



BOLETIN DE JURISPRUDENCIA DERECHO PÚBLICO

COORDINADOR

Cristóbal Salvador Osorio Vargas

EQUIPO

Daniel Contreras Soto | Camilo Jara Villalobos | Gabriel Osorio Vargas | Leonardo Vilches Yáñez | Anais Ayazi

 **OSORIO VARGAS**
& Abogados

www.osva.cl

RESUMEN

- 1. Contraloría: Para funcionarios a contrata que gozan de confianza legítima, no procede motivar desvinculación en evaluaciones particulares, especiales o ad hoc, debiendo el servicio ocupar sistema legal de calificación. Tampoco en hechos que pudieran constituir faltas graves a la probidad u otras infracciones administrativas... 3**
- 2. Contraloría: No procede que abogado sea asesor jurídico a honorarios del municipio y a la vez, preste servicios profesionales de manera particular al alcalde. ... 6**
- 3. Contraloría: Ante requerimiento de Diputado Iván Flores García, Contraloría resuelve que no resulta posible entregar antecedentes de procedimiento disciplinario en tramitación. 8**
- 4. Contraloría: Ante requerimiento de Diputado Pablo Vidal, se pronuncia sobre eventuales irregularidades en el proceso de modificación de la planta de personal municipal de Maipú..... 9**

- 1. Contraloría: Para funcionarios a contrata que gozan de confianza legítima, no procede motivar desvinculación en evaluaciones particulares, especiales o ad hoc, debiendo el servicio ocupar sistema legal de calificación. Tampoco en hechos que pudieran constituir faltas graves a la probidad u otras infracciones administrativas.**

1.	Fecha:	18-11-2021
2.	Materia:	Estatuto Administrativo, contrata
3.	Caso:	Instructivo confianza legítima
4.	Número:	E156769/2021
5.	Firma:	Jorge Bermúdez Soto Contralor General de la República

Solicitud: Esta Contraloría General, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, ha estimado necesario emitir un nuevo instructivo sobre confianza legítima en las contrata, actualizando y complementando las instrucciones y criterios fijados en los dictámenes Nos 85.700, de 2016 y 6.400, de 2018, y recogiendo, con efectos generales, lo resuelto de manera constante en fallos de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la materia.

Jurisprudencia referida a confianza legítima no limita facultades respecto a contrata, sino que exige la materialización de un acto administrativo fundado debidamente comunicado al interesado: Cabe destacar que los citados pronunciamientos no afectan las facultades que tienen las autoridades competentes en torno a las contrata -u otras figuras de designación semejantes-, en particular, en cuanto a la atribución de decidir su no renovación o el término anticipado de aquellas en que rija la cláusula antes referida u otra similar, de conformidad con las disposiciones legales respectivas, lo que ha sido consignado de manera expresa por la jurisprudencia vigente sobre la materia, según aparece de los dictámenes Nos 12.421, 28.530 y 33.999, todos de 2017, de este origen. El mismo razonamiento es aplicable a las renovaciones dispuestas en términos diferentes, por ejemplo, rebajando el grado asimilado de la contrata o reduciendo las horas asignadas en la designación anterior.

En efecto, los aludidos pronunciamientos solo han resuelto que la decisión de no renovar o desvincular al funcionario antes del vencimiento del plazo de la designación, debe materializarse a través de un acto administrativo fundado debidamente comunicado al interesado.

Instrucciones se aplican a funcionarios a contrata, no rige a suplencias o modalidades de reemplazo de otros servidores, tampoco a honorarios ni a los siguientes cargos: Asimismo, el criterio de que se trata tampoco resulta aplicable respecto de los jefes de gabinete y asesores en gabinetes de ministros, subsecretarios y jefes de servicios. En efecto, atendida la naturaleza de confianza que existe entre esas autoridades y quienes desarrollan las labores comentadas, estos servidores no se encuentran beneficiados con la confianza legítima de que trata la presente instrucción, salvo que acrediten haber sido objeto de dos

renovaciones anuales de sus contrataciones en otra dependencia de la misma institución, antes de desempeñarse en gabinete.

Del mismo modo, respecto de los funcionarios que se desempeñaron en las aludidas dependencias y experimentaron un cambio de funciones o unidad de desempeño, las renovaciones de que fueron objeto en los gabinetes no son aptas para generar la expectativa legítima.

