

¿SUBSIDIARIEDAD EN LA CARRERA FUNCIONARIA?

*Katherine Zambrano Román**

En primer término, cabe destacar, que el término “subsidiariedad”, como señala el profesor Soto Kloss, refiere, si se atiende a su origen latino, a “ayuda”, “auxilio”¹. En este sentido, este principio supone necesariamente la existencia de grupos “menores” y “mayores”, los que, con un campo de acción más amplio auxilian, ayudan o refuerzan a los primeros, cuando estos, en determinado momento, se encuentran en dificultades para desarrollar la actividad que les es propia de manera eficiente; ayuda o auxilio que se presentará en tanto dure la situación de falencia. De esta manera, podemos decir que este principio es una manifestación de las “competencias” de cada entidad social, competencias que están dadas por sus propios fines u objeto de su actividad, que es lo que delimita su actuar dentro de la comunidad social².

¿Es posible que al estudiar la jurisprudencia contralora y judicial respecto al personal contratado a honorarios en la función pública, exista cierta aplicación del principio de subsidiariedad? Este el tema que expondremos.

Si se analiza el derecho comparado es posible identificar dos grandes modelos de función pública diametralmente contrapuestos: por un lado, el modelo abierto o anglosajón, en el cual no existe la noción de estatuto administrativo ni de carrera funcionaria, siendo el mismo régimen el que aplica a los funcionarios públicos y al sector privado, y por el otro, el modelo cerrado o continental europeo, al que adscribe nuestro país, donde existe la carrera funcionaria³.

*Abogado. Magíster en Derecho Público/Derecho Regulatorio. Universidad Católica de Chile. Se publica con las debidas notas la exposición en el Seminario internacional sobre “El principio de subsidiariedad”, organizado por las Universidades Católica de Chile y Católica Argentina/UCA, el viernes 18.6.2021 por vía zoom.

¹Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago (2012), 113.

²*Ibíd.*

³Que corresponde, de conformidad a lo señalado en el artículo 3°, letra f), de la Ley N° 18.834: a un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación

En este contexto, es dable advertir que el personal al servicio de la Administración del Estado se denomina funcionario público, que son los funcionarios de planta y a contrata; ocupan un cargo público y desarrollan una función propia de la institución. A los funcionarios de planta (también llamados “de carrera”) se les aplica el régimen jurídico de carrera funcionaria; es un cargo permanente y pueden ser nombrados como titular, suplente o subrogante. Los funcionarios a contrata desempeñan una función de carácter transitorio y solo acceden a ciertos beneficios de la carrera funcionaria. El personal contratado a honorarios no son funcionarios públicos.

Así, la ley contempla una regla especial para las contrataciones a honorarios en los artículos 11 de la Ley N° 18.834⁴, de 1989, sobre Estatuto Administrativo (EA) y 4° de la Ley N° 18.883, de ese mismo año, que aprueba Estatuto Administrativo para funcionarios municipales (EAFM), que solo autoriza tales contratos para el caso de profesionales, técnicos o expertos que realicen labores accidentales o cometidos específicos y no habituales, agregando que se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones del pertinente estatuto.

En este sentido, la Contraloría en su dictamen N° 16.220, de 1982, ha definido el contrato de honorarios como un “mecanismo de prestación de servicios que permite a la Administración del Estado, contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, para realizar funciones propias del respectivo servicio, que presente el carácter de ocasional⁵ y

y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.

En este sentido, el artículo 15 de la Ley N° 18.575, señala que el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones.

⁴Artículo 11 Ley N° 18.834: 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.

⁵De ahí que no pueden desarrollar tareas que correspondan a los cargos de jefatura, pues la permanencia y habitualidad que caracteriza a las labores directivas, se contraponen con la transitoriedad de los contratados a honorarios, sumado a que al no poseer la calidad de funcionarios públicos carecen de responsabilidad administrativa, salvo que detentan la calidad de agente público. Así, por regla general, si contravienen las cláusulas de su convenio solo cabe que la autoridad administrativa le ponga término y si las circunstancias lo ameritan, se recurra a los tribunales de justicia (dictámenes N°s 50.013, de 2000, 40.198 de 2006, de la Contraloría General).

no habitual, o presentándolo, se halle circunscrita a cometidos específicos del servicio, sin que esto signifique que una entidad pública pueda llegar a desarrollar sus funciones permanentes a través de este procedimiento⁶”.

En este último punto, es dable advertir, que la referida jurisprudencia administrativa contraviene lo prescrito en la legislación estatutaria, de ahí que la renovación periódica de los cometidos específicos pueda estimarse como una desviación de las potestades del pertinente organismo público⁷, como se analizará más adelante.

