

CONTRATACIONES EN EL SECTOR PÚBLICO: CAMBIO DE CONDICIONES SIN CAMBIOS LEGALES

- En materia de gestión de personas en el sector público es necesario cautelar que las decisiones de la autoridad no sean arbitrarias y evitar las rigideces que impiden al aparato público adaptarse a las necesidades de una sociedad moderna y cambiante.
- No resulta razonable que por medio de fallos judiciales y dictámenes de Contraloría se vayan introduciendo cambios a las relaciones laborales en el sector público, cambios que en realidad corresponde que sean debatidos e introducidos por el legislador.

En forma reiterada surge en la discusión pública el debate sobre la gestión del personal del aparato público, la situación jurídica de sus diversos regímenes de contratación y el grado de inamovilidad de los mismos, debate que se agudiza durante los períodos de instalación de un nuevo gobierno.

A dicho debate se suman, de tiempo en tiempo, interpretaciones jurídicas efectuadas por la Contraloría General de la República y/o el Poder Judicial, los que a través de dictámenes y fallos aplicados a casos concretos, interpretan la legislación aplicable al empleo público. En ocasiones, dichas interpretaciones implican, en los hechos y sin mediar cambio legal, una modificación en la forma de entender la naturaleza de algunas de esas contrataciones, lo que resulta muy complejo generando incertidumbre jurídica.

Si bien mucho se ha discutido respecto del tema, no se ha avanzado en dar una respuesta integral y certera al mismo, la que necesariamente debe contar con un enfoque de modernización del Estado.

PERSONAL DE PLANTA, CONTRATAS Y HONORARIOS

Hoy existen distintas modalidades de contratación en el sector público. En el gobierno central, las más comunes son los empleos de planta y a contrata. Los funcionarios de planta corresponden a aquellos que ocupan un cargo en la planta de un servicio y que está definida por la ley orgánica de cada institución. Se trata de cargos prácticamente inamovibles, toda vez que solo pueden ser removidos en caso

de contar con evaluaciones de desempeño deficientes¹. Es bien sabido que el sistema de calificaciones utilizado en los servicios públicos no es un instrumento eficaz, y que, sin perjuicio de los esfuerzos que los gobiernos han intentado hacer en la materia, no se ha logrado modificar en forma sustantiva, masiva y sostenida en el tiempo la fijación de metas y la forma de evaluación de las mismas, como así tampoco la cultura imperante al implementarlas, arrojando siempre calificaciones muy elevadas. Solo en el caso de faltas que sean reconocidamente calificadas como muy graves y sostenidas en el tiempo, es posible la remoción en el cargo a través de sumarios administrativos.

Se debe tener presente que entre los cargos de planta existen los cargos de carrera y los que son de exclusiva confianza del Presidente de la República. Los funcionarios de exclusiva confianza ocupan cargos de nivel directivo y pueden ser removidos por el Presidente (o la autoridad facultada para ello) en cualquier momento. Estos cargos corresponden a los Ministros, Subsecretarios, jefes de división de las subsecretarías, secretarios regionales, embajadores, jefes de servicio, etc. En total, hoy estos representan 886 cargos de los aproximadamente 85.000 de planta que hoy existen. Por esto, en la práctica, de los cargos de planta un poco más de un 1% es potencialmente removible por las autoridades de turno, cifra que resulta interesante de destacar para poner las cosas en contexto, sobre todo cuando se producen cambios en la coalición política gobernante.

Adicionalmente a los cargos de planta, el estatuto administrativo regula el empleo a contrata. De acuerdo al cuerpo legal antes citado, los empleos a contrata duran como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirven expiran en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta una prórroga con 30 días de anticipación a lo menos. Se trata entonces de personas que prestan servicios de manera transitoria, con cargos que expiran y pueden ser renovados el 31 de diciembre de cada año. Lo anterior es consistente por lo demás con la disponibilidad de fondos establecida anualmente en la Ley de Presupuestos del sector público.