Renovaciones sucesivas de contrataciones menores a un año son útiles para generar confianza legítima cuando abarquen más de dos años: En este orden de ideas, y considerando que un servidor puede ser objeto de múltiples y sucesivas designaciones a contrata por tiempos menores a un año calendario (por ejemplo, solo por algunos meses), se debe aclarar que son útiles para efectos de entender una continuidad en el vínculo que genera la aludida expectativa, los diferentes periodos inferiores a un año, pero continuos, desempeñados a contrata, en la medida que el lapso total de esas designaciones abarque más de dos años (complementa dictámenes Nos 53.844 y 78.454, de 2016).

Requisitos para el reconocimiento legal a la continuidad de los servicios realizados en una calidad jurídica diversa (por ejemplo, honorarios a contrata) y/o un organismo diverso (por ejemplo, corporación de educación municipal a un servicio local de educación pública): Al respecto, se debe precisar que ese traspaso tiene su origen en una disposición legal que para operar requiere, entre otras condiciones, que los beneficiarios tengan una antigüedad continua en el organismo de a lo menos un año previo a dicho cambio de condición jurídica, que mantengan un contrato a honorarios vigente al momento del traspaso a la contrata y que el servicio prestado sea un cometido específico de naturaleza habitual en la institución, brindado a jornada completa, lo que importa un reconocimiento a la continuidad y habitualidad de las funciones de tales servidores.

Reconsidera jurisprudencia. No procede para no renovación o término anticipado invocar una evaluación particular, especial o ad hoc del funcionario, sino que debe operar el sistema legal de calificación: Por tal motivo, y recogiendo el criterio sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, si la razón que se pretende invocar para no renovar una contrata respecto de quien goza de confianza legítima -o para disponer el término anticipado de quien se desempeña a contrata-, es una deficiente evaluación de sus aptitudes o desempeño para el cargo, lo que corresponde es efectuar dicha evaluación a través del procedimiento establecido por la ley para tal fin, esto es, la calificación regular, para luego ubicar al funcionario en la lista correspondiente y, si procediere conforme a lo anotado, disponer su cese, con la consecuente inhabilidad temporal de reingreso.

Atendido lo anterior, se reconsidera en este aspecto lo señalado en los dictámenes Nos 85.700, de 2016 y 6.400, de 2018, de este origen, dejándose establecido que, a partir de esta fecha, no resulta procedente invocar una mala evaluación del desempeño, particular, especial

o ad hoc, para fundar una no renovación de una contrata o para disponer su término anticipado.

Tampoco procede motivar desvinculación en hechos que pudieran constituir faltas graves a la probidad, sin el correspondiente procedimiento disciplinario previo y afinado: En el mismo sentido, si los hechos en que se pretende fundar la decisión de no renovar una contrata respecto de quien goza de confianza legítima -o de disponer el término anticipado de quien se desempeña a contrata-, son de tal entidad que importan una grave contravención al principio de probidad administrativa, o tienen aparejado, por mandato legal, una sanción expulsiva, solo corresponde que en tal caso se instruya el pertinente proceso disciplinario y se aplique la destitución, si del mérito de este queda acreditada la pertinente infracción.

Tampoco procede invocar como causal de no renovación o término anticipado, otras infracciones administrativas: En la misma línea de consideraciones, cualquier otra infracción a los deberes u obligaciones de los funcionarios, que no importen la aplicación de una sanción de destitución, tampoco puede servir de fundamento para la no renovación o el término anticipado de una contrata, toda vez que a través de estas últimas -y en base a aquellas faltas- se estaría en definitiva aplicando una medida de cese por hechos que no revisten la gravedad suficiente como para disponer una separación.

- 2. Contraloría: No procede que abogado sea asesor jurídico a honorarios del municipio y a la vez, preste servicios profesionales de manera particular al alcalde.**

1.	Fecha:	11-11-2021
2.	Materia:	Probidad administrativa
3.	Caso:	Abogado asesor
4.	Número:	2661/2021
5.	Firma:	Jorge Bermúdez Soto Contralor General de la República

Solicitud: Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor Prosecretario accidental de la Cámara de Diputados, a requerimiento del Diputado don Jaime Naranjo Ortiz, solicitando se evalúe la pertinencia de iniciar una investigación respecto de una presunta malversación de fondos fiscales que habría afectado a la Municipalidad de Longaví.

Aplicación del principio de probidad a quienes son contratados a honorarios: Al respecto, debe precisarse que el principio de probidad administrativa resulta aplicable a quienes son contratados a honorarios, toda vez que a las disposiciones que consagran y cautelan tal principio, contenidas en la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se encuentran afectos no sólo los funcionarios de planta y a contrata de los organismos de la Administración, sino también las personas contratadas a honorarios, quienes al desempeñarse para el Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público, tienen la calidad de servidores estatales (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 32.287, de 2001 y 140, de 2004, entre otros).

