



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

Escuela de Derecho

**“Contratos Honorarios En La Administración Pública”
¿Prestación De Servicios O Relación Laboral Encubierta?**

Breve análisis de la realidad de la Administración Pública frente a la nueva
Jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a este tipo de contratos

Profesor Guía: Alejandro Alarcón

Alumno: José Sanyour Núñez

Santiago, mayo de 2018



Índice

Acápite	Página
Introducción.....	5
Capítulo Primero: “La Contextualización del Problema”.....	7
Capítulo Segundo: “Análisis Jurídico del Problema”.....	22
Capítulo Tercero: “La Solución Jurídico-Política”.....	38
Capítulo Cuarto: “Conclusiones”.....	43
Bibliografía.....	57



UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES



***“Esta tesis está dedicada mi
Abuela Fresia, mi madre Ximena,
mis hermanos Rodrigo Y Claudio,
mis sobrinos y en especial a Dios.”***

UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis se intentará vislumbrar la verdadera relación jurídica contractual que existe entre las personas naturales contratadas bajo un régimen diferente al habitual funcional, en la administración pública para realizar labores propias de la dotación del personal Institucional.

Como pequeña reseña, cabe señalar que la administración tiene la facultad de contratar personas naturales para realizar prestaciones específicas, ya sea profesional, técnico o experto. Como cuestión previa, es necesario establecer que esta modalidad de contrato existe desde la dictación del Estatuto Administrativo (norma facultativa de este tipo de contratación) en su antiguo Artículo 10 actual 11 del cuerpo normativo antes citado. Así las cosas, esta facultad ha sido tomada por las Instituciones como una suerte de “nuevo régimen jurídico contractual” para producir contrataciones a nombre de la Institución con personas naturales para que se desempeñen como “funcionarios” encubiertos, lo cual permite que la Administración realice su función con personas fuera de la dotación del personal autorizado, en condiciones contractuales precarias y vulnerando todo tipo de derechos laborales y hasta fundamentales.

Es este tipo de contrataciones, las que generan la vulneración de derechos, amparadas todas por la Contraloría General de la Republica, quien, a través de su Jurisprudencia Administrativa, ha reiterado que estos contratos solo implican los derechos contenidos en su texto, no haciendo extensibles derechos ningún tipo y ni hablar de Garantías Fundamentales, como protección a la maternidad entre otros.

Cabe señalar que existe Jurisprudencia Judicial de la actualidad que ha comenzado a dar un vuelco en este tipo de “interpretación” o “alcance” de las normas, debido a que se ha recurrido a la Corte Suprema mediante el recurso de “Unificación de Jurisprudencia”, la cual ha comenzado a fallar en favor de aquellos prestadores de servicios que han tenido la tenacidad y también digámoslo, los recursos para poder llegar a esta instancia y lograr una justa retribución de parte del Estado en relación a los derechos vulnerados.

Los fallos que analizaremos durante el desarrollo de esta tesis, se han orientado en determinar que ha sido la función que desempeña el “prestador” la que califica la relación laboral y no la dependencia y subordinación o bien el cumplimiento de una jornada, elementos los cuales son determinantes para la relación laboral, según la naturaleza jurídica de un contrato de trabajo.

En consecuencia, lo que se procederá analizar será como los servicios públicos a través de este tipo de contratos, que con carácter civil, según la CGR, contratan personas para realizar funciones propias de la dotación del personal, con un costo mucho menor y con una situación contractual precaria, sin salvaguardar derechos fundamentales o bien derechamente sin reconocer que la relación de la persona con el fisco es de carácter laboral.



