



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
ESCUELA DE DERECHO



*Tesina de Derecho*

**TUTELA LABORAL  
Y SU APLICABILIDAD A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**

*Alumnos: María Paz Figueroa Moya*

*Rodrigo Eduardo Castro Monsalve*

*Profesor: Sr. Hugo Silva Figueroa*

*Diciembre 2011.*

## RESUMEN

A lo largo del siguiente artículo daremos respuesta a la pregunta: la Tutela Laboral, ¿debe aplicarse indistintamente al trabajadores particulares y empleados públicos?.

Para ello se tratará la diferenciación que existe, desde el punto de vista legal, entre trabajadores y funcionarios públicos y el consecuente estatuto jurídico que regirá las relaciones en uno y otro ámbito respecto de la parte empleadora. Así como las evidentes desventajas que este trato diferenciado implica, principalmente respecto de la aplicación del procedimiento de Tutela Laboral como mecanismo de protección de los Derechos fundamentales de los trabajadores.

Se realizará, de este modo, un análisis crítico respecto de la indefensión que aqueja a los funcionarios públicos respecto del Estado, considerado para estos efectos como empleador, en relación con la protección de sus Derechos, reflejando una suerte de discriminación hacia los empleados a la par que un privilegio injustificado para el Estado, lo que resulta a lo menos discutible en tanto es el propio Estado el encargado de velar por la protección de estos Derechos.

TUTELA LABORAL - FUNCIONARIO PUBLICO - DERECHOS FUNDAMENTALES  
- ESTADO – DISCRIMINACION

## ABSTRACT

Over the course of this article we will give answer to the question: labor guardianship, should it be applied indistinctly to private employees and public employees?

To resolve that, we will work in the differentiation that exists between them, under the legal point of view, and the consequent legal system that will regime in the relationships in both field in relation with their employer, as well as the obvious handicaps that this kind of differentiation imply, mostly in terms of the application of the procedure of labor guardianship as mechanism of protection of the fundamental rights of the employees.

Under this consideration, will take place a critical analysis of the exposed situation that affects the public employees in relation with the State, considered for this effects as an employer, in relation with the protection of their rights, reflecting a kind of discrimination towards the employees and an unjustified privilege to the State, situation that results at least arguable because is the same State the responsible of the custody and protection of this rights.

LABOR GUARDIANSHIP – PUBLIC EMPLOYEES – FUNDAMENTAL RIGHTS –  
STATE - DISCRIMINATION

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN.-</b> -----	5
Planteamiento del Problema y objetivos	
<b>CAPITULO I. “DEL RESGUARDO DE LOS DERECHOS EN EL TRABAJO”</b>	
<b>1.-</b> Constitucionalización del Derecho Laboral.-----	8
<b>2.-</b> Laboralización de la Función Pública.-----	10
<b>CAPITULO II.- “EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA Y FUNDAMENTOS DE SU DEBIDA APLICACIÓN”.</b>	
<b>1.-</b> Importancia de la protección de los Derechos Fundamentales en ámbitos que se desarrollan con Trabajo subordinado. -----	12
1.1.-Los principios del Derecho Laboral	
1.1.1 Subordinación y Dependencia	
1.1.2 Primacía de la Realidad	
<b>2.-</b> Normas de remisión entre el Estatuto administrativo y el Código del Trabajo: El problema de la competencia -----	22
2.1.-La competencia de los tribunales Laborales.	

**CAPITULO III.- “LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO”.**

1.- Derechos asociados a la libertad sindical desde el punto de vista  
funcional: La negociación colectiva y huelga en el Sector Público ----- 28

**CAPITULO IV.- “SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE”**

1.- Despidos en el sector público y la Tutela Laboral.----- 30

2.- Jurisprudencia ----- 32

**CONCLUSIÓN.-** ----- 36

**BIBLIOGRAFÍA .-** ----- 38

## **INTRODUCCIÓN**

### *EL PROBLEMA DE LA TUTELA LABORAL Y SU APLICACIÓN A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS*

El presente artículo se encuentra circunscrito al ámbito del Derecho del Trabajo en íntima relación con el Derecho Administrativo, en tanto se refiere, en un primer aspecto, a la distinción que existe desde el punto de vista legal entre los trabajadores y los funcionarios públicos y el consecuente estatuto jurídico que ha de regir en uno y otro ámbito poniendo énfasis en la aplicación del procedimiento de Tutela Laboral, como mecanismo de protección de los Derechos fundamentales de los trabajadores.

Así, desarrollaremos a lo largo del siguiente Trabajo, un análisis crítico respecto de la indefensión que aqueja a los funcionarios públicos respecto del Estado, considerado para estos efectos como empleador, y buscaremos responder a la pregunta: la Tutela Laboral ¿debe aplicarse indistintamente a trabajadores regidos por el Código del Trabajo y a los funcionarios públicos?

El tema a desarrollar es considerado de suma importancia puesto que da cuenta de las desventajas que implica el trato diferenciado que se da a los funcionarios del Estado, especialmente, en lo relativo a la Tutela de sus Derechos fundamentales inespecíficos, Derechos que más allá de estar directamente relacionados con el ámbito Laboral, pertenecen de manera inherente a toda persona por su calidad de tal.

Lo anterior implica una suerte de discriminación a los funcionarios, a la par que constituye un privilegio injustificado en favor del Estado, lo que resulta, desde nuestro punto de vista a lo menos cuestionable, considerando, especialmente, que es el propio Estado el encargado de velar por la protección de estos Derechos.

Para ello nos valdremos en primer lugar de aquello que mueve y determina al Derecho del Trabajo, como son los principios sobre los cuales se construye, la escasa pero creciente jurisprudencia nacional que ampara a los funcionarios del Estado ante las vulneraciones del mismo respecto de sus Derechos fundamentales, la doctrina de reconocidos y renombrados autores laboristas.

La Constitucionalización del derecho laboral es el punto inicial de el presente ensayo en tanto constituye el primer reconocimiento de los dechos fundamentales dentro de la empresa, imponiendole a la misma una cierta obligación de respeto frente a los derechos constitucionales de aquellos sujetos que prestan servicios laborales y que se encuentran regidos por sus normas.

El segundo capítulo se referirá a la laboralización de la función pública como una tendencia, y a nuestro parecer una necesidad, que obedece a criterios basados en los principios del Derecho del Trabajo y a razones históricas de carácter sociológico. Presenta, además, argumentos que explican la diferenciación que hace el derecho administrativo respecto de los funcionarios con un claro afán de independencia y autonomía.

La necesidad de aplicar el procedimiento de Tutela Laboral a los funcionarios públicos responde también, a los principios que estructuran el derecho laboral y que se encuentran presentes en todas las relaciones donde exista trabajo subordinado, tales como la primacía de la realidad y la subordinación o dependencia.

La remisión normativa que existe entre el Código del Trabajo y sus leyes complementarias en relación con el estatuto Administrativo configura el principal camino para la posibilidad de aplicar el procedimiento de tutela a los funcionarios públicos, presentamos las diversas interpretaciones posibles de aquel juego de normas, especialmente en cuanto a la Competencia de los Tribunales, uno de los principales conflictos actuales en materia de Tutela laboral.

Otro de los temas de mayor relevancia hoy en día en relación con la Tutela son los despidos discriminatorios o bien injustificados, siendo la hipótesis de mayor aplicación del procedimiento en cuestión.

Finalmente presentamos un análisis en torno a la escasa pero creciente jurisprudencia nacional sobre la Tutela Laboral, tanto en cuanto a los trabajadores y en relación a los funcionarios públicos, cual es el fondo de este artículo.

## *PLANTEAMIENTO DE OBJETIVOS.-*

### OBJETIVO GENERAL:

Llevar a cabo un análisis respecto de la aplicabilidad del procedimiento de Tutela Laboral, sobre la legislación vigente y el comportamiento jurisprudencial, a la par que dar cuenta de la necesidad de implementarlo en el derecho nacional.

### OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

. Determinar la similitud entre las funciones realizadas al alero del sector privado y público desde el punto de vista de sus características.

. Cuestionar el actual sistema diferenciador que implica la imposibilidad de brindar protección a los funcionarios públicos respecto de su empleador, en cuanto sujetos titulares de Derechos fundamentales.

. Analizar la legislación vigente en torno a la Tutela Laboral y la función pública.

. Postular la necesidad de la aplicación del procedimiento de Tutela Laboral a los funcionarios públicos, demostrar su viabilidad y principalmente presentar argumentos en favor de esta aplicación que permitan entenderla como imperativa.

## CAPITULO I : “DEL RESGUARDO DE LOS DERECHOS EN EL TRABAJO”

### LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL

La constitucionalización del Derecho importa un cambio de paradigma respecto del antiguo estado legal del Derecho. Se trata del efecto expansivo e irradiante de la Constitución respecto de todas las áreas del Derecho.