En la contratación de personal se debe respetar el principio de probidad: Al respecto, es preciso tener presente que la intervención del Alcalde en los procesos de contratación de personal debe verificarse con plena observancia del principio de probidad administrativa en los términos previstos por el ordenamiento jurídico, lo que no se cumpliría si se aceptara que dispusiera la contratación de alguna persona con la cual tenga vínculo que le reste imparcialidad al momento de adoptar tal decisión, ya que eventualmente podría traducirse en una ventaja para esta última (aplica criterio contenidos en los dictámenes N°s 35.406, de 1998 y 34.149, de 2004).

Debida coherencia entre el derecho al libre ejercicio de la profesión y el cumplir con el principio de probidad: Con todo, cabe hacer presente en relación al libre ejercicio de la profesión de abogado del señor Ortega Reyes que tratándose de servidores públicos, como es el caso, se deben tener en especial consideración, al momento de analizar la legalidad de las funciones que puede desarrollar en el ámbito privado, la normativa que rige su posición en la Administración, particularmente las normas sobre probidad administrativa, las que deben entenderse naturalmente armónicas con las garantías constitucionales, como la contenida en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental relativa al derecho a desarrollar

cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (aplica criterio contenido en el dictamen N° 49.102, de 2003, de este origen).

No procede que abogado sea asesor jurídico a honorarios del municipio y a la vez, preste servicios profesionales de manera particular al alcalde: Consecuentemente, del análisis de los antecedentes proporcionados y conforme con la normativa y jurisprudencia expuesta, a juicio de esta Entidad de Control, la contratación del señor Ortega Reyes para desempeñar labores como asesor jurídico del Municipio y los servicios profesionales que de manera particular presta el señor Alcalde, no resultan conciliables entre sí, de modo tal que procede que esa corporación edilicia adopte las medidas que correspondan tendientes a corregir dicha situación, dando cuenta de ello en el plazo de 30 días hábiles contado desde la recepción del presente oficio.

Asimismo, en relación con los hechos que el peticionario estima que podrían revestir caracteres de delito, en específico una “presunta malversación de fondos fiscales”, se debe aclarar que de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Constitución Política, que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley, por lo que se ha estimado pertinente remitir los antecedentes al Ministerio Público para los efectos que en derecho corresponda.

Contraloría ordena instruir sumario para establecer responsabilidades administrativas por omitir el control del cumplimiento de jornada laboral pactada en contrato de honorario: De esta forma y como resultado de las validaciones efectuadas por esta Entidad de Control con la encargada de Recursos Humanos de la aludida entidad edilicia, mediante correo electrónico de 6 de abril de la presente anualidad, se informó que, en relación con el cumplimiento de la obligación precitada, el señor Ortega Reyes no ha realizado las correspondientes marcaciones en el reloj control.

En consecuencia, la Municipalidad de Longaví deberá instruir un procedimiento disciplinario con el objeto de establecer las responsabilidades administrativas que hayan podido originarse con motivo de la referida omisión, remitiendo copia del acto administrativo que le dé inicio a la Contraloría Regional del Maule, dentro de un plazo de 30 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio.

- 3. Contraloría: Ante requerimiento de Diputado Iván Flores García, Contraloría resuelve que no resulta posible entregar antecedentes de procedimiento disciplinario en tramitación.**

1.	Fecha:	11-11-2021
2.	Materia:	Procedimientos disciplinarios
3.	Caso:	Secreto sumario en tramitación
4.	Número:	2660/2021
5.	Firma:	Jorge Bermúdez Soto Contralor General de la República

Solicitud: Se ha dirigido a esta Contraloría General el Diputado señor Iván Flores García, quien solicita antecedentes sobre el procedimiento disciplinario ordenado por la Contraloría Regional de Los Ríos, mediante el oficio N°E117342, de 2021, de ese origen. También solicita dar celeridad a la investigación debido a las consecuencias y relevancia en relación a los hechos que expone.

No procede otorgar antecedentes de sumario en curso: Al respecto, es menester puntualizar que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 135 de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, y artículo 5° de la resolución N° 510, de 2013, de la Contraloría General que aprueba reglamento de sumarios instruidos por esta Entidad de Control, la tramitación de los procedimientos disciplinarios serán secretos, y solo serán públicos una vez que se ponga en conocimiento de las autoridades correspondientes la resolución definitiva de esta Entidad Fiscalizadora que los apruebe.

4. Contraloría: Ante requerimiento de Diputado Pablo Vidal, se pronuncia sobre eventuales irregularidades en el proceso de modificación de la planta de personal municipal de Maipú.

