



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

**ANALISIS DEL DICTAMEN “E173171N22” DE LA CONTRALORIA GENERAL
DE LA REPÚBLICA RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN A HONORARIOS.**

PROYECTO DE MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS.

AUTORES:

YONATHAN MIJAEL CAYUL OSORIO

MARÍA FERNANDA NAVARRO PALMA

PROFESOR GUÍA:

PABLO ALARCÓN JAÑA

SANTIAGO DE CHILE

2023

ÍNDICE

Introducción.....	3
Capítulo Primero: “Consideraciones Previas”	5
1. Regulación respecto de los servidores a honorarios.....	6
2. Concepto servidores a honorarios.....	7
Capítulo Segundo: “Problemática Respecto a los Servidores a Honorarios”.....	12
1. Determinación norma aplicable.....	12
1.1. Aplicación supletoria del Código Civil.....	13
1.2. Aplicación supletoria del Código del Trabajo.....	14
2. Situación actual de los servidores a honorarios.....	17
2.1. Reacción de la CGR respecto de la situación fáctica de las personas contratadas a honorarios.....	19
2.2. Jurisprudencia Judicial respecto de los servidores a honorarios.....	22
I. Recurso de Unificación de Jurisprudencia.....	22
II. Existencia Vínculo Laboral.....	23
III. Pago de Cotizaciones Previsionales y de Salud.....	25
CAPÍTULO TERCERO: ”ANÁLISIS DEL DICTAMEN E173171N22”	28
1. Antecedentes previos.....	27
2. Los honorarios y los trabajadores particulares.....	28
3. El principio de la realidad como eje rector del cambio.....	29
4. Facultad de la contratación pública.....	30
5. Exclusión de la reinterpretación.....	33
6. Ámbito presupuestario de aplicación.....	34
7. Ámbito temporal de aplicación.....	34
8. De servidor a honorarios a empleado a contrata.....	36
9. Otras precisiones.....	38
CAPÍTULO CUARTO: “CONCLUSIONES”	41
BIBLIOGRAFÍA.....	42

INTRODUCCIÓN

En actualidad los servidores a honorarios han ido adquiriendo un mayor protagonismo al interior de la Administración Pública. Esto se debe, primordialmente, a las masivas contrataciones de personas bajo esta modalidad. Lo cual, ha colaborado con la desnaturalización de la función pública ya que, su contratación siendo de carácter excepcional, ha pasado a ser parte de la regla general o una situación típica al interior de la Administración.

Si bien no hay una definición legal, se ha entendido que los servidores a honorarios, son aquellas personas contratadas para prestar un determinado servicio atendiendo a su profesionalismo o experiencia en situaciones y tareas específicas. Lo que explica, la ausencia de un jefe o la necesidad de una relación de subordinación entre éste y otra persona.

Cabe señalar que, al ser un contrato que se caracteriza por su transitoriedad y laxidad, resulta más atractivo frente a los funcionarios de planta. Dado que, el primero recae en la discrecionalidad del jefe superior del servicio u órgano, mientras que el segundo, implica la colaboración del Poder Ejecutivo y Legislativo para su designación, lo que resulta lento para tareas que requieren de un personal lo más inmediatamente posible. Lo que explica que, se estén produciendo mayores contrataciones a servidores a honorarios, respecto de tareas que no requieren o no logran ser satisfechas por medio de los funcionarios de planta y empleados a contrata.

Al ser los funcionarios de planta una figura compleja, además de la insuficiente dotación de los empleados a contrata y el aumento constante de las necesidades de la Administración, se ha optado por una mayor contratación de servidores a honorario. El problema surge en su aplicación, ya que siendo esta una figura que es de efímera duración ha tenido que asumir diversas tareas de una forma estable y duradera. Por lo cual, es discutible si en la práctica, efectivamente mantienen un carácter transitorio o, más bien, permanente.

En el presente trabajo, pasaremos a analizar esta problemática y lo que ha señalado la Contraloría General de República¹ respecto de este tipo de contratación y, además, de lo establecido por la jurisprudencia judicial, en relación a la protección de este tipo de servidores.

En este orden de ideas, las circunstancias materiales o fácticas, serán la piedra angular que se desarrollará mediante la jurisprudencia judicial y administrativa. Pues, en base a dichos elementos se ha determinado la calidad jurídica de estas personas, es decir, si es un honorario u otra cosa.

Finalmente, realizaremos un análisis al dictamen “E173171N22” de la CGR, ya que viene a ser una reacción a todo lo descrito anteriormente. Además, de referirnos a los efectos que recaerían en los servidores a honorarios con la aplicación de este dictamen y, por supuesto, cómo viene a afectar también a la Función Pública.

¹ En adelante CGR o Contraloría.

CAPÍTULO PRIMERO

Consideraciones previas:

Previo a explicar la naturaleza jurídica del vínculo entre la administración del Estado y sus funcionarios, debemos entender que la Función Pública se puede definir como “aquella rama del Derecho Administrativo constituida por el conjunto de principios y reglas jurídicas que regulan la actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural a favor de la administración del Estado, cualquiera sea el estatuto jurídico aplicable”.² De lo anterior, se desprende que dentro de la administración pueden existir personas con empleos de carácter temporal o con un carácter permanente.

El Estatuto Administrativo, viene a dar certeza a lo señalado anteriormente, ya que en el contenido de la Ley N°18.834 –actualmente refundida, coordinada y sistematizada en el Decreto con Fuerza de Ley N° 29 del Ministerio de Hacienda del año 2005– se contempla un sistema, cuyo principal “protagonista” es el funcionario de planta, en quien recaen las tareas que son consideradas como permanentes. Mientras que, de forma excepcional y en atención al mismo hecho, se han establecido dos figuras. Por un lado, el empleado a contrata y, por el otro, los servidores a honorarios. De cierta forma, ambos son considerados como una ayuda temporal para la Administración Pública en diversas tareas.

Se entiende por funcionarios de planta el “conjunto de cargos permanente asignados por la ley a cada institución”.³ Su característica distintiva radica en que estos funcionarios se encuentran sujetos a un régimen de carrera funcionaria, es decir, a “un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantizan la igualdad de oportunidad para el

² CELIS (2020), pág. 1.

³ Ley N°18.834, Art. 3, letra b, de 1989.

ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad de las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”.⁴

Por otra parte, los empleados a contrata son aquellos “de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”⁵. Este tipo de funcionario se caracteriza por su transitoriedad y duración limitada, sin embargo, esta duración puede ser extendida a través de la renovación. Siendo esta, la regla general dentro de la Administración, surgiendo así la siguiente problemática, “la aplicación de una modalidad de contratación cuya principal característica es la transitoriedad, a una persona que mientras más transcurre el tiempo más se vuelve discutible tal carácter”.⁶

Finalmente, nos encontramos con los servidores a honorarios, los cuales son necesarios: “cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente”⁷. Respecto de estos servidores, surge una problemática bastante similar a lo ocurre con los empleados a contrata, la cual pasaremos a exponer más adelante.

1. Regulación de los Servidores a Honorarios en la Administración Pública.

En relación con la regulación de la contratación a honorarios existen diversos cuerpos normativos, entre los cuales podemos distinguir dos tipos. Por un lado, la normativa general y fundamental y, por otro, aquella supletoria y complementaria. Desde el punto de vista general y fundamental, que permiten la contratación a honorario, nos encontramos con:

⁴ Ley N° 18.834, Art. 3, letra F, de 1989.

⁵ Ley N° 18.834, Art. 3, letra C, de 1989.

⁶ PUMA (2020), pág. 30.

⁷ Ley N° 18.834, Art. 11, de 1989.

