

Laboralización de los funcionarios públicos.
Situación de los trabajadores a honorarios.

Análisis doctrinario y jurisprudencial

Álvaro González Pereira

Nicole Mella Reyes

Profesora Guía: Daniela Marzi Muñoz

Valparaíso, Noviembre 2016.

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN.....	4
 CAPÍTULO I: EL DERECHO LABORAL: SECTOR PRIVADO Y SECTOR PÚBLICO	
1. IDEAS PRELIMINARES.	6
2. ALCANCE DEL CÓDIGO DEL TRABAJO RESPECTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.	
2.1 ARTÍCULO 1º DEL CÓDIGO DEL TRABAJO: DISPOSICIÓN EN CONFLICTO	8
2.2 UTILIZACION DEL TERMINO TRABAJADOR	12
2.3 ¿POR QUÉ PODRIA SOSTENERSE QUE EL DERECHO LABORAL DEBE SER APLICADO A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS? EL PROCESO DE LABORALIZACIÓN	13
 CAPITULO II: SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES A HONORARIOS.	
1. DESARROLLO EN CHILE	16
2. FUNCIONARIOS A HONORARIOS	
2.1 DEFINICIÓN DE CONTRATO DE HONORARIOS	17
2.2 CARACTERISTICAS Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE HONORARIOS	17
2.3 PROCEDENCIA DEL CONTRATO A HONORARIOS. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS A HONORARIOS	19
2.4 EL CONTRATO DE HONORARIOS: UN MECANISMO FRECUENTE Y EFICAZ PARA ENCUBRIR LA REALIDAD	20
2.5 LOS TRABAJADORES A HONORARIOS EN EL CONTEXTO MUNICIPAL	24
2.6 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD, UNA FORMA DE SOLUCIONAR LAS SIMULACIONES O FRAUDES LABORALES.	

2.6.1	CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REGUACIÓN	27
2.6.2	LA IMPORTANCIA DE SU APLICACIÓN EN EL CASO DE LOS TRABAJADORES A HONORARIOS	28

CAPITULO III: TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.	DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRABAJO	29
2.	MECANISMO DE PROTECCIÓN: TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	33
3.	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA: EL PROBLEMA SOBRE LA COMPETENCIA.	35

CAPÍTULO IV: SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1.	ITALIA: UNA LABORALIZACIÓN MÁS ATREVIDA Y ORIGINAL.	
1.1	DESARROLLO DE LA LABORALIZACIÓN ITALIANA	41
1.2	CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES	42
1.3	LABORALIZACIÓN VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA	43
2.	ESPAÑA: UN SISTEMA DUAL CON RECONOCIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA.	
2.1	DESARROLLO DE LA LABORALIZACIÓN ESPAÑOLA	45
2.2	CLASIFICACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	46
2.3	RESGUARDO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y USO DERECHO COLECTIVO LABORAL: NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA	48
	CONCLUSION	50
	BIBLIOGRAFIA	52

RESUMEN

Nuestro sistema jurídico como el de otros países no ha estado ajeno a la tendencia de la regulación por parte de la ley laboral respecto de las relaciones de trabajo en la administración pública, aplicando además sus instituciones más importantes a esta categoría de trabajadores, dentro de los cuales podemos encontrar las más variadas clases de trabajadores, siendo la figura en mayor debate los trabajadores a honorarios. Esta tendencia califica como el proceso de laboralización de la función pública.

PALABRAS CLAVES

Laboralización, Funcionarios públicos, Administración del Estado, Honorarios, Principio de Primacía de la Realidad.

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo está destinado principalmente a proteger al débil económicamente y a reglar las relaciones contractuales entre empleador y trabajador. En tal sentido es esencial su aplicación a quienes se encuentren bajo esta categoría - los trabajadores- cuya noción se encuentra consagrada en el precepto 3º de nuestro Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha dado – en especial estos últimos años- una cierta discusión sobre si utilizar esta noción o no para aquellas personas que desarrollan sus labores en el sector público, lo que ha conllevado además a plantear la interrogante de si esta normativa – Código del Trabajo- sería o no aplicable a los mismos, pues al desempeñar sus funciones en el ámbito público les corresponde regirse por sus propios estatutos, y solo de manera supletoria por la legislación laboral. Lo último en razón de lo dispuesto en el artículo 1º del Código del Trabajo, norma que por cierto es el eje central de la discusión.

Varias han sido las manifestaciones de esta problemática, tal como lo hemos visto en distintos medios de comunicación, en los que frecuentemente vemos funcionarios del sector público en paro, protestando y en general haciendo eco de la falta de una mejor regulación que

los proteja. Sin embargo no podemos negar, ciertos beneficios propios de algunos funcionarios públicos, como es la reconocida y a veces cuestionada estabilidad laboral.

En razón de lo anterior, es que con el transcurso del tiempo, se ha hecho plausible la posibilidad de comenzar a extender la aplicación de la legislación laboral a este sector, de manera de garantizar sus derechos a través de mecanismos propios de esta normativa, lo que se ha denominado la “laboralización” de los funcionarios públicos, término que en otros ordenamientos no es muy bien valorado, pues estos funcionarios se encontrarían mejor protegidos por su propia regulación – muy amplia- que por la aplicación de la legislación laboral.

Esta expansión del derecho laboral a la Administración Pública en algunos casos ha sido absoluta, como en el caso de Italia donde se ha cambiado desde un Estatuto Administrativo a una legislación laboral. Mientras que en otros casos ha sido en forma relativa o parcial, en virtud del cual ciertos principios, figuras y reglas del Derecho Laboral se van aplicando a la relación estatutaria aplicable a los funcionarios públicos, figuras tales como el derecho a huelga, el sistema de seguridad social, etc.

La laboralización en el sector público no ha sido ajena respecto a los trabajadores a honorarios en nuestro país, donde tanto la doctrina como la jurisprudencia han estado conteste respecto de la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, y por ende, la aplicación del Código del Trabajo, en todos aquellos casos donde a pesar de que las partes celebran un contrato de honorarios, en los hechos este tipo de trabajadores realiza labores que suponen directamente una realización de actividades bajo vínculo de subordinación o dependencia.

Siendo todo lo anterior, hoy por hoy, un tema relevante y de constante debate es que el presente trabajo tiene por objetivo analizar la situación laboral de los funcionarios de servicios públicos en Chile, haciendo frente a las diversas discusiones sobre la normativa aplicable y por ende el amparo de sus derechos fundamentales frente al Derecho Laboral chileno, de manera tal que reflexionaremos sobre el proceso de laboralización que esta impregnando a la función

pública, fenómeno que implica la penetración del derecho del trabajo en esta última, haciéndola partícipe de sus instituciones más importantes.

Se examinará en primer lugar la aplicación del Código del Trabajo tanto en el ámbito privado como en el público, haciendo hincapié en la discusión que se da respecto del artículo 1º del Código del Trabajo; luego para realizar un trabajo más particular puntualizaremos la situación de los trabajadores a honorarios como uno de los principales afectados frente a una desprotección de sus derechos, así plantearemos diferentes interrogantes y expondremos la postura que ha tenido la jurisprudencia en esta área; continuaremos con el análisis de la Tutela de Derechos Fundamentales en la función pública como un mecanismo necesario de aplicar para obtener una mayor protección de los derechos de estos trabajadores, dentro de lo cual nos valdremos de jurisprudencia señalando los criterios que hoy en día priman en la práctica; finalmente terminaremos con el estudio de Derecho Comparado, en el que abordaremos la situación de Italia, como principal exponente del proceso de Laboralización y, España.

CAPÍTULO I

EL DERECHO LABORAL: SECTOR PRIVADO Y SECTOR PÚBLICO.

1. IDEAS PRELIMINARES.

El derecho del trabajo surge como un área del derecho que busca regular las relaciones entre los empleadores y los trabajadores del sector privado y hasta el día de hoy sigue siendo así. Esto en nuestro país se corrobora con lo dispuesto por el inciso 2º, del Art. 1 del Código de Trabajo.¹

¹Estas 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.

Tal como señala Lanata “el objeto de regulación por el Derecho del Trabajo es libre, productivo, realizado por cuenta ajena, en condiciones de subordinación respecto de otra persona, manual o intelectual y en el marco del sector privado. Si no se dan estas características, y siendo de relevancia jurídica, un trabajo podrá ser regulado por el derecho civil, comercial, administrativo, etcétera, pero no por el derecho laboral” (Lanata, 2010: p. 4).

Sin embargo, por otro lado nos encontramos con el sector público, el que podemos entender como toda organización de carácter permanente destinada a satisfacer una necesidad pública, de manera regular y continua.

Según Parada los trabajadores de esta área son aquellas personas que “se vinculan con la administración pública con una relación mucho más duradera y exigente de la que es frecuente en las relaciones privadas, y que le ofrece expectativas de ascenso y carrera” (Parada, 1998: p. 372). Entendiendo entonces, que la relación laboral en el sector público se caracteriza por ser una relación que tiende a la durabilidad, que le permite subir escalafones –derecho al ascenso- y que tiende a dar mayor seguridad a sus funcionarios.

La doctrina administrativa fue quien promovió la distinción entre lo que era un funcionario público de lo que era un trabajador, buscando también su autonomía del Derecho civil.

Tradicionalmente, la doctrina administrativista nacional ha sostenido que nuestro país sigue un modelo de función pública cerrada, toda vez que la relación laboral entre los empleados y la Administración es regulada por un estatuto jurídico de carácter público, totalmente diferenciado del régimen laboral común. Aylwin, considera que el vínculo que tiene el funcionario con el Estado es estatutario y no contractual, determinándose de forma unilateral, por medio de leyes y reglamentos, los derechos y deberes de los funcionarios, los que pueden ser modificados en cualquier momento en razón de las necesidades públicas que se deben satisfacer.

En el caso de los funcionarios públicos se constituye una relación estatutaria entre el Estado –como empleador- y los trabajadores del sector público.

En nuestro país existen determinadas formas de relación estatutarias entre los empleados del sector público y el Estado, que constituyen relaciones de subordinación y

dependencia entre los trabajadores públicos y el empleador representado por el Estado. Es así entonces que en virtud de la letra a), primera parte y las letras b) y c), del Art. 3 de la ley N°18.834 podemos mencionar el caso de los empleados de planta y los empleados de contrata. Mientras que por otro lado encontramos a los empleados a honorarios (Art. 10 de la ley N° 18.834) quienes a pesar de poder reconocer como “empleador” al Estado, no son considerados funcionarios públicos en virtud de esta ley y lamentablemente tampoco trabajadores, sino que, prestadores de servicios.

Con el tiempo esta separación que tan tajantemente se ha hecho durante siglos entre la normativa que se aplica a los trabajadores del sector privado y la aplicable a los funcionarios públicos, se ha ido relativizando, puesto que el derecho del trabajo de a poco se ha ido inmiscuyendo en la relación entre el Estado y sus funcionarios, modificando algunos de sus principios, de sus normativas, entre otras cosas. Lo anterior, no es de extrañar puesto que el Derecho del Trabajo tiene en sus raíces la protección de los trabajadores, y aunque los funcionarios públicos se rijan por el estatuto administrativo, no dejan de ser trabajadores que poseen las mismas necesidades de protección por parte del derecho. Este fenómeno lo explica muy bien Parada cuando establece que la función pública y el régimen laboral son ámbitos que no son estáticos, sino que son cambiantes provocando que aquello que puede diferenciar a uno de otro mañana no sea un criterio diferenciador (Parada, 1998: p. 372).