Capítulo Primero

“La Contextualización de Problema”

“El Contratado a Honorarios en la Administración”

Para analizar la relación laboral del Estado con personas naturales primeramente debemos saber cómo funciona la administración del Estado en relación a las maneras de contratación de su personal o recurso humano, nos limitaremos a la forma general de contratación e ingreso a la administración haciendo un previo análisis de la Ley 18.834, Ley sobre Estatuto Administrativo General, a saber, existen tres tipos de calidades jurídicas de contratación, trabajadores de planta, trabajadores a contrata, trabajadores contratados a honorarios, ahora bien, las personas que ostentan estas formas de contratación sirven en un Cargo público, que a su vez *“Es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa”*. (Art. 3º letra a) E.A.). Así las cosas, ahora debemos ver quién es el “funcionario público”, y lo será aquel que pertenezca al conjunto de cargos permanentes asignados por ley a cada institución. Las personas que desempeñen cargos de planta podrán tener la calidad de titulares, suplentes o subrogantes.

- I. **Titulares:** Son aquellos funcionarios que se nombran para ocupar en propiedad un cargo vacante.
- II. **Suplentes:** Son aquellos funcionarios designados en esa calidad en los cargos que se encuentren vacantes y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por el titular, durante un lapso no inferior a 15 días.

- III. **Subrogantes:** Son aquellos funcionarios que entran a desempeñar el empleo del titular o suplente por el solo ministerio de la ley, cuando éstos se encuentran impedidos de desempeñarlos por cualquier causa.

Ahora bien, se hace necesario explicar que estos funcionarios tienen derecho a “La carrera Funcionaria” según lo previsto en el Art. 3 letra f) del E.A. “f) *Carrera funcionaria: Es un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad.*” a su vez cada institución, para la carrera funcionaria, sólo podrá tener las siguientes plantas de personal: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares (Fiscalizadores, según normativa de la propia institución). La carrera funcionaria se iniciará con el ingreso en calidad de titular a un cargo de la planta, y se extenderá hasta los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a los de exclusiva confianza. El ingreso a los cargos de carrera en calidad de titular se hará por concurso público y procederá en el último grado de la planta respectiva, salvo que existan vacantes de grados superiores a éste que no hubieren podido proveerse mediante promociones. Así las cosas, “*La carrera funcionaria,..... se encuentra limitada por los cargos de confianza exclusiva, pues según esta norma la carrera funcionaria se inicia con el ingreso en calidad de titular a un cargo de planta, extendiéndose hasta los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a los de exclusiva confianza establecidos en el artículo 7º. Ello significa que el Estatuto Administrativo determinó la existencia de cargos de carrera y cargos de confianza exclusiva, diferenciando a uno de otros*” (dictamen 18.297 de 1990 C.G.R).”

Trabajador a contrata, Es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución, art. 3º letra c) E.A, Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con 30 días

de anticipación a lo menos, art. 10 EA, El número de funcionarios a contrata de una institución no podrá exceder de una cantidad equivalente al 20% del total de los cargos de la planta del personal de ésta. Los grados de las escalas de remuneraciones que se asignen a los empleos a contrata no podrán exceder el tope máximo que se contempla para el personal de las plantas en el respectivo órgano o servicio, según sea la función que se encomiende, Art. 10 E.A., *“De acuerdo con el artículo 10 de la Ley Estatutaria las contrataciones no pueden disponerse indefinidamente, ya que expiran al 31 de diciembre de cada año, sin perjuicio de que pueda incluirse en ellas la cláusula ‘mientras sean necesarios sus servicios’, caso en el cual puede disponerse en cualquier momento la cesación de funciones del empleado a contrata”* (dictámenes 85.703 de 1963, 27.231 de 1979, 9.387 de 1982, 10.929 de 1990 C.G.R). Ahora bien, ambas calidades titulares y Contratas ostentan la calidad la funcionario público pero *“La diferencia entre un funcionario de planta y un empleado a contrata se refiere a la transitoriedad de la función que a este último corresponde realizar; debiendo aplicarse al funcionario a contrata, en lo demás, toda la normativa básica que rige al funcionario público en general”* (dictamen 60.690, de 1979 C.G.R.).

Contratos a honorarios, el Estatuto Administrativo en su Art. 11 previene *“Podrá contratarse sobre la bases de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo, se podrá contratar 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.”*

Así la Contraloría General de Republica, ha definido al contrato honorarios como *“un mecanismo de prestación de servicios que tiene por objeto permitir a los jefes superiores de la Administración del Estado contar con la asesoría de*

especialistas en determinadas materias, siempre que se trate de realizar funciones propias del respectivo servicio, cuando presenten carácter ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicio” (dictamen 16.220 de 1982 C.G.R).