Seguidamente, y tal como lo ha señalado invariablemente esa Entidad Fiscalizadora, los contratos a honorarios constituyen una modalidad de servicios particulares a la Administración, que no otorga la calidad de funcionario público⁸, motivo por el cual no les son aplicables las pertinentes normas estatutarias, sino que quedan regidos por las cláusulas de sus contratos –cuyos contenidos deben ajustarse al carácter público que posee la parte que requiere sus servicios–, y supletoriamente, por las normas del Código Civil⁹, esto, pues el contrato a honorarios no posee en nuestro ordenamiento jurídico una configuración legal específica, sino que se le ha subsumido tradicionalmente en la categoría más genérica del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales regulado en ese último texto legal¹⁰.

En este contexto, es menester hacer presente que el Tribunal Constitucional en conocimiento de requerimientos de inaplicabilidad

En cuanto a los agentes públicos, tener presente lo señalado por la Contraloría en su dictamen N° 53.573, de 2015, en orden a que deben ser considerados funcionarios públicos, fundamentalmente para efectos de la responsabilidad administrativa. Calidad jurídica que se otorga a determinados contratados mediante las leyes de presupuestos del sector público (ver dictamen N° 51.669, de 2015).

⁶Dictamen N° 20.045, de 2003.

⁷Varas Marchant, K (2016): La problemática del personal a honorarios del Estado. Anuario de Derecho Público 2016, 428.

⁸No obstante, la misma Contraloría ha señalado que a partir de lo prescrito en el artículo 8 de la Constitución Política –y el artículo 5, inciso 8°, de la Ley N° 19.896 (introduce modificaciones al decreto Ley N° 1.263, de 1975, orgánico de administración financiera del Estado y establece otras normas sobre administración presupuestaria y de personal)–: “Las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades administrativas establecidas en los artículos 54, 55 y 56 de la Ley N° 18575, serán aplicables asimismo a los contratados a honorarios, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga. Se les debe reconocer la calidad de servidores estatales, ya que en cumplimiento de su contrato desempeñarían una función pública, esto, para efecto de hacerles extensiva la aplicación de las normas sobre probidad administrativa, pues prestan servicios al Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público (dictamen N° 8.260, de 2004).

⁹Dictamen N° 43.368, de 2012.

¹⁰Ferrada Bórquez, Juan Carlos y Saldivia Herrera, Guicela: El contrato a honorarios en la Administración pública y su “laboralización” por la jurisprudencia, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*. Centro de Estudios de la Administración del Estado (Segundo Semestre 2019), 9.

por inconstitucionalidad¹¹, ha establecido que resulta ajustada a la Carta Fundamental la regulación que el legislador proporciona respecto a las personas contratadas a honorarios en los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.833¹².

El problema surge en los casos en que la Administración contrata a personas bajo esta modalidad a honorarios para labores accidentales, pero de un modo artificial, pues en realidad las contrata para que desarrollen labores habituales del órgano administrativo, a través de servicios permanentes y sujetos a horario; conformándose en los hechos un vínculo de subordinación y dependencia¹³.

A mayor abundamiento, cabe indicar que la Administración del Estado ha utilizado en nuestro país de forma frecuente la figura del contrato a honorarios. Ejemplo de ello, es que de la información elaborada por la Dirección de Presupuestos, consta que al mes septiembre del año 2018, aquella contrató un total de 33.001 personas sobre la base de honorarios, cifra significativa si se considera que el total de los empleados del sector público llega a cerca de 300.000 personas, estando en condición de planta menos de un tercio de estas (85.101 personas), mientras que el personal a honorarios llega casi al 40% del personal de la planta existente¹⁴. Estas cifras pugnan con lo que advertía el informe de la cuarta comisión legislativa de 16 de junio de 1989, al formular observaciones a la regulación del empleo a contrata en el proyecto de la Ley N° 18.834¹⁵.

El fenómeno antes expuesto, pareciera ser consecuencia, por una parte, del aumento de las tareas encomendadas a la Administración pública en un modelo rígido de plantas, cuyo incremento requiere, como se sabe,

¹¹Tribunal Constitucional, Roles 2.096, 2.097, 2.098, 2.099 (acumulados), sentencia de fecha 23 de agosto de 2012.

¹²Cárcamo Righetti, A., La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa. Anuario de Derecho Público 2016. 411.

¹³Vergara Blanco, A. (2 de mayo de 2016): Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio, en *El Mercurio*. Obtenido de <http://www.elmercurio.com/Legal>.

¹⁴Rajevic Mosler, Enrique: El empleo público en crisis: ideas para salir del marasmo, en *Revista Chilena de la Administración del Estado*. Centro de Estudios de la Administración del Estado (Primer Semestre 2019), 10.

