diversas de las permitidas por el dictamen, porque de lo contrario no es necesario traspasarlos a la contrata, por ejemplo, el personal de los gabinetes seguirá desempeñándose a honorarios.
- b) Que cuenten con contrataciones vigentes al 31 de diciembre de 2022.

Para saber si ellos deben ser traspasados a la contrata o pueden ser traspasados a la contrata y si esto quedará a la discrecionalidad de la jefatura, es necesario distinguir si los funcionarios cuentan o no con confianza legítima al 31 de diciembre de 2022. Si a esa fecha disponen de confianza legítima, la autoridad estará en la necesidad de traspasarlos a la contrata respectiva o a la figura análoga. Si no cuentan con confianza legítima la autoridad «podrá» traspasarlos a la contrata.

La obligatoriedad del traspaso opera debido a que estas labores han sido requeridas por parte de la Administración durante una cierta cantidad de tiempo, por lo tanto, es natural que el servicio siga manteniendo ese vínculo, porque si efectuó estos contratos a honorarios es porque los necesitaba para el cumplimiento de las funciones legales del órgano. En consecuencia, es natural que el vínculo se mantenga, pero esta vez de acuerdo con la figura que corresponde y que ha sido establecida por la ley como es la contrata. Para estos efectos, tendrán confianza legítima aquellas personas contratadas a honorarios que tengan un desempeño ininterrumpido de más de dos años para el mismo organismo, contados hacia atrás desde el 31 de diciembre de 2022 y que desarrollan labores diversas de las permitidas por el dictamen, labores habituales permanentes en la institución. No obstante, si la autoridad decide que las funciones de dicho servidor ya no son necesarias, en este caso tendremos que aplicar los mismos criterios establecidos para la confianza legítima en las contrata, es decir, la Administración debe emitir un acto administrativo fundado, que es exento, explicando las razones por las cuales ya no precisa del servicio que prestaba el trabajador a honorarios. Luego, se exige el mismo estándar que para la no renovación de una contrata que posee confianza legítima.

En lo que respecta a la designación de los servidores sin confianza legítima, por no contar con más de dos años al 31 de diciembre de 2022, esos individuos podrán ser traspasados a la contrata, pero quedará entregado a la decisión del empleador. Si la autoridad opta por su designación, en este caso, no será necesario que la contrata observe las mismas reglas que veremos a continuación y que se aplican respecto de los servidores con confianza legítima, es decir, en este caso estamos hablando de una designación a contrata común y corriente, a la cual se le aplican las reglas generales y no es precisa la emisión del acto administrativo fundado.

Requisitos para la designación de estos funcionarios a honorarios, que tienen confianza legítima a la contrata:

- 1) Los generales de ingreso a la contrata establecidos en los artículos 12 del Estatuto Administrativo y 10 de la ley N° 18.883. También las inhabilidades de ingreso que prescribe el artículo 54 de la ley N° 18.575.
- 2) Los especiales de ingreso a la contrata, por ejemplo, estudios o experiencia. Si el postulante no los tiene, se le da el plazo de un año para cumplirlos, si no lo logra, no se permitirá la prórroga o la renovación en el empleo en que originalmente había sido designado. El motivo de autorizar que una persona haya sido designada en la contrata sin cumplir con el requisito específico de ese cargo, es que tenemos a una misma persona, que realizaba unas funciones en un determinado organismo, este mismo individuo luego va a ejecutar las mismas funciones en el mismo organismo, solamente va a cambiar respecto de él su calidad jurídica. Por lo tanto, es razonable que se le otorgue el plazo de un año para ponerse al día, si no lo logra, no se puede prorrogar por un año más, pero la autoridad tiene la facultad de poder adecuar las funciones de este servidor a honorarios —que ahora será funcionario público pasado a la contrata— y designarlo en un cargo en el cual sí cumpla con los requisitos.

Respecto de la confianza legítima, hay que determinar dos cosas:

- 1) el estamento al cual hay que asimilarlo, que puede ser técnico, profesional o administrativo; y
- 2) el grado.