Así, las personas contratadas bajo esta modalidad carecen de la calidad de funcionario o empleado público, lo cual les impide gozar de gran parte de los beneficios de los funcionarios así, *“Por no investir la calidad de empleados públicos es impropio admitir la afiliación de las personas contratadas a honorarios a un Servicio de Bienestar constituido de acuerdo con el Decreto N° 722, de 1955,..... pues dichas dependencias tienen como propósito esencial otorgar prestaciones de seguridad social a los funcionarios públicos, carácter que no poseen las personas contratadas a honorarios” (dictamen 10.536, de 1989 C.G.R).*

“Tampoco cabe aceptarlos como miembros de una asociación de funcionarios, ya que según la Ley N° 19.296 es claro que sólo pueden afiliarse a una asociación de esa naturaleza los trabajadores que se desempeñan en un servicio público, precisamente porque es a los empleados de la Administración estatal a quienes la ley reconoce el derecho de asociación” (dictamen 40.777, de 1995 C.G.R).

Además La contratación de personas a honorarios en organismos y servicios públicos es incompatible si se produce un conflicto de intereses entre los distintos organismos y servicios. Para evitarlos el artículo 5° de la Ley N° 19.896 exige una serie de requisitos como son:

1. Las personas contratadas a honorarios deben presentar una declaración jurada simple al jefe respectivo, donde conste que no prestan servicio en cualquier calidad jurídica en otra repartición pública o con proveedores, contratistas o instituciones privadas que ejecutan proyectos o reciben transferencias del órgano contratante.
2. En caso que se presten servicios a otras entidades públicas:

- El Jefe de servicio correspondiente debe certificar la no existencia de conflictos de intereses. Habrá lugar a conflictos de intereses, cuando las labores encomendadas a la persona contratada en los diversos organismos, lesionen los objetivos de alguno de ellos, o puedan entrar en contradicción con los intereses propios del contratado.
 - El acto administrativo que apruebe la contratación requerirá de la visación previa del Ministro correspondiente.
3. En caso que se presten servicios a proveedores, contratistas o instituciones privadas que ejecutan proyectos o reciben transferencias del órgano contratante, también se requiere de la visación previa del Ministro correspondiente en el acto de nombramiento.
 4. Las visaciones previas no son necesarias en el caso de contratos a honorarios para desempeñar funciones de docencia en alguna institución de educación superior.

Es necesario considerar estas reglas especiales sobre contratación de honorarios ya que a mi parecer viene ratificar que la contratación de honorarios debe ser excepcional en un servicio público ya que así es como vemos que las normas dejan al personal contratado bajo esta modalidad en el más completo desamparo normativo y equitativo frente a los funcionarios públicos, estas personas al no encontrarse contratadas bajo los regímenes legales ordinarios, establecidos por la Ley, provoca una manera de adquirir servicios personales, que derechamente promueve “una relación laboral encubierta” de parte del Estado, como empleador, con más de un millar de personas naturales que prestan servicios bajo la tan bullada modalidad “honorarios”. Así las cosas, el contrato “HSA” o mejor denominado “Honorarios Suma Alzada” es un tipo de régimen contractual que ha utilizado la Administración del Estado, cualquiera sea su especie, para contratar los servicios de personas para el desarrollo de labores institucionales, cuando dicha Institución no cuenta con la posibilidad de contratarlos bajo los regímenes de dotación del personal, cualesquiera sea la calidad jurídica,

debido a que el cumplimiento de la función pública conlleva la obligación de parte del Estado de brindar los servicios “a toda costa” debido a que la denominada “falta de servicio” en un Estado subsidiario como el nuestro puede llegar a suponer, en el peor de los casos, una sanción de alta entidad para el Jefe del servicio involucrado, aun cuando dicha falta de servicio sea por razones ajenas a dicho cargo.