Este ingreso de la constitución constituye uno de los periodos más relevantes dentro del proceso de evolución del Derecho Laboral, y más aún, del Derecho en su conjunto, es el conocido desde la década de los sesenta como el “*ingreso a la fábrica*”, conocida en EE.UU como *work place democracy*, (ALEXY, 2002: p 512) que consiste en la incorporación y el reconocimiento de normas de carácter constitucional e inespecífico a las legislaciones Laborales, para proteger a los particulares respecto de actos vulneratorios por parte del Estado, así como, la posterior ampliación del sujeto activo a los propios particulares, postulada por la jurisprudencia alemana bajo la denominación de la teoría de la “*Drittwirkung der Grundrechte*” u “*Horizontalwirkung*” (ALEXY, 2002: p 513), permitiéndose así una aplicación horizontal es decir, que no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos sino que también afecta las relaciones entre particulares, dentro del sector privado.

Se establece de este modo una eficacia de las normas constitucionales, al interior de la legislación Laboral, tanto mediata o indirecta, es decir, desde el Estado a los particulares, así como una de tipo inmediata o directa, que es aquella que implica las relaciones a un nivel meramente particular, lo que constituye la gran novedad de todo este proceso y que corresponde a la posibilidad de que los particulares esgriman en contra de otros particulares y en ámbito de las relaciones privadas, los Derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el Derecho de propiedad, el Derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el Derecho a la intimidad o el Derecho moral de autor. (UGARTE, 2007: p. 258)

Así las cosas, el rol fundamental del Derecho Laboral es y ha sido, evitar los posibles abusos dentro de una relación de poder que se genera a partir del vínculo Laboral, que se inscribe dentro de aquellas relaciones en que existe un sujeto con autoridad por

sobre otro, pudiendo equipararse, sin duda alguna, a la lógica propia de los Derechos fundamentales, lo que permite fundar este reconocimiento de la eficacia horizontal.

Las normas de Tutela de los Derechos fundamentales de los trabajadores, aglutinadas en Chile, en torno a un nuevo procedimiento Laboral, están lejos de ser solamente una reforma más: son la huella mas patente en el Derecho legal chileno del intento por dar eficacia a las normas constitucionales en el ámbito del Trabajo. Al mismo tiempo, representan una notable expansión política del Derecho del Trabajo, que deja de preocuparse sólo de las condiciones salariales del trabajador como contratante debil, para ocuparse del ejercicio de los Derechos constitucionales al interior de la empresa en su condición de ciudadano. (UGARTE, 2007: p.49)

Se van generando así, diversos movimientos, especialmente a partir de la experiencia italiana y francesa de los años 70' y 80', respectivamente, que buscan democratizar las relaciones Laborales, incorporando a la empresa los Derechos que el trabajador tiene en su calidad de persona (MELIS, 2009: p.33), a través de la creación del llamado *Statuto dei Lavoratori* (Estatuto de los Trabajadores), basado en la doctrina pluralista conflictual y en la idea político-legislativa de apoyo al sindicato promocionada por la segunda era constitucional de juristas (MELIS, 2009: p.34). Consagrando en su contenido la libertad sindical, al formalizarla en el seno de la empresa, como un método de protección indirecta a los trabajadores a través de la acción de las organizaciones sindicales, logrando con ello un apoyo y un estímulo a la negociación colectiva y siendo lo más importante a destacar el establecimiento de un marco de Derecho Laborales de protección <sup>1</sup> (disposiciones de contenido mínimo).

Por su parte, en Francia, se proclama la idea de la “ciudadanía en la empresa” mediante la creación del conocido *Informe Auroux* de 1981, que constituye la base para la dictación de un sinnúmero de leyes cuyo objetivo principal consiste en la asimilación de la empresa a un modelo de Estado de Derecho.

El movimiento constitucionalizador del Derecho Laboral tiene su inicio a principio del siglo XX, y como todo proceso se ha desarrollado a partir de diversas fases, que van desde el reconocimiento constitucional de los Derechos Laborales colectivos hasta la etapa mas actual constituída por el replanteamiento, reconocimiento y potenciamiento de la

---

<sup>1</sup> Ver [www.iese.edu/research/pdfs/DI-0280.pdf](http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0280.pdf)

vigencia de los Derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones Laborales, verificándose hoy en día mediante la aplicación de estos Derechos al contrato de Trabajo (MELIS 2009: p.36).

A pesar de que la empresa privada constituye un lugar de privilegio dentro del paradigma del poder privado sobre los trabajadores, no es menos cierto que, una vez que el Estado ejerce funciones como ente administrador a la hora de organizarse, cumple un rol de empleador respecto de aquellos sujetos que se someten bajo relaciones de subordinación y dependencia y que finalmente prestan servicios al Estado en su calidad de trabajadores, y por lo tanto, si existe consenso sobre la necesidad de incorporar los Derechos fundamentales a la empresa, no habría una razón lo suficientemente fuerte para excluírlos de las relaciones Laborales en el ámbito público.

### LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La división del mundo Laboral entre trabajadores y funcionarios públicos ha sido promovida desde antaño por la doctrina Administrativa con la pretensión de mostrar su independencia y autonomía respecto del Derecho civil y en específico, respecto del Derecho del Trabajo.

Se han dado, así, variados fundamentos que intentan explicar la necesidad de un trato diferenciado para unos y otros empleados, dentro de los cuales cabe mencionar factores de carácter sociopolítico, como el rol del Estado dentro de la sociedad en cuanto órgano rector y su finalidad de preservar el bien común, como un objetivo de carácter eminentemente público que implica precisamente la preeminencia del interés colectivo por sobre el interés particular de los sujetos que componen la noción de Estado, como ente administrador. Así pues, como todo sujeto que ingresa al ámbito estatal, como “empleado” habrá de subordinarse al interés colectivo en el desempeño de su función.

Si el servicio público debe prestarse imperativamente, puesto que responde al interés superior de la sociedad, resultaría absolutamente consecuente que aquellos que componen este servicio deban responder a un criterio idéntico. Lo anterior permitiría entonces ver a la función pública desde un punto de vista diametralmente distinto al meramente privado.

A partir de lo señalado anteriormente, la doctrina Administrativa considera mayoritariamente que el vínculo jurídico que une a los funcionarios públicos con el Estado Administrador corresponde a la noción de un vínculo público de carácter unilateral y potestativo y que la doctrina denomina “*vínculo estatutario*”, donde es la Administración quien determina de manera unilateral la incorporación del funcionario a su plantel y determina igualmente las reglas y normas que habrán de nutrir dicha relación, excluyéndose así, la posibilidad de considerar el mencionado vínculo como de aquellos subordinados a las normas Laborales. (SILVA CIMMA, 1993: p. 16)

Ahora bien, con el paso de los años, la tradición jurídica administrativa propia del siglo XIX, que justificaba la aplicación de sus reglas a la organización Estatal, ha ido abriendo camino a la posibilidad de reconocer en estos vínculos una suerte de régimen Laboral, dejando dentro la relación meramente orgánica y considerando el hecho de que no existen grandes diferencias entre lo que hace un empleado público y un trabajador del sector privado a la hora de desarrollar su actividad, aunque siempre considerando materia de su disciplina el acceso a la función pública por medio del concurso público. (MARZI, 2010: p. 4).

En oposición al criterio diferenciador propio del Derecho Administrativo, la tendencia hoy en día, se inclina a considerar que la naturaleza del vínculo jurídico antes descrito debe ser la de un contrato de Trabajo, que reconozca a los empleados todas aquellas potestades propias de esta disciplina. Pudiendo basarse en la calificación que se hace respecto del vínculo existente entre el Estado, como ente Administrativo y empleador y el Funcionario público, quien, en definitiva, cumple sus labores sobre una relación de subordinación y dependencia, cual es la noción cardinal del Derecho del Trabajo y finalmente, el criterio calificador de las relaciones de Trabajo, amparadas por el sistema de protección Laboral.

Se dice entonces, que la subordinación viene a constituir un parámetro objetivizado por el análisis jurídico que permite determinar la existencia de una relación de Trabajo, sin importar las características de índole sociológico, como por ejemplo, las condiciones de Trabajo o incluso el ámbito en que los servicios han de prestarse.

De este modo, a la hora de calificar la función pública en base al concepto de la subordinación, no cabría distinción alguna con el ámbito privado, porque tanto trabajadores

como funcionarios cumplen hoy en día con aquello que la noción de dependencia exige para calificarlos como sujetos aptos para la protección del Derecho del Trabajo.