En primer término, la Ley N°18.834 sobre el Estatuto Administrativo, la cual está destinada a regular las relaciones entre el Estado y los funcionarios de las Municipalidades, Intendencias, Gobernaciones y los demás servicios públicos creados para dar cumplimiento a la función pública. En el artículo 11 de dicho cuerpo legal, se permite la contratación a honorarios, estableciendo que:

"Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto."

Por otra parte, encontramos la Ley N°18.883 sobre el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, encargada de regular las relaciones que existen dentro de las Municipalidades respecto sus funcionarios. Estableciendo en su artículo 4, en relación a sus servidores a honorarios, lo siguiente:

"Podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad; mediante decreto del alcalde. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se registrarán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto".

En cuanto, la normativa supletoria y complementaria, podemos apreciar las siguientes normativas:

I. El Decreto Ley N°1.265 que modifica la Ley N°19.896 de administración Financiera del Estado, que además establece otras normas sobre administración presupuestaria y del personal, contempla diversos preceptos referentes al consentimiento de autoridad, gasto, inhabilidades e incompatibilidades de las personas vinculadas con la administración estatal para afianzar y asegurar la transparencia de los contratos a honorarios.

II. Ley N°10.336 sobre Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, consagra la potestad dictaminadora, en base al artículo 6, el cual dispone que: “solo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa”.

III. Además, artículo 19 de la Ley señalada en el párrafo anterior, también señala que: “los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

Los artículos anteriormente señalados, configuran la potestad dictaminante de la CGR la que, para efectos de este trabajo tiene vital importancia, pues es el origen del dictamen a

analizar. Por tales motivos, a continuación, se detallarán someramente los puntos más relevantes de esta.

Previo a explicar lo que es concretamente dicha potestad, es necesario tener conocimiento que la Constitución Política de la República⁸ le encarga a la Contraloría el examen de juridicidad de los actos administrativos mediante el mecanismo de la toma de razón consagrado en el art. 99 de la CPR. De esta manera puede la Contraloría concretar el mandato constitucional de ejercer “el control de la legalidad de los actos de la administración” (art. 98 CPR). Para complementar este rol preventivo entregado por la CPR, la Ley N° 10.336 viene a establecer la “potestad dictaminante” en su artículo 6° inciso 1° facultándola para “informar (...) en general, sobre los asuntos que se relacionen (...) con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”.

Entonces de acuerdo con lo expresado, podemos afirmar que es consecuencia de esta potestad, que la Contraloría “puede emitir instrucciones acerca de cómo deben interpretar las normas de derecho público los órganos sometidos a su fiscalización, revisar dicha interpretación en actos vigentes e, incluso, agregar “alcances” a la toma de razón que realiza de determinados actos administrativos, ya sea rectificando errores que aparecen en ellos o fijando el sentido en que deben ser entendidos para no ser representados por vicios de antijuricidad, entre otras posibilidades ”.⁹

A modo conclusivo, podemos señalar que la potestad dictaminante es aquel poder interpretativo y fiscalizante que posee la CGR respecto a las normas jurídicas contempladas en el derecho administrativo, la que se materializa mediante dictámenes,¹⁰ que resultan ser

⁸ En adelante CPR.

⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012), p. 125

¹⁰ El actual Contralor precisa que se trata de un informe en derecho o interpretación jurídica emanada de la CGR sobre materias que son de su competencia. A través del dictamen, “el Contralor resuelve consultas jurídicas formuladas por los

vinculantes para la autoridad administrativa, de modo que ésta deberá aplicar las normas y ajustar sus decisiones acordes a lo que haya señalado el órgano contralor.¹¹

2. Concepto de Servidores a Honorarios.

Debemos entender que los servidores a honorarios son aquellos que se rigen por el contrato a honorarios celebrados entre éste y la Administración Pública.

Respecto al contrato a honorarios, se puede entender como “un contrato consensual, bilateral y conmutativo, mediante aquel una persona se obliga a prestar determinados servicios materiales o inmateriales a cambio del pago de una suma de dinero u honorario.”¹²

Cabe señalar que, el contrato a honorarios no se encuentra definido por la Legislación Chilena, siendo este un contrato atípico o innominado. Motivo por el cual, tanto la Contraloría General de la República y la doctrina, han profundizado respecto de este, intentando entregar un concepto apropiado.

En un principio, la CGR estableció mediante un dictamen que, el contrato a honorario es “el acto jurídico bilateral en virtud de la cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios”.¹³

propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular” - La Potestad Dictaminante de la Contraloría y las Atribuciones Jurisdiccionales de los Tribunales, Enrique Navarro Beltrán. Pág. 284. Año 2021.

¹¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012), p. 125.

¹² ORTUZAR (2019), p. 3

¹³ Dictamen CGR N°7.266, de fecha 10 de febrero de 2005.

A pesar de lo anterior, desde el mundo laboralista, la Dirección del Trabajo entiende al contrato a honorario como contrato de arrendamiento de servicios inmateriales¹⁴, es decir, es “aquel en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002”.¹⁵

¹⁴ Véase ORD. N° 858/47 “ [...] el personal sujeto a d se rige por las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales, que regula el Párrafo Noveno, Título XXVI, del Libro IV del Código Civil”.

¹⁵ Código civil, art. 2006.

CAPÍTULO SEGUNDO

Problemática respecto a los servidores a honorarios:

De manera preliminar podemos señalar que la problemática que aqueja a los servidores a honorarios es producto de la naturaleza sui géneris que tiene este tipo de régimen, ya que al no ser catalogados como funcionarios públicos, están desprovistos de diversas garantías y derechos que dan como resultado una situación de precarización laboral.

A raíz de lo anterior, nos encontramos con una situación jurídica que engloba diversas consecuencias, como lo es la no consideración de funcionario público, la determinación o regulación jurídica del contrato y los demás aspectos de la relación contractual de las personas sujetas a este régimen.

Para efectos de esta investigación se procederá a explicar la tendencia jurisprudencial respecto de la normativa aplicable y, seguidamente, se detallará la situación actual de los servidores a honorarios.

1.- Determinación norma aplicable.

Debido a que no son considerados como funcionarios públicos, el problema se produce cuando el Órgano o Servicio de la Administración del Estado contrata a una persona bajo la modalidad de “honorarios”, bajo relación de subordinación y dependencia en la práctica. La cuestión a resolver en este caso concreto, es decidir sobre la aplicación supletoria del Código

Civil o del Código del Trabajo para el caso concreto. Al respecto, la jurisprudencia no ha sido uniforme y ha ido evolucionando dentro de dos líneas.¹⁶

1.1. Aplicación supletoria del Código Civil.

En un principio, a causa de no contar con un Estatuto destinado a este régimen en particular, ni otra norma especial, la jurisprudencia tradicional optaba por aplicar de manera supletoria el Código Civil catalogándolo como un contrato de arrendamiento atípico de servicios inmateriales. Entre los argumentos que sostienen esta postura tenemos:

i.- El inciso final del artículo 11 de la Ley 18.834 y el inciso final del artículo 4 de la Ley 18.883, precedentemente citados, establecen que los servidores a honorarios no son catalogados como funcionarios públicos y que, para saber el contenido y regulación del respectivo contrato, hay que atenerse a lo que las partes hayan acordado en él.

Al ser los mencionados Estatutos destinados a los funcionarios de la Administración del Estado, y excluyéndose expresamente a los servidores a honorarios dentro de su regulación, corresponde aplicar supletoriamente el Código Civil. Puesto que, de acuerdo al carácter general del Derecho Civil, las normas especiales, sean del derecho privado o público, vienen a derogar o modificar las reglas civiles, y todo lo no contemplado o resuelto en ellas se tendrá que recurrir a la legislación civil para suplir dichos vacíos.