En este punto es bueno detenerse, debido a que la responsabilidad de la administración de cada servicio, recae precisamente sobre los Jefes de Servicio, y son estos los encargados de tomar todas las providencias para contar con los recursos suficientes (incluso los humanos) para desarrollar la función pública encomendada, de ahí entonces que sus facultades exorbitantes recaen incluso en la elaboración del “presupuesto anual” de la Institución y también la de determinar las directrices políticas a seguir al interior de la misma. Es necesario señalar, en lo que nos importa en este análisis, que la dotaciones de personal en la Administración del Estado se encuentran dadas por la Ley, por lo tanto no es tan fácil, casi pétreo, aumentar las dotaciones de personales por vía formal, y aquí es donde comienza todo el problema. ¿Cómo tener la mano de obra necesaria para desarrollar tus funciones si no tienes como aumentar dotación?, y aquí nuestro legislador abrió una puerta que en su espíritu, está correctamente abierta, pero que en la práctica se ha transformado en el “karma” del Estado empleador. El actual Art. 11 del Estatuto Administrativo, Ley 18.834, es quien nos da la facultad para contratar expertos, técnicos o profesionales sobre la base de un contrato “honorarios” para cometidos específicos por un tiempo determinado, es sabido, por aquellos que estamos vinculados a la administración, que las dotaciones del personal son limitadas y de alguna forma necesitamos contar con el personal necesario para poder realizar la tarea Institucional, y es por esto que el Art. 11 nos da esa “luz” al final del camino, para así, contratar al personal necesario, pero sin vulnerar las normas estatutarias y administrativas propias sobre el personal, aumentar la dotación sin tener los cupos implica desde un simple problema estatutario hasta un problema de carácter presupuestario y de probidad administrativa. La cuestión en este caso es, que si se contrataran los servicios en los términos del Art. 11, no habría problema



porque para eso está, pero el tema radical es que por la vía del honorario se contratan servicios propios de la dotación del personal en un régimen legal totalmente precario y vulneratorio de derechos garantías e incluso de los principios básicos que rigen la administración del Estado.

Sí, porque uno de los principios básicos y al mismo tiempo exorbitante que rigen “al sector publico” es llamado principio de Juridicidad y Legalidad de los actos de la administración, que prescrito en el Art. 7 de la C.P.R. “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.” Por lo que automáticamente viene la pregunta de ¿Cuál es la previa investidura de un honorario en la administración?, ¿la resolución que aprueba su contrato o el contrato en sí mismo? Y eso me lleva a otra pregunta, ¿el contrato constituye estatuto suficiente para regular una relación de este tipo?

Estas consultas serán contestadas en nuestro próximo capítulo donde desarrollaremos de manera cabal y jurídica la problemática planteada, pero continuemos nuestro planteamiento, si los órganos y miembros del estado actúan previa investidura regular de sus integrantes, y por la reiterada jurisprudencia administrativa el personal honorario no tiene la calidad de funcionario público, (Dictamen N° 76401, 25-09-2015, C.G.R) por lo tanto entiendo que no es “integrante” de la administración, ¿sus actos, que efectos producen?, así las cosas, los reiterados pronunciamientos de la Contraloría General de la Republica, estos funcionarios carecen de toda calidad “funcionaria” por lo también de todos sus derechos, pero le empecen las normas generales sobre probidad administrativa y aquellas especiales según el órgano o servicio en el cual desempeñan sus funciones. En consecuencia a este tipo de “personal” de la administración del Estado, le son aplicables las



obligaciones, por servir al Estado, pero no le alcanzan los derechos del ejercicio funcionario.