A pesar de lo anterior, continúa, hoy en día, existiendo una fuerte discriminación desde el punto de vista de los Derechos que se les reconocen a los funcionarios públicos en relación con aquellos que amparan a los trabajadores del sector privado, haciéndose ésta patente en el procedimiento que es objeto de la presente investigación, a saber, el de Tutela Laboral.

Junto al principio de subordinación y dependencia, cabe mencionar otro principio del Derecho Laboral que sirve de fundamento para quienes promueven la necesidad de la Laboralización de la función pública, cual es el de Primacía de la Realidad y que viene a rebatir aquel argumento que se basa en la carencia de Derechos Fundamentales por parte del Estado, en tanto, los cargos públicos son cubiertos por personas naturales, quienes en su calidad de tales gozan de manera ineludible de estos derechos, y no el Estado como ente abstracto.

Este principio implica el reconocimiento de una relación digna de protección por parte del Derecho Laboral siempre que se verifique la existencia de ciertos indicios que den cuenta de, entre otros factores, un vínculo subordinado. Estos principios serán analizados en mayor profundidad en los capítulos próximos.

## **CAPITULO II.: “EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA Y FUNDAMENTOS DE SU DEBIDA APLICACIÓN”.**

### **EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL**

La ley 19. 759 de Octubre del 2001, que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al Derecho de sindicación, a los Derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, incorpora al artículo 5° del Código del ramo el siguiente inciso primero: *El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de*

*los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*

Sin embargo, recién con la dictación de la ley 20.087 se estableció un procedimiento a través del cuál dicha norma pudiera aplicarse de manera efectiva a los trabajadores, existiendo para ello más de un titular considerándose aptos para entablar esta acción tanto el trabajador afectado, como la organización sindical, toda vez que exista de su parte un interés legítimo, e incluso la Inspección del Trabajo. Esta amplitud de la legitimación activa permite una mayor eficacia del procedimiento a través de sanciones judiciales y no sólo de carácter social como ocurriría toda vez que una organización sindical, por ejemplo, denuncia a través de la prensa las vulneraciones a los Derechos fundamentales.

Hasta antes de la dictación de esta ley, nuestro orden jurídico presentaba un evidente déficit en la existencia de mecanismos de Tutela efectiva de dichos Derechos, lo que se expresaba en la falta de cauces procesales idóneos y específicos, contemplando sólo una vía “estándar” como es la acción de protección, que volvía ilusoria la posibilidad de resguardar estos Derechos constitucionales que no son meramente Laborales. (UGARTE, 2007: P. 265)

La ley señala que se entiende que se vulneran estos Derechos cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquéllos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.

Este procedimiento anexo al sistema Laboral Chileno se incorpora mediante una ley de carácter complementario, y por lo tanto, de acuerdo a lo que señala el artículo primero del Código del Trabajo, visto desde la perspectiva Administrativa, este procedimiento no será aplicable a aquellos sujetos que presten servicios al Estado por expreso mandato legal. Se excluye así a los funcionarios públicos del amparo que el Derecho Laboral contempla para aquellos trabajadores del sector privado que vean vulneradas las garantías consagradas en los numerales 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, del artículo 19 de la Constitución Política de la República. También se aplica frente a los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código. Aparte de estos Derechos de orden constitucional, la acción de Tutela protege un Derecho que tiene su origen en la propia ley procesal dando lugar a un Derecho fundado en la Constitución cual es el de no ser objeto de represalias en el ámbito Laboral por el ejercicio de acciones administrativas o judiciales, conocida técnicamente como: garantía de indemnidad art. 485, inciso 3° parte final. (UGARTE, 2007: p.267)

Sin embargo, cabe destacar, que si bien existe esta forma de protección de los Derechos inespecíficos, la inserción del trabajador dentro de la empresa no implica la inexistencia de consecuencias limitativas al ejercicio de sus Derechos fundamentales, desde ya sobre la base de un *principio de neutralidad* que debe presidir la conducta del empresario. (GAMONAL, 2009: p 54)

Así las cosas, el empleador, a la hora de estructurar la empresa desde el punto de vista organizacional, no tiene la obligación positiva de promover los Derechos fundamentales de quienes componen el cuerpo Laboral de la misma, sino que deberá estarse a un esquema productivo que logre satisfacer las necesidades económicas propias de toda organización empresarial, limitándose sólo a respetar dichos Derechos desde un punto de vista negativo, traduciéndose en una abstención respecto de la vulneración de estas garantías. Por lo tanto, se trata no de la promoción sino del respeto de las garantías fundamentales de los trabajadores, por parte del empleador.

## 1.- IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN ÁMBITOS EN QUE SE DESARROLLA TRABAJO SUBORDINADO.

### *1.1. Los principios del Derecho Laboral*

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como límite 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.”* artículo 5°, inciso segundo, Constitución Política de la República.

La premisa sobre la que se basa nuestro análisis consiste en que los empleados públicos, en cuanto personas, gozan de Derechos fundamentales y así mismo estos Derechos representan un límite al poder del Estado en su calidad de empleador de los mismos. Lo anterior difícilmente podría ser rebatido ya que existe consenso en torno a este punto.

Como señala Diego López, todos estos Derechos operan como una limitación de los poderes empresariales respecto a la ejecución del Trabajo humano; garantizan una contrapartida humana al acuerdo de Trabajo por dinero, al considerar al trabajador un sujeto de Derechos, necesariamente debe asegurarse que los Derechos fundamentales de la persona humana no se pierdan o disminuyan por el hecho de ponerse bajo las órdenes de quien compra un Trabajo para utilizarlo en su propio provecho. El acuerdo económico de remuneración a cambio de Trabajo no hace menos persona o menos ciudadano al trabajador.

Hay pues, “valores no patrimoniales en el intercambio económico del Trabajo”; el trabajador es titular de Derechos y su Trabajo no puede utilizarse sino respetando la dignidad humana del prestador. Los Derechos fundamentales de la persona humana no pierden vigencia en una relación de Trabajo; antes bien, garantizan que los trabajadores no se vean reducidos sólo a una función productiva y económica.

El artículo 38 de la Constitución Política de la República y, al contrario, la justificación última y basal se encuentra en su artículo 5 inciso 2°, que consagra que el ejercicio de la soberanía, al igual que la función pública íntegra, reconoce como limitación el respeto a los Derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, prescribiendo además que, es el deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales Derechos. A final de cuentas, ese es un imperativo para el Estado, desde hace mucho tiempo.<sup>2</sup>

Sin embargo, el problema se manifiesta toda vez que el legislador margina a los trabajadores del sector público a la hora de contemplar la acción de Tutela Laboral, como un procedimiento particular y efectivo para garantizar la protección de ciertos Derechos fundamentales específicos e inespecíficos de los trabajadores, no pudiendo activarse en contra de los órganos del Estado en su calidad de empleadores.

---

<sup>2</sup> Ver, Artículo profesora Daniela Marzi, Publicación Gaceta Jurídica, mes Diciembre de 2010.

Lo anterior viene a poner en entredicho la real eficacia de este procedimiento, puesto que la restricción a su aplicabilidad y específicamente, respecto del sujeto activo acarrea consecuencias de carácter jurídico que hacen finalmente ilusoria la obligación protectora del Estado respecto de los Trabajadores del Sector Público, especialmente de aquellos trabajadores a honorarios, que constituyen hoy en día la mayoría del cuerpo administrativo, a pesar de existir fundamentos plausibles que constatan la existencia de una relación de carácter Laboral.

Existe hoy en día una necesidad no cubierta por el ordenamiento, que consiste en la de contar con mecanismos idóneos para la protección de los funcionarios públicos en relación con sus derechos de carácter fundamental, lo que se ve reflejado en la gran cantidad de acciones que se presentan en esta materia.

### *1.1.1. SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA*

El primer principio que sirve de base para la argumentación en favor de la existencia del vínculo Laboral y principalmente la necesidad de aplicación de este procedimiento protector en torno al sector público dice relación con el principio de la subordinación y dependencia.

Los conceptos de subordinación y dependencia constituyen la noción cardinal del Derecho Laboral, siendo un criterio de calificación de las relaciones de Trabajo dotadas de protección por parte del legislador.

De este modo, la existencia de relaciones jurídicas de Trabajo subordinado ha ido de la mano con la Tutela normativa, en tanto respuesta normativa frente a relaciones sociales y jurídicas que se caracterizan por la desigualdad en la capacidad de contratación y de ejecución de lo pactado, entre los sujetos que intervienen en el negocio jurídico relativo al Trabajo de las personas.