El fenómeno anteriormente mencionado se denomina “laboralización de la función pública”, en virtud de la cual se tiene la tendencia a la regulación directa por parte de la ley laboral de las relaciones estatutarias que se dan en el ámbito administrativo, proceso que ya es reconocido en otros derechos comparados y que comienza a tener grandes atisbos en nuestro país.

2. ALCANCE DEL CÓDIGO DEL TRABAJO RESPECTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

2.1 Artículo 1° del Código del Trabajo: disposición en conflicto.

La gran interrogante con la que comenzaremos este apartado es ¿qué se entiende en relación a derecho del trabajo y los funcionarios públicos o al sector público?

Como cuestión principal hay que señalar la aplicación supletoria que está regulada en el artículo 1° del Código del Trabajo en que se dice en principio que este cuerpo legal no se les aplica a los funcionarios públicos salvo en aquellas materias en que no haya una norma específica que los regule y en la medida que no sean incompatibles.

Este precepto es el meollo del problema, pues ha dado paso a un constante debate sobre la aplicabilidad del Código del Trabajo en el sector público.

“Artículo 1°: 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.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos. Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código”

Esta norma establece una regla general, en su inciso primero, cual es que las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias. Luego agrega una excepción, contenida en el inciso segundo, en el sentido que no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Sin embargo a continuación el inciso tercero abre una contraexcepción, por el cual los trabajadores se regirán por el Código del Trabajo siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que exista una omisión o vacío legal, con lo cual el Código y sus leyes complementarias puede ser aplicables a materias no reguladas en los estatutos de los trabajadores del sector público.

- b. Que exista una compatibilidad de regímenes, es decir que las materias aplicables por vacío legal no sean incompatibles o contrarios a los estatutos respectivos.

En esto último está la subsidiariedad o supletoriedad, de la norma laboral: siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos, entonces aplicación supletoria en lo que no sea incompatible, parecido a como se aplica el Código de Procedimiento Civil en el proceso laboral: en la medida que no haya incompatibilidad se aplican el título I y II de dicho cuerpo legal.

Lo primero que debemos plantear es la existencia de dos normativas que regulan las relaciones de trabajo, tal como señalan Sáez y Montiel, una que rige el mundo de los trabajadores privados, el Código del trabajo, y otra para los funcionarios públicos, Estatuto Administrativo, distinguiendo básicamente en torno a quién es el empleador, ocupándose el termino trabajador para referirse al sector privado y funcionario para referirse al sector público. (Sáez y Montiel, 2013: p.73).

Thayer y Novoa en este sentido, indican que la legislación del trabajo aparece como el derecho común regulador de las prestaciones de servicios, nota típica de su carácter expansivo. (Thayer y Novoa, 2010: p. 13).

La regulación legal de la relación jurídica del empleo público es una exigencia constitucional, contenida en el artículo 38 inciso 1º de la Constitución Política, el cual encomienda a una ley orgánica constitucional la función de determinar la organización básica de la Administración Pública, garantizar la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurar tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. En cumplimiento del mandato constitucional , se dictó la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la que consagra el sistema estatutario al disponer que el personal de la Administración del Estado se registrá por las normas estatutarias que establezca la ley. Examinando el Estatuto Administrativo General, contenido en la Ley 18.834, las materias que son objeto de su regulación dicen relación con: normas generales; carrera funcionaria; obligaciones funcionarias; derechos de los funcionarios; responsabilidad administrativa; cesación de funciones; extinción de la responsabilidad administrativa; y disposiciones varias.

Dicho lo anterior, podemos señalar diversas materias que pueden resultar aplicables en razón de los vacíos legales existentes en el Estatuto Administrativo, así encontramos entre otras materias, los límites de las contrataciones temporales, materia regulada a propósito de los contratos a plazo fijo en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo; los requisitos para otorgar certeza y seriedad a la renuncia contenidos en el artículo 177 del Código del Trabajo; los mecanismos de protección ante la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión del despido, contenidos en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo; y la competencia de los juzgados de letras del trabajo para conocer de los conflictos jurídicos derivados de relaciones laborales, sea que estén regidas por el Código del Trabajo u otras normas especiales, de acuerdo a lo señalado por el artículo 420 letra a). Por tanto el Estatuto Administrativo es de carácter general, pero no exclusivo.

Cabe mencionar – como un ejemplo entre muchos otros- el Estatuto Docente, aprobado por la Ley N° 19.070 (actual DFL N° 1, de Educación, de 1996), en su artículo 71 dispone: “Los profesionales de la educación que se desempeñen en el sector municipal se regirán por las normas de este Estatuto de la profesión docente, y supletoriamente por las del Código del Trabajo. El personal al cual se aplica este Título no estará afecto a las normas sobre negociación colectiva”. Por último, el inciso final del artículo 1° del Código precisa que los trabajadores de los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas del Código. La Ley N° 19.945 (25.05.2004) interpreta ampliamente este inciso. (William y Novoa, 2010: p. 13).

Por lo anterior, podemos advertir que parte importante del personal al servicio de la Administración Pública se rige por las normas del sector privado –Código del Trabajo-, sea como estatuto especial o en virtud de la aplicación supletoria del mismo y por otro, porque cada vez es más frecuente que las asociaciones de funcionarios públicos vayan teniendo injerencia en la determinación de sus condiciones laborales.

Existen normas legales que rigen a los trabajadores del sector privado y otras que rigen para el sector público y asimismo es evidente que aun cuando formalmente son distintas las contrataciones de unos y de otros, no cabe cuestionamiento en torno a que como personas que son, ambos tienen los mismos derechos fundamentales, pudiendo por lo tanto exigir

protección de los mismos por parte del Estado, la que debe ser otorgada tal como lo establece el artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política del Estado. (Sáez y Montiel, 2013: p. 74).

2.2 Utilización del término trabajador.

Otro aspecto fundamental que podemos extraer del artículo 1º del Código del Trabajo es el empleo de la palabra “trabajador”, ya que como se aprecia su inciso 3º, se utiliza la palabra trabajador para referirse a quienes en su inciso segundo se les llama “funcionarios de la administración del Estado”.

El concepto “trabajo” es definido por la Real Academia Española como: “Acción y efecto de trabajar”, y asimismo, la palabra trabajar es definida por la misma institución como “Ocuparse en cualquier ejercicio, obra o ministerio”, por lo que trabajador o trabajadora es quien se ocupa en cualquier ejercicio, obra o ministerio. (Sáez y Montiel (2013): p. 73).

En nuestro Código del Trabajo, podemos encontrar la definición del término trabajador en su artículo 3º, el cual lo señala como “Toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”. Como podemos apreciar en este precepto no se hace distinción entre trabajadores del sector privado o público, pareciera que tal diferencia radica en lo dispuesto por el artículo 1º del mismo Código al determinar el alcance de este cuerpo legal utilizando el término funcionarios de la Administración del Estado, para referirse a los trabajadores del sector público, sin embargo tal como señalamos es el mismo cuerpo legal que luego define trabajador sin hacer ninguna distinción.

La Historia de la Ley 18.620, ha señalado lo siguiente: el Código del Trabajo, evidencia el fundamento y alcance del artículo 1º de la normativa, señalando los legisladores que “el sentido de la enmienda es el de enfatizar la generalidad del campo de aplicación del Código del Trabajo, manteniendo su carácter expansivo, en cuanto su normativa se aplicará también supletoriamente a los funcionarios públicos o trabajadores de empresas afectas al sector público” (Congreso Nacional de Chile, 1987: p.519).

2.3 ¿Por qué podría sostenerse que el Derecho Laboral debe ser aplicado a los funcionarios públicos?: el proceso de laboralización.

El principal argumento tiene que ver con la asimetría de poder que existe entre los trabajadores dependientes del sector privado y los funcionarios públicos que también están sometidos a un poder ajeno a ellos que los regula en sus relaciones de servicios.

Como indicamos en un comienzo el foco del Derecho del Trabajo es la protección del trabajador, esta es la esencia del derecho del trabajo: la protección del trabajador por la desigualdad de poder. Sin embargo cabe recordar las garantías que tienen los funcionarios públicos, en especial aquella que dice relación respecto a su puesto de trabajo, esto es la de inamovilidad, toda vez que cuando se es funcionario público es muy difícil ser privado del puesto, salvo que se realice un sumario administrativo, lo cual implicaría acreditar causales muy específicas. Frente a esto nos preguntamos ¿Por qué se les da esta protección a su puesto de trabajo? El discurso clásico -propio del Derecho Administrativo, que buscaba explicar al mundo privado y al mundo público como cuestiones totalmente diferentes- señalaba que a diferencia del conflicto que existe en el ámbito privado entre capital y poder, en el sector público no se reconoce este conflicto de intereses, toda vez que el Estado no produce riquezas sino servicios públicos y estos responden al interés general y superior de la nación al que están sometidos los particulares. De tal manera que un derecho como la huelga o un instrumento como la negociación colectiva que busca la redistribución de la riqueza no podrían tener cabida, pues el Estado tiene un patrimonio público que él tiene que administrar como le parezca.

Este discurso se fue relativizando porque no es ajeno a la realidad que existe un conflicto al interior de la administración pública por las condiciones de trabajo, donde siempre hay choques de intereses, además hay que tener en cuenta que el Estado se ha ido privatizando y que estos servicios públicos han ido quedando en manos de privados.

Otra cuestión a destacar es que no sólo los servicios han quedado en manos de privados sino que el Estado ha empezado a vincular funcionarios mediante figuras muy desprotegidas como la contrata, que es un contrato a plazo casi más precario que el contrato a plazo del Código del Trabajo; y los honorarios, figura que abordaremos en el siguiente capítulo. Por tanto todo en la práctica empieza a quedar un poco desmentido porque el Estado

tiene funcionarios precarios que no están protegidos de ninguna manera y, por otro lado, es un hecho que con cada cambio de gobierno este personal es modificado por uno nuevo más “acorde” a los intereses del nuevo gobierno de turno, es por esto que la garantía de la estabilidad comienza a ser un punto muy importante.

Con lo anterior damos paso al fenómeno de la **laboralización de la función pública**, eje central de nuestro trabajo, pero ¿qué significa que la función pública se laboralice? Implica que normas laborales entran a regir a funcionarios del Estado.

Este fenómeno se ha hecho presente en el sistema chileno, de distintas maneras, así por ejemplo el caso más ejemplar es el Instituto de DD.HH cuyo personal se rige por el Código del Trabajo de manera general según lo dispone el inciso primero del artículo 12 de la Ley 20.405 Del Instituto Nacional de Derechos Humanos² y el artículo 24 del Decreto Supremo 618 que Aprueba Estatutos del Instituto Nacional de Derechos Humanos³.

Pero hay otros servicios que tienen distintos estatutos que más bien comienzan a crear una especie de híbrido, por ejemplo el Ministerio Público, donde hay funcionarios que tienen un estatuto mixto, por ejemplo los fiscales adjuntos tienen contrato de trabajo pero no con una remisión completa al Código del Trabajo, sino que se les aplican determinadas normas que la ley del Ministerio Público dice específicamente. Manifestación de esto es el artículo 66 de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, cuyo inciso primero dispone

² Artículo 12.- Las personas que presten servicios en el Instituto se regirán por el Código del Trabajo, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 9 del artículo 8° de esta ley.