En este caso, el contratado a honorarios puede ser alejado de la administración, cuando el servicio mejor lo estime, aun sin causal de término en concreto, ya que todos los contratos llevan inserta, dentro de la cláusula de vigencia del vínculo generalmente, una frase mágica jurídica que viene a salvar la situación, y es “o hasta que sus servicios sean necesarios”, esta ingeniosa fórmula jurídica me lleva a concluir que, un contrato que lleva una descripción específica de tareas o funciones, las cuales son las propias de la Institución, por lo que resulta poco probable que se dejen prestar, sea resuelto por la vía de lo que efectivamente no sucede, que es, que no se necesitan los servicios de la persona, porque es sabido y público que la Administración del Estado esta falta de “mano de obra” por así decirlo, por lo que los servicios son altamente necesarios, todo lo cual deja sin la posibilidad de que se realice un procedimiento de carácter administrativo para determinar los hechos que producen la solución del contrato, sino que, como alega la administración, como es un mero prestador de servicios, las personas contratadas bajo esta modalidad son despojadas de su trabajo y fuente de ingresos en total desamparo jurídico, sin derecho a la protección social, y en muchos casos de manera deshonrosa.

En este contexto, es que el año 2012 se solicitó el pronunciamiento de tribunal constitucional respecto a este tipo de contrataciones y su naturaleza (roles 2096-11, 2097-11, 2098-11 y 2099-11) lo cual nos ha llevado a darnos cuenta que estamos frente a una gran cantidad de contratos con una denominación que los identifica no por su naturaleza jurídica, sino por el nombre que recibe la retribución de una de las partes, que entrega a la otra, los "honorarios". En este sentido se trata de la contratación de ciertos tipos de servicios personales que originalmente prestaban únicamente personas que desempeñan profesiones o labores asimilables al contrato de mandato. Entendiendo que estas personas actuaban por una liberalidad y si recibían algo, no era como pago de una actividad inapreciable en términos económicos, sino como modo de manifestar la gratitud y estima. Los romanos comenzaron a hablar



del "*honorarium*" para designar este estipendio, el Digesto 17.1.6 "*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*". La expresión ha tenido éxito y se ha mantenido en Chile, con la ayuda del régimen tributario y la necesidad de emitir boletas a "honorarios" para declarar estos ingresos.

En sentido estricto, el contrato a honorario es un contrato de prestación de servicios personales, que está regulado, precariamente, en el Código Civil como una suerte de arrendamiento de servicios inmateriales (arts. 2006 a 2012 C.C.). Cuando se trata de profesiones que implican la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, la escueta normativa del arrendamiento se incrementa con las normas del mandato conforme lo dispuesto en los arts. 2012 y 2118 del Código Civil.

En todo caso, se trata de una norma supletoria que se aplica cuando las partes hayan omitido algo. El principio de autonomía de la voluntad rige en su más amplio espectro.

Es un contrato consensual, pero sometido a las exigencias de escrituración cuando los servicios pueden evaluarse en más de dos unidades tributarias, según lo dispuesto en los arts. 1708 y siguientes del Código Civil.

Del ámbito de este contrato han salido todos aquellos servicios que se prestan bajo vínculo de subordinación o dependencia, para dar vida a un nuevo contrato, el contrato de trabajo, cuya reglamentación es minuciosa y de orden público. Todas las normas del Código del Trabajo se aplican muchas veces de forma imperativa, escrituración obligatoria cualquiera sea el valor, sueldo mínimo, protección de la remuneración, imposiciones previsionales, feriados, fueros laborales, protección a la maternidad, etc. El problema surge cuando lo que es una relación laboral, es decir, servicios prestados bajo subordinación o dependencia, se encubren bajo la forma de un arrendamiento de servicios, escriturado bajo el nombre de "contrato a honorarios". Esto no es más que una forma de simulación contractual relativa. Se celebra un contrato aparente, el arrendamiento de servicios inmateriales para ocultar el contrato de trabajo.

No es necesario, por lo tanto, acudir a principios especiales como "principio de primacía de la realidad" tan recurrido en la jurisdicción laboral, para hacer primar la voluntad real de las partes por sobre la simulada, más aún cuando se trata de normas de orden público e irrenunciables para el trabajador.