¹⁵“La Comisión Conjunta estima atendible que la Administración tenga algún grado de flexibilidad para enfrentar contingencias, pero considera que debe tratarse siempre de una situación excepcional, de lo contrario se violaría el claro mandato constitucional y de la Ley N° 18.575, en orden a que la función pública está amparada con un régimen de carrera funcionaria”; los cargos a contrata deben corresponder a “una circunstancia transitoria y de auténtica necesidad” y por lo mismo defiende la reducción al 20% de la planta de cada entidad como límite de esta categoría, ante el 30% que proponía el mensaje original, pues esta última cifra podría ser considerada inconstitucional, pues significaría casi un tercio del personal de la Administración Pública, sin carrera funcionaria”.

de una ley específica por cada servicio u órgano público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 65 N° 2 de la Constitución¹⁶, lo que hace difícil su aumento, y por la otra, por la flexibilidad que el personal contratado a honorarios otorga al Estado para su entrada y salida: no es necesario realizar concursos públicos para seleccionarlos, se puede dar término a sus servicios sin antes iniciar un procedimiento sumario, y deja libre al Estado de toda la carga protectora que brinda la legislación estatutaria y laboral, tanto en materia de condiciones de trabajo –límites de jornada, regulación de descansos, por ejemplo–, como en aspectos relativos a las remuneraciones: pago de horas extras, bonos de incentivo, asignaciones especiales y otros¹⁷.

Así, se mantienen a personas contratadas a honorarios a través de la suscripción de sucesivos contratos –muchas veces sin solución de continuidad– generando un vínculo permanente por larguísimos períodos de tiempo, lo que ha llevado probablemente a la doctrina y jurisprudencia a aplicar progresivamente la legislación laboral como un régimen jurídico subsidiario de protección del trabajador en cuanto a sus derechos laborales y previsionales¹⁸.

Puntualizado lo anterior, es dable preguntarnos: ¿a qué régimen jurídico se encuentran sujetas las personas contratadas a honorarios que prestan sus servicios de forma permanente, infringiendo de este modo la “accidentalidad” que los debiera caracterizar de acuerdo a las disposiciones estatutarias reseñadas?

1° Cabe destacar, que hasta principios del año 2015¹⁹, la jurisprudencia de nuestros tribunales había estado relativamente conteste en señalar que

¹⁶Artículo 65.– Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

2.– Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones.

Lo anterior, es sin perjuicio de lo establecido para las municipalidades en el artículo 121 de la Carta Fundamental que permite la creación de plantas propias por cada una de ellas, de acuerdo al procedimiento ordenado en la Ley N° 20.922, de 2016.

Artículo 121: Las municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, podrán crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita.

Estas facultades se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la ley orgánica constitucional de municipalidades.

¹⁷Varas Marchant, K (2016), cit.

¹⁸*Ibid.*

¹⁹Ejemplo de ello es la sentencia dictada por la Corte Suprema en recurso de unificación de jurisprudencia el año 2011 (Rol 8118-2011), que determinó que el sentenciador había incurrido en infracción de ley al calificar como laboral la relación a honorarios, señalando, en síntesis: (1) no resultan aplicables al personal que presta servicios para el Estado las normas del Código del Trabajo, salvo en materias no previstas en el Estatuto Administrativo y en la medida que no sean contrarias a él, (2) la celebración del contrato a honorarios está contemplada en el Estatuto y en ese caso el personal se rige por las normas del respectivo contrato, no siendo

a las personas que prestaban servicios a honorarios en la Administración del Estado, no les resultaban aplicables las normas del Código del Trabajo, expresando, en síntesis, que aquellas se sujetan a las reglas que establezca el respectivo contrato, sin estar afectas al pertinente estatuto y menos a una normativa laboral que no se aplica en el ámbito de la Administración pública²⁰.

En este sentido, estaba meridianamente claro en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que el Código del Trabajo no se aplicaba al ámbito de la Administración pública, salvo que el legislador hubiera dispuesto la aplicación de ese cuerpo legal para cierto tipo de actividades en el sector público (por ejemplo, para las actividades transitorias que desarrollen las municipalidades en balnearios u otros sectores turísticos o de recreación, o el personal que se desempeñe en servicios traspasados a las municipalidades, tal como indica el artículo 3° de la Ley N° 18.883); cuando se establece como el estatuto jurídico especial inherente a todos los trabajadores de una organización administrativa determinada (como ocurre con los empleados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (hoy Comisión para el mercado financiero), del Banco Central de Chile, del Instituto Nacional de los Derechos Humanos, del Consejo para la Transparencia, del Servicio Nacional para la Discapacidad y de la Comisión Nacional de Energía, etcétera); o el propio Estatuto Administrativo remitiera a normas de dicho código como regla utilizable para regular una materia determinada (como por ejemplo, según lo dispuesto en el artículo 104 bis de la Ley N° 18.834, los permisos contemplados en el artículo 66 del Código del Trabajo, se extienden a los funcionarios públicos, asimismo, el artículo 94 del Código del Trabajo, respecto a las normas de protección a la maternidad, que dispone expresamente su aplicación a los servicios de la Administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y establecimientos, empresas o corporaciones vinculadas al sector público)²¹.