Para determinar el estamento, es preciso atender a la función efectiva del servidor a honorarios. Establecido eso y también el nivel de estudios, puedo saber a qué planta debo asimilar al funcionario y dentro de esa planta para determinar el grado debo realizar una comparación entre los honorarios líquidos que percibía el servidor a honorarios y la remuneración líquida que le va a corresponder percibir cuando esté a contrata. Cuando hablamos de honorarios líquidos, no nos estamos refiriendo a la cantidad que percibe el funcionario después de aplicar el impuesto del pago provisional mensual, ya que la remuneración líquida incluye todas las asignaciones, ya que se va a considerar la remuneración completa al momento de la designación. La idea que subyace a esto es que naturalmente el servidor a honorarios no vea afectada o mermada su remuneración producto de la emisión del dictamen. Si se produce una diferencia, por lo tanto, entre los honorarios líquidos que percibía la persona contratada en esa calidad y la remuneración líquida que va a percibir a contrata se va a suplir con una suma complementaria adicional que va a ir en la liquidación de sueldo y que se va a ir absorbiendo con los futuros mejoramientos de la remuneraciones del trabajador, o sea, esta suma complementaria adicional se va a pagar durante todo 2023 y se podrá ir pagando durante los años siguientes, hasta que el sueldo del funcionario

a contrata, absorba esta suma complementaria adicional y ya no sea necesario seguirla pagando.

Fiscalización por parte de la Contraloría General de la República

En cuanto a la fiscalización, la Contraloría dispone de varias herramientas, la principal de las cuales es la toma de razón. El dictamen señala que vendrán a toma de razón los actos administrativos que aprueben contratos a honorarios, salvo aquellos contratos a los cuales no se les aplica el dictamen. La resolución N° 2, de 2022, de la Contraloría, que ya está vigente, es la que determinó que vendrán a toma de razón las designaciones a contrata que deban o puedan efectuarse en cumplimiento a estas instrucciones, es decir, aquellas designaciones a contrata de funcionarios a honorarios con confianza legítima o sin confianza legítima.

Otros mecanismos de control son las auditorías, en este caso, la Contraloría, de acuerdo a los planes de auditoría, podrá revisar todos los contratos a honorarios de un respectivo servicio o algunos de ellos, también revisando la documentación sustentatoria, la ejecución de los mismos y los aspectos financieros y las responsabilidades.

Como regla general, al jefe del servicio le corresponde la gestión interna del organismo respectivo y, por lo tanto, es él el responsable de que el contratado a honorarios desarrolle las labores que se señalan en su contrato, y que no se contrate, por ejemplo, a una persona como asesor cuando en realidad desarrolla funciones habituales y permanentes de la institución. El dictamen también señala expresamente que el jefe de servicio podría ser responsable civilmente, así como también los funcionarios involucrados en el caso de que una persona contratada a honorarios, desarrollando funciones distintas de las permitidas por el dictamen, luego recurra a los tribunales de justicia y, en virtud de una sentencia judicial o un equivalente jurisdiccional, se obligue al Estado al pago de indemnizaciones, multas o demás recargas legales. En este caso, se tendrá que hacer efectiva a través del respectivo juicio de cuentas y, finalmente, ello es sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa que se haría efectiva de acuerdo con el título octavo de la ley de la Contraloría.

Reclamaciones ante la Contraloría General de la República

Si producto del traspaso que se haga desde los honorarios a la contrata, los funcionarios estiman que se han visto lesionados en sus derechos, podrán recurrir a la Contraloría General, para reclamar de acuerdo con los artículos 160 del Estatuto Administrativo o 156 del estatuto municipal. Recordemos que hay un plazo de 10 días hábiles, desde que se tuvo conocimiento del hecho de la resolución, también son 60 días cuando se trata de remuneraciones, asignaciones o viáticos. Las reclamaciones pueden ser ingresadas a través del portal de la Contraloría y específicamente será recibido por la Unidad de Protección de Derechos Funcionarios. Una vez que sean interpuestos recursos,

ya sea el recurso jerárquico o de reposición ante la respectiva autoridad al interior de servicio, los plazos para reclamar se cuentan desde que se toma conocimiento de la resolución de esos recursos o desde que el recurso se entienda desestimado por aplicación del silencio administrativo.