Asimismo, hay que tomar en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas pueden ejecutar y celebrar actos jurídicos que estimen convenientes, manteniéndose conforme a la legislación, el orden público, la moral y las buenas costumbres comprendiendo de esta manera la facultad que tienen las partes para celebrar actos o contratos no tipificados por la ley, encajando así los contratos a honorarios como

¹⁶ HARRIS (2020), p. 74.

arrendamientos de servicios inmateriales de acuerdo al Título XXVI del Libro IV, del Código Civil.

ii.- La negación para aplicar el Código del Trabajo por la errónea interpretación que se hace al inciso 1° y 2° del artículo 1° del mismo cuerpo legal, según el cual:

“Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias.

Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial...”

En virtud de lo señalado, la Corte Suprema¹⁷ rechazó las demandas presentadas por todas aquellas personas supeditas a un contrato a honorarios, en las cuales – mayoritariamente– se alegaban despido injustificado o nulidad de despido, teniendo como fundamento la inaplicabilidad del Código del Trabajo, ya que dichas relaciones contractuales eran reguladas por el Estatuto Administrativo o por el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, según corresponda.

1.2. Aplicación supletoria del Código del Trabajo.

La tendencia civilista respecto a los contratos a honorarios se vio suprimida a partir del año 2015¹⁸, puesto que la jurisprudencia cambió la línea tradicional aplicando

¹⁷ En adelante CS.

¹⁸ Corte Suprema, Sentencia de 1.º de abril de 2015, rol 11584-2014,

supletoriamente el Código del Trabajo teniendo como fundamento base, el principio de la primacía de la realidad¹⁹. Lo que, tuvo trascendentes cambios, tanto para el personal como para los Órganos y Servicios de la Administración del Estado. Esta tendencia se sustenta en que:

i.- Se justifica debido a la prevalencia del principio de primacía de la realidad, el cual “...consiste en otorgar prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido”²⁰. Este principio está contenido en el artículo 7 y el inciso 1° del artículo 8 del Código del Trabajo, correspondiendo aplicar en base a dichos preceptos de este código, siempre y cuando exista realmente por parte del administrado para con el órgano de la Administración del Estado, el cumplimiento de obligaciones bajo una relación de subordinación y dependencia; desarrolladas por un lapso prolongado de tiempo; ejecutando funciones que son propias del órgano y con un horario determinado, independiente de la denominación que las partes le hayan dado.

ii.- La Corte Suprema hace prevalecer las características comunes y supletorias del CT a raíz de realizar una correcta interpretación del artículo 1 de dicho código, aplicándose así cada vez que exista una vinculación laboral entre una persona natural y la Administración.

En relación con los efectos que ha representado la recalificación laboral del contrato a honorarios, podemos destacar:

i.- Se decidió por seguir un régimen de orden público para regular la relación entre la Administración y los servidores a honorarios, apartándose de esta manera del principio de la autonomía de la voluntad. Esta variación es directa consecuencia de hacer predominante los

¹⁹ Corte Suprema, Sentencia de 1.º de abril de 2015, rol 11584-2014, cons. 2º.

²⁰ Dirección del Trabajo, oficio N°3257/89, de 29 de julio de 2005,

derechos laborales sobre la voluntad de las partes, pues el artículo 5 del CT insta la irrenunciabilidad de tales derechos, estableciendo que:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

ii.- Finalmente, tenemos el involucramiento de la Dirección del Trabajo y la competencia del juez laboral, siendo este último el encargado de conocer de todos los asuntos litigiosos que se susciten, exceptos aquellos que son de competencia de la CGR. En lo alusivo a la Dirección del Trabajo, podemos señalar que es “un organismo cuyas facultades han dejado de incluir solo las relaciones del sector privado, incorporando también las funciones del personal a honorarios, gracias a la proyección de una estabilidad relativa respecto del régimen de personal que mayor precariedad tenía en el derecho chileno, lo que será reiterado ante el funcionario a contrata, por el control de la legalidad interna de la desvinculación”.²¹

Finalmente, esta nueva inclinación de la CS “...trae aparejada la necesidad que adoptar ciertas decisiones complementarias que podemos resumir de la siguiente manera:

²¹ HARRIS (2020), p. 80.

i) la distinción del vínculo laboral existente entre las personas contratadas a honorarios y la Administración, para decidir si aplicar o no el CT frente a la verificación de una relación de subordinación y dependencia;

ii) La verificación de que el órgano de la Administración, es decir, el empleador, haya cumplido debidamente con el pago de cotizaciones previsionales de sus trabajadores a honorarios. En cuanto a la sanción aplicable, la Corte Suprema ordena el pago íntegro de cotizaciones previsionales, sin declarar la nulidad del despido conforme al artículo 162 del Código del Trabajo.

iii) Aquel criterio jurídico en virtud del cual el no pago de cotizaciones previsionales de los trabajadores a honorarios hace aplicable la sanción contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, siendo nulo el despido de trabajadores a quienes se les adeuda el pago de cotizaciones previsionales”.²²

2.- Situación actual de los servidores a honorarios.

Como sabemos, este régimen fue instaurado para el desarrollo de labores accidentales que no sean las habituales de la institución y, de manera excepcional, para la prestación de servicios específicos.²³ Si bien fue la idea y objetivo inicial, con el transcurso del tiempo esto ha ido variando y degenerando en situaciones que vulneran los derechos y condiciones de las personas sujetas a este régimen jurídico. Esto se enfatizó por el zigzagueo jurisprudencial sobre la supletoriedad del CT y a la deficiente e inadecuada regulación que ha existido por parte de la legislación.

²² VERGARA (2022), p. 328.

²³ Dictamen CGR N°30.048, de 2013.

La primera problemática se presenta cuando, a pesar de su transitoriedad y labores específicas, en gran parte de los casos ello no se cumple; porque, exceden el tiempo para el que fueron contratados inicialmente y la renovación de dicho contrato queda al arbitrio de la discrecionalidad de la Administración y a la disponibilidad del presupuesto, transformándose en un servidor permanente, Por ende, pasando a realizar labores y obligaciones similares a las que ejerce un personal de planta o contrata, pero sin el reconocimiento de los derechos y ventajas que estos gozan.

Lo anterior se ve acentuado al no existir un control en cuanto a la cantidad y porcentaje de personas contratadas bajo este régimen. Puesto que, cada vez que los Órganos de Administración requieren de personal para cubrir determinadas labores, acuden a contratar personas mediante un régimen a honorarios en vez utilizar otras figuras más adecuadas conforme a nuestra legislación.

Siguiendo el mismo orden de ideas y, para contextualizar este punto, en base al Anuario Estadístico del Empleo Público en el Gobierno Central del año 2022 realizado por Dirección de Presupuesto de Chile, se puede dilucidar el constante auge y requerimiento que tiene el personal a honorarios. Tan solo en el área ministerial, para el año 2022, se contaba con 45.250 personas contratadas bajo esta modalidad y considerando que, el total del personal equivale a 452.163 personas, esto se traduce a que un 10% de dicha cifra corresponde al personal a honorarios. Lo anterior, siendo un vestigio del crecimiento gradual que ha existido con el transcurso de los años. Pues, si tomamos en cuenta que para el año 2013 habían 36.866 personal a honorarios en esta área, ha existido un crecimiento de un 22.7% respecto al año 2022, lo que es congruente y ejemplifica lo sostenido en el presente trabajo de investigación.