Es así como este principio constituye el fundamento del orden público Laboral, a partir de él se establecen limitaciones a la contratación buscando el equilibrio necesario entre la situación de hecho y las normas de carácter Tutelar constituídas por un elenco de Derechos subjetivos reconocidos a los trabajadores. Así, si se verifica que determinadas

relaciones Laborales están marcadas por el vínculo de subordinación y dependencia, se aplica la norma del Trabajo.

El concepto de trabajador dependiente responde a la ecuación entre la subordinación a la que queda sujeto el trabajador y el poder de dirección que sobre él ejerce el empleador. (TAPIA GUERRERO 2005: pp. 212 y 213)

Desde el punto de vista dogmático estos conceptos permitieron desligar del Derecho civil o común aquellas relaciones construidas en torno a la dependencia haciendo nacer de este modo al Derecho Laboral como una rama autónoma e independiente.

Constituye así esta noción un dato de carácter técnico, formal y jurídico que incluso puede calificarse de objetivo, que viene a determinar la existencia de una relación Laboral en torno a la forma en que ésta se manifiesta, es “La construcción de una figura aséptica y neutra del trabajador, despojada de datos de clase, de tipo de Trabajo, de sector industrial o agrícola, etc., que permitirá a los propugnadores de un tratamiento jurídico diferenciado, encontrar en la dependencia el elemento que sirva de hilo conductor para la construcción de la nueva disciplina y para construir una categoría general y universal de trabajador, extremadamente amplia. (RODRIGUEZ-PIÑERO, BRAVO FERRER 1999: p.25)

Bien sabemos que no existe en el Código del Trabajo un concepto normativo directo de subordinación como elemento del contrato de Trabajo, quedando entregada esta labor a la doctrina y la jurisprudencia.

Así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa ROL 372-02 ha dicho “que el trabajador debe ser dirigido directamente por el empleador, generalmente en su local, bajo sus reglas y dentro de un determinado sistema organizativo”<sup>3</sup>

En el Dictamen Ord. N°3.060/231 año 1998 de la Dirección del Trabajo ha establecido que el vínculo de subordinación y dependencia se materializa cuando concurren elementos fácticos determinantes tales como: La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida en un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de Trabajo; la prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal obligatorio y continuado en el tiempo;

---

<sup>3</sup> Causa ROL 372- 2002, Corte de Apelaciones de Valparaíso

durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de asumir la carga de Trabajo diaria que se presente, sin poder rechazar dichas labores; el Trabajo se realiza según las pautas de dirección del empleador estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa; finalmente, las labores, permanencia y vida del trabajador en el establecimiento, durante la jornada de Trabajo, deben sujetarse a las normas del ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador

Todos los elementos señalados más arriba pueden verificarse dentro de la relación que existe entre un funcionario del sector público y el Estado, donde existe un horario y condiciones particulares que el trabajador, en su calidad de tal, debe cumplir a la hora de desempeñar sus funciones, no existiendo, ninguna diferencia sustancial entre aquellos que pertenecen al ámbito privado y aquellos que se desempeñan en el sector público.

No existe entonces, desde el punto de vista de este principio rector de la rama del Derecho en comento, razón alguna para diferenciar y finalmente marginar a los empleados del Estado de la protección que al mismo le corresponde proveer a todos y cada uno de aquellos sujetos que hoy se encuentren en una posición de dependencia técnica e incluso económica respecto de sus empleadores, especialmente, cuando se trata de sus Derechos fundamentales, a través de la aplicación del procedimiento de Tutela, esto incluso cuando se sostiene la imposibilidad de laboralizar el vínculo entre el Estado y sus funcionarios puesto que más allá de la calificación que se le dé a este enlace, mientras exista subordinación existirá necesidad de proteger al sujeto más débil de la relación.

Como indica el Fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol n° 13 de 2006, de 22 de marzo de 2006; *“El Estado es el primer obligado al cumplimiento de las leyes y de la Constitución Política de la República. Ésta 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. Ese dato ya impide que se establezca, respecto de dos personas que realizan funciones personales bajo un estatuto similar de subordinación o dependencia sin que exista una razón que permita una diferencia, discriminaciones que serían arbitrarias.*

*Y, ciertamente concluir que, si quien contrata es el Estado, aunque no ingrese el contratado a las categorías jurídicas que permiten estimarle empleado público y aunque se desempeñe de manera continua, subordinada y personal, la normativa que debe aplicarse*

*a ese trabajador sea civil y no Laboral, con el consiguiente menoscabo para sus Derechos constituye una discriminación que atenta contra aquella igualdad proclamada constitucionalmente.”*

No obstante, desde el punto de vista meramente legal, no basta con que determinadas relaciones jurídicas den cuenta de un Trabajo dependiente para que éstas se vean sujetas al Código del Trabajo, y en consecuencia al procedimiento de Tutela. Existe una manifiesta exclusión de ciertas relaciones jurídicas donde no obstante identificarse claramente el vínculo de subordinación o dependencia, se las sustrae de los efectos jurídicos que a partir de ellas debieran producirse.

Lo anterior ocurre de conformidad al estatuto jurídico aplicable por vía jurisdiccional a aquellos trabajadores que prestan servicios al Estado, a pesar que resulta al menos discutible el fundamento de esa decisión. (TAPIA GUERRERO 2005: p. 213) No hay una razón de peso que pueda justificar la falta de protección a esta categoría de funcionarios.

La existencia de fallos que declaren la procedencia de la Tutela en casos específicos no obsta a que los tribunales de justicia chilenos tiendan a hacer primar el estatuto especial por sobre las características mismas de la relación de Trabajo, sin embargo actualmente, la tendencia a aplicarlo aumenta cada día más.

Resulta útil recordar que el Código del Trabajo en su artículo primero, al definir su ámbito de aplicación, excluye al sector público y a las instituciones regidas por un estatuto especial, disponiendo, la contraexcepción en aquellas materias no regidas por dicho estatuto especial. (TAPIA GUERRERO 2005: p. 216), lo que ha servido como fundamento principal a aquellos tribunales que optan por declarar procedente la Tutela respecto del sector público, lo que será tratado en el acápite dedicado a la Competencia de los tribunales.

La historia del Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo responde a una realidad social que no se ajusta a la actual, por cuanto hoy en día quienes prestan servicios al Estado no están dispuestos a dejar de lado su individualidad en pos de la institucionalidad en que se enmarca su labor administrativa, lo que no significa que exista una falta de compromiso de su parte, sino sólo una mayor valoración de sus derechos fundamentales.

### 1.1.2. LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Un segundo principio que sirve de fundamento para sostener la necesaria regulación de la Tutela Laboral respecto de los empleados públicos, dice relación con la supremacía de la realidad.

Este principio se encuentra íntimamente relacionado con nuestro primer argumento, en tanto implica el reconocimiento de una relación digna de protección por parte del Derecho Laboral siempre que se verifique la existencia de ciertos indicios que den cuenta de, entre otros factores, un vínculo subordinado.

*“Conforme la directriz que impera en materia Laboral; en la práctica, los hechos, la materialidad de los servicios prestados revisten las características de una relación Laboral(...) ya que los demandantes cumplieron siempre y permanentemente con las obligaciones derivadas de su relación contractual con la demandada, esto es, acataron instrucciones, bajo subordinación y dependencia, relación Laboral que cumplió con todos los requisitos de la esencia de la misma, un empleador y un trabajador, subordinación y dependencia, una remuneración continua y permanente, por lo que procede la aplicación de la presunción contemplada en el artículo 8 inciso 1° del Código del Trabajo, como asimismo la presunción contenida en el inciso 4° del artículo 9 del mismo cuerpo legal.”*

El contrato de Trabajo, según lo dispone el artículo 9 del Código del Trabajo, es de carácter consensual, lo cuál significa que bastará con el consentimiento de las partes para su perfeccionamiento sin la necesidad de alguna formalidad ad solemnitatem.

De este modo, como no se exige formalidad alguna para su celebración, la sólo concurrencia de hechos que indiquen la presencia de sus elementos propios y característicos, como son la personalidad de los servicios, la subordinación, punto tratado anteriormente y la existencia de una remuneración a cambio de la prestación del trabajador, debe ser considerado como suficiente para la calificación de dicho vínculo como de naturaleza Laboral, convirtiéndola de iure en objeto de protección legal. (UGARTE 2007: p. 61)

Así las cosas el artículo 8° viene a reforzar la idea de la primacía de aquello que ocurre en los hechos por sobre aquello que dice el contrato, atendiendo a la existencia de

los elementos que habrán de determinar la necesidad de aquella protección que provee la Tutela de Derechos fundamentales a los trabajadores.

Resulta imposible soslayar la evidente existencia de dichos elementos dentro de la relación que se da entre el Estado y sus funcionarios, toda vez que el primero cumple una función de supervigilancia, la cual es propia de todo empleador, sobre aquellos que han de prestar servicios dentro de las organizaciones de naturaleza estatal.