Cumplimiento de las instrucciones

Sabemos que los servicios públicos van a tener la obligación de dar cumplimiento estricto a estas instrucciones y de difundirlas, pero se le señala además una tarea específica consistente en que los servicios, para poder dar cumplimiento a estas instrucciones a partir del próximo año, se coordinen con los organismos encargados de elaborar el presupuesto, para que se consideren estas designaciones a contrata que deben hacerse, y lo mismo para las municipalidades al momento de elaborar su propio presupuesto.

Alejandro Vergara Blanco²

Con mucho gusto acepté esta invitación a ser el comentarista de la exposición de Constanza. Es una gran exposición la que ha hecho ella, en que ha ido mucho más allá del contenido del dictamen. A mí mismo me ha servido para comprenderlo mucho más. Ella ha podido señalar que no solamente el dictamen se ha dedicado a virtualmente trasladar el Ministerio del Trabajo hacia la Contraloría y a dictaminar favorablemente respecto de muchos servidores públicos que estaban recibiendo un trato injusto a través de esta fórmula artificial, irreal que rompiendo el principio de la realidad o de la primacía de la realidad de muchos trabajadores de la Administración pública, sino que adicionalmente se ha incorporado un mecanismo de aseguramiento del cumplimiento de este dictamen: la toma de razón, y seguramente las fiscalizaciones, todo lo cual es muy interesante.

En segundo lugar, quiero decir que para mí es muy gratificante haber leído en su momento cuando apareció.

No puedo tener la pretensión de haberlo inspirado ni nada parecido, pero como dijo Graciela Lepe, yo mismo he estado bregando a favor del término de esta precarización del empleo público, la que se estaba produciendo a través de los contratos a honorarios.

Estoy muy satisfecho de que esto se haya producido, porque me parece que es una reacción de Contraloría con mucha calidad técnica, ya diré por qué, y además con mucho desenvolvimiento en el plano valórico, lo que muchas veces

2 Abogado de la Universidad de Concepción, doctor en Derecho de la Universidad de Navarra y postdoctorado en Francia, profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, director del programa Derecho Administrativo Económico de esa casa de estudios.

no se produce en las interpretaciones, judiciales o de Contraloría, manteniéndose ya sea en los supuestos rigores de la ley y, o, utilizando como justificación los términos de la ley que no se pueden llegar a situaciones o a interpretaciones que sean más justas, o sean, las que corresponden y el advenimiento de esta soltura metodológica y técnica desde el punto de vista jurídico de la Contraloría ha llegado de la mano de la incorporación de los principios tan dejados de lado durante mucho tiempo y tan incomprensidos y a veces criticados, sobre todo en nuestra disciplina, olvidándose que la más admirada jurisprudencia del Consejo de Estado francés y copiada en casi toda Hispanoamérica vino de la mano de la aplicación de principios que, al lado de las leyes, pueden significar la incorporación de valores relevantes.

Me gustó mucho escuchar a Constanza con la soltura que ella hablaba de la confianza legítima. Constanza y todos saben que la confianza legítima no está escrita en ninguna Constitución ni en ninguna ley y es un valor que se ha incorporado como sustituto de una regla. La confianza legítima fue la que permitió avanzar en la solución de los casos de precarización del empleo a partir de las contratas. Eso es lo que hoy día también acompaña a este dictamen relacionado con los honorarios, en cuanto al mecanismo que Contraloría inventa, un glorioso invento digo yo, de transformar, a través de una especie de transmutación del contrato de honorarios en un contrato a contrata o en un empleo a contrata, pero sin olvidar que, para que Contraloría diera este paso, tuvo que recurrir a otro principio, a un principio que está consagrado en normativa laboral, como es la primacía de la realidad y Constanza lo dijo al inicio de su exposición: la primacía de la realidad estuvo en el centro y en el origen de esta dictaminación.