De acuerdo a la CGR la contratación desmedida y permanente está implícitamente aceptada en los artículos 2° y 11° de la ley N°18.834 y 2° y 4° de la ley N°18.883 señalando que *“aparece claro que el legislador confió la ejecución de las tareas necesarias para cumplir las funciones públicas que la ley asigna a cada institución, en primer lugar, a la*

*dotación permanente de la misma, constituida por los funcionarios de planta; luego, a aquella dotación configurada originalmente como transitoria, esto es, a los empleados a contrata y, finalmente, de manera excepcional y restringida, a quienes sirven labores en calidad de contratados a honorarios”.*²⁴

La vigencia de la relación contractual también se ha visto seriamente afectada y las remuneraciones son establecidas por los honorarios que se pactan, sin tener alguna indicación o margen para determinar el monto a pagar; caso contrario, de lo que ocurre con los funcionarios públicos, que tienen la debida regulación en donde se fija ciertos márgenes y límites que les procuran un resguardo salarial.

2.1 Reacción de la CGR respecto de la situación fáctica de las personas contratadas a honorarios.

El contrato a honorarios ha sido definido por la Contraloría General de la República como “...un acto jurídico bilateral en virtud del cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios”.²⁵

Se trata de una relación contractual de derecho privado, en atención a que, además del reconocimiento y una cierta limitación en su aplicación por parte del art.11 del Estatuto Administrativo, solo hay una remisión al contrato celebrado²⁶. Vale decir, su contenido está definido por el contrato celebrado y no otro.

²⁴ Dictamen CGR N°070929N12, 15 de noviembre del 2012.

²⁵ Dictamen CGR N° 7.266, de 2005.

²⁶ CELIS (2020), p.144.

Es por este motivo, que la Contraloría General de la República ha construido toda su visión sobre el servidor a honorario teniendo en mira una cosa, no se trata de un funcionario público. Por lo cual, las delimitaciones o apreciaciones que realiza la CGR, no es más que una consecuencia de esto.

En este sentido, la postura de la Contraloría ha sido uniforme a lo largo del tiempo. Tal como expresa el profesor Gabriel Celis, en su último trabajo sobre Función Pública, algunas limitaciones de los servidores a honorarios son que: carecen de estabilidad en el empleo, no le son aplicables las normas de protección a la maternidad, carecen de responsabilidad administrativa y están sujetos a probidad administrativa.²⁷

En primer término, se debe tener presente que los servidores a honorarios cumplen sus funciones a través del contrato a honorarios, el cual es transitorio. En este sentido, la jurisprudencia contralora, señala que (i) carecen de los derechos de los funcionarios públicos, dentro de los cuales se puede encontrar la estabilidad en el empleo, motivo que trae como consecuencia que la autoridad no está obligada a recontratar a este tipo de servidores. Este criterio lo encontramos en los dictámenes números 1.815 de 1997, 55.881 de 2008, 49.828 de 2009, 19.186 de 2010, 57.185 de 2014, 72.389 de 2015, entre otros.

Siguiendo la argumentación anterior, esto es, que los servidores a honorarios carecen de los derechos de los funcionarios públicos, (ii) no le son aplicables las normas de protección a la maternidad. La CGR ha añadido que, al no ser funcionarios públicos ni trabajadores, bajo la concepción del Código del Trabajo, no le es aplicable las disposiciones de este último. Este razonamiento se encuentra en los dictámenes números 17.080 de 1999, 75.091 de 2010, 58.791 de 2012, 25.239 de 2015, entre otros.

²⁷ Op.cit., p.146.

Cabe señalar que, respecto de la carencia de derechos de los funcionarios públicos y las normas relativas a la protección a la maternidad de los servidores a honorarios, esto tiene una excepción. La salvedad es que, dentro del mismo contrato a honorarios se hubiesen establecidos algunos de estos derechos, con la limitación que, solo podrán ser exigidos durante la vigencia del mismo. Esto lo podemos ver en los dictámenes N^{os} 58.093 de 2007, 73.066 de 2010, 5.908 de 2012, 35.790 de 2012, 79.523 de 2016, entre otros.

Otra salvedad se generó a partir del dictamen N^o 14.498 de 2019, mediante el cual se hizo una distinción entre servidores a honorarios. Aquellos que prestan servicios en labores habituales, en virtud de “cometidos específicos”, actúan como un símil al funcionario público, por motivos que no le son imputables. Por lo cual, se ha entendido que gozan implícitamente los derechos de los funcionarios públicos, durante lo que dura su contrato, el cual se ha de entender como un contrato a plazo fijo. Este criterio se aprecia tanto en el dictamen ya señalado como en los dictámenes Nos 30.718 de 2019, E24985 de 2020, E74506 de 2021, E154654 de 2021, entre otros.

Siguiendo esta línea de que los servidores a honorarios no son funcionarios públicos, (iii) carecen responsabilidad administrativa. Es decir, no les es aplicable ni los deberes ni las obligaciones de un funcionario público y, por consiguiente, no se les puede ni exigir ni sancionar en virtud de éstas. Criterio que puede encontrarse en los dictámenes N^o 40.439 de 1995, 47.066 de 2000, 29.765 de 2008, 79.036 de 2010, 21.404 de 2012, 41.303 de 2017, 43.837 de 2020, entre otros.

Ahora bien, pese a que un servidor a honorarios no es un funcionario público, en el último decenio, la CGR, ha entendido que (iv) éstos deben respetar el principio de probidad administrativa. Es decir, mantener “...una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. Toda esta lógica, se sustenta en que al tratarse de servidores estatales y que, realizan una función pública, necesariamente se les debe exigir una conducta proba. Ejemplo de lo anterior, son los dictámenes Nos 52.630 de 2002, 25.599 de 2003, 7.266 de 2005,

58.403 de 2007, 4.626 de 2009, 52.580 de 2011, 6.698 de 2016, 2.327 de 2017, 34.428 de 2020, entre otros.

Finalmente, se debe señalar que, la Contraloría General de la República, fue plasmando las consecuencias lógicas de no ser un funcionario público y ni gozar de los derechos ni obligaciones de los mismo.

2.2 Jurisprudencia Judicial respecto de los servidores a honorarios.

Para hacer frente a las constantes irregularidades que perjudican al personal a honorarios, la Corte Suprema ha debido revocar y enmendar en reiteradas ocasiones las sentencias dictadas por los Juzgados de Letras del Trabajo y Cortes de Apelaciones, por aplicar de manera errónea la ley al caso concreto; rechazando de esta manera las demandas que tienen como pretensión la declaración de existencia de la relación laboral, despido injustificado, nulidad del despido, o el cobro de indemnizaciones y prestaciones laborales o; en caso contrario, ha ratificado las resoluciones emanadas de las Cortes de Apelaciones respecto de las cuales la parte que ve afectado sus intereses deduce Recurso de Unificación de Jurisprudencia en su contra.

De manera inicial, podemos afirmar que la Corte Suprema ha llevado una línea jurisprudencial uniforme y definida después de optar por la aplicación supletoria del Código del Trabajo, centrándose generalmente los litigios en: el Recurso de Unificación de Jurisprudencia, Declaración de existencia de vinculación laboral en la relación entre los órganos de administración y el personal a honorarios y, finalmente, en el Pago de las cotizaciones previsionales y de salud.

En vista de lo indicado, y para efectos de tener un mayor conocimiento de los objetos litigiosos señalados, se profundizará en los aspectos más relevantes de cada uno de ellos:

I. Recurso de Unificación de Jurisprudencia: aunque no sea un recurso propio y privativo de la materia en observación, es recomendable un somero análisis, ya que es susceptible de ser deducido contra la resolución que falle el recurso de nulidad por parte de las Corte de Apelaciones; siendo así, un instrumento mediante el cual las partes agraviadas –que en este caso corresponde a las personas sujetas a contratos a honorarios– pueden hacer prevalecer sus intereses y el debido proceso.