³ Artículo 24°. Régimen aplicable. Las personas que presten servicios en el Instituto, en un régimen de dependencia y subordinación, se regirán por el Código del Trabajo y se les aplicarán las normas de probidad y las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, debiendo dejarse constancia en los contratos respectivos de una cláusula que así lo disponga. El proceso de reclutamiento del personal se realizará mediante un sistema de selección pública, con las excepciones fundadas que el Consejo señale, derivados de la naturaleza del cargo a proveer o la urgencia de la contratación, conforme a las normas del reglamento de personal que aprobará el Consejo, de acuerdo al numeral 9 del artículo 8° de la ley. La selección se realizará respetando el principio de igualdad y no discriminación entre los participantes, el mérito, capacidad, confiabilidad e idoneidad para desempeñar el cargo y se sujetará a los principios de publicidad e imparcialidad y evitando cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar los derechos de cada participante.

que: “ Las relaciones entre el Ministerio Público y quienes se desempeñen en él como fiscales o funcionarios, se regularán por las normas de esta ley y por las de los reglamentos que de conformidad con ella se dicten”, para luego indicar que supletoriamente serán aplicables determinadas normas del Estatuto Administrativo (Ley 18.834), de la Ley 19.345 que dispuso la aplicación de la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales a los trabajadores del sector público y normas del Código del Trabajo, tales como : Los artículos 7º al 12, relativos al contrato individual de trabajo, que sólo se aplicarán a los funcionarios; las disposiciones sobre jornada ordinaria de trabajo, contenidas en los artículos 22, 27 y 28, y las normas de protección de la maternidad contenidas en el Título II del Libro II, artículos 194 al 208, ambos inclusive.

Cabe destacar, además, que dentro de las causales de despido mencionadas en esta ley hay varias parecidas a las que regula el Código del Trabajo, sin embargo debemos agregar la responsabilidad administrativa que tienen dichos funcionarios en razón del reglamento que debe dictar el fiscal nacional, por lo cual tenemos una mezcla de normativa que genera numerosas dificultades, en el fondo se termina aplicando lo peor de cada mundo.

En síntesis, el principal problema que genera esta distinta forma de regulación es que no sabemos qué norma aplicar, varios serían los ejemplos de esta disyuntiva, sin embargo uno muy claro es lo que sucede con la aplicación de la Tutela de Derechos Fundamentales al momento de determinar la competencia de los Juzgados del Trabajo para conocer de esta en causas que se encuentren involucrados funcionarios públicos- tema que desarrollaremos más adelante-.

Planteada la problemática anterior en los siguientes capítulos abordaremos el fenómeno de la laboralización desde distintas perspectivas, enfocándonos principalmente en la situación de los trabajadores a honorarios quienes desde nuestra perspectiva y en general, es donde está la mayor discusión, en razón de su gran inestabilidad y poca protección en lo que a derechos laborales respecta.

CAPÍTULO II

SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES A HONORARIOS.

1. DESARROLLO EN CHILE

Es un hecho de que el Estado puede ejercer el rol de empleador, lo cual surge de la necesidad que tiene este de poder funcionar internamente de forma correcta, es por ello, que al darse en los hechos esta situación, surge la necesidad de regular la relación entre el Estado – cuando actúa como empleador- y sus dependientes o empleados. Es así entonces como el estatuto administrativo (Ley N° 18.834) viene a suplir esta necesidad. En dicho estatuto se establece los distintos tipos de empleo que puede tener un individuo teniendo al Estado como empleador, siendo estas las siguientes:

a.- Los funcionarios de planta: Son aquellos dependientes que son designados por medio de un concurso público y que realiza una función permanente vinculada a una carrera funcionaria, siendo esta la modalidad de empleo tradicional estatal.

b.- Los funcionarios a contrata: Son aquellos que se designan para el cumplimiento de funciones específicas y que por lo tanto, no pertenecen a la organización estable del servicio.

c.- Los trabajadores a honorarios: Son aquellos individuos que en virtud de un contrato jurídico bilateral realizan una prestación de servicios en forma accidental, en virtud de su conocimiento en una determinada ciencia o disciplina.

Sin perjuicio de que los funcionarios de planta y a contrata se rigen normativamente, entre otras normas, por el Estatuto Administrativo y los trabajadores a honorarios por lo establecido en su propio contrato, se ha visto como en los últimos años se han aplicado instituciones propias del Derecho del Trabajo a los funcionarios públicos en virtud de las omisiones que posee el Estatuto Administrativo respecto a determinadas materias tales como las formalidades de la renuncia, la tutela de derechos fundamentales, entre otros, los cuales en virtud del inciso III, del Art. 1° permiten su aplicación supletoria. Lo anterior, sumado a que tanto la jurisprudencia como la doctrina han reformado de a poco su forma de pensar

reconociendo que el Estatuto administrativo y la figura de los trabajadores a honorarios en la actualidad no son suficientes para poder proteger cada uno de los derechos que los funcionarios públicos y los trabajadores a honorarios deben tener, surgiendo la necesidad de poder aplicar instituciones, principios y formalidades propios del derecho laboral a estos tipos de trabajadores, por un lado por lo establecido en el Art. 1 del Código Laboral como también por el reconocimiento de que dichos individuos son trabajadores al igual que los del sector privado, aun cuando no tengan el mismo empleador, y que por lo tanto se les debe dar el reconocimiento de tales.

2. FUNCIONARIOS A HONORARIOS

2.1. Definición de contrato de honorarios

El contrato de honorarios no está definido en nuestro Código del Trabajo. Sin embargo, podríamos decir que este es “el ejercicio de una profesión liberal o de cualquiera otra actividad ejercida en forma independiente y lucrativa, en la cual hay un manifiesto predominio del trabajo personal e inteligente, basado en el conocimiento de una ciencia o de una técnica, por sobre el empleo de una mano de obra” (Consultor práctico laboral y seguridad social. Santiago de Chile. No. 35. Ago. 2008, p. 17).

Por otro lado, doctrinalmente se ha entendido el contrato de honorarios como un acto jurídico bilateral en virtud del cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado a favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios.

2.2. Características y requisitos del contrato de honorarios

De las definiciones anteriores, podemos establecer que la principal característica de este tipo de contratos y que a su vez le da una singularidad al mismo, dice relación con el hecho de que esta actividad es realizada por el prestador de servicios –o sea, el profesional o técnico- en forma totalmente independiente., lo cual implica que:

a.- El prestador de servicios no está sujeto a vínculos de subordinación o dependencia, respecto de la persona o empresa que contrato sus servicios. Esto a su vez se traduce en:

a.1.- No recibe órdenes ni instrucciones con motivo de su trabajo, a excepción de aquellas directrices o indicaciones que se entregan para el cumplimiento de la asistencia convenida.

a.2.- No está sujeto a la obligación de cumplir con un horario determinado de trabajo, lo cual es distinto a que deba cumplir la asistencia convenida en un tiempo determinado.

a.3.- El prestador, asiste por lo general, en forma esporádica a la empresa que le encomendó una labor especial a desarrollar, para requerir mayores antecedentes, comentar sus avances o intercambiar opiniones.

b.- Se exige que se otorgue una boleta de servicios, en donde se verifique el pago del impuesto respectivo, que en este caso corresponde al 10% de la cancelación de sus honorarios.

c.- El prestador de servicios no recibe una remuneración propiamente tal –la definida en el Código del Trabajo- sino que el pago de un honorario, que constituye la retribución a la realización de una disciplina o actividad liberal.

En virtud de las consideraciones anteriormente mencionadas, es que creemos posible sostener que para que exista un contrato de honorarios, necesariamente se debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Debe existir una prestación de servicios inmateriales. Es decir, debe haber un arrendamiento de servicios inmateriales regulado en nuestro Código Civil.
- El prestador de servicios realiza los servicios en su carácter de profesional o técnico especializado.

- La prestación de servicios debe realizarse sin vínculo de subordinación o dependencia, lo cual conlleva el no realizar las acciones mencionadas en las consideraciones anteriores.
- Como retribución de los servicios prestados se acuerda o conviene el pago de honorarios.

2.3.- Procedencia del Contrato a Honorarios. Inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios a honorarios.

El Oficio Circular N°78 del 23 de diciembre de 2002, de Ministerio de Hacienda, determina las normas básicas y los requisitos necesarios para que la administración pueda celebrar contratos de honorarios y que tal como las menciona Aldunate Ramos son:

- a.- Debe determinarse cuál será la autoridad encargada de controlar el cumplimiento de la gestión encomendada.
- b.- La contratación procede preferentemente para la elaboración de estudios que sean útiles para la realización de proyectos gubernamentales, para asesorar una mejor toma de decisión de las autoridades, cuando la ley autorice expresamente este contrato, etc.
- c.- Las autoridades deben abstenerse de contratar a honorarios cuando se deban ejercer las tareas o acciones permanentes y propias de cada servicio. Tampoco procederá la contratación de personas a honorarios para la realización de labores administrativas o directivas.
- d.- Los beneficios adicionales tales como licencias, feriados, permisos u otros, solo procederán en la medida que sean compatible con lo establecido en la ley y con la naturaleza de este tipo de contratos.
- e.- La labor a realizar debe ser útil y necesaria. Es decir, su omisión produce grandes consecuencias para la realización de fines y programas determinados.
- f.- Los contratos deben especificar el monto a pagar por el trabajo realizado, los beneficios laborales adicionales, la responsabilidad de los contratantes, la duración, la

obligación de entrega de informes de avances y las formas y modalidad de pago de los servicios prestados.

g.- Debe acreditarse la idoneidad y capacidad de quien es contratado a honorarios en relación a las gestiones encomendadas.

h.- Serán procedentes cuando exista imposibilidad de ejecución directa de la prestación por parte de alguna institución pública. Es decir, que los recursos propios con que cuenta la administración no tienen la capacidad técnica o el tiempo necesario para realizar una gestión eficiente y oportuna. (Aldunate, 2009: p. 29).

A su vez, este mismo oficio circular establece las modalidades a las que debe someterse una contratación a honorarios, destacándose en especial el establecimiento de un sistema de incompatibilidades y conflictos de intereses que puede tener quien contrata con la Administración. Es por ello, que se establece la obligación para las personas que celebra un contrato de honorarios con la Administración de realizar una declaración jurada donde deben indicar si prestan servicios para otra repartición pública y la naturaleza de tales servicios en caso de ser afirmativa la respuesta. En relación a dichos antecedentes, el jefe superior del Servicio que contrata, deberá evaluar si realmente hay un conflicto de interés o no.

Además es necesario que el jefe superior del Servicio, establezca en el contrato cláusulas contractuales que hagan referencia a las inhabilidades e incompatibilidades que están contenidas en los artículos 54, 55 y 56 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; artículos que si bien en principio se podrían entender solo aplicables a funcionarios de planta y a contrata, también son aplicables para los que sean contratados por el Estado a través de un contrato de honorarios, tal como lo establece Aldunate Ramos (Aldunate, 2009: p. 29).

2.4.- El contrato de honorarios: un mecanismo frecuente y eficaz para encubrir la realidad.

El contrato de honorarios es un contrato ideal para que la Administración no tenga el deber de cumplir con varios derechos y obligaciones, que por un lado, establece el Estatuto Administrativo respecto de los funcionarios públicos y por otro, los que establece el Código del Trabajo respecto de los trabajadores bajo dependencia y subordinación.

Respecto del Estatuto Administrativo, no surgen estos derechos y obligaciones, porque tal como lo ha establecido la Contraloría General de la Republica en varios dictámenes -tales como el N° 053012 de 22.10.2014; el N° 153 de 05. 01.2004; el N° 038989 de 03.10.2002; entre otros- los que son contratados a honorarios no poseen la calidad de funcionarios públicos, teniendo por lo tanto, como norma reguladora de sus relaciones con la Administración el convenio celebrado entre ambos. Esto conlleva a que las personas que sean contratadas bajo este tipo de contrato, carezcan de los derechos que gozan los empleados públicos, especialmente, el de la inamovilidad funcionaria, por lo que la autoridad que está encargada de controlar el cumplimiento de la gestión encomendada puede disponer la terminación anticipada de esos contratos cuando por razones de conveniencia sea necesaria la adopción de esa medida.