2° A partir del 1 de abril del 2015, en el caso “Paillán con Municipalidad de Santiago”²², la cuarta sala de la Corte Suprema reconoció la relación laboral entre un trabajador transitorio y la Municipalidad de Santiago –tras

aplicable ese estatuto ni menos la normativa laboral, y (3) el hecho que en el contrato a honorarios se haya pactado un honorario, el derecho a feriado legal, la obligación del demandante de sujetarse a las instrucciones de su jefatura, no hace aplicable el Código del Trabajo ya que todas esas cláusulas pueden pactarse en un contrato de prestación de servicios a honorarios.

²⁰Corte Suprema: Contreras con Fondo de Solidaridad e Inversión Social, 2012; Salazar con Universidad de Chile, 2013, y Gallardo con Municipalidad de La Florida, 2016.

²¹Ferrada-Saldivia (2019), cit.

²²El investigador del Programa Legislativo de LyD, Sergio Morales, advierte que, “si bien se trata de un fallo para un caso en particular, el hecho de que sea a través de una sentencia de unificación de jurisprudencia le da un ribete distinto. Esta figura es relativamente nueva y que se abrió con la última reforma laboral. Así, si hay fallos contradictorios en la justicia se puede recurrir a la Suprema y esta zanja la diferencia”.

haber trabajado durante más de cuatro años para esta alcaldía, esta lo despidió—, determinando que se le debía pagar todo lo que se le adeudaba como si hubiera estado contratado, indemnización sustitutiva del aviso previo; indemnización por años de servicios; recargo y compensación de feriado legal que se estipuló en el pago de más de \$ 14 millones, más reajustes e interés; cotizaciones previsionales, y además, se acogió la nulidad del despido, por lo que se sumaron las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo entre la fecha de la desvinculación y la de convalidación.

La Corte Suprema, manteniendo ese criterio en sentencias sucesivas²³, en especial, en “González Vera y otros con Municipalidad de Talca” (2016), ofrece tres sólidos argumentos para el cambio jurisprudencial. Primero, reinterpreta el artículo 1° del Código del Trabajo²⁴, declarando que tal código tiene la calidad de estatuto laboral común por lo que siempre debe aplicarse en el vínculo laboral que exista entre una persona natural y la Administración; ello a través de una lectura de la regla/excepción/y contraexcepción contenidas, respectivamente, en los incisos 1°/2°/y 3° de esa disposición legal²⁵. Segundo, funda su decisión en el principio de

²³Casos Medina Jorquera con Municipalidad de San Antonio (2015), Guzmán Tapia con Serviu (2015), Ríos Salazar con Serviu (2016) y González Vera y otros con Municipalidad de Talca (2016), ello con los votos de los ministros titulares de la cuarta sala: Chevesich, Blanco, Muñoz (Andrea), Muñoz (Sergio) y Cerda.

²⁴El ámbito de aplicación de este código se encuentra precisado en el inciso primero del artículo 1°, estableciendo como regla general que regulará las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores del sector privado. Su inciso segundo contempla las exclusiones, individualizando, en lo que interesa, a los funcionarios de la Administración del Estado, siempre que se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Sin embargo, el inciso tercero contempla una contra excepción al inciso anterior, al señalar que esos funcionarios se sujetarán a las normas del Código Laboral en la medida que se cumplan dos requisitos: no estén sujetos a un estatuto especial, y cuando estando sujetos a uno, este tenga un vacío de regulación que debe ser suplido por la normativa laboral común, siempre que esta sea compatible con el régimen especial a que está sujeto dicho trabajador público.

²⁵¿Qué dice la historia del inciso tercero del artículo 1 del código de trabajo respecto a la aplicación subsidiaria de ese texto legal al sector público?

En las discusiones de la Ley N° 18.620, donde se encuentra el origen de ese inciso, se tuvo en vista dos posiciones doctrinarias existentes a la época: la mayor parte de los tratadistas estimaba que atendido que el funcionario público es objeto de nombramiento y que su incorporación a la Administración no es producto de un negocio jurídico, no le debieran ser aplicables, ni aun con el carácter de subsidiario las normas laborales del sector privado. Los otros, eran de la opinión que, dado el carácter expansivo del derecho del trabajo, y que tanto el servidor público como el dependiente privado ejecutan una prestación de servicios remunerada, sería atendible tal aplicación subsidiaria. De esta manera, el proyecto de ley se inclinó por conferirle al Código del Trabajo el carácter de legislación subsidiaria del sector público en aquellas materias que no fueran incompatibles con el estatuto que los rija.

Sin embargo, de esto último no se colige —como sostiene Karla Marchant— que dicho código constituya el derecho común aplicable a todos los trabajadores dependientes y, por ende, que los estatutos especiales de los funcionarios públicos tengan el carácter de leyes especiales en relación con el Código del Trabajo. Asimismo, tampoco compartimos su opinión

la primacía de la realidad recogido en los artículos 7 y 8, inciso 1º, del Código del Trabajo²⁶. Tercero, que la Administración no puede invocar el principio de juricidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la Ley N° 18.575²⁷, para justificar esta artificial contratación laboral, pues eso significaría aceptar, la precariedad e informalidad laboral al interior de la Administración. Concluye así la Corte Suprema que los funcionarios contratados a honorarios al no estar regidos ni por el EA, ni por ningún otro régimen especial, se encuentran amparados por el régimen común y supletorio para todos los trabajadores, contenido en el Código del Trabajo²⁸.