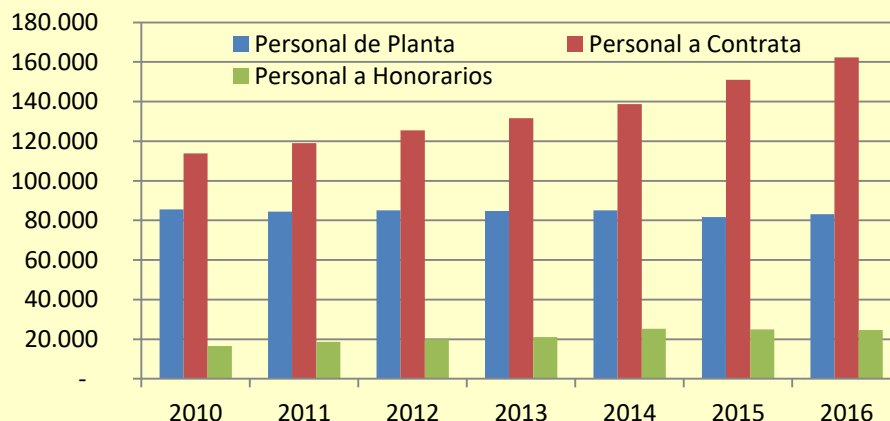
Este tipo de contrataciones ha experimentado un importante crecimiento. El uso extendido de los empleos a contrata se explica en gran medida por la mayor flexibilidad que existe para su expansión. La planta del sector público está determinada por ley y tiene restricciones muy fuertes. Además, en el caso del empleo a contrata, no se requiere cambiar la ley orgánica de cada servicio, sino que simplemente, vía Ley de Presupuestos, anualmente se establece un límite para su contratación, fijando la dotación máxima por servicio, la que corresponde a la suma del personal de planta y a contrata.

Desde el año 2010 el total de personal a contrata pasó de 114.000 empleados a 162.000, lo que significó un aumento de un 43%, mientras que en igual período el personal de planta disminuyó en un 3%, cayendo desde 86.000 a 83.000.

En cuanto al personal a honorarios, su contratación no es reglada en el estatuto administrativo y se encuentra regida por el contrato que han establecido las partes. Este tipo de contratación también ha experimentado un incremento, pasando de 16.469 personas a 24.698 entre los años 2010 y 2016, lo que representa un aumento del 50%. Las cifras reflejan lo planteado con anterioridad, en cuanto a que el crecimiento del número de funcionarios en el sector público ha sido mayoritariamente en base a personal a contrata, siendo ésta la principal forma de contratación del gobierno central.

DESDE 2010 EL PERSONAL A CONTRATA AUMENTÓ EN UN 43% Y EL DE PLANTA CAYÓ EN UN 3%

Gráfico N° 1. Personal de planta y a contrata en el Gobierno Central, 2010–2016



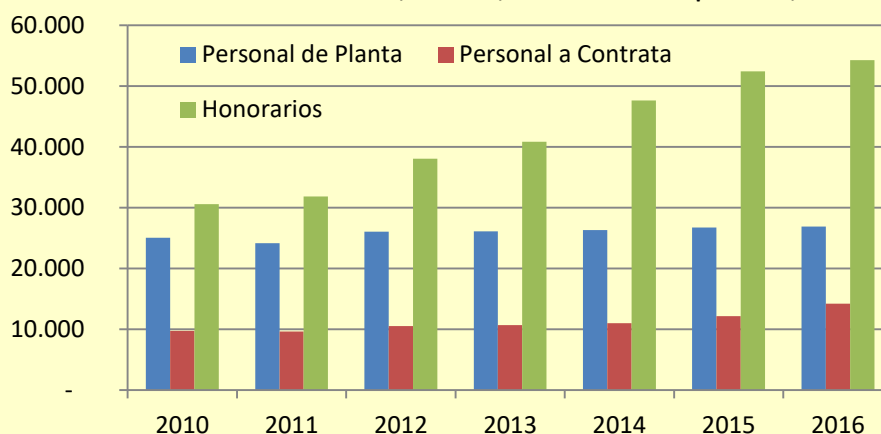
Fuente: Estadísticas de Recursos Humanos del sector público, Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda.

En el caso de los municipios, además de los empleos de planta y a contrata, la contratación sobre la base de honorarios ha crecido en forma significativa. Mientras el empleo de planta ha crecido entre los años 2010 y 2016 en un 7% y los empleos a contrata han crecido en un 46%, la contratación a honorarios ha aumentado en un 75%, siendo hoy la principal forma de contratación en el sector municipal. Para el año 2016, el total de personal de planta en los municipios llegó a 26.900; el a contrata, a 14.212; mientras que el a honorarios a 54.296. Si bien no se conoce en detalle las funciones que asumen las personas contratadas a honorarios, en forma

reiterada se ha planteado que ello obedece a contrataciones en el marco de programas del gobierno central que son ejecutados a través de los municipios.

EN LOS MUNICIPIOS LA CONTRATACIÓN A HONORARIOS HA AUMENTADO EN UN 75%

Gráfico N° 2. Personal de Planta, Contrata, Honorarios Municipalidades, 2010-2016.



Fuente: Sistema Nacional de Indicadores Municipales, Subsecretaría de Desarrollo Regional, Ministerio del Interior.

CONTRALORÍA Y FALLOS JUDICIALES

Recientes dictámenes de la Contraloría General de la República y fallos de los tribunales de justicia han fijado criterios que, en la práctica, han implicado un cambio en las condiciones de los empleos a contrata, configurando una interpretación que ha venido a modificar la naturaleza de esas contrataciones.