Respecto del Código del Trabajo, no surgen estos derechos y obligaciones, porque tal como lo establece el inciso I del Art. 1 del mismo cuerpo legal, este código es aplicable respecto de la relación laboral que surge entre los empleadores del sector privado y los trabajadores del mismo sector. En el caso de los trabajadores a honorarios no se podría dar esta hipótesis, toda vez que quien se considera su “empleador” es el Estado, quien por lo tanto no puede ser considerado empleador del sector privado. Es por lo anterior, que la Administración no tiene la obligación, y el trabajador a honorarios a exigir que se le efectúen válidamente las cotizaciones previsionales, correspondientes al tiempo que ejerzan su prestación, en consideración de que dichas cotizaciones se calculan en base al sueldo asignado al respectivo empleo, no poseyendo los honorarios esta calidad de prestación, tal como lo establece la Contraloría en los dictámenes N° 003298 de 23.01.04 y el N° 036375 de 19.07.2004. Otro derecho laboral al cual no tienen accesos los trabajadores a honorarios es al pago de las indemnizaciones por años de servicio o también llamado mes por año, al término de la relación convenida, a menos que se haya pactado, tal como lo establecen los dictámenes N°014200 de 22-02.1999; N° 038293 de 17.10. 2001; N° 025105 de 17.06.2003; entre otros dictámenes.

Entonces, como se ha mencionado, el contrato a honorarios es conveniente para la Administración; sin embargo ésta en muchas ocasiones y sin escrúpulos lo ha utilizado como una forma de esconder verdaderas relaciones laborales produciéndose fraudes o simulaciones laborales. Es decir, hay casos donde la Administración en lo jurídico contrata a una persona

bajo la modalidad de contrato de honorarios pero que en la realidad supone una verdadera relación de subordinación y dependencia por parte de quien presta los servicios hacia el Estado como empleador y que por ser denominado por ambas partes como contrato de honorarios, impide que el prestador pueda gozar de los derechos y protecciones que el Código del Trabajo establece para los trabajadores.

Hay que entender por fraude laboral como “la acción u omisión, querida o no, realizada por un sujeto de Derecho a través de medios, reales y serios, y que provocan la frustración de los fines y objetivos últimos de una norma o principio jurídico particular, de naturaleza imperativa, ubicado en el marco de las relaciones ético jurídicas que se desenvuelven en torno al trabajo”. (Barrera y Retamal, 2009: p. 56). Por otro lado, la Corte Suprema ha señalado que “fraude a la ley laboral constituye la elusión de una norma o principio laboral de carácter imperativo, por la vía de utilizar una norma de cobertura, cuya naturaleza pueda ser cualquiera, ya sea provenga del orden civil, comercial o de cualquier otro”.

Para demostrar estas situaciones de fraude o simulaciones laborales, y a modo de ejemplo, es que consideramos interesante analizar los hechos y la resolución de la sentencia Rol O-396-2010 del Juzgado de Letras de Valparaíso, con fecha 22 de diciembre del 2010. En este caso la demandante comenzó a trabajar para la Universidad de Valparaíso desde octubre del 2006, desempeñando la función de “Auxiliar de Aseo”, función la cual debía cumplir de lunes a viernes, en las dependencias de la Facultad de Humanidades de dicha casa de estudio. Es importante mencionar, que la demandante recibía órdenes directas del director de facultad y de otros trabajadores de la misma casa de estudio; que la misma institución le proporcionaba la vestimenta y las indumentarias para la realización de sus labores y que a cambio de dicha “prestación de servicios” recibía mensualmente su pago a través de honorarios. Ella fue desvinculada en 2010.

Este caso es interesante, toda vez que a pesar de que el Órgano de la Administración del Estado –en este caso, la Universidad de Valparaíso, que es un servicio público- denominó la relación que tenía con la demandada como un contrato de prestación de servicios, no se dan claramente muchos de los requisitos y características que estos contratos deben tener, características tales como:

a.- La ausencia de un vínculo de subordinación y dependencia: En este caso claramente no se cumple con este requisito –el cual es el más importante- toda vez que a partir de los antecedentes que circundan en este caso, demuestran que la trabajadora a honorarios tenía en la práctica una relación de subordinación y dependencia con la Universidad de Valparaíso y no una relación de prestación de servicios como alegaba esta última. A esta conclusión se puede llegar en virtud de que se dan las siguientes circunstancias que son propias de las relaciones bajo subordinación y dependencia y que, por lo tanto, no forman partes de las características de las relaciones a honorarios:

a.1.- La trabajadora estaba sujeta a cumplir sus funciones en un horario de trabajo determinado, que era este caso es de lunes a viernes, debiendo concurrir a su lugar de labores todos los días.

a.2.- Las funciones eran desempeñadas en un lugar fijo durante toda la duración de la relación entre ambos. En este caso era en las dependencias de la propia Universidad.

a.3.- La misma Universidad le proporcionaba la vestimenta que debía ocupar y toda la indumentaria necesaria para ejercer sus labores.

b.- El prestador de servicios realiza los servicios en su carácter de profesional o técnico especializado: en el caso mencionado ambas partes pactaron que la demandante ejercería la función de “Auxiliar de Aseo”. Esta función claramente no es técnica y especializada por lo que no se cumple con este requisito.

c.- Se prestan servicios esporádicos: Se entiende que los contratos a honorarios tienen una duración esporádica la cual es pactada por las partes. En este caso la demandada trabajó para la Universidad de Valparaíso desde el 11 de octubre del 2006 hasta el 31 de marzo del 2010, dándose en este caso un servicio permanente, continuo e ininterrumpidos, hechos los cuales nos hacen notar que en este caso no se cumple con este requisito de los contratos a honorarios.

Es en base a lo anterior, que estamos completamente de acuerdo con lo dictaminado por el Juzgado en este caso, en cuanto que en esta situación todos los indicios y antecedentes no permitían más que determinar que se estaba ante una relación laboral, regulada por el

Código del trabajo. Es así que este Juzgado en su Considerando decimosegundo “Que así las cosas, resulta que la actora realizó para la parte demandada tareas que por sí mismas suponen sujeción a instrucciones, órdenes y fiscalización por parte de los superiores, que ejerció esas labores de manera permanente, continua e ininterrumpida; que como retribución percibió unas mismas cantidades en idénticas oportunidades de cada mensualidad que solo se modificaron año a año; que tenía obligación de asistencia, y cumplimientos de horarios; que debía utilizar las herramientas y los insumos propios de la universidad y proporcionados por este (...), **todo lo cual se ajusta a la descripción que el artículo 7 del Código del Trabajo proporciona del contrato individual de trabajo, sin que esta Jueza pueda de qué manera pudiera desconocerse, con fundamento razonable, la dependencia y subordinación que ese precepto exige. Que en tales circunstancias debe aplicarse las normas del artículo 8 del Código del Ramo que dispone que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior hacen presumir la existencia de un contrato de trabajo** (negrita añadida).

Ahora bien, el caso anteriormente mencionado, no es el único en que se puede divisar situaciones donde en los hechos se está en presencia de verdaderas relaciones laborales, pero que sin embargo, la Administración Pública denomina contrato a honorarios. Misma situación se ha dado en los hechos mencionados en las sentencias Rol N°3.714 -2006, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, con fecha 9 de julio del 2007; sentencia Rol N° 6.754-2004, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 28 de septiembre de 2005; Sentencia Rol O-73-2015, dictada por el 1° Juzgado de Letras de San Fernando con fecha 29 de abril de 2016; Sentencia Rol N° O-13-2015, dictada por el Juzgado de Letras Cañete con fecha de 28 de abril de 2016; entre otras.

2.5.- Los trabajadores a honorarios en el contexto municipal.

Consideramos pertinente el hacer referencia a este tema, aunque sea en forma breve, toda vez que la mayor cantidad de casos de personas contratadas bajo modalidad de honorarios se da en el ámbito municipal, ocurriendo que es de mayor probabilidad que en este ámbito se dé la problemática de los trabajadores a honorarios sometidos a vínculos de subordinación y dependencia.

Las Municipalidades tienen la obligación legal de entregar a la Subsecretaría del Desarrollo Regional y Administrativo, toda la información pertinente y necesaria para la realización de estudios y estadísticas que buscan mejorar la gestión municipal y cumplir con los estándares de transparencia requeridos para la Administración Pública en general, según lo dispuesto por la Ley N° 20.237 y la Ley N°19.602. Es por ello, que la Superintendencia a través del Sistema Nacional de Información Municipal (SINIM), realiza estos estudios.

En relación a la cantidad de trabajadores a honorarios que se encuentran contratados a nivel municipal durante el año 2015, esta recolección de datos arrojó unos resultados muy llamativos. Lo anterior, teniendo en consideración que de 346 Municipalidades existentes en nuestro país, un total de 88.629 funcionarios prestan servicios a los mismos; de esa cifra 26.589 son funcionarios de planta, 12.408 son funcionarios a contrata y 49.701 son trabajadores sujetos a la modalidad de honorarios. Es decir, dándole un sencillo análisis a dichas cifras nos podemos dar cuenta que más de la mitad de los trabajadores que prestan servicios a las Municipalidades a lo largo del país, son bajo la modalidad de contratación de honorarios.

Cabe destacar que, en la mayoría de los municipios, existe un alto rango de porcentaje de contratación a honorarios, porcentaje que varía entre un promedio de 45% y el 55% del total de la dotación que poseen estas entidades. Esta cifra de gran procedencia se debe principalmente al incremento de los trabajadores a honorarios contratados en la modalidad de “programas comunitarios”, la cual posee una menor exigencia respecto a su procedencia y porque no se computa respecto del límite porcentual que la ley exige para los trabajadores a honorarios.

De las cifras expuestas anteriormente, es posible dimensionar que la problemática que se da respecto de los trabajadores a honorarios y su vínculo de subordinación puede ser de gran magnitud. Lo anterior, porque la cantidad porcentual de trabajadores a honorarios es alta, demostrándose así que la mayoría de las tareas que por ley deben cumplir los municipios están siendo realizadas por personas que, en teoría no deberían prestar servicios de duración permanente. Esto último, se contrapone con la interpretación exhaustiva del Art. 4° de la Ley N° 18.833, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que hace la Contraloría General de la República, entendiéndose que este artículo dispone 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 regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto.” (Subrayado añadido)

La norma anteriormente citada, tiene una gran semejanza en cuanto a su redacción, a la consagrada en el Art. 11 del Estatuto Administrativo, destacándose que en ambos articulados se habla de que los trabajadores a honorarios prestan labores de manera accidental; deben prestar servicios para cometidos específicos y que se regirán por las reglas establecidas en su propio contrato. Es decir, la normativa que regula la posibilidad de contratar trabajadores a honorarios en el ámbito municipal presenta una total contradicción con lo que realmente es la situación de muchos trabajadores contratados bajo esta modalidad que prestan servicios a los municipios.

Los municipios -al igual que los otros órganos de la Administración del Estado- esconden verdaderas relaciones laborales, argumentando que el propio Art. 4 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, excluye la posibilidad de considerar a los trabajadores contratados por estas entidades en calidad de honorarios, como funcionarios públicos, lo cual conlleva como consecuencia, la no aplicación de los derechos y beneficios establecidos en dicho estatuto para sus funcionarios. Por otro lado, tampoco se le aplicarían las normas laborales, al estar estos contratados por el Estado y no por una entidad privada.