De lo antes expuesto, es posible advertir que la Corte Suprema traslada argumentos que aplicaba tradicionalmente en el ámbito del sector privado, sobre los contratos a honorarios y el ocultamiento de las relaciones laborales, al ámbito público, por similares ideas de justicia material²⁹.

De este modo, se puede sostener que, para la jurisprudencia actual, el Código del Trabajo pasa a ser el “régimen jurídico común” de las relaciones laborales, no siendo relevante el ámbito en el que se desempeña el trabajador, ni su empleador, siendo el elemento clave: la precariedad laboral.

relativa a que los trabajadores a honorarios del Estado no están sujetos a un estatuto especial, y que, por ende, al verificarse los requisitos que dan vida a un contrato de trabajo –la subordinación y dependencia – es aplicable el código del trabajo, toda vez que ellos se rigen por su respectivo contrato y en su defecto por las normas del Código Civil que regulan la prestación de servicios inmateriales.

²⁶Artículo 8, inciso primero, del Código del Trabajo: “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos, debe darse preferencia a lo que ocurre en el terreno de los hechos”. Así, si en los hechos esa relación reúne los requisitos del artículo 7, debe dársele la calificación de laboral.

Para determinar si un determinado vínculo es de naturaleza laboral, se debe analizar si en el caso concreto concurren los elementos que dan vida al contrato de trabajo, los que de acuerdo al artículo 7 del Código del trabajo son: (1) existencia de dos sujetos: empleador y trabajador; (2) prestación de servicios personales: materiales o inmateriales; (3) pago de una remuneración determinada por dichos servicios (4) que estos se presten bajo subordinación y dependencia del empleador.

Asimismo, se ha estimado que se configura el vínculo de subordinación y dependencia, cuando concurren alguno o algunos de los siguientes elementos: (1) poder de mando del empleador y la consecuente obligación del trabajador de obedecer tales órdenes; (2) obligación de concurrir en forma habitual al lugar de trabajo; (3) cumplimiento de un horario; (4) continuidad en la prestación de los servicios; (5) supervigilancia, control y rendimiento de las funciones realizadas; (6) integración del trabajador en la organización de la empresa; (7) sometimiento al poder disciplinario de empleador; (8) el trabajo se realice en beneficio de otra persona y (9) el desarrollo del trabajo en el lugar indicado por quien lo solicita.

²⁷Artículo 2 de la Ley N° 18.575: Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

²⁸Vergara Blanco, A. (2016), cit.

²⁹Ferrada-Saldivia (2019), cit.

Aclarado lo anterior, ¿podemos decir que la ayuda, auxilio o refuerzo que la Corte Suprema brinda en su línea jurisprudencial más reciente, ante la extendida e ilegal práctica en que incurre la Administración del Estado al abusar de la contratación a honorarios, va en el sentido correcto?

Expondré tres líneas argumentativas que explican por qué la referida ayuda es contraria a derecho:

1. Al aplicarse el Código del Trabajo a esa modalidad de contratación, este sustituye el total de las cláusulas contractuales por el conjunto de derechos mínimos que le reconoce al trabajador, que son la contrapartida de las obligaciones del empleador. Estas obligaciones y derechos son de difícil aplicación en el ámbito de la Administración, pues el Código del Trabajo establece derechos mínimos para los trabajadores, por ser la parte contratante más débil, los que son irrenunciables como lo señala el artículo 5° de ese texto legal³⁰, lo que, no opera de la misma forma en el ámbito público, dado que en los casos en que se aplican las normas laborales de forma directa, como sería el caso de los funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos, los derechos que se consagran para los trabajadores no se configuran como “derechos mínimos”, sino que –de acuerdo a lo sostenido por la Contraloría General– como “derechos máximos”, toda vez que poseen el carácter de normas estatutarias de derecho público que constituyen mandatos imperativos que la autoridad administrativa debe respetar. Por ello, debe otorgárselos estando impedida de conferirles derechos superiores o inferiores a los que la ley establece³¹. Así, no existiría la posibilidad de negociar con el empleador mejores condiciones laborales, ya que las prescritas en el Código operarían como techo máximo, para no romper con la igualdad de derechos y obligaciones propios de la función pública³².

2. Los problemas se vuelven aún más complejos cuando se realiza una aplicación *in integrum* del régimen laboral al ámbito público. Por ejemplo, los derechos a huelga, sindicalización o negociación colectiva, contemplados en el código laboral, son de difícil aplicación en el ámbito público, pues su regulación descansa en supuestos distintos a los de este último. Así, respecto a la sindicalización, hay una regulación diferente de la establecida en el ámbito privado –la Ley N° 19.296³³–, lo que excluiría el uso supletorio del Código del Trabajo. A su turno, en la negociación colectiva y la huelga, emplearse la norma laboral común no sería con-

³⁰En sentido contrario, la sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Ruc 10-4-0022780-8, de fecha 5 de octubre de 2010, considerandos 4° y 5°: “las normas que regulan la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia son irrenunciables y conforman el orden público laboral. En consecuencia, las normas laborales tienen plena aplicación en todas las relaciones de trabajo del país –públicas o privadas–.