¿Pero qué sucede si el empleador que simula el contrato de arrendamientos es un servicio público? Es notorio que muchas personas que están contratadas a "honorarios" en Municipalidades u otros órganos del Estado, no están en realidad prestando servicios inmateriales al modo del contrato de arrendamiento; sino que su labor es asimilable, en los hechos, a un contrato de trabajo, se cumplen horarios, se reciben instrucciones, estamos sometidos a un superior jerárquico, etc. Entonces la pregunta es ¿debiera aquí dejarse al descubierto la real situación y declarar la relación laboral del contratado a honorarios? este es problema que llegó al Tribunal Constitucional. Los requirentes habían sido contratados a honorarios para trabajar en el "programa de Reconocimiento al Exonerado Político" del Ministerio del Interior y ejercieron labores hasta junio del 2010, fecha en la que se puso término a sus contratos, sin indemnizaciones ni beneficios laborales. Accionaron ante los tribunales del trabajo para que se acreditara la existencia de una relación laboral fundada en el vínculo de subordinación y dependencia bajo el que desempeñó sus tareas, pero perdieron los juicios. La Corte Suprema ha reiterado su opinión de que no puede aplicarse el Código del Trabajo a las personas contratadas a honorarios por el Estado. Se funda en el inciso 3º del art. 11 de la ley Nº 18.834, Estatuto Administrativo, que dispone que *"Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato..."*, y en el art. 1º del Código del Trabajo que hace inaplicable la legislación laboral a los funcionarios de la Administración Estatal que se encuentren sometidos por ley a un "estatuto especial". El estatuto especial sería la normativa expresada en el contrato de honorarios, conforme a lo dispuesto por el art. 11 de la ley Nº 18.834. (Sentencias de 25 de abril de 2012, rol 5839-2011, y 29 de mayo de 2012, rol 8118-2011). De aquí la pregunta antes planteada sobre la suficiencia normativa de un acuerdo de voluntades.

El Tribunal Constitucional rechazó también un recurso de inaplicabilidad y declaró que la norma del art. 11 inc. 3º del Estatuto Administrativo, en sí misma, no puede considerarse violatoria del derecho a la seguridad social ni de la igualdad ante la ley, como alegaban los recurrentes. Señaló también que no correspondía a ese Tribunal determinar si había o no relación laboral encubierta por el contrato a honorarios. Roles N°s 2096-11-INA, 2097-11-INA, 2098-11-INA y 2099-11-INA (acumulados).

Muchos piensan que el Tribunal Constitucional acierta en su fallo, que es mayoría, con voto disidente de dos de sus ministros. Ya que la norma impugnada no hace más que facultar a la Administración Pública, que para labores accidentales, pueda contratar bajo la modalidad a honorarios a ciertas personas, caso en el cual rige el contrato privado y no el Estatuto Administrativo.

Lo que convendría analizar es la posibilidad de indagar si realmente se trata de arrendamiento de servicios inmateriales y no de una simulación en la que el contrato a honorarios sirve como pantalla para esconder lo que debería ser un contrato de trabajo. Es dudoso que el art. 11 inc. 3º mencionado esté estableciendo un "estatuto legal especial" para funcionarios del Estado en el sentido del art. 1º del Código del Trabajo. Por lo demás, resulta inconcebible que el encubrimiento de la relación laboral le sea lícito al Estado, siendo que, con mayor razón que los particulares, está sometida estrictamente al respecto de la legalidad vigente, más aún si se trata de normas de protección a los trabajadores.

Y este el gran punto a desentrañar, de cómo la administración a través de sus propios órganos y servicios contratan personas para realizar labores propias del giro institucional pero la modalidad de vinculación con el servicio carece de toda protección jurídica.

Así, el contrato a honorarios como le vimos anteriormente, es un vínculo privado, donde las partes pueden pactar bajo los principios generales que