A pesar de la normativa, en la práctica muchos de los trabajadores a honorarios municipales, al igual que sus pares contratados por otros órganos de la Administración del Estado, están siendo vulnerados en sus derechos al ser contratados bajo la modalidad de prestación de servicios civiles, cuando en la realidad desempeñan verdaderas relaciones

laborales que cumplen con la mayoría o con todos los requisitos que el Art. 7º establece para considerar una prestación de servicios como relación laboral.

2.6.- Aplicación del principio de la primacía de la realidad, una forma de solucionar las simulaciones o fraudes laborales.

2.6.1.- Concepto, Fundamento y Regulación.

Tal como lo señala el autor Pla Rodríguez, el Principio de la 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 terreno de los hechos”. (Pla, 1998: p. 313)

En la práctica, lo que este principio busca establecer es que la relación laboral entre empleador y trabajador no depende de la denominación que las partes den a la misma y a lo que estos pactan, sino que depende más bien, de la situación actual en la que se encuentre el trabajador en los hechos. Tener la intención de determinar el vínculo relacional existente entre un trabajador y su empleador en base a lo acordado por ambas partes es peligroso e incorrecto para el trabajador, toda vez que si lo pactado en el contrato no obedece en la realidad, este debe carecer de valor.

El fundamento de este principio es la imposibilidad que presenta el Derecho del Trabajo de confiar en que todo lo acordado entre el empleador y el trabajador es fidedigno y pertinente, por cuanto este último se encuentra en una situación asimétrica y desmejorada frente a su empleador, siéndole casi imposible el discutir el contenido del contrato de igual a igual. Lo anterior es importante ya que tal como lo establece Palavecino, “Los documentos suscritos entre trabajador y empleador pueden reflejar la verdad, pero también pueden ocultarla para eludir el cumplimiento de obligaciones legales u obtener un provecho ilícito”. (Palavecino, 2006: p. 6).

Este principio encuentra su regulación legal en los artículos 7º y 8º del Código del Trabajo. El artículo 7º define el contrato laboral, mientras que el artículo 8º establece lo que la doctrina denomina “presunción de laborabilidad” (Rojas, 2004: p. 23), aquellas situaciones que permiten deducir la existencia de un vínculo regido por el Derecho del Trabajo verificándose

los elementos fácticos que la constituyen: “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”.

De esta forma, el juez deberá determinar la existencia o no de una relación laboral, teniendo en consideración la prueba ofrecida e incorporada por las partes, no correspondiéndole en ejercicio de esta labor, considerar sólo las cláusulas pactadas por las partes en el contrato.

Entonces cuando la Administración oculta una relación laboral bajo un vínculo de prestación de servicios civiles o contrato de honorarios vulnera, por una parte, el Principio de la Primacía de la Realidad y el texto que la sustenta, es decir, el Art 7º y 8º del Código del Trabajo.

2.6.2.- La importancia de su aplicación en el caso de los trabajadores a honorarios

Primeramente hay que aclarar, que el Principio de la Primacía de la Realidad a pesar de ser un principio del Derecho del Trabajo, y por ende, aplicable a las relaciones laborales que regula el Código del área, es posible aplicarlo a la situación de los trabajadores a honorarios, en virtud de la extensión y amplitud que tienen los principios del Derecho del Trabajo respecto de situaciones que son o pueden ser asemejables a verdaderas relaciones laborales.

La aplicación de este principio resulta fundamental en lo que respecta a la contratación de funcionarios a honorarios. Como se mencionó anteriormente a lo largo de este trabajo, ellos son contratados por el Estado bajo la figura del contrato de prestación de servicios, sin embargo y a pesar de lo anterior, muchas veces en los hechos estos funcionarios realizan una actividad con características que claramente difieren de un contrato de este tipo.

Es así entonces, que en una situación específica donde un trabajador contratado a honorarios al momento de realizar sus funciones recibe órdenes por parte de sus superiores; debe cumplir con determinados horarios; debe desempeñar sus funciones en un lugar fijo designado por el órgano que lo contrata; entre otras características propias de una relación de subordinación y dependencia; no puede ser catalogado de ser una relación de prestación de servicios civiles, sino debe que se debe ser considerada una relación laboral. Es aquí entonces donde resulta importante la aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad, ya que en virtud del mismo, a pesar de que hay una discordancia entre lo que las partes acordaron y lo

que en los hechos acaecen, debe preferirse lo último, en miras de proteger a estos trabajadores, permitiéndose entonces la aplicación de las normas laborales a la relación entre estos y el Estado. Este criterio es el que es utilizado por la Excelentísima Corte Suprema, teniendo como ejemplos los casos mencionados en el punto 2.4 de este trabajo.

CAPITULO III

TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRABAJO.

Para comenzar con el análisis de este capítulo es necesario utilizar un pluralismo metodológico, toda vez que es preciso vincular el Derecho Constitucional con el Derecho del Trabajo, pues al hablar de un mecanismo encargado de proteger derechos fundamentales sin duda alguna lo primero es partir con la principal fuente de ellos.

En tal sentido al igual que otras áreas del derecho, el Derecho del Trabajo ha experimentado grandes transformaciones en el último tiempo. Unas de estas es la constitucionalización del derecho. (Sáez y Montiel, 2013: p. 64).

En palabras de Ugarte a clave será considerar que las normas constitucionales tienen todas, sin distinción, plena eficacia vinculante, incluidas, especialmente, las que estipulan los derechos fundamentales de las personas (eficacia directa de la Constitución), y que, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos, sin necesidad de mediación legal de ningún tipo (Ugarte, 2009: p.8).

Dentro del gran espectro de artículos y derechos reconocidos por nuestra Carta Fundamental, nos ceñiremos a cuatro normas fundamentales:

- a. Artículo 5° inciso segundo: Límites a la soberanía.

La primera norma con la cual partiremos nuestro análisis es el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República que dispone lo siguiente: “el ejercicio de la

soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El precepto anterior hace referencia a los límites que tiene la soberanía, dentro de los cuales están nuestros derechos esenciales, gran parte de estos tienen su fuente en tratados internacionales los que deben estar ratificados por Chile y encontrarse vigente, en materia laboral varios ejemplos podemos señalar tales como el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo⁴, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, Declaración Universal de Derecho Humanos⁶, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸.

b. Artículo 1º: Dignidad.

A lo anterior le sigue el artículo 1º de la Carta Fundamental, el cual señala “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Para Sáez y Montiel esta norma es primordial y la base de los derechos fundamentales, pues hace a toda persona merecedora de un trato respetuoso, cualquiera sea su edad, sexo, condición, estado o nacionalidad. (Sáez y Montiel, 2013: p. 65).

c. Artículo 19 n° 2: Igualdad.

De la mano con el artículo anteriormente mencionado cabe hacer referencia a un principio que sin duda alguna es clave en esta materia, con ellos nos referimos al principio de

⁴ Ratificado por Chile el 20 de septiembre de 1970. En su artículo 1º hace referencia a los términos discriminación, empleo y ocupación.

⁵ Artículo 2.2.

⁶ Artículo 2.1

⁷ Artículo 26

⁸ Artículo 24

igualdad, consagrado tanto en el artículo 1° de la Constitución como en el artículo 19 n° 2⁹ del mismo cuerpo legal. En razón de este precepto correcto sería afirmar que con independencia del sector al cual el trabajador preste sus servicios, en la práctica son iguales ante la ley y por tanto no debiese existir diferencia injustificada entre ellos.

Para Severin la igualdad es entendida por el pensamiento liberal decimonónico como un supuesto o un punto de partida. Es decir, todos somos iguales y todos debemos ser tratados de igual manera. (Severin, 2012: p. 6).

De esta manera, por aplicación del principio de igualdad se debería entender que a los trabajadores del sector público les es aplicable el Código del Trabajo, no sólo por lo dispuesto en el artículo 1° de dicho cuerpo legal, sino porque entender lo contrario sería vulnerar la Constitución, ya que el trabajo humano es uno solo y a pesar de sus matices su regulación debe ser idéntica. (Gamonal, 2011: p.160).

d. Artículo 19 n° 16¹⁰: libertad de trabajo y su protección.

Este artículo lo primero que hace es proteger la libertad de trabajo y su protección, lo que se consagra mediante el reconocimiento de la libertad de contratación, de elección del trabajo con justa retribución y la proscripción a cualquier discriminación.

Respecto a la protección de la libertad de trabajo, esta no apunta solamente a sus manifestaciones particulares de la libertad de contratación y la libertad de elección; por el contrario, estos elementos están dotados de cierto contenido relativo a la noción del trabajo digno, circunstancia que tiene implicancias en nuestro objeto de estudio, puesto que por

⁹“La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre, hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

¹⁰ Artículo 19 n° 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 pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

mandato constitucional no basta garantizar la libre elección del trabajo, sino que es necesario que el mismo sea digno, valor que se ha homologado a la noción de trabajo decente (Neira y Rojas, 2016: p. 23).

Las garantías consagradas en esta norma son del todo relevantes cuando nos referimos al caso de los trabajadores a honorarios, en este sentido, la precariedad laboral se produce por las condiciones anómalas de contratación de los trabajadores a honorarios y, en términos reactivos, en caso de una negativa en la aplicación del Código del Trabajo, implicaría que no exista corrección en la vulneración del ordenamiento jurídico, no solo del Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo, sea de funcionarios del gobierno central o municipal, sino que atentaría al propio Estado de Derecho cristalizado en la Carta Fundamental, según las consideraciones expuestas (Ídem).

En cuanto a la prohibición de cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal- siguiendo con la situación de los trabajadores a honorarios- existen problemas en el hecho de que personas realicen un trabajo similar y reciban un tratamiento normativo o un reconocimiento de derechos distinto, circunstancia que ocurriría con esta clase de trabajadores cuando desarrollan labores semejantes a los funcionarios (Ídem).

Sumado a los preceptos anteriores, es menester destacar un interesante argumento que fue esgrimido por la Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Carolina Luengo Portilla, que dice relación con los criterios de interpretación propios de los derechos fundamentales, en este caso, el “principio pro homine o pro civis”, el cual obliga a extender de la forma más amplia posible, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, por lo que “en caso de duda ante la hermenéutica debe inclinarse la más beneficiosa a tutela de derechos fundamentales”(Varas, 2012: p. 55).

Reconocidos estos derechos a todas las personas, incluyéndose por su puesto como tales a los trabajadores, frente a una afectación de ellos y en el marco de un procedimiento iniciado por una denuncia en que el juez debe ponderar la aplicación de derechos fundamentales constitucionales, más allá de las consideraciones legales, la persona y su dignidad cobran una especial significación para resolver el conflicto. (Sáez y Montiel, 2013: p.

65). Además cabe recalcar que el Estado está obligado al cumplimiento de las leyes y de la Constitución Política de la República, la que en su artículo 19 N° 2 garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley y en el numeral 3 la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, siendo cuestionable que el Estado quiera gozar de privilegios en relación al resto de los empleadores, pues no estamos tratando solo con derechos laborales sino con derechos fundamentales (Marzi, 2010: p. 15-27).

Las disposiciones anteriores nos dan las primeras luces de que aquellos trabajadores que prestan sus servicios para el sector público tienen los mismos derechos que aquellos que los prestan en el sector privado, tan solo por el hecho de ser personas, lo que va de la mano en la aplicación de aquellos mecanismos que buscan proteger la vulneración de sus derechos, ya que sería ilógico tener garantizados derechos mediante una simple incorporación en la ley, sin un adecuado y efectivo mecanismo que se encargue de protegerlos cuando ellos sean vulnerados.