³¹Dictamen N° 77.891, de 2015.

³²Ferrada-Saldívia (2019), cit.

³³Establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado.

sistente con el artículo 19 N° 16³⁴, de la Constitución, y menos con los principios de legalidad e igualdad ante la ley que rigen en materia de remuneraciones de los funcionarios públicos.

3. En cuanto a las indemnizaciones en el caso de término de un contrato a honorarios, si consideramos aplicable en forma supletoria la legislación laboral, el contratado estaría habilitado para deducir una acción de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales o una acción por despido injustificado ante el juez laboral, solicitaría que se declare la existencia del vínculo laboral –dado que concurren los elementos de subordinación y dependencia– y se condene al empleador a pagar las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicios, más las cotizaciones de seguridad social y otras prestaciones adeudadas por la existencia de una relación laboral no reconocida, sin que exista, sin embargo, fuente legal que respalde dicha erogación³⁵.

³⁴Artículo 19.– La Constitución asegura a todas las personas:
16.– La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

³⁵En este punto también se han presentado requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional pidiendo declarar la inconstitucionalidad de esta interpretación, pretensión que las sentencias del Tribunal Constitucional en sus roles N°s 3.719-17, del 2 de

Además, se podrían beneficiar del derecho previsto en el artículo 162, incisos 5° a 7° del Código del Trabajo, más conocida como Ley Bustos, pues podrían exigir el pago del total de sus remuneraciones entre la fecha de despido y la del pago íntegro de las cotizaciones previsionales cuando estas no se hubieren verificado, sobre todo considerando el carácter declarativo³⁶ que le da la jurisprudencia actual a la sentencia judicial que reconoce el vínculo laboral³⁷.

De este modo, el desconocimiento de la relación laboral por estimar el órgano administrativo que la persona está contratada a honorarios y, por tanto, regida por el contrato y la regulación civil aplicable, traería como consecuencia inesperada y gravosa para la Administración del Estado, la carga de pagar todas las remuneraciones mientras no se enteren las cotizaciones previsionales, o sea, mientras no se “convalide el despido” en términos laborales, carga desmedida para el erario público, toda vez que impone desde la firma del contrato de honorarios –por su naturaleza civil, no laboral– el pago de una alta suma de dinero en favor del contratado, sin que pueda precaverlo la Administración del Estado³⁸; lo que implica alterar el presupuesto anual de la entidad pública³⁹.

Lo antes expuesto, genera algunos incentivos perversos, dado que la suscripción de un contrato a honorarios por la Administración con un particular y su reconocimiento posterior por la judicatura como contrato de trabajo, podría dar lugar a un mecanismo de fraude legal por la utilización del autodespido (o despido indirecto) como fórmula de término de la relación jurídica con el órgano administrativo –como ha ocurrido–,

agosto de 2017, y 4.744-18, del 6 de marzo de 2019, han declarado inadmisibles por tratarse de un conflicto de legalidad y no de constitucionalidad.

³⁶Del considerando segundo de la sentencia de fecha 15 de mayo de 2018 de la CS en el caso “Yáñez con Municipalidad de Galvarino”, se colige que una naturaleza declarativa del fallo significa reconocer una situación ya existente y, por tanto, produjo sus efectos desde su surgimiento, anterior a su dictación. Mientras que, si se opta por una naturaleza constitutiva del fallo, implica que aquel produce una situación nueva, que produce desde su dictación efectos hacia el futuro.

³⁷Corte Suprema: *Comicheo con Sociedad Lagsmaq Limitada*, 2015.

³⁸Ferrada-Saldivia (2019), cit..

³⁹Así lo reconoció la Corte Suprema en principio en *Molina con Junta Nacional de Jardines Infantiles*, 2017, criterio que posteriormente modificó, excluyendo la aplicación de la nulidad del despido a los contratos a honorarios celebrados por la Administración, lo que se fundaría en la presunción de legalidad de los actos administrativos, según lo señaló en *Yáñez con Municipalidad de Galvarino*, 2018: Considerando sexto: “Que la aplicación en estos casos de la institución contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que, para ello, requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido”. Considerando octavo: “Que lo anterior, no altera la obligación de enterar las cotizaciones previsionales adeudadas, por el periodo en que se reconoció la existencia de una relación laboral”.

pues el no pago de las obligaciones previsionales por la Administración, estando supuestamente obligada a ello, supone un incumplimiento grave a las obligaciones laborales, lo que habilitaría el término de la relación laboral por el particular. A su turno, se estaría consagrando jurisprudencialmente una causal de cese en el empleo público, disponible para el particular, en cualquier tiempo, con indemnización garantizada, lo que es contrario a la regulación prevista para el empleo público en nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Asimismo, abre un peligroso camino a la práctica de actos de corrupción en este ámbito, ya que las autoridades administrativas podrían suscribir contratos a honorarios con particulares a quienes se pretende beneficiar, por razones políticas o personales⁴⁰.