Como segundo aspecto introductorio, quiero decir que estoy muy satisfecho, porque mi primera exposición crítica de lo sucedido en esta materia ocurrió en el año 2016, en las Decimoterceras Jornadas de Derecho Administrativo de 2016, dedicadas al empleo público. Recuerdo que, se realizaron a fines de ese año en la Universidad Diego Portales, venía asumiendo hace muy poco tiempo el actual contralor y él fue a dar una exposición del cierre de esa jornada, en que todos nos habíamos referido a la función pública y al empleo público. Recuerdo que en mi exposición, en que me referí a este mismísimo tema, sobre los honorarios, (la que está publicada en las actas de esas jornadas que lamentablemente se publicaron en el año 2019 recién y aparecieron en circulación el 2020). Fui duramente criticado, sin excepción, por todos, mis colegas de derecho administrativo y los únicos aplausos que tímidamente recibí fueron de funcionarios que estaban al final de la sala o representantes de los funcionarios. Porque ¿qué es lo que sucedía con este tema? Había una especie de extrañeza de parte de los administrativistas, quienes no habían escrito casi ninguna línea con anterioridad sobre esto. No se aceptaba que esta materia se resolviese por el Código del Trabajo dado que se trataba de funcionarios que trabajaban en la Administración, aunque fuese a honorarios; se pensaba que, esta materia se debía resolver de acuerdo a normas administrativas. Por lo tanto, el que yo mismo en esa época

celebrara la novísima jurisprudencia que inició la Corte Suprema en el año 2016, de la aplicación supletoria del Código del Trabajo a los contratados a honorarios en la Administración, pareció casi escandalosa, por eso mi satisfacción plena al ver esta reacción de hoy día de la Contraloría.

Voy a dar una simple exposición sobre la evolución jurisprudencial sobre esta materia, por un lado de la jurisprudencia judicial, y luego de la administrativa, esto es, de la Contraloría, que estuvieron alejadas durante un lustro, pero hoy día están felizmente ambas en una misma línea.

El empleo público a honorarios ante la Corte Suprema

Inicio del giro jurisprudencial

El año 2015 la jurisprudencia de la Corte Suprema inicia un giro a través de un caso famoso, el caso Vial del año 2015 y otros más de mediados de ese año, en que se introduce la aplicación supletoria del Código del Trabajo en estos casos, condenando a la Administración.

Por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema no incurrió, por decirlo así, en algo distinto de lo que venía haciendo en el caso de los empleadores particulares o del sector privado. Ya las cortes venían aplicando supletoriamente el Código del Trabajo a aquellos empleadores privados que contrataban artificialmente, o sea, con una especie de falsedad a trabajadores por esa vía de los honorarios.

Lo que no había hecho —y el paso que no había dado la jurisprudencia y lo había rechazado muchísimas veces— era comenzar a condenar a los organismos públicos que incurrieran en esta falsedad y, al mismo tiempo, incurrieran en una especie de precarización de sus propios trabajadores. Era curiosa esa desigualdad entre el sector privado y el sector público, por lo tanto, yo celebré de inmediato como comentarista y luego en esa jornada derecho administrativo de 2016 este cambio jurisprudencial.

Inestabilidad jurisprudencial

Pero lo que vino después es una escena que se ha repetido en la Corte Suprema, no solo en este tema, es la anarquía jurisprudencial que vino desde el año 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, se produjeron muchísimos zigzags. A los que conozcan los trabajos que hemos hecho sobre la vacilaciones de la jurisprudencia, podrán ver esas publicaciones en el tema 12 «de honorarios», en que ha habido muchos casos en que la propia Corte Suprema, incurriendo en un quebranto del principio de igualdad ante la ley, a muchos funcionarios les acogió los recursos, les reconoció sus derechos laborales y condenó a la Administración; pero a veces, con el voto de los mismos jueces que habían fallado a favor en otros casos, no reconoció a esos trabajadores esas mismas condiciones. Esos son aspectos de la jurisprudencia muy negativos, los que todos conocemos.

Retroceso jurisprudencial

Pero, en el año 2019 hubo una especie de retroceso y durante todo el año, de una manera lineal, en que uno ya no podría criticar a la Corte Suprema en cuanto a su linealidad, pero sí en cuanto al criterio de fondo pues retrocedió al criterio arcaico, al anterior, y comenzó a denegar todas esas reclamaciones de los funcionarios a honorarios.