Tal y como ocurre con los trabajadores independientes o autónomos, ninguna de las normas de protección mínima y de orden público de la ley Laboral son aplicables a los funcionarios públicos, quienes quedan regidos por un estatuto propio y específico que no contempla un mecanismo de protección de sus Derechos fundamentales equiparable siquiera al de Tutela Laboral.

Tal como indica la Corte de Apelaciones de Rancagua, dentro del mismo fallo citado anteriormente; *(...)Pero sostener sin más tal cosa, equivale a olvidar que en Derecho las cosas son lo que son, y no lo que las partes dicen que son, de modo que nos parece que el inciso final del artículo 10 de la ley 18834, lo que nos dice es que las reglas Laborales aplicables a los contratados honorarios por la administración, son las que regulan el contrato de que efectivamente se trate; esto es, el Código Civil si realmente se ha pactado un arrendamiento de servicios o, el Código del Trabajo, si lo que hay es una relación propiamente Laboral.*

*Se podrá convenir en que hay casos en que algunos elementos que dicen relación con la subordinación y dependencia estén presentes sin constituirla por completo, pero si se añade, que esa relación diaria, sujeta a horario y reglada en cuanto a su desempeño, ha durado años y no se distingue en nada de la que podría haber efectuado un empleado público contratado como tal o un trabajador particular, no cabe sino concluir que se está ante una verdadera relación Laboral, que se asoma porfiadamente por debajo del ropaje de arrendamiento de servicios con que se ha querido revestirla.*

## 2.- NORMAS DE REMISIÓN ENTRE EL CÓDIGO DEL TRABAJO Y EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO: EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA

Como ya hemos señalado, el Código del Trabajo no constituye un texto positivo aislado. No es posible entenderlo separado de la legislación general, que constituye, en base a sus relaciones recíprocas, el orden jurídico nacional. Esta necesidad de integrar los cuerpos normativos resulta especialmente importante cuando se trata de los principios generales del Derecho que han servido de fundamento para sostener la tesis principal de este Trabajo y que cumplen con una labor tanto integradora como de influencia sobre la aplicación de las normas existentes.

Ahora bien, más allá de aquello que parece dictarnos la lógica y de lo que nos indican los principios de subordinación y primacía de la realidad, tratados en otro acápite, existe un cierto juego de normas en el que unas se remiten a otras y que componen un sólo cuerpo normativo que admite diversas interpretaciones y que da lugar a diversidad de criterios jurisprudenciales en torno a una misma materia.

Lo primero es señalar que parece ciertamente ilusorio pensar que la protección de los Derechos fundamentales de los trabajadores pudiera valerse exclusivamente de la Constitución, por lo tanto requiere de la complementación de la Ley para volverla más eficaz.

El artículo 485 del Código del Trabajo es el que describe los supuestos de hecho en que procede la Tutela Laboral, estableciendo que existe lesión *"cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial"*. La ley es un elemento integrante del supuesto de hecho descrito en el inciso 3° del artículo 485, al que debe agregársele la referencia del inciso 1° del mismo artículo. Según este inciso, la Tutela Laboral es un procedimiento que protege los Derechos fundamentales de los trabajadores en las *"cuestiones suscitadas en la relación Laboral por aplicación de las normas Laborales"*

Así, el artículo 1° del Código del Trabajo establece que las relaciones entre empleadores y trabajadores se regularán por las normas del mismo y sus leyes complementarias, dentro de las que se considera aquella que crea el procedimiento de

Tutela Laboral. El inciso 2° del mismo artículo establece la exclusión de determinados sujetos de la aplicación de dichas normas, dentro de los que señala precisamente a los funcionarios de la Administración del Estado centralizada y descentralizada. Es éste el principal fundamento esgrimido por aquellos que alegan la incompetencia de los tribunales Laborales a la hora de conocer de las vulneraciones que sufren los funcionarios públicos respecto de sus Derechos fundamentales. Lo cual se puede apreciar, a modo de ejemplo, en el la tutela T-26 de 2009, en el que el Tribunal Laboral de Valparaíso, de oficio, se declaró incompetente para conocer materias de tutela laboral de los funcionarios del Hospital Gustavo Fricke la cual fue posteriormente apelada ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando el anterior pronunciamiento estableciendo: “Teniendo únicamente presente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo, se revoca la resolución apelada de siete de julio de dos mil nueve; y, en su lugar, se declara que el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso es competente para seguir conociendo de la presente causa”<sup>4</sup>.

Sin embargo, encontramos en el inciso 3° de este artículo una contraexcepción que permite sostener la posibilidad de aplicar el procedimiento de Tutela a dichos funcionarios, en tanto señala que todos aquellos trabajadores indicados en el inciso precedente se sujetaran a las normas de este Código (y consecuentemente a sus leyes complementarias), en las materias no reguladas en sus respectivos estatutos siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos, estableciendo de este modo dos condiciones que, de cumplirse, permitirían aplicar estas normas a los sujetos que en principio están excluidos.

Sobre este punto el problema se traslada a la necesidad de determinar si acaso existe en el Estatuto administrativo, DFL N° 29, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18834, algún procedimiento que tutele los Derechos Fundamentales del personal que presta servicios a la Administración del Estado.

Así las cosas, a la hora de revisar el texto del Estatuto resulta evidente que éste no regula un procedimiento de esta naturaleza y tampoco se remite expresamente al Código del Trabajo en la materia, por lo que sólo restaría atender a la interpretación del inciso 3°

---

<sup>4</sup> RIC N° 267-2009, de fecha 4 de septiembre de 2009, Ministros señores Hugo Fuenzalida Cerpa, Jaime Arancibia Pinto y el abogado integrante don Enrique Aimone Gibson.

del artículo 1° del Código del Trabajo. Existe aquí un vacío legal capaz de ser colmado con la norma en comento.

Respecto de la competencia de los tribunales Laborales ya hemos determinado que la tendencia ha aumentado en orden a interpretar en favor de los funcionarios públicos los preceptos tratados.

Ahora bien, si atendemos a lo anterior resultaría del todo concordante admitir la posibilidad de ampararse en el mecanismo de la Tutela a aquellos trabajadores que, prestando servicios al Estado, parecerían en primera instancia imposibilitados de valerse de este medio de protección. Puesto que si la discusión se ha remitido a la competencia del tribunal, admitiéndose de manera progresiva esta posibilidad, es porque existe cierto consenso sobre el antecedente de ésta, cual es la aplicación del procedimiento de Tutela Laboral a aquellos empleados públicos.

### ***2.1. La competencia de los tribunales Laborales***

Como ya hemos establecido, la premisa sobre la cual se basa el presente documento consiste en que los funcionarios públicos gozan, en su calidad de personas, de Derechos fundamentales y que éstos deben ser protegidos o resguardados por el orden jurídico, esto a través del procedimiento de la Tutela Laboral.

Ahora bien, no existe una norma concreta que haga aplicable este procedimiento al Estatuto Administrativo quedando su aplicación supeditada a la interpretación judicial que se haga de las normas de remisión entre el Código del Trabajo y el cuerpo normativo que regula la función pública, a saber, el Estatuto Administrativo.

A partir de lo anterior, la tendencia de los jueces Laborales ha sido la de declarar su incompetencia a la hora de conocer de acciones de Tutela por parte de dichos funcionarios. Sin embargo, ciertas Cortes de Apelaciones y determinados jueces laborales han tenido un comportamiento en el sentido contrario, declarando que los tribunales de carácter Laboral sí tienen competencia para decidir sobre estas acciones.

Lo que principalmente se esgrime por estas Cortes es que no existiría norma alguna que pudiera estimarse pueda colisionar con las del Código del Trabajo, en orden a declarar inaplicables las normas en comento, para resolver la inhibición del juez para conocer de la acción de Tutela. Lo cual implicaría que el procedimiento de Tutela no es incompatible con

el Estatuto Administrativo, por cumplir con las dos condiciones a las que se supedita su aplicación. De acuerdo al artículo 1° del Código del Trabajo, no se aplicará a los funcionarios de la Administración del Estado, los trabajadores del Poder Judicial y del Congreso Nacional quienes se regirán por sus propios estatutos especiales, pero el inciso 3° indica una salvedad que abre las puertas a la interpretación de las Cortes de Apelaciones.

Ahora bien, el criterio de la Contraloría General de la República, expresado en su dictamen N° 47.790 del 18 de Agosto de 2010, el procedimiento de Tutela sólo es aplicable a los trabajadores de la Administración del Estado que se encuentren contratados conforme al Código del Trabajo. Por esta razón, no sería viable aplicarla a los funcionarios públicos, quienes para la Tutela de sus Derechos cuentan con el Procedimiento de Reclamo ante la Contraloría General contemplado en el art. 160 del Estatuto Administrativo.