Lo paradójico de lo anterior, es que estas prestaciones se otorgan, por vía jurisprudencial, a las personas vinculadas a la Administración del Estado por contratos a honorarios, lo que no ocurre en el caso de la contrata o planta, calidades jurídicas que estando en una condición de mayor estabilidad y protección jurídica no tienen, sin embargo, derecho al pago de una suma de dinero por el término de su relación funcional, salvo el cese de funciones por supresión del empleo previsto en el artículo 154 de la Ley N° 18.834⁴¹, aplicable también a los cargos del sistema de alta dirección pública, según la Ley N° 19.882 (artículo quincuagésimo octavo).

De este modo, a los contratados a honorarios se les daría más derechos, lo que es inconsistente con lo señalado por la Contraloría, en orden a que los derechos de los contratados bajo esa modalidad no pueden ir más allá de lo que la ley prescribe para quienes tienen la calidad de funcionarios públicos, ello importaría una discriminación arbitraria en perjuicio de los servidores de planta y a contrata⁴².

En consecuencia, el análisis crítico de la regulación del contrato a honorarios, contrariamente a lo que ha sostenido la Corte Suprema en los últimos años, debe hacerse desde la dimensión del derecho administrativo, porque la función pública siempre ha pertenecido a ese régimen jurídico y no al derecho laboral⁴³. En este sentido, es dable advertir, que ese primer ordenamiento jurídico trabaja con instituciones y principios propios, distintos a los que utiliza ese último, lo que se justifica en que busca satisfacer el interés público. De este modo, mientras el derecho del

⁴⁰Ferrada-Saldivia (2019), cit.

⁴¹Artículo 154: En los casos de supresión del empleo por procesos de reestructuración o fusión, los funcionarios de planta que cesaren en sus cargos a consecuencia de no ser encasillados en las nuevas plantas y que no cumplieren con los requisitos para acogerse a jubilación, tendrán derecho a gozar de una indemnización equivalente al total de las remuneraciones devengadas en el último mes, por cada año de servicio en la institución, con un máximo de seis. Dicha indemnización no será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal.

⁴²Dictamen N° 35.841, de 2011.

⁴³Pertenencia que obedece en gran medida a lo prescrito en el artículo 1° del Código del Trabajo.

trabajo⁴⁴ intenta equilibrar una relación jurídica naturalmente desigual entre el empleador y el trabajador, la relación de desigualdad que se da entre los particulares –en todo ámbito, no solo en el derecho funcional– y el Estado (que está en una posición supraordenadora) se justifica en el fin que este último tiene. Así, Pantoja resalta como una característica del derecho administrativo el ser una disciplina jurídica que tiene sus propias normas y principios, no reconociéndole una relación de especialidad respecto del derecho común o general. En este sentido, el empleo público no carece de regulación ni puede ser absorbido fácilmente por el derecho del trabajo⁴⁵.

En este orden de ideas, la Contraloría en su dictamen N° 680, de 1992, ha señalado que el Código del Trabajo opera como estatuto especial aplicable a algunos trabajadores del sector público.

La nueva tesis jurisprudencial soslaya la imposibilidad jurídica que enfrentan los órganos de la Administración del Estado para contratar por regla general personas bajo el régimen jurídico laboral, no estando habilitados para ello, de hacerlo, estarían contraviniendo el principio de juricidad, dando lugar a las responsabilidades y sanciones que correspondan (incisos terceros de los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental).

En este sentido, la solución jurisprudencial mayoritaria actual si se analiza con cuidado, sostiene que el contrato de honorarios suscrito por la Administración con el particular afectado es ilegal, ya que no se ajustaría a los supuestos establecidos en el artículo 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.883, es decir, no se estaría ante una labor accidental o cometido específico, como lo exigen estas normas, lo que lo transformaría, por contravención al supuesto de hecho definido por la ley, en un contrato de trabajo. Sin embargo, esto transforma un acto irregular en uno prohibido por el ordenamiento, pues el contrato de trabajo está proscrito en general para la Administración del Estado; fórmula jurídica aceptada solo excepcionalmente en nuestro ordenamiento para los órganos que integran la Administración, en los casos que la ley lo ordena expresamente, lo que, además, altera el régimen jurídico de creación de empleos públicos dispuesto en el artículo 65 N° 2 de la CPR.

Así, el acto administrativo supuestamente ilegal –que es el que aprueba el contrato a honorarios– debiera ser declarado nulo por el tribunal, mas no ser transformado en un acto jurídico distinto –contrato de trabajo–, por no existir fuente legal que lo permita, lo que opera al margen de los artículos 38 y 65 N° 2 de la Constitución, y de los artículos 43 y siguientes de la Ley N° 18.575 y de la Ley N° 18.834⁴⁶.