De acuerdo al marco legal que rige los empleos a contrata, estos corresponden a un vínculo laboral anual, por naturaleza transitorio. No obstante ello, la Contraloría a través de diversos dictámenes de los años 2016 y 2018ⁱⁱ ha cambiado la naturaleza original de este tipo de empleo, transitando desde el reconocimiento de su carácter transitorio (al establecer que se deben renovar en forma explícita cada año) a uno más híbrido al señalar que, en caso que estos no sean renovados, debe fundamentarse tal decisión. Así, la Contraloría ha establecido que después de dos renovaciones, se estima que existe “confianza legítima” por parte del empleado para suponer que su contrato será renovado. A partir de ello, se ha establecido la obligación de indicar las razones de hecho y de derecho que justifiquen la decisión de no renovar la contrata, es decir, se debe fundamentar la no renovación.

Si bien ello en ningún caso implica que los empleos a contrata después de un tiempo pasan a ser inamovibles, sí se debe reconocer que se ha venido generando un cambio que no se condice con lo que inicialmente estableció el legislador.

En el caso del personal a honorarios, un reciente fallo de la Corte Supremaⁱⁱⁱ indica que las personas que se encuentran en calidad de honorarios en la administración pública desarrollando labores permanentes, es decir, no eventuales, tienen derecho al pago de cotizaciones previsionales y a una indemnización en caso de despido. Si bien en este caso el fallo de la Corte no genera una mayor rigidez a la desvinculación de estos funcionarios, sí implica un cambio en las condiciones contractuales. Al obligar al pago de previsión y salud e indemnización en caso de despido, se está alterando el acuerdo laboral alcanzado por las partes fijado de mutuo acuerdo al momento de la contratación.

Se debe tener presente que si la totalidad del gasto en honorarios ahora debe incluir los pagos previsionales, ello pudiera implicar un aumento de más de \$ 40 mil millones al año en el gasto en personal a honorarios por parte de los municipios, cifra que impactaría en forma significativa las arcas municipales.

REFLEXIONES FINALES

En materia de gestión de personas en el sector público se debe cautelar, por una parte, que las decisiones de la autoridad no sean arbitrarias y, por la otra, evitar las rigideces que impiden al aparato público adaptarse a las necesidades de una sociedad moderna y cambiante. En esta línea, el establecimiento de perfiles adecuados para los cargos, de procedimientos de selección objetivos y orientados a las competencias, y el perfeccionamiento de los procesos de calificación de funcionarios, de fijación de metas y de incentivos adecuados, constituyen ejes relevantes en los que se puede avanzar junto con crear las condiciones en las que un buen desempeño sea destacado en forma concreta y permitir la desvinculación del personal con un desempeño deficiente.

En la práctica se ha observado que las desvinculaciones no voluntarias se han mantenido en un nivel bajo en el tiempo, lo que refleja que si bien es algo que está presente, no es una práctica mayoritaria y extendida en la administración pública. Sin duda es deseable que toda desvinculación esté basada en condiciones de mérito, pero lamentablemente para que ello sea una realidad se debe reformular el actual sistema de calificaciones, reforma que en todos estos años no ha contado con la voluntad política para ser abordada.

En el intertanto, no resulta razonable que por medio de fallos judiciales y dictámenes de Contraloría se vayan introduciendo cambios que en realidad corresponde que sean debatidos e introducidos por el legislador. Por ello debe prevalecer el espíritu original bajo el cual se creó la modalidad de empleo a contrata.

En el caso del personal a honorarios en los municipios, no resulta adecuado que en forma retroactiva se indique que una persona deba recibir beneficios que no fueron pactados en su momento y que ahora deben ser reconocidos. Lo que resulta aconsejable en estos casos es que el órgano fiscalizador indique con anticipación cuando una persona no pueda continuar o bien no pueda iniciar un contrato sobre la base de honorarios, de forma tal que la decisión de contratación se haga sobre la base del costo total que le significará al municipio.

ⁱ También en caso de suprimir por ley un cargo en la planta, el funcionario puede ser despedido. Cosa que en la práctica tampoco se da.

ⁱⁱ Dictámenes 22766/2016, 23518/2016, 12421/2017, 28530/2017, 33999/2017, 58864/2016, 11318/2017, 92273/2016, 70966/2016, 11909/2017, 29139/2017, 11316/2017, 19822/2017, 9317/2017, 12248/2017, 18901/2017, 25143/2017, 48251/2010, 39031/2010, 37403/2017, 33419/2016, 19830/2017, 26217/2017, 1320/2017, 43302/2017 Complementa dictámenes 85700/2016, 53844/2016, 78454/2016. El dictamen N° 6.400 de marzo de 2018 unifica la jurisprudencia administrativa que ha desarrollado la Contraloría desde 2016 en adelante en la materia.

ⁱⁱⁱ Causas roles 35.091-2017 y 35.151-2017.