Otro argumento consiste en señalar que por carecer el Estado de Derechos fundamentales, no cabría llevar a cabo el juicio de ponderación en caso de conflictos de Derecho, lo que se contrarresta con aquello que nos dicta el principio de primacía, como se ha explicado anteriormente.

Ahora bien, de acuerdo al juego de normas sobre las cuales se basa el análisis de la competencia de los tribunales Laborales, cabe reiterar a modo de visión global que la contraexcepción del inciso 3° del Código del Trabajo permitiría fundar la competencia de dichos tribunales sobre el hecho de que no existe regulación del procedimiento de Tutela en el Estatuto Administrativo y tampoco existe incompatibilidad entre aquel y los Derechos fundamentales dándose las 2 condiciones que el mismo artículo exige para resultar del todo pertinente aplicar este mecanismo a aquellos sujetos que prestan servicios al Estado Administrador.

Con el pasar del tiempo, la propensión ha ido en dirección a abrir el camino a los funcionarios para accionar en contra de su empleador por las vulneraciones de sus Derechos fundamentales a través del procedimiento en comento, amparándose principalmente en las normas de remisión entre un cuerpo normativo y otro, puesto que resulta del todo pertinente recordar que el ordenamiento jurídico debe considerarse e interpretarse de manera integradora y armónica, considerando todas y cada una de sus partes, y por lo tanto, ni el Código del Trabajo ni el Estatuto Administrativo pueden ser entendidos de manera aislada.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 4 de Octubre de 2010, señala que corresponde a la jurisdicción laboral determinar el tipo de relación de trabajo a que están afectos los demandantes. Es decir, se trata de un problema de fondo que debe ser resuelto en la sentencia definitiva, pues de otro modo se incurre en un “manifiesto prejuzgamiento”. Además estableció que, en rigor, no se ha deducido acción de nulidad de derecho público. El juez laboral debe en consecuencia acoger a tramitación la demanda, ordenar su notificación, escuchar los planteamientos del Consejo de la Cultura, analizar las pruebas que rindan las partes y entonces, sólo entonces determinar si acoge o rechaza la demanda.

Así las cosas, en sus considerandos 2° y 3° la Corte ha señalado 2°) Que la acción de Tutela de derechos fundamentales de que trata el artículo 485 del Código del Trabajo se remite al 420, que en su letra a) entrega al conocimiento de la judicatura de fuera las cuestiones laborales suscitadas entre empleadores y trabajadores; 3°) Que la circunstancia de haber basado su defensa la demandada en que la naturaleza del vínculo escapa al artículo 7 del Código del Trabajo, no priva a esta clase de jurisdicción del imperio a que la obliga el artículo 7 de la Constitución Política de la República, pues requerida como ha sido, a ella le incumbe decidir, en sentencia de fondo, ante qué tipo de relación de trabajo se encuentra;

La tesis sustentada por los Jueces del Trabajo en Asociación Base Fenats Hospital Gustavo Fricke con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota y Campos con Dirección de Aeronáutica, niega la aplicación supletoria del Código del Trabajo a los trabajadores regidos por el Estatuto Administrativo y otros cuerpos especiales, pero obviando con ello la alegación principal de los demandantes: la existencia de relación laboral gobernada íntegramente por el Código del Trabajo, esto es, una controversia sobre la naturaleza jurídica de los servicios contratados, materia que debe ser resuelta en el fondo de la litis y sólo entonces procedería una eventual declaración de incompetencia, tal como ocurre en aquellos casos en que trabajadores y empleadores del sector privado discrepan acerca de la naturaleza laboral o civil del vínculo contractual.

Así lo resolvió expresamente la Corte de Apelaciones de Rancagua en el caso *Pérez con Servicio de Salud*, al sostener “Que en caso alguno podría el Tribunal ser incompetente para conocer y resolver esta demanda, puesto que precisamente lo que se le pide es que declare que existió una relación de naturaleza laboral y que de ella se derivaron las

prestaciones que se reclaman. No hay ningún otro Tribunal, que no sea el del Trabajo, que tenga asignada competencia para resolver tal cosa. Sea que la relación fuere laboral y se acoja la acción o sea que no lo fuera y se la rechace el juicio en que ello se ha de dilucidar indudablemente cae bajo la competencia del juzgado de la especialidad” (considerando 1º sentencia CA de Rancagua de 16-05-2006, Rol N° 25-2006, revocada por sentencia CS de 23-08-2007, Rol N° 3150-2006).

A su vez, en *Campos y otros con Ministerio de Educación*, la jueza se declaró incompetente en razón de la materia porque los demandantes tenían la calidad de funcionarios a honorarios y se rigen por un estatuto especial que “hace inaplicable en la especie las normas contenidas en el Código del Trabajo”.

Lo mismo ocurrió en *Gajardo con Intendencia*. Pese a haber admitido a tramitación la demanda, posteriormente la misma jueza acogió la excepción de incompetencia interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, fundado en que el procedimiento de Tutela se aplica a las “cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores” y, a su juicio, “no puede extenderse a materias para las que no está contemplada, como es el caso de los funcionarios públicos”, ya que “las cuestiones suscitadas entre los funcionarios públicos y la administración no se encuentra dentro del catálogo de materias cuya competencia el artículo 420 del Código del Trabajo entrega a los Juzgados de Letras del Trabajo.” En este caso se siguió una línea argumental similar a la sustentada por la Contraloría, aunque un poco más elaborada, basada en el tenor literal de los artículos 485 y 420 letra a) del Código del Trabajo, interpretando la expresión “cuestiones laborales” de la primera norma en función de lo señalado en la segunda, y siguiendo la tesis tradicional de considerar la “relación estatutaria” como un vínculo totalmente distinto de la “relación laboral”, lo cual obvia el hecho que el artículo 1º inciso primero del Código del Trabajo también conceptualiza como “relaciones laborales” los vínculos entre funcionarios públicos y organismos del Estado, criterio que es refrendado en diversas normas contenidas en estatutos especiales. (VERGARA, 2010 P. 5<sup>5</sup>)

---

<sup>5</sup> Ver “Despidos en el sector público: aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral”, Vergara Montoya Juan.

### **CAPITULO III.- “LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO”.**

#### DERECHOS ASOCIADOS A LA LIBERTAD SINDICAL DESDE EL PUNTO DE VISTA FUNCIONAL: LA NEGOCIACION COLECTIVA Y HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO

La garantía de la negociación colectiva, consagrada en el N° 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República podría parecer amplia de acuerdo a su redacción. Sin embargo se encuentra sumamente limitada a nivel legal, donde se destaca su inaplicabilidad a los funcionarios públicos.

El inciso 5° del mismo precepto constitucional que señala: *“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”*, podría interpretarse como una manifestación de la restricción que existe respecto de la negociación colectiva, aunque se reconoce la autonomía de una y otra figura ( a saber, la huelga y la negociación colectiva) existe una vinculación innegable entre ellas.

Ahora bien, a nivel legal, el Código del Trabajo regula la Negociación Colectiva en su libro IV, lo que conforme al artículo 1° del mismo Código, no resulta aplicable a quienes prestan servicios en la Administración del Estado.

La Comisión de expertos de la OIT se ha dedicado a esclarecer en qué consiste la categoría de funcionario público, con el objeto de determinar de manera clara, quienes se encontrarían legalmente excluidos del Derecho a negociar colectivamente y así mismo evitar casos de abierta discriminación contra otros sujetos que presten servicios a la Administración y que carecen de la calidad de funcionario, denominados por la doctrina “servidores públicos”. Así las cosas OIT entiende como funcionario a los *“empleados de alto nivel, que por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio, o*

*desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.”*<sup>6</sup>

Existe de este modo, en nuestro país, conflicto a nivel normativo entre aquello que indica la Constitución propiamente tal, y lo que preceptúan otras normas del mismo rango como son los convenios OIT que tratan de Derechos fundamentales, en los que queda manifiesta la intención de aplicar el mecanismo de la negociación colectiva a todos aquellos sujetos que presten servicios al Estado Administrador en una calidad distinta a los funcionarios.

Ahora bien, cabe destacar que las normas de OIT resultan aplicables a toda clase de trabajadores, sin existir una categorización como aquella que se manifiesta en el Código del Trabajo, sin importar la calidad del empleador, es decir, sea el Estado o un particular. Por lo tanto, cuando el artículo 3 del convenio N° 87 señala “*Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el Derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este Derecho o a entorpecer su ejercicio legal.*”, está reconociendo el Derecho a la Libertad Sindical también a los funcionarios del Estado.