Estabilización de la nueva tendencia jurisprudencial

Felizmente, en el año 2021 —porque acabamos de terminar de hacer el estudio y la revisión de todos los casos del año 2021—, ha vuelto la Corte Suprema a ser no solo lineal sino que ha acogido todos los reclamos de funcionarios o trabajadores a honorarios que pedían la aplicación supletoria del Código del Trabajo. Por lo tanto, hoy en día, a finales desde el año 2021 —no hemos revisado completamente que ocurrió en 2022—, esperemos que la Corte Suprema no reincida en sus zigzagueos en este tema e inicie una línea jurisprudencial acogiendo esta doctrina que he señalado.

Entonces la estabilización de la jurisprudencia se produjo en 2021, pero aquí ha surgido otro aspecto que lo voy a enunciar simplemente, pues no es el tema principal hoy día, pues la Corte Suprema, una vez que ya ha comenzado a acoger sistemáticamente todos los reclamos de trabajadores a honorarios, ha comenzado a crear sublíneas jurisprudenciales para comenzar a distinguir las distintas situaciones, con técnicas parecidas a las que tuvo que hacer la Contraloría, según lo exponía Constanza. Tuvo que preocuparse de muchos casos singulares que surgen, como por ejemplo distinguir los distintos casos en que se hubiesen pagado cotizaciones o no, o si se hubiesen incorporado en los contratos de honorarios ciertos beneficios laborales importantes como permisos, vacaciones o, a veces, otros beneficios para ellos. A veces la jurisprudencia se ha estado dividiendo en la aplicación de las sanciones del artículo 162 del Código del Trabajo o no. Por lo tanto, podemos decir estamos en otro estadio del avance jurisprudencial y si continua ya la Corte Suprema teniendo como una línea firme y consistente la condena de aquellos órganos que mantienen funcionarios a contratos de honorarios va a significar que se han producido los efectos que todos hemos esperado durante mucho tiempo, los que son los mismos que se han producido ahora con la intervención de la Contraloría.

Yo creo que aquí se va a producir algo bien interesante, que se ha producido en otras ocasiones inversamente en el caso de las contrata y, de los términos intempestivos de la contrata y de las no renovaciones de las contrata: Influencias mutuas entre la Corte Suprema y Contraloría. Claramente ambos órganos, son emisores de jurisprudencia de distinta naturaleza, pero, en definitiva, ambos, se observan y es lo que aquí también ocurrió. La Contraloría obviamente fue observando lo que ocurría en la jurisprudencia judicial y al menos consideró

que se trataba de la línea que estaba siendo acogida en la mayoría de los casos y dictó este dictamen de enero de este año.

En este nuevo dictamen, por una parte los artículos 11 del Estatuto administrativo y 4° del Estatuto municipal; aunque, yo creo que siempre los interpretaba así, pero lo que no había hecho era dar más claridad respecto de las consecuencias del quebranto de estos artículos. Yo creo que lo que se había hecho hasta ahora, por parte de Contraloría, era cerrar un poco los ojos a esta realidad de incumplimiento de la propia legislación y lo que se produjo ahora fue incorporar el principio de la primacía de la realidad para darse cuenta de la precarización que se estaba produciendo. Contraloría no podría haber dicho que se aplica el contrato de trabajo, pero sí lo que dijo y unió esto al sistema de las contrata.

Elementos a destacar en el nuevo criterio

En primer lugar, la desnaturalización y la precarización, eso es una muy buena noticia, por lo que yo adelantaba, de realizar una interpretación plena de valores, no simplemente por la letra de la ley, sino que incorporando valores, lo que es coadyuvado con la incorporación de principios y eso es notorio como lo he señalado.

En segundo lugar, en conexión con lo anterior, esa desnaturalización de las labores accidentales para lo cual fue incorporado el contrato de honorarios, podríamos decir, ha llegado a su fin. Este cambio jurisprudencial es un cambio relevante, yo creo que es al mismo tiempo un avance, un avance en el derecho laboral administrativo chileno, porque estamos en medio de una relación laboral, en definitiva.