Lo que interesa es que el Estado no esté ajeno del respeto de los derechos esenciales de cualquier tipo de trabajador, sea del sector público o privado, y no sea tratado por los órganos llamados a velar por el cumplimiento de la normativa laboral, de forma privilegiada en base a los principios que hoy inspiran la función pública y la división tajante que se realiza en torno a la existencia de un estatuto específico que excluye toda posibilidad de aplicación del Código del Trabajo (Varas, 2012: p. 15).

2. MECANISMO DE PROTECCIÓN: TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La reforma procesal laboral implementada por la Ley N° 20.087 (DO. de 3 de enero de 2006) y en particular el procedimiento de tutela, es el primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio los denominados derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores – derechos constitucionales no propiamente laborales-, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado donde la acción de los derechos sólo quedaba restringida al cumplimiento de condiciones laborales y económicas mínimas, para dar paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales. (Ugarte, 2009: p. 9).

Desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral muchas han sido las denuncias que se han tramitado en los Tribunales del Trabajo de acuerdo a este procedimiento, de las cuales, las que han generado mayor debate sobre su aplicabilidad, han sido las interpuestas por trabajadores del sector público, ya sean de planta, a contrata o a honorarios, en contra de diversos organismos estatales, fundadas muchas de ellas en actos de discriminación por razones políticas. (Sáez y Montiel, 2013: p. 63).

El marco queda delimitado por el artículo 485 del Código del Trabajo que señala: "El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2º de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

Interpuesta la acción de protección a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, en los casos que proceda, no se podrá efectuar una denuncia de conformidad a las normas de este Párrafo, que se refiera a los mismos hechos".

El precepto anterior consagra el límite que tiene la aplicación de la tutela, el cual se ciñe a ciertos y determinados derechos algunos corresponden a derechos constitucionales del

artículo 19, además de la protección frente a actos discriminatorios del artículo 2º y la indemnidad que consagra el mismo código, sin embargo en ninguna parte del artículo podemos apreciar un límite o una restricción respecto de su aplicación a los funcionarios públicos, es más el artículo habla de trabajadores, mismo término que utiliza el inciso tercero del artículo 1º del Código del Trabajo, el cual fue analizado anteriormente.

Es del caso identificar uno de los debates más recientes respecto a la aplicación supletoria del Código del Trabajo al sector público, este dice relación con la acción de tutela de derechos fundamentales. El punto medular se centra en determinar si los Tribunales de Letras del Trabajo resultan competentes para conocer de acciones de tutela de derechos fundamentales incoadas por empleados públicos, para esto en el siguiente apartado analizaremos cuáles han sido los criterios de la jurisprudencia, y qué es lo que hoy en día prevalece.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA: EL PROBLEMA SOBRE LA COMPETENCIA.

La Corte Suprema ha tenido diversos criterios durante estos últimos años, los que se han manifestado mediante el Recurso de Unificación de Jurisprudencia, principalmente se centran en el problema de la competencia de los Tribunales del Trabajo para conocer materias en las que una de las partes sean funcionarios públicos.

La competencia de los Tribunales del Trabajo, es un tema que se encuentra regulado en el artículo 420 del Código del Trabajo, el que señala expresamente cuales son los casos en los que corresponde conocer a los Juzgados de Letras del Trabajo (Sáez y Montiel, 2013: p. 69).

En los casos de denuncias por vulneración de derechos fundamentales, dos han sido las posturas adoptadas por la jurisprudencia: La primera, que señala la competencia de los tribunales, en virtud de la supletoriedad establecida en el artículo 1º inciso tercero del Código del Trabajo, argumentando que existe vacío legal y, la segunda, que postula precisamente lo contrario, esto es, que no existiría tal vacío, ya que el estatuto administrativo tiene su propia regulación en torno a las calidades funcionarias y que las causales de expiración en los cargos rigen con preferencia excluyendo la aplicación del derecho laboral y que, además, el artículo

485 del Código del Trabajo no incluiría a los funcionarios públicos (Sáez y Montiel, 2013: p. 69-70),

De tal manera, podemos enumerar las siguientes posturas:

- a. El Tribunal del Trabajo es **incompetente** para conocer de una denuncia de tutela de derechos fundamentales interpuesta por funcionarios públicos.

Tal es el caso de la **Sentencia Rol n° 1972-2011** de fecha 05 de Octubre de 2011, en la que funcionarios de la Intendencia Regional de la Araucanía deducen demanda en contra de ella por despidos que han infringido los artículos 2° del Código del Trabajo y 19 n° 1 inciso primero y n° 4 de la Constitución Política de la República. La parte demandada, el Fisco de Chile, al contestar opuso la excepción de incompetencia absoluta del tribunal, basada en que los actores tienen la calidad de funcionarios públicos sujetos a un estatuto especial que no es otro que el Estatuto Administrativo. Dicha excepción fue desestimada en la audiencia preparatoria y el Fisco interpuso reposición, la que también fue rechazada.

En la sentencia definitiva, de dos de noviembre de dos mil diez, se acogió la demanda y se declaró que el Fisco de Chile, a través de las actuaciones del Intendente de la Región de La Araucanía y del Ministro del Interior, ha vulnerado derechos fundamentales de los denunciados con ocasión del término anticipado de sus contratos, estableciéndose como medida reparatoria la condena a pagar la suma que indica para cada uno de los actores, más reajustes, intereses y costas.

Respecto del Recurso de Unificación de Jurisprudencia la Corte Suprema en la sentencia de reemplazo señala lo siguiente:

“Considerando Cuarto: Que de las disposiciones transcritas en los considerandos que preceden (artículo 1° del Código del Trabajo y artículo 1°, 3° y 9° del Estatuto Administrativo), resulta que los denunciados en sus relaciones con la Intendencia Regional se hallaban especialmente sometidos al Estatuto Administrativo y, en forma supletoria, a las normas del Código del Trabajo, pero sólo en los asuntos no regulados por dicho Estatuto y en la medida en que las normas del Código Laboral no fueran contrarias a las de esa normativa especial.

Considerando Quinto: Que de esas mismas disposiciones y de las restantes normas de la Ley N° 18.834, aparece que el Estatuto Administrativo establece su propia regulación en torno a las calidades funcionarias que pueden formar parte de una dotación institucional y en cuanto a las causales de expiración en los cargos de contratados y sus disposiciones rigen con preferencia a quienes integran una dotación como la de que se trata, excluyendo el imperio del derecho laboral común en esos asuntos, al tenor de lo preceptuado tanto en los artículos 1° y 11 del mismo Estatuto Administrativo como en los incisos segundo y tercero del artículo 1 del Código del Trabajo, sin perjuicio de considerarse además el artículo 13 del Código Civil.

Considerando Sexto: Que, por otra parte, el artículo 485 del Código del Trabajo, establece que este procedimiento -de tutela laboral- se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan. Es decir, a la vinculación surgida en los términos de los artículos 7° y 8° del mismo texto legal y, en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, Ley N° 18.834.

Considerando Octavo: Que, en consecuencia, debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratados en una Intendencia Regional en sus respectivos cargos.”

Entre otras sentencias con un criterio semejante podemos señalar las sentencias Rol n° 8118-2011 de fecha 29 de mayo de 2012.

- b. El Tribunal del Trabajo es **competente** para conocer una denuncia de tutela de derechos fundamentales interpuesta por funcionarios públicos.

La sentencia emblemática para esta postura es el fallo dividido en **Causa Rol 10.972-2013** en que la Cuarta Sala de la Corte Suprema -integrada por los ministros Ricardo Blanco, Gloria Ana Chevesich, Carlos Aránguiz y Andrea Muñoz; además del abogado integrante Guillermo Piedrabuena- acogió recurso de unificación de jurisprudencia, presentado en contra

de fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó una demanda de un funcionario de la Central Nacional de Abastecimiento de Salud (Cenabast).

El máximo tribunal determina que los funcionarios públicos no se encuentran limitados por el Estatuto Administrativo para acceder a los procedimientos de Tutela de Derechos Fundamentales del Código del Trabajo.

En tal sentido el máximo tribunal en la sentencia de reemplazo en su considerando 11° hace referencia al artículo 1° del Código del Trabajo, señalando que “el inciso tercero de la referida norma prevé la posibilidad de que a “los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente”, les sean aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos, copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueren contrarias a éstos últimos”.

Luego la judicatura continúa argumentando en base a cada uno de los requisitos copulativos que deben concurrir, en tal sentido respecto del requisito “que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos”, señalan lo siguiente en el considerando 12°: “es posible establecer que revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo no se advierte que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. En efecto, el procedimiento especial de reclamo consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, al que ha aludido la demandada, es un recurso de carácter administrativo que conoce la Contraloría General de la República, por vicios de legalidad que pudieren afectar los derechos conferidos a los funcionarios en dicho Estatuto. Lo anterior significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino sólo a la revisión administrativa del órgano contralor, cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, sin perjuicio que, además, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo, en circunstancias que el procedimiento de tutela laboral comprende cualquier acto ocurrido en la relación laboral que, como consecuencia del ejercicio de las facultades del empleador, implique una lesión en los derechos fundamentales del trabajador, en los capítulos que especifican los incisos 1° y 2° del artículo 485 del Código del Trabajo”.

En cuanto al segundo de los requisitos, esto es “que no fueren contrarios a estos últimos”, señalan en el considerando 13º que: “tampoco se encuentra en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y, es que no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado. Se equivoca, pues, la demandada, al pretender contraponer lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 18.575, que establece que el personal del Estado se regirá por las normas estatutarias en cuanto al ingreso, deberes, derechos, responsabilidad administrativa y cesación de funciones, con el procedimiento de tutela laboral, toda vez que este último tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral y, en ningún caso, modificar u obviar el estatuto laboral que rige a los funcionarios públicos, respecto de quienes lo que se pretende es aplicar -cualesquiera sean las características del régimen de trabajo- un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte del empleador”.

De tal manera el máximo tribunal termina fallando en su considerando 16º los siguiente: “Que, así las cosas, debe concluirse que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de autos, toda vez que el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, lo habilita para conocer las “cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales” y la acción de tutela laboral, ejercitada por un funcionario público que denuncia una conducta de su empleador que, a su juicio, afecta sus derechos fundamentales es, precisamente y a la luz de lo preceptuado en el artículo 485 del Código del Trabajo, una de aquellas “cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales”, que la referida judicatura está llamada a resolver, conforme a la interpretación de la normativa laboral que aquí se ha venido desarrollando”.

Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que según también se dijo, deben considerarse “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en

consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador.

Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador -artículo 17 inciso 2º- y ha reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos”.

Este fallo ha significado importantes avances para los trabajadores del sector público, lo primero es lograr acceso a la jurisdicción, la cual con anterioridad se veía limitada, pues la postura de los tribunales y en especial de la Corte Suprema, era la incompetencia de los tribunales laborales de primera instancia para resolver causas en que se vieran involucrados derechos de los trabajadores de la función pública, circunscribiendo su actuar a la Contraloría General de la República, quien no ejerce jurisdicción sino que su principal función es controlar el cumplimiento de las normas estatutarias.

Por otro lado, cabe destacar, el reconocimiento expreso que hace este fallo en sus considerandos finales al derecho a no discriminación y dignidad como persona humana, lo que sin duda posiciona a los funcionarios públicos como trabajadores en una relación que es considerada como laboral. Se señala además el derecho a igualdad que tienen tanto los trabajadores del sector público como los del privado en acceder al procedimiento de tutela laboral, cuando vean vulnerados sus derechos sin distinción si están o no regidos por un régimen estatutario.