La CS a través de diversas sentencias como las ROL, N°132146-2020, N°92095-2020, N°122941-2022, N°71436-2021, entre otras, ha establecido que, “según lo dispuesto en los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, el recurso de unificación procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio, existen distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los tribunales superiores de justicia siendo procedentes de ser deducido contra la resolución que falle el recurso de nulidad”.

De igual manera, al tenor de la resolución de la CS ROL N°33466-2019, se señala que en base al artículo 483-A del Código del Trabajo se establecen los requisitos de admisibilidad que tienen que existir y que debe controlar la Corte para que este recurso sea acogido. Los presupuestos de dicha admisibilidad consisten en el cumplimiento copulativo de:

i) Su oportunidad.

ii) La existencia de fundamento.

iii) Relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de las materias de derecho objeto de la sentencia, sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia.

iv) Acompañar copia del o los fallos que se invocan como fundamento del recurso en referencia.

II.- Existencia vínculo laboral: como ya hemos dicho, al ser desvinculadas las personas contratadas a honorarios, acuden ante los Juzgados de Letras del Trabajo haciendo valer sus pretensiones. De tal manera que, estos órganos jurisdiccionales, deben optar por aplicar el principio de la primacía de la realidad o no, lo que determinará si aplica o no el Código del Trabajo.

En relación con lo anterior, nos apegamos a lo ya expuesto en el título anterior, respecto al principio de realidad. Por lo tanto, solo se harán alusión a citas contenidas en la jurisprudencia que vienen a reforzar y dejar en claro, la aceptación de este principio por los tribunales nacionales. Para lo cual, se tomará de referencia la sentencia ROL N°1597-2020 de la CS, destacando las siguientes citas:

i) “En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, ordena dar preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en los hechos, perspectiva desde la cual es innegable que los establecidos conducen a concluir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral entre las partes”.

ii) “Más allá de lo escriturado en los instrumentos, en especial de los contratos celebrados por las partes, los respectivos decretos administrativos que los autorizan y demás documentos aparejados, fluye que, en los hechos, esto es, en el devenir material y concreto de la realidad cotidiana en que se desarrolló la vinculación referida, se configuró una de naturaleza laboral, al concurrir, en la práctica, los elementos que dan cuenta de aquella , conforme el artículo 7° del Código del Trabajo”.

iii) “Que, el caso debe ser analizado a la luz de los principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, entre ellos, el de primacía de la realidad. Tal postulado es entendido, conforme lo plantea la doctrina, como aquel axioma que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, ordena dar preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en los hechos, perspectiva desde la cual

es innegable que los establecidos conducen a concluir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral entre las partes, sin que pueda ser derrotada tal conclusión con el mérito de las formalidades en que se expresó y consolidó, en la apariencia institucional, el vínculo examinado”.

Entonces, de lo expuesto podemos consolidar que la CS ha interpretado la indispensabilidad del reconocimiento del principio de primacía de la realidad, para la debida protección de los servidores a honorarios que prestan servicios para la Administración del Estado. Lo cual, permite que dicha protección ocurra desde el inicio de la relación laboral hasta su término.

III.- Pago de Cotizaciones Previsionales y de Salud: consiste en la determinación de la obligación que tendría el Órgano o Servicio de la Administración del Estado, de imponer las cotizaciones previsionales y salud, respecto de los servidores a honorarios que en virtud de la realidad es catalogado como un trabajador regido por el Código del Trabajo. La jurisprudencia ha declarado de manera invariable que, en este caso en particular, efectivamente es una carga que corresponde al empleador, pues, como es sabido, este debe realizar las deducciones pertinentes sobre las remuneraciones, con el objeto de ponerlos a disposición del órgano previsional pertinente.

En relación con este acápite, tomamos como base la sentencia emanada de la CS Rol N°132146-2020, de la cual se desprenden los siguientes enunciados que dan una idea general y clara al respecto:

i) “Esta Corte en reiteradas oportunidades (Roles N°42.973-2017, 22.382-2019, 10621-2019 y últimamente en el Rol N°29164- 2019), entre otras, en las que se ha razonado en forma sostenida y similar, considerando en primer lugar lo dispuesto en el artículo 58 del Código del Trabajo, conforme al cual, “El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social...”; de cuyo tenor se

desprende que se trata de un descuento que afecta las remuneraciones de los trabajadores y es de carácter obligatorio, según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Ley N°3.500”.

ii) “La Ley N°19.631, que impone la obligación de pago de las cotizaciones previsionales atrasadas como requisito previo al término de la relación laboral por parte del empleador, nos da a conocer que el legislador al establecer la nulidad del despido por no pago de cotizaciones previsionales, corresponden de igual manera al personal que tiene como una base un contrato a honorarios pero que se reconoce en la práctica una relación de subordinación y dependencia”.

iii) “Las cotizaciones de salud tienen rango constitucional al estar consagradas en artículo 19 número 9 de la Constitución Política de la República, estableciendo el derecho de toda persona a la protección de la salud, derecho que es regulado en específico por la Ley N°18.469 sobre la “Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud”.

iv) “La ley se presume conocida por todos de acuerdo con el artículo 8 del Código Civil, no permitiendo, por ende, el error en el ámbito de Derecho, teniendo de esta manera el empleador la carga ineludible de practicar las cotizaciones en cuestión”.

v) “Por último, tener en cuenta que la sentencia definitiva dictada es de naturaleza declarativa, es decir, solo constata una situación preexistente. Por consiguiente, la carga de pagar las remuneraciones y de imponer las cotizaciones corren desde que se ejecutó o celebró el contrato a honorarios”.

Para efectos de cerrar y englobar este punto –a modo conclusivo– señalamos que, al declararse la existencia de la relación laboral, por el período que corresponda en cada caso, y que, al existir una desvinculación proveniente de despido injustificado o nulidad de despido por no haberse ajustado a las formalidades y causales previstas en el Código del

Trabajo, se deberá conferir las indemnizaciones y recargo pertinentes, tomando en cuenta la duración de la relación laboral reconocida.

CAPÍTULO TERCERO

ANÁLISIS DEL DICTAMEN E173171N22

1. Antecedentes previos.

El día 10 de enero del año 2021 la Contraloría General de la República emitió el Dictamen N° E123171N22, mediante el cual, se realiza una reinterpretación de la figura a honorarios contemplada en el art.11 de la Ley N°18.834 y art.4 de la Ley N°18.883, en cuanto su alcance y aplicación.

El Dictamen comienza exponiendo que el motivo de la reinterpretación es la realidad. Aclarando que la contratación a honorarios fue pensada como una situación excepcional dentro de un sistema que, a la fecha, resulta “anacrónico”; en mayor medida, por tratarse de “...una normativa que no ha sido debidamente actualizada frente a una realidad que ha variado ostensiblemente desde la época de su dictación”.

En virtud de lo anterior, es que en la realidad ha habido una contratación desmesurada de la figura a honorarios para trabajos tanto habituales como esporádicos de la Administración Pública. A lo anterior, se le suma que, por regla general, esta contratación se va extendiendo a lo largo del tiempo mediante continuas renovaciones. Provocando de esta forma, la aplicación de una figura transitoria a personal que responde a la idea de permanente, en la práctica.

En este sentido y, previo a establecer la nueva interpretación, la CGR distingue entre lo que es la contratación honorarios y la contratación regidos por el Código del Trabajo. Entendiendo que la gran diferencia entre el uno y el otro es la relación de subordinación existente entre el empleador y el trabajador –o en este caso, el jefe superior del servicio u órgano–.