En tercer lugar, la aplicación del principio de la primacía de la realidad nos vuelve a mostrar a un órgano contralor que incorpora técnicas que no han sido muy habituales en la interpretación histórica por parte de Contraloría. Reincide felizmente en la incorporación de los principios jurídicos, por lo tanto, hay que seguir mirando cada vez con mayor interés el tema de los principios jurídicos y preocuparse de comprender bien cuál es su posición, dado que los principios jurídicos no quebrantan el principio de la juridicidad. Los principios jurídicos operan en aquellos casos en que se producen anomías legislativas, en que el legislador no ha previsto una situación que se presenta en la realidad; es para rellenar lagunas y los principios jurídicos tienen una legitimidad democrática, tanto del punto de vista orgánico como funcional que cabe observar, porque tiene que ver con esta obligación y deber que tienen los jueces y la Administración toda, y que se origina en la inexcusabilidad para resolver los conflictos interpretativos o los conflictos entre partes. Respecto de los jueces, la inexcusabilidad está en el artículo 76 de la Constitución, los jueces saben que, en caso de que no haya ley, no pueden excusarse de emitir un pronunciamiento y los órganos

administrativos, y entre ellos este órgano administrativo que es fin la Contraloría en ese sentido genérico —aun cuando podamos distinguir a los órganos de la Administración activa y un órgano contralor—, están regidos también por este mismo principio de la inexcusabilidad a partir del artículo 41 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que establece esa misma obligación de no excusarse de emitir un pronunciamiento aun cuando no haya ley; de ahí que cuando no hay ley entonces lo que existen son estos principios.

El derecho laboral administrativo

Este dictamen, en fin, implica quizás un empujón más para tomar en serio una subdisciplina que está al lado, conectada, vinculada si ustedes quieren, con el derecho administrativo, pero que no es derecho administrativo general. La relación de derecho administrativo, el núcleo del derecho administrativo está conectado con la relación entre un órgano administrativo y un administrado, en el ejercicio de las potestades públicas por aquel, esa es una relación típica de derecho administrativo, esos son los conflictos que resuelven los tribunales del contencioso administrativo. Pero las relaciones entre los trabajadores y funcionarios de un órgano administrativo son relaciones laborales y eso es lo que ha venido resolviendo la Corte Suprema en estos casos de honorarios e inclusive en los casos de contratas: debe haber un principio de igualdad de todos los trabajadores del país, ya sea que trabajen en la Administración pública o en cualquier órgano de la Administración centralizada, descentralizada, etcétera o en el sector privado y la disciplina que está detrás de las relaciones laborales, cualesquiera que sean, es el derecho laboral. Por lo tanto, lo digo nuevamente, aunque esta vez quizás mis colegas administrativistas no me disparen tan fuertemente como lo hicieron hace un lustro, esta materia no es derecho administrativo, esta materia es derecho laboral. Se trata del Derecho laboral administrativo.

Preguntas del público y respuesta de los expositores

Aquellos contratos a honorarios que se suscribieron durante enero, pero antes del dictamen, ¿esas personas se encuentran protegidas por este criterio, es decir, se les aplica el dictamen? ¿o caen dentro de aquellas que venían de antes y que el dictamen respeta en el fondo las mantiene como estaban?

Responde Constanza Novoa Valdés: aquellos contratos a honorarios celebrados los primeros días de enero, pero antes de que saliera el dictamen, no quedan dentro de las hipótesis que contempla el dictamen.

¿Y qué pasa con los otros estatutos, con aquellos estatutos que no son directamente el estatuto general y el municipal?

Responde Constanza Novoa Valdés: en ese caso, el dictamen señala expresamente que el traspaso de los servidores de honorarios a la contrata debe hacerse a la contrata o a la figura análoga. Por lo tanto, en ese caso, se aplica también a otros regímenes de los funcionarios públicos de acuerdo a su respectiva normativa orgánica y habrá que analizar ese respectivo estatuto para determinar cuál es la figura análoga a la que se debe traspasar el servidor a honorarios.

¿Cómo debería abordarse la realidad de aquellas personas que pueden llevar tiempo desarrollando funciones en virtud de un programa que no es propio de esa entidad, sino que esa entidad cumple el programa por encargo de otra, que son las típicas transferencias de recursos –convenios suscrito entre dos organismos, en que uno le encarga al otro que desarrolle un programa–?