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

En este capítulo, haremos un breve análisis de la relación que hay entre los funcionarios públicos y el Derecho del Trabajo desde distintos sistemas, para esto examinaremos en primer lugar la situación de Italia, donde el proceso de laboralización ha cobrado gran fuerza destacándose entre sus semejantes, para luego continuar con el análisis de España quien a pesar de estar escalones más abajo que Italia, en el transcurso de estos años ha tenido avances que podemos destacar en comparación a la situación chilena.

1. ITALIA: UNA LABORALIZACIÓN MÁS ATREVIDA Y ORIGINAL.

1.1. Desarrollo de la laboralización italiana.

En Italia, el modelo de función pública, como muchas otras instituciones administrativas de ese país, ha estado directamente inspirado por el modelo francés. En él se ha evidenciado un fenómeno de laboralización notable, aunque no pasó inicialmente como en Alemania, por la división del personal de las Administraciones Públicas en dos colectivos, de funcionarios y trabajadores, sino por la vía de la aplicación de alguna de las instituciones más típicas del Derecho Laboral, la negociación colectiva, y de forma intensa al conjunto del funcionariado de carrera (Parada, 1998: p. 397).

La laboralización del régimen del empleo público que ha tenido lugar a partir de 1993 ha puesto fin al Estatuto legal de los funcionarios (con escasas excepciones) y ha abierto paso a la negociación colectiva en cada administración de casi todas las condiciones de trabajo. Ello sin perjuicio de que se negocien de manera unitaria y a escala nacional algunos aspectos de la relación de empleo, mediante convenios marco o nacionales, para evitar agravios comparativos (Sánchez, 2016: p.23). Si bien en un comienzo este proceso de laboralización recibió distintas denominaciones a lo largo de sus etapas, tales como “privatización del empleo público”,

“contractualización” y “privatización”, el objetivo central en todas ellas fue la homogeneización de las condiciones de trabajo (Marzi, 2011: p. 5).

El proceso se inició con la aplicación de una importantísima institución: la negociación colectiva. En un primer momento existían ciertas materias que estaban reservadas a una regulación unilateral, y que quedaban excluidas de la regulación mediante convenios. Con posterioridad en el Decreto legislativo de 3 de febrero de 1993 ha operado una laboralización en general de los empleados públicos a excepción de algunos cuerpos especiales y de los dirigentes generales que mantienen un estatuto de Derecho público, remitiéndose a la jurisdicción laboral el conocimiento de los conflictos que suscite la aplicación de tal.

En efecto, la laboralización ha afectado a todo el personal de la Administración central, Entes institucionales, Administraciones territoriales regionales y locales. Sólo mantienen su estatuto funcional los Jueces y Magistrados, Fiscales, Abogados y Procuradores del Estado, Militares y Policía, Diplomáticos a partir de Secretario de Legación y carrera prefectural desde Vice consejero de Prefectura y los “dirigentes generales”. A éstos les corresponde llevar a cabo los objetivos y programas determinados por el Ministro, así como la gestión financiera, técnica, administrativa y contable, además de la competencia para dictar actos que tengan efectos hacia el exterior con poderes de gasto, de organización de los recursos humanos, instrumentales y de control. Sin embargo, esta reserva al estatuto funcional de las funciones de alta dirección se ha visto un tanto adulterada por la posibilidad, excepcional pero existente, de que sean nombrados dirigentes generales, además de los funcionarios con cualificación directiva en las respectivas administraciones o provenientes de entes institucionales con cinco años de experiencia en la función directiva, personas por completo ajenas a la Administración que quedarán unidas a ella por contratos de Derecho privado, con una duración máxima de cinco años y renovables por una sola vez. (Del Saz, 1995: p.52).

1.2. Características principales.

Las principales características del modelo italiano vendrían a ser las siguientes:

- a. El empleo público en Italia viene determinado por su laboralización, que consiste principalmente en que las condiciones se contienen en contratos individuales y

convenios colectivos, se regulan de acuerdo con el Derecho Civil y Laboral y los contenciosos se dirimen en la Jurisdicción de lo Social.

- b. Este proceso comenzó con la aplicación de instituciones más típicas del Derecho Laboral como fue la negociación colectiva, lo cual con el transcurso del tiempo se llegó a la asimilación, prácticamente total, de los funcionarios públicos a los trabajadores del sector privado.
- c. La selección es uno de los pocos ámbitos de la relación de servicios que se mantienen sujetos al Derecho Público. Hay cuatro formas de selección: La oposición pública, la selección mediante el desarrollo de pruebas específicas para la comprobación de la profesionalidad requerida, mediante llamada de los inscritos en las listas de las oficinas de empleo y en las listas especiales de empleo que se refieran a categorías especialmente protegidas – huérfanos o inválidos.
- d. La carrera administrativa se desarrolla en el escalafón y dentro de la categoría funcional, siendo la antigüedad el criterio predominante en el ascenso de categoría.

1.3. Laboralización vía negociación colectiva y huelga.

Cabe destacar- en comparación a la realidad chilena- la admisión del derecho a la negociación colectiva y a la huelga, con ciertas particularidades necesarias para la protección del interés público, como el aseguramiento de entrega de servicios esenciales en caso de huelga y, algo sumamente importante -si no el que más- a la hora de admitir la contratación colectiva en la administración: el resguardo al gasto público. (Marzi, 2011: pp. 6-7).

En el caso de los funcionarios públicos, el sistema de representación de los trabajadores es distinto (Ley 29, 3 de febrero de 1993), si bien los derechos son los mismos. Los convenios colectivos regulan la elección y duración del período durante el cual actúa un representante de los trabajadores. Los representantes se cambian tras firmar un nuevo convenio colectivo. Los convenios colectivos no reconocen a los representantes de los

trabajadores ninguna codeterminación de derecho, sino únicamente el derecho a ser informado y consultado acerca de las decisiones más importantes de la empresa.

En lo que refiere a la huelga la Constitución italiana reconoce el derecho a la huelga, el cual debe ejercerse dentro de los límites que fija la ley (artículo 40). Sin embargo, solamente existe una ley que regule el derecho a la huelga, y se refiere a los servicios públicos esenciales (Ley 146, 12 de junio de 1990), por lo cual existe una gran libertad a la hora de convocar una huelga. La Ley 83, de 11 de abril de 2000, extendió la ley anteriormente mencionada a los servicios públicos esenciales prestados por cierto número de categorías de trabajadores por cuenta propia, profesionales y artesanos. Algunos trabajadores no pueden declararse en huelga (personal militar y miembros del cuerpo de policía); para otros, el derecho a la huelga tiene ciertos límites (por ejemplo, los marineros no pueden declararse en huelga mientras están navegando).

Otro punto a destacar es el caso de la judicatura italiana, ya que como sabemos nuestros tribunales han tenido distintas posturas en cuanto a la competencia para resolver cuestiones laborales en las que una de las partes es un funcionario público, en Italia la Ley 80 de 1998 trasladó a los tribunales laborales la competencia de atender los casos propuestos por funcionarios públicos, que anteriormente trataban los tribunales administrativos. En la actualidad, la misma ley exige al querellante que, antes de llevar el caso a los tribunales, trate de resolver el conflicto mediante una conciliación, la cual tiene lugar ante un funcionario laboral público o bien mediante un procedimiento de resolución sindical.

Sin embargo una de las grandes carencias del sistema italiano es que no posee de una acción de protección como la consagrada en el artículo 20 de nuestra Constitución chilena ni tampoco una tutela de derechos fundamentales. Según Marzi una explicación posible se encuentra en que el modelo italiano se funda en la tutela de los trabajadores por la vía sindical y, en cuanto a los derechos fundamentales inespecíficos, éstos tienen cierta cobertura a nivel de legalidad ordinaria en base a lo establecido en el *StatutodeiLavoratori* de 1970, cuyo nombre mucho dice sobre sus ejes “Normas sobre la tutela de la libertad y dignidad de los trabajadores, de la libertad sindical y de la actividad sindical en los lugares de trabajo y normas sobre colocación”. Esta normativa logró evolucionar y resistir bastante bien al paso del tiempo, dentro de la combinación de protección legal y una tutela autónoma fuerte de las

organizaciones sindicales. (Marzi, 2011: p. 8). Muestra de lo anterior es lo preceptuado en el Estatuto de los Trabajadores, el cual reconoce la libertad de asociación y la libertad de actividad sindical en el puesto de trabajo. Tales derechos se garantizan asimismo a los funcionarios- excepto en el caso de personal militar, que cuenta con representantes que no pertenecen a los sindicatos-. Si bien la Ley 121 de 1 de abril de 1981 también garantiza la libertad de afiliación y actividad sindical a la policía italiana- *Polizia di Stato*,- no le reconoce el derecho a huelga y aquellas actividades sindicales que pudieran comprometer la seguridad pública.

2. ESPAÑA: UN SISTEMA DUAL CON RECONOCIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA.

2.1. Desarrollo de la laboralización española.

En sus orígenes, España se vio influenciada por el régimen unilateralista de Francia, pero luego se vio obligada a efectuar cambios en el empleo público constitucional; así se aprueba la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública N° 30/1984 de 2 de agosto de 1984, la que fue cambiada posteriormente por la Ley de Modificación de la Reforma de la Función Pública N° 231/1988 de 28 de julio de 1988.

Dentro de la función pública de España, podemos distinguir las siguientes etapas:

- a. El sistema cerrado que se impone desde mitad del siglo XIX.
- b. La que se inicia con la Ley de Funcionarios del Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero de 1964, en el que se suprimen los grados o categorías personales a los cuerpos funcionariales, para orientarse hacia un sistema de inspiración anglosajona, tanto de Inglaterra como el de Estados Unidos
- c. El sistema abierto que se inicia con la promulgación de la Ley de Medidas de 2 de agosto de 1984, con la cual se admite una aplicación paralela de un régimen funcional con uno laboral. Se admite un régimen paralelo de Derecho Laboral sin una delimitación específica entre la aplicación de uno u otro régimen, quedando al criterio

de cada Administración la determinación de los puestos de trabajo que ocupará el personal funcionarial y laboral (Varas, 2012: p. 20).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987 - que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la citada ley - declara inconstitucional varios de los preceptos e impuso un cierto cambio de rumbo en el proceso de laboralización de la función pública, nos referimos al apartado primero del artículo 15, el cual dejaba en manos de la Administración determinar que puestos debían ser servidos por funcionarios y cuáles por personal laboral, haciendo intercambiables ambos regímenes, la sentencia consideró que este precepto era inconstitucional, disponiendo que “habiéndose optado la Constitución – artículo 103.3 – por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y en qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública”.

- d. Ley 7/2007 del 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público – en adelante EBEP- conlleva la coexistencia de un modelo dual de empleo público funcionario-laboral. El EBEP contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio.

2.2. Clasificación y régimen jurídico aplicable a los funcionarios públicos.

Para poder entender el sistema español se hace necesario hacer una breve enumeración entre los distintos tipos de funcionarios públicos que componen el sistema administrativo español, en tal sentido distinguimos:

- a. Funcionarios de carrera.¹¹

Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

¹¹Ver artículo 9º del Estatuto Básico del Empleado Público.

b. Funcionarios interinos.¹²

Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- La sustitución transitoria de los titulares.
- La ejecución de programas de carácter temporal.
- El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

A estos funcionarios les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, esto es el Derecho Administrativo.

c. Personal laboral.¹³

Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

En cuanto a legislación aplicable al empleo público laboral el artículo 7 del EBEP dispone que: “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan.”