Y es que resulta difícil concebir el Derecho a la Libertad Sindical sin la posibilidad de llevar a cabo negociación colectiva y consecuentemente la posibilidad de recurrir al Derecho a huelga.

Así las cosas, refiriendonos de manera específica a la Negociación colectiva, cabe mencionar el Convenio N° 98 de OIT referido al fomento de la Negociación Colectiva que en su artículo 4° dispone que deberán estimularse y fomentarse tanto a empleadores como a trabajadores, los mecanismos de negociación voluntaria respecto de las condiciones de Trabajo, indicando en su artículo 6° que no trata especialmente de los funcionarios públicos y sin embargo dicha omisión no puede ser utilizada en menoscabo de sus Derechos de sindicación. (VARAS CASTILLO: 2005, p. 86<sup>7</sup>)

---

<sup>6</sup> Convenio 151 de OIT.

<sup>7</sup> Revista Laboral Julio 2005. Libertad Sindical y Negociación Colectiva en el sector público.

En cuanto a la regulación que existe por parte de la OIT respecto de los funcionarios públicos de manera específica, citamos el Convenio N° 151 de 1978 que en sus artículos 7° y 8° señalan que correspondera a la legislación nacional establecer procedimientos que permitan la participación de las organizaciones de trabajadores del sector público en la determinación de sus condiciones de Trabajo, homologables a aquellos previstos para los trabajadores del sector privado.

El modelo Nacional aplicable a funcionarios públicos resulta ser sumamente restrictivo respecto de la Libertad Sindical y sus principios, reconocidos a nivel internacional e incluso vigentes en nuestro ordenamiento a través de la ratificación de los convenios de OIT que tienen rango constitucional. Hoy en día la excesiva regulación legal restringe la autonomía colectiva a través de la prohibición de la huelga e incluso la negociación colectiva, cuyo reconocimiento vendría única y exclusivamente a dotar de certeza jurídica situaciones que hoy por hoy ocurren de manera camuflada a nivel de Administración pública y que en Latinoamérica se encuentran ya reconocidas y amparadas por el Derecho.

## **CAPITULO IV.- “SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE”**

### **LOS DESPIDOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y LA TUTELA LABORAL.**

Debemos reconocer que la lectura del objeto y fin de la Tutela no se compadece con lo que en efecto se ha presentado durante el curso de la reforma, en el que ésta ha sido accionada mayormente asociada a despidos que han vulnerado Derechos fundamentales, lo que ha reeditado parte del discurso que califica el Derecho del Trabajo como “el Derecho del despido”. (MARZI, 2010: p. 4)

La tendencia durante la vigencia del procedimiento de Tutela ha consistido en las denuncias por despidos masivos en el sector público de trabajadores a contrata, a honorarios e incluso con contrato de Trabajo, quienes alegan la existencia de razones de carácter meramente político, lo que constituye una vulneración de normas de rango

constitucional, de tratados internacionales ratificados por Chile que sancionan los actos discriminatorios fundados en razones políticas.

La aplicación del procedimiento de Tutela pareciera no encontrar mayores problemas cuando se trata de funcionarios públicos contratados en base al Código del Trabajo, existiría sí un problema en cuanto a la regulación del término de la relación Laboral de dichos funcionarios, en tanto la Contraloría ha señalado que esta materia sí se encuentra regulada de manera específica en el Estatuto especial que los rige. Sin embargo existe la posibilidad de contraargumentar que si bien el término de la relación esta reglada, esta clase de despidos atienden a determinados actos vulneratorios de Derechos fundamentales, siendo aquellos omitidos por el mencionado estatuto.

El asunto es especialmente controvertido en cuanto a las indemnizaciones que debieran aplicarse en los casos de despido vulneratorio cuando se trate de funcionarios de la Administración del Estado, puesto que, si bien es cierto, la indemnización especial de 6 a 11 meses se encuentra regulada bajo el haz de la Tutela Laboral, las demás indemnizaciones que resultarían procedentes cuando se trate de empleados particulares, se encuentran reguladas bajo el régimen de la Terminación del vínculo Laboral, como son la sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, no existiendo en ese caso el vacío legal necesario para ser complementado por el Código del Trabajo puesto que una extrapolación como ella sólo vendría a trastocar el regimen de terminación del vínculo Laboral estatutario.

En cuanto a la reincorporación del trabajador podría decirse que no puede estar sujeta a la decisión judicial cuando se trata de la función pública en tanto las plantas funcionarias están determinadas por ley, ante lo cual se podría replicar que en estos casos no se trataría de una nueva contratación y por lo tanto no habría violación de la ley en cuanto a los requisitos legales de ingreso a la Administración pública. (VERGARA, 2010: p. 12<sup>8</sup>)

---

<sup>8</sup> Ver, Vergara Montoya Juan: Despidos en el sector público: aplicabilidad del procedimiento de Tutela laboral. Artículo elaborado en el marco del Curso de formación sindical de la Universidad de Chile. 2010.

<sup>8</sup> Ver, Marzi, Daniela: Tutela de Derechos Fundamentales en el sector público y el avance de la realidad.

## JURISPRUDENCIA

La tarea de definir cuál es la real posición de los tribunales de justicia, a la hora de acoger las acciones de Tutela Laboral en el sector público, es prácticamente imposible. Principalmente porque las normas en las que se basan los mismos tribunales, son interpretadas y utilizadas de distinta manera, jugando con ellas y determinando así, la naturaleza del servicio prestado a la administración pública por las personas, lo que resulta medular para los tribunales al momento de resolver.

Es por ello, que puede observarse a lo largo del corto período de vigencia del Procedimiento de Tutela Laboral, un amplio abanico de tendencias al interior de los Tribunales Laborales, viéndose por un lado aquella que se inclina por considerar todo este problema como algo que puede resolverse de manera extremadamente simple, por medio de una aplicación “positivista” pura, es decir, el tribunal deberá, en primer lugar, determinar la laboralidad de la relación a honorarios, a la cual se han resistido, constatando si es que se dan los elementos de la relación de trabajo dependiente y, en segundo lugar, aplicar el procedimiento de tutela de derechos fundamentales según la regla del artículo 1. (MARZI, 2010, p. 9)<sup>9</sup>. Mientras que por otro lado, se puede ver por ejemplo, en un interesante voto de minoría de la Corte de Apelaciones de Rancagua<sup>10</sup>, ante un fallo del tenor de lo ya descrito, se expuso “*Que, el Estado es el primer obligado al cumplimiento de las leyes y de la Constitución Política de la República. Esta, 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. Ese dato ya impide que se establezca, respecto de dos personas que realizan funciones personales bajo un estatuto similar de subordinación o dependencia. Sin que exista una razón que permita una diferencia, discriminaciones que serían arbitrarias.*

*Y, ciertamente concluir que, si quien contrata es el Estado, aunque no ingrese el contratado a las categorías jurídicas que permiten estimarle empleado público y, aunque se desempeñe de manera continua, subordinada y personal la normativa que deba aplicarse a ese trabajador sea civil y no la laboral, con el consiguiente menoscabo para*

---

<sup>10</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N°13 de 2006, de fecha 22 de marzo de 2006, voto disidente del Ministro Raúl Eduardo Mera Muñoz, que se transcribe casi en su totalidad dada la contundencia y desmarque de lo sostenido por la Corte Suprema.

*sus derechos, constituye una discriminación que atenta contra aquella igualdad proclamada constitucionalmente...Que, todavía más: el artículo 1° del Cuerpo Legal que examinamos, excluye de su aplicación a los funcionarios de la administración del Estado y no a los trabajadores del Estado, simplemente.”*

Otro aspecto importante que resulta menester mencionar en relación a la forma en la que los Tribunales de Trabajo fallan en materias de acción de Tutela Laboral, incluso en el sector privado, en el que no hay mayor problema, es que la mayoría de las veces en que se acogen las acciones de tutela laboral, estas dicen relación básicamente con los llamados “derechos específicos”, es decir, aquellos que corresponden a los clásicos derechos laborales consagrados en el texto constitucional, como son la Libertad Sindical, Derecho de Negociación Colectiva y el derecho a Huelga (art 19, N° 16, Inciso 3° ,art. 19 N° 16, Inciso 4° y el art. 19, N° 16, Inciso 5°, respectivamente), siendo los llamados “derechos inespecíficos” aquellos que se encuentran consagrados en el texto constitucional, pero que sin embargo no tienen relación directa con derechos laborales, ignorados a la hora de fallar. Es decir, en gran parte de los casos, la tutela es acogida principalmente por la existencia de vulneraciones a derechos de carácter específico, dejándose fuera del análisis o más bien haciéndose caso omiso de aquellos derechos inespecíficos que puedan verse afectados, en tanto representan una mayor complicación a la hora de determinar la procedencia de la Tutela o bien, considerándose aunque en menor medida, como ocurre en el fallo dictado por el Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, con fecha 30 de Diciembre de 2009, en la causa RIT T-2-2009, donde se acoge la Tutela presentada por doña Marcela Droguett en contra de Sociedad Educacional Alberto Blest Gana Limitada por haberse vulnerado o lesionado los derechos fundamentales consagrados en los artículos 19 N°1, inciso primero; 19 N°4, 19 N°16 y lo dispuesto en el artículo 2 del Código del Trabajo, todo en relación con el artículo 485 del Código del Trabajo, considerándose especialmente aquella que recae sobre la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en el inciso 4° del artículo 19 N°16 del Código del Trabajo. Señalando que lo anterior se ha producido al no otorgársele el trabajo convenido como consecuencia de su calidad de dirigente sindical.