La situación actual ha provocado que los servidores a honorarios, luego de ser desvinculados, judicialicen su caso, normalmente por medio del procedimiento de tutela laboral, alegando que en la práctica existía una relación laboral, es decir, que su régimen contractual no era otro más que el establecido en el Código del Trabajo. Se trata de causas que, tanto Cortes de Apelaciones, como la Corte Suprema, han terminado dictando sentencia en favor a los intereses de estas personas.

Sin embargo, a sabiendas de esta situación, la Administración Pública no ha cambiado su actuar. Por lo cual, se ha seguido utilizando la figura a honorarios para tareas habituales de la Administración y extendiendo este tipo de contrato año tras año.

2. Los honorarios y los trabajadores particulares.

Otro de los puntos preliminares que establece el dictamen es la diferencia entre los honorarios y los trabajadores regidos por el Código del Trabajo. Anteriormente, ya hemos expuesto que los servidores a honorarios son aquellos que se rigen por el contrato a honorarios celebrados entre éstos y la Administración Pública. En cuanto los segundos, desde la óptica del Código del Trabajo, son “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”.

El contrato a honorarios, tal como se expuso, se le puede definir como “un contrato consensual, bilateral y conmutativo, mediante el cual una persona se obliga a prestar determinados servicios materiales o inmateriales a cambio del pago de una suma de dinero u honorario”. Por su parte, el contrato de trabajo es “...una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo

dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.²⁸

Tal como se aprecia tanto en la definición del servidor con el trabajador y del contrato a honorarios con el contrato de trabajo, la gran diferencia recae en la subordinación a la que está sometido el segundo. La Contraloría teniendo presente esto, da inicio a la reinterpretación de la figura a honorarios.

3. El principio de la realidad como eje rector del cambio.

Los preceptos en cuestión, art.11 de la Ley N°18.834 y art.4 de la Ley N°18.883, rezan exactamente igual, esto es:

“Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no se serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

²⁸ Código del Trabajo, art.7.

El Contralor General advierte que la nueva interpretación debe necesariamente tener en cuenta el principio de primacía de la realidad. Esto, porque “...debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo y la búsqueda de soluciones que armonicen el actuar de las entidades de la Administración con aquella directriz”.

Cabe señalar que el principio de primacía de la realidad significa “...que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”.²⁹

Lo interesante o novedoso de esta situación, es que se ha traído un principio propio del Derecho del Trabajo a ser uno rector dentro de una materia del Derecho Administrativo. Cabe señalar que, en general, no hay mucho desarrollo a nivel nacional sobre la idea de principios propios de la Función Pública Chilena y el dictamen analizado solamente decide que ha de aplicarse, pero no explica el motivo jurídico de esto.

4. Facultad de la contratación a honorarios.

La CGR interpreta que la habilitación legal para contratar a servidores a honorarios procede únicamente respecto de personas que, por la naturaleza especializada u ocasional del servicio, pueden desarrollarlo de forma independiente.

Acto seguido, la Contraloría establece algunos casos que quedarían comprendido dentro de esta interpretación:

²⁹ GAMONAL (2014), p.178.

i. Asesores externos, en la medida que, desarrollen sus labores mayoritariamente fuera de las dependencias institucionales. La CGR da los siguientes ejemplos:

- a) Asesor legal para la prestación de servicios jurídicos a cargo de la representación en un juicio o instancia similar.
- b) Expertos que se contratan para la elaboración de informes o estudios en materias en que la experticia requerida no esté presente en los funcionarios del servicio.

Tanto en las letras a) y b) se hace alusión a profesionales y/o técnicos que son contratados para una labor puntual que culminará con una vez realizada la tarea, es decir, una tarea acotada en el tiempo. Siguiendo los ejemplos la labor concluirá, una vez que acabe la situación judicial (normalmente con la resolución de sentencia ejecutoriada) o mediante la entrega del informe solicitado.

Se trata de casos que, en base a la especialización del profesional o técnico, este goza de una independencia que la Administración no tiene, pues no es ni la experta ni tiene funcionarios destinados a dicha labor.

ii. Las personas que, cada cierto tiempo, deben incorporarse a tareas acotadas en su duración. La CGR da de ejemplo:

- a) Integración de alguna instancia colegiada, como lo son los comités evaluadores de postulaciones a concurso público.
- b) Encuestadores en procesos censales.
- c) Expositores en seminarios o eventos similares.

- d) Profesores visitantes en universidades o centros de formación técnica del Estado u otros análogos debidamente justificados.

Se trata de “...colaboradores independientes que prestan servicios de apoyo a la función pública...”. Nuevamente, el punto en común, es que se trata de tareas acotada en el tiempo. La mayoría de ejemplos, apunta a una persona especializada en la tarea encomendada, salvo la letra b).

iii. Personal que trabaja en los gabinetes del Presidente de la República, ministros, subsecretarios y jefes del servicio.

El motivo de este personal recae, en palabras de la CGR, en que “...si bien realiza labores que pueden considerarse habituales...la naturaleza especial y flexible de la relación, fundada en un marcado grado de confianza”, conlleva necesariamente, catalogarlo como servidores a honorarios.

Sin embargo, nada obsta a que los gabinetes sean integrados por planta o contratados. En este sentido, la Contraloría señala que dentro de las labores propias y habituales del gabinete se encuentran, coordinar la agenda del jefe servicio, prestar asesoría jurídica para éste y, gestionar asuntos de prensa y comunicaciones.

iv. Profesores por hora en universidades o centros de formación técnica del Estado.

El punto distintivo en este caso es el término “por hora”, vale decir, su tarea resulta acotada y, sin mencionar, que debe tratarse de una persona ad hoc para el cargo, un profesional o técnico calificado.

v. Personal que integre órganos especializados en que, por disposición de una norma legal percibe honorarios.

La reinterpretación es respecto de la Ley N° 18.834 y la Ley N° 18.883, normas que son de carácter general. En ese sentido, lo que se plantea acá es una situación concebida en una norma de carácter especial. En atención al principio de especialidad, el dictamen no puede contravenir este último tipo de ley.

vi. Personal en que la especial regulación legal de su contratación a honorarios impide que puedan ser designados a contrata, como sucede en el caso de los inspectores técnicos de obra (ITO).

Nuevamente se trata de un caso regulado por una legislación de carácter especial que no puede ser contravenida por las normas generales que reinterpreta el dictamen E173171N22.

5. Exclusión de la reinterpretación.

La CGR excluye de su reinterpretación las siguientes situaciones:

i. Prestaciones de servicios en programas comunitarios, que comprenden la contratación de personas naturales sobre la base de honorarios. En la medida que, se trate de servicios ocasionales o transitorios, ajenos a la gestión administrativa interna de las respectivas municipalidades y, que estén directamente asociados al desarrollo de programas en beneficio de la comunidad, en materias de carácter social, cultural, deportivo, de rehabilitación o para enfrentar situaciones de emergencias, con cargo al subtítulo 21, ítem 04, asignación 004, del decreto N°854, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Determina Clasificaciones Presupuestarias.

ii. Contratos a honorarios suscritos con funcionarios del mismo servicio u otro, si han sido contratados para el cumplimiento de funciones propias del organismo de que se trate y, en la medida que, exista habilitación legal para dicha situación.

iii. Contratos a honorarios convenidos con el personal del área de salud, a fin de cubrir la recarga de las tareas provocadas por la pandemia de COVID-19.

iv. Honorarios que se haya contratado con cargo a los fondos previstos en la Ley N°21.288, que crea el Fondo de Emergencia Transitorio Covid-19.