Los preceptos del EBEP que se aplican por igual a funcionarios y personal laboral son muy numerosos, tanto que puede decirse que este estatuto contiene la regulación de una verdadera relación laboral especial de empleo público, respecto de la cual la legislación laboral

¹²Ver artículo 10º del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹³Ver artículo 11 del Estatuto Básico de Empleados Públicos.

común es de aplicación supletoria. Estas normas constituyen a veces legislación laboral mínima, mejorable a través de la negociación colectiva, aunque otras, por su propia naturaleza y contenido – por ejemplo, la que impide acordar incrementos salariales superiores a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales de Estado (art.21.2) – son normas de *iuscogens*, de ineludible observancia.

d. Personal eventual.¹⁴

Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

Respecto a su régimen jurídico, al igual que los funcionarios interinos, les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

En síntesis el sistema español tiene un régimen dual, más parecido a lo que tenemos en nuestro sistema, pero con ciertas diferencias, ya que reconoce el derecho a negociación colectiva y huelga que tienen los funcionarios públicos. Este régimen en palabras de VARAS, conlleva serios problemas de discriminación para ambos colectivos de trabajadores, pero el trasfondo de dicha discriminación radica en que el trabajo humano, independientemente de quien sea su acreedor, debiese tener idéntica regulación, al menos en sus líneas generales, para así evitar que en un mismo país existan trabajadores de diversas categorías, y lo que es peor aún, que en una misma organización o servicio público, convivan trabajadores con diversas categorías de derechos y obligaciones (Varas, 2012: p.20). Concordamos con lo que señala Varas, sin embargo si bien es cierto que se han mantenido las diferencias entre las relaciones estatutarias y contractuales, vulnerando muchas veces -la primera- la autonomía de la voluntad, no se puede dejar de señalar que cada vez es más importante el papel que desempeña la negociación colectiva funcionarial.

¹⁴Ver artículo 12 del Estatuto Básico de Empleados Públicos.

2.3. Resguardo de Derechos Fundamentales y uso del derecho colectivo laboral: negociación colectiva y huelga.

Respecto al resguardo de los derechos fundamentales, en España coexisten diversas clases de personal en el ámbito público: el funcionario y el personal laboral. Pese a esa diferencia de estatuto, sobre el punto específico relativo a la tutela de derechos fundamentales tenemos que ambos tipos de trabajadores acceden a una acción de este tipo y con un diseño similar. En el caso del personal laboral deberán actuar en la jurisdicción laboral (llamada “social”) promoviendo un juicio de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas”; y, en el caso de los funcionarios, actuarán en el contencioso administrativo. Pero en ningún caso carecen de una vía procesal adecuada de protección a estos derechos (Marzi, 2011: p. 9).

El proceso de laboralización en España no ha estado ajeno a la impregnación en el régimen estatutario del reconocimiento del derecho a negociación colectiva y el derecho a huelga. Por mucho tiempo hubo una fuerte oposición a la sindicación de los funcionarios públicos, principalmente porque ello se consideraba incompatible con la prosecución del interés general, y porque imperaba fuertemente la idea de que las condiciones laborales de los trabajadores del sector público debían ser fijadas de forma unilateral por el Estado, a través de leyes y reglamentos. Sin embargo finalmente la fuerza de los hechos terminó por imponerse, y comenzó a reconocerse el derecho de asociación de los funcionarios públicos. (Varas, 2012: p. 21).

CONCLUSIONES

Como vimos durante este trabajo, en una escala general, desde el punto de vista de los que le prestan servicios al Estado, podemos encontrar: a los funcionarios de planta que prácticamente ya son minoría y que se supone gozan de una gran estabilidad en el empleo mediante la inamovilidad-; los funcionarios a contrata que tienen cierta protección social pero carecen de un sistema de causalidad en su forma de extinción y por último, los contratados a honorarios que es de naturaleza civil. Podemos notar entonces, que dentro de nuestra Administración tenemos empleados regidos por distintas normativas, generándose grandes problemas para estos, entre ellos, temas relativos a la igualdad y clima laboral sumado a problemas técnicos relativos con la dificultad de determinar bajo qué régimen o normativas regirse.

Efectivamente la aplicación directa del Derecho del Trabajo es demasiado atractiva, principalmente por su función protectora, siendo incluso más atractiva su aplicación que la de las normas laborales chilenas en concreto, ya que muchas veces estas últimas resultan ser bastante precarias. En este sentido sería preferible para los funcionarios públicos, el tener un sistema de gran protección y estabilidad, como ocurría antes. Sin embargo, en la práctica lo que ocurre es que los servicios públicos generalmente van a contratar a su personal mediante la figura de las contrata u honorarios, siendo estas formas de contratación más favorables para el Estado. Por lo que, en virtud de lo antes dicho, es mucho más beneficiosa la aplicación del Código del Trabajo a esta clase de empleados.

En razón de lo anterior, ha surgido como una nueva opción, la incorporación del contrato de trabajo al sistema público, ya que desde el punto de vista del que va a trabajar, es mucho más atractivo el régimen laboral, porque por lo menos podrá acceder a una serie de beneficios, entre ellos recibir una indemnización por años de servicios, feriados legales y proporcionales, entre otros. Pero sobre todo es sumamente interesante esta posibilidad porque permitiría el acceso a la judicatura laboral, la que junto a su normativa tienen un criterio orientado a la protección del trabajador diferenciándose del Derecho Administrativo, el cual considera los problemas de estos funcionarios como una cuestión bastante secundaria, preocupándose más en los logros de los fines estatales.

Entonces si nos preguntamos cual sistema normativo es mejor para regir a los empleados públicos, debemos considerar que por un lado, encontraremos el Derecho del Trabajo, derecho que en nuestro país muchas veces resulta precario. Mientras que por otro, encontraremos la situación de funcionarios públicos que se rigen por Estatutos muchos más restrictivos y precarios.

Según nuestro parecer lo ideal sería establecer un régimen único que trate de equiparar ambas regulaciones en un punto intermedio y no aplicar derechamente la legislación laboral o administrativa en su totalidad respecto de los funcionarios públicos (funcionarios de planta y a contrata). En este sentido, adoptamos el proceso de laboralización como aquel que entiende el arribo del Derecho del Trabajo mediante sus instituciones más características, y no como aquel que busca sustituir de manera absoluta el régimen de función pública por el Derecho del Trabajo.

Consideramos que un futuro estatuto que regule la función pública debiese abordar todos los problemas que hoy en día dan lugar a las disfuncionalidades que ponen en manifiesto desigualdades injustificadas.

Si a los estatutos administrativos que regulan los funcionarios públicos, se le añadieran determinadas instituciones y mecanismos propios del Derecho Colectivo del Trabajo – tales como, el derecho a negociación colectiva y derecho de huelga, entre otras – se subsanarían varias falencias que estos actualmente poseen, logrando fortalecer las relaciones laborales, como ha ocurrido con los procesos de laboralización realizados en países tales como Italia y España. Sin embargo, en este punto es donde la administración se torna renuente a la incorporación de tales instituciones.

En relación a los funcionarios a honorarios, creemos que quedo más que claro la necesidad de la creación de normas e instituciones que les den certeza jurídica a todas las personas que están contratadas bajo esta modalidad, certeza respecto al hecho de que si, efectivamente realizan prestación de servicios civiles, se rijan por el propio contrato. Pero si por otro lado, realizan labores que suponen en los hechos un vínculo de subordinación y dependencia durante un tiempo considerable, puedan sentirse seguros que su relación laboral se considere bajo la modalidad de un contrato de trabajo, siéndole aplicables todas las normas

relativas a esta rama del derecho, aplicando directamente el Principio de la Primacía de la Realidad.

Por último, resulta muy relevante el reconocimiento y aplicación de la Acción de Tutela de Derechos Fundamentales, siendo esta una de las instituciones necesarias del Derecho Laboral que deben extrapolarse al ámbito de la regulación administrativa. Pues, es sin duda, un mecanismo idóneo para que esta clase de trabajadores hagan valer el respeto de sus derechos fundamentales y cuenten con una judicatura que vele por su protección, de modo tal, que se logre adoptar las medidas necesarias para cumplir con el mandato constitucional de igualdad.

La tarea de enriquecer la función pública mediante estos mecanismos de acción y derechos reconocidos por el derecho laboral, no está en seguir la “huida del derecho administrativo”, sino que corresponde establecer un nuevo sistema que permita hacer compatibles la protección de los intereses públicos con la garantía de los derechos de aquellos que desempeñan sus labores en este sector y que por lo demás, permiten que la función pública exista y avance en la búsqueda de un desempeño eficiente y eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, Francisco (2009): *Manual práctico de derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters, Santiago.

ARREDONDO, Félix (2015): “Los trabajadores a honorarios como una arista de la modernización del estado” en *Nodo XXI* N° 9 pp. 16-27.

BARRERA, José y RETAMAL, Karina (2009): *El Fraude a la Ley Laboral*. Memoria para Optar al Grado de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile.

DEL SAZ, Silvia (1995): “La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección”, en *Revista de Documentación Administrativa*, N° 243, Madrid.

- LANATA, Gabriela (2010): *Contrato individual del trabajo*. Editorial Thomson Reuters. Santiago.
- MARZI, Daniela (2011): “Tutela de derechos fundamentales en el sector público y el avance de la realidad”, en *Revista Laboral Chilena*, N° 194.
- MELLA, Patricio y DOMÍNGUEZ, Álvaro (2012): “Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIX, pp. 177-219.
- PALAVECCINO, Claudio (2006). “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Separata del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- PARADA, Ramón (1998): *Organización y empleo público*. Madrid.
- PICART, Sylvia (2014): “Tutela de derechos fundamentales de los trabajadores del estado de Chile ¿es necesario un reconocimiento normativo expreso?”, *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, Universidad de Talca, N° 3. Talca.
- SÁEZ, Lilian y MONTIEL, Moisés (2013): *Tutela de Derechos Fundamentales de los Funcionarios Públicos: Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*. Santiago.
- SÁNCHEZ, Miguel (2006): “La reforma del empleo público en el actual Estado de las Autonomías: propuestas de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el alcance de la legislación básica y la cooperación entre Administraciones” Disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/41-01_ManuelSanchezMoron.pdf. Fecha última consulta: 31 de Octubre de 2016.
- THAYER, Williams y NOVOA, Patricio (2010): *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- UGARTE, José Luis (2006): “Los derechos fundamentales del trabajador: el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Ensayos jurídicos*. Universidad Alberto Hurtado.
- UGARTE, José Luis (2011): “Los derechos fundamentales del trabajador y la buena fe en el debate español”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI. Valparaíso.

VARAS, Karla (2012): “Laboralización de la función pública en Chile”, Tesis de Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Talca- Universidad de Valencia.

VARAS, Karla (2013): “El Código del Trabajo y la función pública: análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, en *Revista Laboral y de la Seguridad Social* N°3.

Jurisprudencia citada:

Sentencia Juzgado de Letras de Valparaíso (2010): Caso Urrutia vs. Universidad de Valparaíso.

Sentencia 1° Juzgado de Letras de San Fernando (2016): Caso Orellana vs. Ilustre Municipalidad de Chimbarongo.

Sentencia Juzgado de Letras de Cañete (2016): Caso Ulloa vs. Ilustre Municipalidad de Tirua.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (2005): Caso García Triviño Soraya De Lourdes/ VTR Global Com S.A

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción (2007): Caso Carlos Paolo Bosne Pino Con INTERCOB LTDA

Sentencia de la Corte Suprema (2005): Caso Burky vs. Toledo Niño de Zepeda.

Sentencia de la Corte Suprema (2011): Caso Castillo vs. Intendencia Regional de la Araucanía.

Sentencia de la Corte Suprema (2013): Caso Bussenius vs. Central Nacional de Abastecimiento.