Asimismo, en la causa RIT S-1-2010, interpuesta en el Juzgado de Letras del Trabajo de La Calera, en base a un reemplazo ilegal de trabajadores en huelga por medio

del cambio de mallas de turno de trabajadores part-time y del traslado de trabajadores de Tottus Quillota a Tottus La Calera para realizar funciones de trabajadores en huelga, se acoge la denuncia por prácticas antisindicales en la que el tribunal funda la resolución en el hecho de que efectivamente afecta a la huelga y al proceso de negociación colectiva el que el empleador no cuente con el número de trabajadores necesarios y que diariamente emplea, encontrándose restringido, en proceso de huelga, el *ius variandi*. Vulnerándose también en este caso un derecho laboral específico.

Por el contrario, un ejemplo claro de la tendencia a rechazar tutelas laborales de derechos inespecíficos, sería lo fallado por el Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, en éste caso en relación a la honra y a la dignidad, causa RIT T-4-2009, que ocurrió en base a un despido por habersele acusado del robo de una botella de vino en su lugar de trabajo, estableciendo la parte demandante la vulneración de derechos fundamentales toda vez que, según ella, la actitud del empleador, coetánea a su despido verbal, fue imputarle a viva voz y delante de los clientes y demás trabajadores del supermercado el delito de robo de un vino en caja, además de haberlo tratado en forma vejatoria, toda vez que fue escoltado por guardias de seguridad, recibiendo un trato de delincuente. Ante esto, el tribunal aduce como fundamento para rechazar la denuncia por vulneración de derechos fundamentales básicamente, no haberse podido acreditar indicios suficientes al respecto. Acogiendo sólo subsidiariamente la demanda (Despido Injustificado).

Si bien es cierto, todos estos ejemplos no tienen una relación directa con la tutela laboral de los funcionarios públicos, lo cual es objeto de este trabajo, podemos hacernos cargo de ello postulando que el comportamiento jurisprudencial observado a partir del análisis de diversos fallos de la justicia laboral actual, nos hace concluir que a la hora de ponderar los argumentos de quienes se ven vulnerados en sus derechos fundamentales, resulta determinante la existencia de derechos específicamente laborales, lo que constituye un obstáculo a la correcta aplicación de este procedimiento respecto de aquellos empleados para los que fue creado y más aún una doble barrera para aquellos que no están específicamente contemplados como sujetos activos de la misma, a saber: los empleados públicos. Quienes además de tener que, en primer lugar, superar el problema de la

aplicación de la tutela, deben junto con ello lidiar con la insuficiencia que los derechos inespecíficos presentan a la hora de tutelarse.

## CONCLUSIÓN

La principal problemática que ha presentado la tutela laboral en nuestro país, desde su implementación como procedimiento con la dictación de la Ley 20.087 y durante su corta trayectoria, dice relación con la competencia de los tribunales laborales para conocer de estas demandas. Esto desde dos puntos de vista; la aplicabilidad del procedimiento y la legitimidad activa respecto del mismo, es decir, quienes pueden accionar de tutela. De este modo, resulta menester enfocar el análisis sobre las consecuencias jurídicas de la exclusión que jurisprudencialmente se ha llevado a cabo, respecto de aquellos que prestan servicios personales al Estado, en base a relaciones que, a pesar de no ser calificadas como laborales, cumplen, sin duda alguna, con el perfil de un vínculo de trabajo subordinado, poniendo en entredicho la real eficacia de este procedimiento.

Conforme a los criterios de los tribunales laborales nacionales, la mayor parte de los funcionarios (aquellos que trabajan a honorarios) quedan excluidos de la tutela, requiriéndose determinar en un primer término la existencia de la relación laboral, cuestión que de acuerdo a la tendencia no es acogida por la Corte Suprema.

También se evidencian grandes dificultades cuando se trata de funcionarios de planta y a contrata, a la hora de calificar su desvinculación como un despido efectivo y, en caso de pasar dicha valla, conseguir probar que éste fué vulneratorio de derechos constitucionales o bien, discriminatorio y así conseguir, una vez declarado admisible el procedimiento, la aplicación de su sistema sancionatorio.

Resulta sumamente necesaria una mayor regulación de la situación en que los funcionarios públicos se encuentran frente al poder del Estado entendido como empleador, en una relación donde existe jerarquía y por tanto desequilibrio de poderes, donde quienes desempeñan labores subordinadas se encuentran en franca indefensión, por no contar con un procedimiento específico, puesto que, si bien es cierto, existe una cierta posibilidad de conseguir el respaldo de los tribunales, a partir de una interpretación favorable de las normas de remisión, esto constituye la regla general y menos aún garantiza a los funcionarios la protección necesaria de sus derechos inespecíficos frente a los abusos del Estado.

La reforma laboral, instaurada a través del procedimiento de tutela, obliga al derecho del trabajo a cumplir una función garante respecto de aquellos trabajadores regidos bajo sus normas, pero, ¿qué gran diferencia existe entre quienes prestan servicios a una empresa privada bajo relaciones jerárquicas de subordinación y quienes desempeñan sus labores al alero del Estado Administrador? No hemos logrado encontrar, a lo largo de la investigación razones de peso que consigan justificar una situación tal, que va en franco desmedro de aquellos derechos que tanto funcionarios públicos como trabajadores privados gozan en su calidad de personas. Muy por el contrario, hemos expuesto fundamentos que auspician la necesidad imperiosa de extender la aplicabilidad del procedimiento de tutela a los funcionarios públicos e incluso laboralizar su función, brindándoles todas aquellas condiciones de trabajo que históricamente los trabajadores han conseguido a través de las luchas sociales ganadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (2002): Teoría de los derechos fundamentales, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. 1ª Edición., CEPC , Madrid.
- Ugarte Cataldo, José Luís (2007): *El nuevo derecho del trabajo*. 1ª Edición, LexisNexis, Santiago de Chile.
- Christian Melis Valencia (2009): *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, 1ª Edición, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile.
- Silva Cimma, Enrique (1993): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. La función pública*. 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Gamonal Contreras, Sergio (2009): *Fundamentos de Derecho Laboral*, 2º edición, Legal Publishing, Santiago de Chile.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (1999): *Contrato de trabajo y autonomía del trabajador*, en trabajo autónomo y trabajo subordinado. Tecnos, España.
- Martínez, José Miguel (2010): *Procedimiento de tutela laboral*, Ediciones Tributarias y Laborales Aplicadas S.A, Santiago de Chile.
- Ugarte Cataldo, José Luís (2006): *los derechos fundamentales del trabajador: en un nuevo procedimiento de tutela laboral*. Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.
- Bronstein Arturo, Goldin Adrian, Tapia Guerrero Francisco J. et al (2005). : *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo en el proceso de transformación de la empresa*, LexisNexis, Santiago de Chile.

- Vergara Castillo, Mario (2005): “*Libertad Sindical y Negociación Colectiva en el Sector Público*” en: *Revista Laboral*, Julio. Pp. 81-90.
- Marzi Muñoz, Daniela (2010): “*Tutela de derechos fundamentales en el sector público y el avance de la realidad*” en *Gaceta Jurídica*, Diciembre. Pp. 4-9.
- Vergara Montoya, Juan (2010): “*Despidos en el sector público: aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral*”. Disponible en <http://www.esuelasindical.org/blog/wp-content/uploads/despidos-en-el-sector-publico-y-tutela-laboral.pdf>. Fecha última consulta: 15 de abril del 2010.
- Marzi Muñoz, Daniela (2010): “*Quién le teme a los Derechos Fundamentales, sobre el procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales*” en *Anuario de dd.hh*, N° 6. Universidad de Chile.
- Ugarte Cataldo, José Luís (2007): “*La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo: De erizo a zorro*” en *Revista de Derecho*, Vol. XX. N° 2, Diciembre. Pp. 49 -67.