Responde Alejandro Vergara Blanco: podríamos decir que es casi una subcontratación. Yo creo que ante el quebranto de los valores propios de un empleo, sea público o privado, digno y al mismo tiempo protegido por toda la regulación del trabajo deben aplicarse la regulación y principios señalados. Ahí se mantiene el riesgo de condena por parte de la Corte Suprema a esos organismos, porque lo que hay es el quebranto de las normas del Código del Trabajo y ahí va a aplicar igualmente el principio de la primacía de la realidad, si hay una persona que está llevando adelante labores habituales, sujeta a una dirección, de un jefe de servicio o de alguien que establezca los horarios, los trabajos que debe realizar, estamos ante una relación laboral. Por lo tanto, el riesgo de eso, es que sea condenado el órgano respectivo por los tribunales el día de mañana.

Interviene Graciela Lepe Uribe: eso es lo que hemos estado viendo, los tribunales han acogido demandas laborales de personas a honorarios y que han participado en un programa. Ahora Constanza, ¿tú nos puedes contar si esta gente de los programas queda o no protegida con la jurisprudencia que hoy día está vigente?

Responde Constanza Novoa Valdés: no, de acuerdo con el dictamen no está protegida, o sea, está exceptuada de la aplicación del dictamen.

Interviene Graciela Lepe Uribe: así es, en el fondo este tema de los programas como bien señala Alejandro, es un tema que es delicado, porque tiene muchas aristas y no podemos como Contraloría hasta ahora dar un criterio general.

¿Cuál es el actual marco normativo de los contratos a honorarios?

Responde Constanza Novoa Valdés: el dictamen no innova, los contratos a honorarios van a seguir teniendo el mismo marco normativo que tenían antes

de este. De acuerdo con lo que dice el artículo 11 el Estatuto Administrativo y el artículo 4º del estatuto municipal: el propio contrato a honorarios. Además la jurisprudencia ha ido reconociendo derechos para servidores a honorarios en distintos ámbitos. Por lo tanto, sería su contrato a honorarios más la jurisprudencia de la.

¿Qué impide que alguien esté a contrata en los gabinetes?

Responde Constanza Novoa Valdés: quienes trabajan en gabinete pueden estar a contrata, o sea, el dictamen lo que hace es darle la posibilidad al servicio de contratar a estas personas sobre la base de honorarios, lo que no significa que no puede contratarlas a contrata o de planta, perfectamente un individuo que trabaja en gabinete puede ser una secretaria que lleva años ahí y estar de planta; no hay problema.

¿Qué criterios se van a usar para definir qué honorarios pasan a la contrata y qué honorarios no pasan a la contrata, hay alguna prelación?

Responde Constanza Novoa Valdés: no, no hay ninguna prelación para poder ser traspasados a la contrata. El servicio va a tener la obligación de traspasar a la contrata cuando el trabajador reúna dos requisitos: tener confianza legítima al 31 de diciembre de 2022 y ejercer funciones estando a honorarios, de aquellas que están prohibidas, vale decir, no estar dentro de los supuestos contemplados por la ley.

¿Qué sucede con la competencia de la Dirección del Trabajo respecto de los reclamos del servidor a honorarios del sector público?

Responde Alejandro Vergara Blanco: en el año 2016 cuando publiqué mi comentario, yo escribía que parecía que había dos órganos de la Administración pública ausentes en esta materia de la precarización de los funcionarios por la vía de los honorarios, uno de ellos era la Contraloría que ahora ya ha cambiado su parecer, por cierto. El otro órgano es la propia Dirección del Trabajo, porque su ley orgánica, el decreto con fuerza de ley N° 2, de 1967, establece en su artículo 1º, letra a), que tiene como atribución y deber la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral. Claro, ahora es complejo, porque se podría originar una especie de contienda de competencia, entre la Contraloría y la Dirección del Trabajo, pues, en principio, quien debe fiscalizar el cumplimiento de la legislación en general, de la legalidad en general por los órganos administrativos es la Contraloría, pero ahí tendríamos que comenzar a observar qué tipo de legislación va a controlar la Contraloría y qué tipo de legislación va a controlar otro órgano. Por ejemplo, si en un órgano administrativo se requieren hacer instalaciones eléctricas o de telecomunicaciones, por mucho que sea un órgano administrativo, la Subsecretaría de Telecomunicaciones o la Superintendencia de Electricidad y Combustibles tendrán que verificar si se cumplen esas legislaciones sectoriales.