En general, se hace alusión a situaciones excepcionales que se encuentran contempladas por ley. Situaciones que son de carácter temporal y que van variando a lo largo del tiempo.

6. Ámbito presupuestario de aplicación.

La Contraloría General de la República limita su interpretación dentro de un marco presupuestario. Se establece que solamente se aplicará los presentes criterios a aquellos servidores a honorarios cuyos pagos se dispongan con cargo al subtítulo de “gasto en personal” de los presupuestos de los órganos de la Administración del Estado.

A su vez, tomando en cuenta que los órganos pueden tener más de un programa presupuestario, la Contraloría aclara que solamente es aplicable a la situación anterior. Vale decir, todo lo relativo a los otros presupuestos no se regirá por el presente dictamen, y pueden coexistir sin mayor problema.

7. Ámbito temporal de aplicación.

Durante el año 2022, todas las hipótesis del apartado II del dictamen N° E173171N22, que en el presente capítulo se encuentra como “4. Facultad de la contratación a honorarios”, es decir:

- Asesores externos que desarrollen sus labores mayoritariamente fuera de las dependencias institucionales.
- Las personas que, cada cierto tiempo, deben incorporarse a tareas acotadas en su duración.
- Personal que trabaja en los gabinetes del Presidente de la República, ministros, subsecretarios y jefes de servicio.
- Profesores por hora en universidades o centros de formación técnica del Estado.
- Personal que integra órganos especializados en que, por disposición de una norma legal, percibe honorarios.
- Personal en que la especial regulación legal de su contratación a honorarios impide que puede ser designado a contrata.

La autoridad administrativa, durante el año 2022, puede renovar su contratación o celebrar un nuevo contrato a honorarios con estos.

Sin embargo, si se trata de un servidor a honorario que no se encuentra de las hipótesis antes señaladas y cuya contratación estuviese vigente al 31 de diciembre de 2021, la

autoridad administrativa podrá renovar para todo o parte del 2022 su contratación. En caso de que la contratación no se encontrara vigente para el 31 de diciembre de 2021, desde la publicación del dictamen, la autoridad administrativa no podrá contratarlos a honorarios.

A partir del año 2023, los servidores a honorarios del apartado II.2 del dictamen podrán renovar o celebrar nuevos contratos a honorarios. Sin embargo, si se trata de un servidor a honorario que no se encuentra de las hipótesis antes señaladas no se pueden celebrar contratos de este tipo.

A partir del año 2023, si hubiere servidores a honorarios, que gocen de confianza legítima, no podrán contratarse a honorarios, debiendo, por el contrario, realizarse la designación de empleado a contrata o no renovar su contrato con los mismos estándares que se exige en caso de determinar la no renovación de una contrata que goza de confianza legítima. Por el contrario, si se trata de honorarios que no gozaren de confianza legítima, no podrán celebrar un nuevo contrato de honorarios, quedando a la discrecionalidad de la autoridad si lo emplea a contrata o determina su no renovación quedando exenta del estándar anterior.

8. De servidor a honorarios a empleado a contrata.

Si bien ya se adelantó, en qué momento un servidor a honorario debería pasar a formar parte del empleo a contrata, a continuación, se explicará la fundamentación de la Contraloría.

En post de la realidad y la utilización excesiva del contrato a honorarios, la Contraloría reconoce, de forma excepcional, la confianza legítima en servidores a honorarios, solo para efectos del dictamen. En el sentido que, con dos renovaciones anuales, el servidor a honorario gozará de esta confianza, debiendo pasar a ser parte del empleo a contrata.

Ahora bien, independientemente de que el servidor a honorario goce de confianza legítima de todas formas deberá cumplir con los siguientes requisitos:

i. Requisitos generales de ingreso a la Administración del Estado, contenidos en los artículos 12 de la Ley N°18.834 y 10 Ley N°18.884:

- Ser ciudadano, salvo en aquellos casos que la ley permita lo contrario.
- Haber cumplido con la ley de reclutamiento y movilización, cuando fuere procedente.
- Tener salud compatible con el desempeño del cargo.
- Haber aprobado la educación básica y poseer el nivel educacional o título profesional o técnico que por la naturaleza del empleo exija la ley.
- No haber cesado en un cargo público como consecuencia de haber obtenido una calificación deficiente, o por medida disciplinaria, salvo que hayan transcurrido más de 5 años desde la fecha de expiración de funciones.
- No estar inhabilitado para el ejercicio de funciones o cargos públicos, ni hallarse condenado por delito que tenga asignada pena de crimen o simple delito. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del acceso a cargos de auxiliares y administrativos, no será impedimento para el ingreso encontrarse condenado por ilícito que no sea de aquellos contemplados en el Título V, Libro II, del Código Penal.

ii. Cumplimiento de requisitos especiales para el ingreso a contrata:

- Servidores a honorarios que no posean confianza legítima, solo podrán ser designados a contrata si cumplen con los requisitos especiales del cargo a los que se asimilan.
- Servidores a honorarios que deban ser traspasados por contar con confianza legítima y que no cumplen los requisitos especiales del cargo, pero llevan más de 2 años desempeñando como funcionarios públicos, igualmente deberán ser designados a contrata.

En caso de cumplir con todos los requisitos, se deberá tomar en consideración la función efectiva que el servidor desarrollaba y su nivel de estudios, debiendo asimilarse dentro del estamento correspondiente y al grado cuya remuneración líquida se acerque lo más posibles a los honorarios líquidos. La diferencia existente entre la remuneración de los honorarios y de la contrata, se enterará con una suma complementaria adicional, que se absorberá por los futuros mejoramientos de remuneraciones que correspondan al funcionario debido a un aumento de grado o cualquier otra causa, excepto los derivados de reajustes generales. Asimismo, el horario del honorario, una vez que esté pase a ser un empleado a contrata deberá mantener una jornada similar.

9. Otras precisiones.

La Contraloría General de la República concluye el dictamen N°E173171N22, estableciendo que, todos los actos que aprueben contratos a honorarios, estarán sujeto a toma de razón, con la salvedad del apartado II.3, que en el presente capítulo se presenta como “5. Exclusión de la interpretación”. A su vez, queda excluido la toma de razón en el ámbito municipal, cuyos contratos a honorarios se encuentran sujeto a registro.

También se hace mención a que se realizarán, conforme a los planes que al efecto se establezcan, el examen de todas o algunas contrataciones a honorarios efectuadas por los servicios auditados.

En el ámbito de la responsabilidad, el dictamen establece que es el jefe superior del servicio el encargado que esta nueva interpretación sea llevada a cabo en la respectiva institución. En ese aspecto, los servidores a honorarios afectados podrán reclamar ante la Contraloría General de la República en los plazos establecidos en el artículo 160 del Estatuto Administrativo o en el artículo 156 del Estatuto Administrativos para Funcionarios Municipales.

CAPÍTULO CUARTO

CONCLUSIONES.

Como se dijo al inicio de esta investigación y, como se pudo apreciar en el desarrollo de la misma, para poder comprender la compleja situación de los servidores a honorarios, esto es, la utilización de la figura con el objeto de eludir una relación estatutaria o laboral, es menester identificar las causas directas de ello y dar a conocer las medidas que se han adoptado al respecto.

Es dentro de este contexto, en donde se pudo dilucidar lo imprescindible que resulta para el sistema público chileno los servidores a honorarios. Pues, como ya se detalló, que tan solo en el ámbito ministerial constituyen un 10% del personal total contratado, lo que, sin duda, implica un porcentaje significativo al interior de la Administración del Estado.