1.	Fecha:	11-11-2021
2.	Materia:	Estatuto Municipal
3.	Caso:	Encasillamiento Maipú
4.	Número:	2.658/2021
5.	Firma:	Jorge Bermúdez Soto Contralor General de la República

Solicitud: Se ha dirigido a esta Contraloría General el Prosecretario de la Cámara de Diputados, remitiendo el requerimiento del Diputado señor Pablo Vidal Rojas, mediante el cual solicita un pronunciamiento respecto de eventuales irregularidades en el proceso de modificación de la planta de personal de la Municipalidad de Maipú.

Contraloría descarta actualizar certificado de disponibilidad presupuestaria a propósito del proceso de modificación de la planta de personal municipal llevado a cabo: Ahora bien, para los efectos de fijar o modificar las plantas de personal de las entidades edilicias, el límite de gasto en personal, la disponibilidad presupuestaria y el escalafón de mérito, se deben considerar en relación con la fecha en que un municipio ejerce esa facultad. En dicho contexto, tales antecedentes fueron tenidos a la vista y objeto de análisis con ocasión de la toma de razón del reglamento N° 3.335, de 24 de diciembre de 2019, que modificó la planta de personal de la Municipalidad de Maipú, procediendo la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago a dar curso a dicho trámite, por encontrarse ajustado a derecho, con los alcances contenidos en el oficio N° 15.079, de 2019, de la indicada Sede Regional, cuya copia se adjunta.

Se confirma legalidad de aumento de grado de alcalde de Maipú, ya que se hizo conforme a categoría del municipio, en rango de grado fijado en ejercicio de facultad discrecional: Cabe precisar que es una facultad discrecional del municipio la fijación del grado específico del alcalde, dentro del rango que le corresponda, encontrándose supeditada dicha elección a las limitaciones establecidas en el artículo 49 bis de la ley N° 18.695, como lo son el límite de gasto en personal y la disponibilidad presupuestaria, aspecto que fue analizado por la II Contraloría Regional Metropolitana de Santiago con ocasión de la toma de razón del reglamento N° 3.335, de 2019, que modificó la planta de personal de la Municipalidad de Maipú, estimándose ajustado a derecho.

Irregularidades cometidas en el encasillamiento ya fueron detectadas por la II Contraloría Regional Metropolitana, procediendo los respectivos procedimientos de invalidación y nuevo encasillamiento: De esta manera, por el decreto alcaldicio N° 8, de 8 de enero de 2021, la Municipalidad de Maipú procedió a invalidar los citados decretos alcaldicios N°s. 1.750; 1.757; 1.762; 1.773, y 1.954, todos de 2020, dictando

posteriormente sus similares N°s. 105, que encasilló al personal de planta a contar del 18 de junio de 2020; 106, que encasilló a contar del 22 de junio de 2020 al personal a contrata; y 107, que ascendió al personal de planta a contar del 1 de enero de 2020, todos de 5 de febrero de 2021, mediante los cuales procedió a encasillar nuevamente al personal.

Entrada en vigencia de nuevos grados por encasillamientos es a partir de la fecha del correspondiente acto administrativo municipal: En dicho contexto, la fecha del encasillamiento corresponderá a la data en que se ejerza dicha facultad, esto es, a la fecha del decreto alcaldicio que disponga el encasillamiento del personal municipal, momento a partir del cual comienzan a regir los nuevos grados en que hayan sido encasillados los funcionarios, lo que en la especie, debió corresponder al 18 de junio de 2020, fecha del primer encasillamiento de los funcionarios de planta y 22 de junio del mismo año, para los empleados a contrata, por ser estas las fecha en que se ejerció originalmente la facultad de encasillar al personal, sin que resulte procedente que algún funcionario, incluido la alcaldesa, percibiera emolumentos remuneratorios correspondientes a nuevos grados con anterioridad a la data correspondiente.

Municipio ante errores propios en materia de encasillamiento y/o ascenso debe disponer reintegros de esas sumas indebidamente pagadas: En tales circunstancias, cabe concluir que, en el evento que se hubieren percibido por funcionarios de la Municipalidad de Maipú, remuneraciones correspondientes a los nuevos grados en forma previa a efectuarse el referido proceso de encasillamiento, dicha entidad edilicia deberá disponer los correspondientes reintegros de las sumas enteradas indebidamente, sin desmedro de la posibilidad de los funcionarios afectados de requerir la condonación o facilidades para su restitución, en conformidad con el artículo 67 de la ley N° 10.336.