Ahora es más complejo el tema de esta legislación sectorial del trabajo, pero yo creo que esto se podría dar, lo que sí veo es que es muy difícil, más que nada por costumbre o por esa especie de unidad institucional que se puede manifestar en la intocabilidad de las atribuciones de un órgano con otro. Sería interesante ponerlo a prueba, yo casi le pediría a un trabajador a honorarios que vaya a la Dirección del Trabajo para ver qué respuesta le daría.

Interviene Graciela Lepe Uribe: bueno, los hechos ocurren, que muchos funcionarios a honorarios han ido a la Dirección del Trabajo y ella les dice que no le corresponde atender ese reclamo, porque tienen que venir a la Contraloría y así también lo hemos entendido nosotros, porque la Contraloría, al fiscalizar a todo el sector público, también fiscaliza a la Administración en su relación de contratante con los servidores a honorarios.

¿Qué pasa con aquellos trabajadores a honorarios que no quieren ser traspasados a la contrata?

Responde Constanza Novoa Valdés: aquellos que no quieren ser traspasados a la contrata, no los podemos obligar, si ellos no quieren ser traspasados a un régimen que es mejor, donde tienen más protección, bueno no se les puede obligar, pero ellos no van a poder seguir siendo contratados a honorarios, de acuerdo con la aplicación del dictamen.

Responde Alejandro Vergara Blanco: yo pienso lo mismo que Constanza, por cierto, que es un convenio y ambas partes deben estar de acuerdo.

Interviene Graciela Lepe Uribe: sí, la regla general es cuando se asigna alguien a contrata, la persona tiene que asumir el cargo y si no lo hace, significa que no aceptó el cargo, entonces, en el fondo, no se puede obligar a alguien a honorarios a pasar a contrata.

Pero es importante, que esa persona sepa que no puede continuar a honorarios, tal como señaló Constanza, ¿por qué no puede continuar a honorarios?, porque esa función que ha estado desarrollando hasta ese momento no debe ser contratada a honorarios, pues se ha entendido que debiera ser desempeñada por un funcionario público.

¿Qué pasa con aquellos que están en jornadas parciales? Aunque no es obligación tener pactada una jornada en un contrato a honorarios, hay algunos que la tienen y que durante esa jornada parcial cumplen las mismas funciones que sus compañeros que están a contrata o que están de planta.

Responde Constanza Novoa Valdés: el dictamen se pone en ese caso y dice que deberán ser traspasados también a una jornada parcial en la contrata. Si ellos cumplen una jornada parcial a honorarios, lo que corresponde es que sean traspasados en las mismas condiciones a la contrata con una remuneración equivalente.

¿Es factible el autodespido?

Responde Graciela Lepe Uribe: los contratados a honorarios se rigen por las normas del contrato a honorarios y por aquellas que la Contraloría o la jurisprudencia le ha reconocido, es decir, no se aplica supletoriamente el Código de Trabajo, por lo tanto, no pueden acudir al autodespido. No obstante, como si el interesado llega el asunto para la resolución de un tribunal laboral, el juez verá la norma que aplica. Pero mientras sea funcionario a honorarios, no podemos mirar el Código de Trabajo, porque el legislador no lo previó. Entonces, hay que atenerse a lo que dice su contrato a honorarios y a lo que la Contraloría le ha ido reconociendo, por ejemplo, toda la protección a la maternidad y a la paternidad, aun cuando no estén expresamente previstos.

Pero una vez que termina la vinculación, el servidor ejercer las acciones que estime más conveniente a sus intereses. Sabemos que los tribunales laborales hasta ahora han aplicado el Código del Trabajo supletoriamente, pero no es una jurisprudencia que la Contraloría haya adoptado por ahora, así es que no va a encontrar algún dictamen que diga que corresponde pagar la indemnización por años de servicios.