En el presente trabajo, se pudo identificar tres grandes problemáticas. La primera, recayendo sobre el hecho que, a raíz de sus características intrínsecas, como lo sería por ejemplo su labor especial y temporal, los servidores a honorarios no son catalogados legalmente como funcionarios públicos. Otra problemática, es la inicial interpretación judicial y administrativa, que fue aplicada a los servidores a honorarios, en la cual se optaba por eludir la aplicación del Código del Trabajo, haciendo aplicable única y exclusivamente el Código Civil en su regulación. Y, el último punto en conflicto, siendo directa consecuencia de las primeras dos problemáticas, se presenta en el desamparo y vulneración de los derechos e intereses en comparación a los funcionarios públicos y los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, al no existir un cuestionamiento sobre su figura contractual ni una solución en caso de llegar a la conclusión que no se trata de un contrato honorario, lo que ha dado pie a que se generen diversas causas a raíz del actuar negligente y abusivo de los Órganos de Administración del Estado en la utilización de la figura comentada, como un subterfugio de relaciones laborales.

Respecto a la judicialización que se ha ido dando en relación con los honorarios, y que ya se señaló en el desarrollo de este trabajo, es una muestra empírica y consecuencia final de las irregularidades y problemáticas expuestas. Dentro de este ámbito, se dio a conocer el actuar constante y reiterado de los organismos en negar la existencia de la relación laboral respecto a la persona sujeta al régimen a honorarios, fundamentando sus pretensiones en el apego al contrato a honorarios y por la catalogación ambigua de los mismos.

Del mismo modo y en respuesta a este actuar negligente por parte de los Órganos o Servicios de la Administración del Estado, la jurisprudencia ha tenido una reacción correctiva y beneficiosa a favor del personal de honorarios. Pues, los tribunales han hecho prevalecer el principio de la primacía de la realidad, y desde el año 2015, se optó por la aplicación del Código del Trabajo respecto a los servidores a honorarios que cumplieran con las características de una relación laboral. Lo que se tradujo, en un respaldo y resguardo en sus derechos, y un precedente a tomar en cuenta ante la utilización de esta figura con otros fines.

En atención a todo lo comentado, la Contraloría General de la Republica se ha encargado de limitar y regular mediante su potestad dictaminante los márgenes en los cuales deben regirse los servidores a honorarios. Amparado en el prevalecimiento del principio de la primacía de la realidad como eje central en esta materia.

La CGR hoy en día es la entidad fiscalizadora que regula de manera más directa y precisa lo relacionado con los honorarios, siendo fundamental, a falta de una regulación más adecuada, para un mejor adecuo a los cambios que se vayan presentado al régimen a honorarios.

Tomando en consideración los puntos más relevantes en el presente trabajo, es posible afirmar que en la actualidad todos los entes involucrados en la regulación necesitan adaptarse a la realidad y circunstancias que afecta a los servidores a honorarios. En ese sentido, por

parte de la legislación, es imperioso que esta reconozca la individualidad de los servidores a honorarios, concediendo una regulación específica propia a su naturaleza y evitar la norma general y supletoria que se tienen hoy en día, haciendo énfasis en la relación contractual entre los entes de la Administración y el personal a honorarios, encargándose de regular en detalle sus derechos, deberes y obligaciones recíprocas para así evitar así los conflictos judiciales que hoy por hoy son materia habitual de los Tribunales Superiores de Justicia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

1. BRUMA, Lorena y ROA, Macarena (2008). El Contrato a Honorarios que Encubre un Contrato de Trabajo (Santiago, Editorial: Universidad de Chile, Facultad de Derecho).
2. CELIS DANZINGER, Gabriel (2020). Derecho de la Función Pública 1ª Edición. (Santiago: Editorial: Legal Publishing)
3. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA (2012). 85 Años de Vida Institucional (1927-2012) (Santiago: Unidad de Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República)
4. DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS DEL GOBIERNO DE CHILE (2022): “Anuario Estadístico del Empleo Público en el Gobierno Central 2012-2021”, en *Informe Estadístico de Recursos Humanos*. Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/598/articles-282404_doc_pdf.pdf.
5. FERRADA BÓRQUEZ, Juan y SALDIVIA HERRERA, Guicela (2022): “El Contrato a Honorarios en la Administración Pública y su ‘Laboralización’ por la Jurisprudencia”, en: *Revista Chilena de la Administración del Estado*. Disponible en: <https://revista.ceacgr.cl/index.php/revista/article/view/48/73>.
6. GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2014). Fundamentos de derecho laboral, 4º edición (Santiago. Editorial: Legal Publishing).
7. HARRIS MOYA, Pedro (2020): “El Control de la Estabilidad en la Función Pública en Chile”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6279/8205>

8. NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2021): “La Potestad Dictaminante de la Contraloría y las Atribuciones Jurisdiccionales de los Tribunales”, en: *Revista Actualidad Jurídica UDD*. Disponible en: <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/08/AJ-N-44-julio-2021-Navarro-Enrique-La-potestad-dictaminante.pdf>.
9. ORTUZAR, Paz (2019). El Contrato de Honorarios de Funciones Habitacionales en el Sector Público ¿Realmente Existe o es Simulado? (Santiago, Editorial: Universidad Finis Terrae, Facultad de Derecho)
10. PUMA CONTRERAS, Álvaro (2020). No Renovación o Término Anticipado de Empleados a Contrata (Santiago, Editorial: Editorial Hammurabi).
11. SÁNCHEZ, Darío (2018): “La aplicación del código del trabajo y la existencia de relación laboral en los trabajadores contratados a honorarios en el sector público”, en: *Diario Constitucional*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-aplicacion-del-codigo-del-trabajo-y-la-existencia-de-relacion-laboral-en-los-trabajadores-contratados-a-honorarios-en-el-sector-publico/>.
12. SOTO KLOSS, Eduardo (1996). Derecho Administrativo: Bases Fundamentales, Tomo II: Principio de juridicidad (Santiago Editorial: Editorial Jurídica de Chile).
13. SOTO KLOSS, Eduardo (2012). Derecho Administrativo, Temas Fundamentales. 3ª Edición. (Santiago: Abeledo Perrot / Legal Publishing)
14. VERGARA BLANCO, Alejandro (2022): “El Derecho Administrativo Ante la Jurisprudencia de la Corte Suprema, IV: Líneas y Vacilaciones Durante 2021”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Disponible en: <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/51047/42247>.

NORMATIVA, DICTAMENES Y ORDENANZAS:

1. Ley N°18.834. Aprueba Estatuto Administrativo. Santiago, Chile, septiembre de 1989.
2. Ley N°18.883. Estatuto administrativo para Funcionarios Municipales. Santiago, Chile, diciembre de 1989.
3. Contraloría General de la República. Dictamen de fecha 10 de febrero de 2005, N°7.266
4. Contraloría General de la Republica. Dictamen de fecha 15 de noviembre del 2012, n°070929N12
5. Dirección del Trabajo, oficio de 29 de julio de 2005, N°3257/89.

SENTENCIAS:

1. Corte Suprema. Sentencia de 1 de abril de 2015, rol n°11584-2014.
2. Corte Suprema. Sentencia de 29 de mayo del 2020, rol n°33466-2019.
3. Corte Suprema. Sentencia 21 de julio del 2021, rol n°1597-2020.
4. Corte Suprema. Sentencia de 10 de febrero de 2022, rol n°132146-2020.
5. Corte Suprema. Sentencia de 13 de abril del 2022, rol n°92095-2020.
6. Corte Suprema. Sentencia 12 de noviembre del 2022, rol n°71436-2021.
7. Corte Suprema. Sentencia 20 de diciembre del 2022, rol n°122941-2022.