⁴⁴Recordar que algunos de sus principios claves son el principio protector y el principio de primacía de la realidad.

⁴⁵Pantoja, Rolando. *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización y prospección*. Editorial Jurídica de Chile. 2007, 87.

⁴⁶Ferrada-Saldivia (2019), cit.

Aún más, si la autoridad administrativa optare por esta solución jurisprudencial, sin sentencia previa que así lo declare, por ejemplo, suscribiendo contratos de trabajo con los particulares y no contratos a honorarios, dichos contratos de trabajo serían ilegales, lo que debería ser declarado así por la Contraloría preventivamente en el trámite de toma de razón, pudiendo incluso dar lugar a las responsabilidades administrativas y civiles para dicha autoridad⁴⁷.

Finalmente, es menester hacer presente, que el encubrimiento que se da en el ámbito privado no tiene cabida en el ámbito público, pues cuando la Administración del Estado contrata bajo la modalidad de honorarios, está actuando, en principio, válidamente, toda vez que la ley la habilita en los artículos 11 de la Ley N° 18.834 o 4 de la Ley N° 18.883, no existiendo ni directa ni indirectamente el propósito de eludir la legislación laboral, pues ella no es aplicable; la otra opción de contratación que posee es la contrata, mas no la contratación vía régimen laboral como ocurre en el ámbito privado⁴⁸.

Con lo anterior, no se pretende legitimar la extendida e ilegal práctica en que incurre la Administración del Estado al abusar de la contratación a honorarios, pues sostenemos que aquella pugna con el principio de juricidad (artículos 6 y 7 de la CPR y 2 de la Ley N° 18.575), pudiendo ser catalogada, según el criterio contenido en el dictamen N° 57.217, de 2005, de la Contraloría, como una desviación en el ejercicio de potestades públicas, ya que se utiliza un poder con una finalidad distinta de aquella para la cual fue conferida, pues la contratación que permiten los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.883, no puede significar que, mediante esa modalidad un ente público llegue a desarrollar sus labores permanentes como ocurre en algunos casos, pues la prestación de servicios personales debe ser transitoria, lo que se pierde con su reiteración en el tiempo, pues la vuelve habitual y permanente; tareas propias de la planta de personal⁴⁹.

¿Qué ha hecho el legislador ante este escenario?

La verdad, poco. Podemos registrar el traspaso de hasta 20.000 personas contratadas a honorarios a cargos a contrata, garantizándole sus ingresos brutos; conforme a las leyes de presupuesto desde 2016 a 2017 se contabilizaban 13.740 traspasos siguiendo este mecanismo⁵⁰.

A nivel de casos particulares existen medidas puntuales como la ampliación de plantas en servicios determinados bajo la filosofía de apostar por el modelo de carrera del Estatuto, asimismo, la Ley N° 21.094, de 2018,

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸Cárcamo Righetti, A. (2016), cit.

⁴⁹*Ibid.*

⁵⁰Balbontín Miranda, R., Rodríguez Cabello, J. y Seemann Ibar, A., (2018): Principales tendencias del empleo en el Gobierno Central. Santiago: Dirección de Presupuestos.

en su artículo 48 restringió en las universidades estatales la contratación a honorarios solo a labores accidentales habituales de la institución.

En este contexto, se podrían realizar cambios acotados pero significativos en el corto plazo, aprovechando, por ejemplo, la Ley de Reajuste del Sector Público, en la que no hay ninguna limitación en esta materia, pues se trata, a diferencia de la ley de presupuestos, de una norma que no tiene vigencia anual en los contenidos que no lo indican explícitamente, como ocurre con el reajuste mismo (si se revisa el contenido de las últimas leyes de reajuste, pueden verse modificaciones orgánicas o creación de cargos en plantas de servicios públicos)⁵¹.

Finalmente, hacer presente que cualquier reforma al Estatuto, importa que las normas debieran declararse durante su discusión como orgánicas constitucionales⁵², con las consecuencias en materia de quorum y control preventivo en el Tribunal Constitucional, en tanto aseguran la carrera y sus garantías, no pudiendo luego modificarse por las leyes de presupuesto, en armonía con el criterio contenido en los considerandos 20º y 30º de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 4.118, de 2017.

¿Podría, tal vez, sostenerse que la jurisprudencia contralora y judicial han venido en auxilio, en ayuda, en socorro, de la Administración del Estado, respecto de su actividad cotidiana, frente a la inoperancia del legislador para resolver el problema analizado? ¿Podría considerarse a la Contraloría General y a la Corte Suprema “entidades mayores”, que les correspondería intervenir, respecto de la Administración? La respuesta excede el tiempo que se nos ha asignado como para ser tratado aquí; en otra ocasión, si Dios quiere, volveremos sobre el punto.

⁵¹Rajevic (2019), cit.

⁵²Artículo 38: Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

IN MEMORIAM