rigen al derecho civil, pero esta libertad contractual es limitada sino de “adhesión”. Lo anterior debido a dos grandes aspectos que rigen la realidad de estos contratos, la primera gran limitación, dice relación precisamente con aquello que no le es favorable al prestador de servicios, o sea, la calidad de “funcionario público”, esto es, que la libertad de contratación se ve coartada con aquello que en la jerga “publica” algunos mal llaman “principio de la supremacía normativa” el cual significa que las normas supremas sobre de contratación de personal en la administración son las del derecho administrativo y es por esto que, como ha dicho el órgano de control, ninguna persona puede gozar de más derechos que un funcionario público, lo cual significa que el límite que tiene la autonomía de la voluntad civil, hacer todo aquello que no sea prohibido por la ley, es precisamente el estatuto administrativo (norma no aplicable al HSA), y todas sus normas complementarias, por lo que una vez más se ve como las potestades exorbitantes del derecho administrativo se superponen al orden publico del derecho laboral. Así por ejemplo, si se le asigna un “bono” a una persona contratada a “honorarios” que tenga la naturaleza de “aguinaldo”, que en la especie, desarrolle las mismas labores y en las mismas condiciones (jurídicamente hablando) que un “funcionario” el valor del “bono” no podrá exceder del valor que recibe el antes citado funcionario, por lo que la autonomía de voluntad recibe una fuerte limitación en su ejercicio efectivo.

La segunda gran limitante, radica en que los contratos entre la administración y las personas naturales, están confeccionados de manera previa, por lo general, desarrollados por las unidades jurídicas de los distintos servicios y órganos del Estado, por lo que al momento de pactar entre las partes, la persona natural, esto es, el prestador de servicios, quien a su vez representa la parte más débil dentro de la relación jurídico-contractual, le son impuestas las condiciones de trabajo, tanto en sus obligaciones como en sus derechos por lo que, aquello que le pertenece a la autonomía de la voluntad se ve, una vez más, coartada por el derecho administrativo, quedando a liberalidad de cada servicio u órgano, el establecimiento de las obligaciones (algunas pueden ser incluso arbitrarias) y los derechos (que por lo general son de alta precariedad) que le asisten al contratado.

Así las cosas, en el año 2015 un fallo recaído en un recurso de unificación de jurisprudencia (recurso rol N° 11.584-2014) deducido por un demandante ex honorario en el sector público, en sede laboral, que desempeñó funciones en la Municipalidad de Santiago por más de cuatro años en forma continua y en “actividades habituales” al giro de la corporación, sobre el particular, como “jefe de proyecto y programa de la Secretaría de la Juventud”, y fue desvinculado del órgano municipal. La Corte Suprema quien tiene a su cargo fallar estas materias, inesperadamente, declaró injustificado y nulo el despido del demandante.

Tuvieron que pasar casi dos años, y habiéndose compuesto la sala laboral de la C.S. por nuevos ministros integrantes, para que se comenzara a cambiar el criterio y otorgar a la relación jurídica contractual entre la administración y las personas contratadas bajo esta modalidad, la interpretación jurídica real y no la más conveniente al fisco.

A diferencia de lo tradicionalmente había sostenido Corte Suprema en su jurisprudencia anterior, así como por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, la nueva sentencia de la Corte Suprema, consideró que la relación existente entre el actor y la Municipalidad demandada, y a falta de poder considerársela como una entre órgano y funcionario, debía considerarse como de naturaleza laboral, atendido el vínculo de subordinación y dependencia existente entre las partes y la existencia de una remuneración mensual a favor del demandante como contraprestación por sus servicios. Esto es, que no teniendo cabida los contratos de servicios a honorarios celebrados entre la Municipalidad y determinados profesionales en la regulación de la Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, así como tampoco en el Estatuto Administrativo de aplicación general, Ley 18.834, y descartando un lejano o casi inexistente encuadramiento en la figura del contrato de arrendamiento de servicios del Código Civil, se configuran en los hechos los elementos que definen las relaciones laborales, y ante ello la Corte hizo aplicables supletoriamente las disposiciones del Código del Trabajo.

La oportunidad de la sentencia, unificación de jurisprudencia, es muy relevante, dado que ante “disímiles interpretaciones sobre el estatuto jurídico aplicable a la relación habida entre una persona natural y una municipalidad”, se impone una “recta exégesis” de la ley, en particular para la regla de excepción y contra excepción, habiéndose establecido la relación de subordinación-dependencia que le es propia al derecho laboral.

En lo particular, la corte expresó en fallo rol N° 11.584-2014 que:

"La acertada interpretación del artículo 1° del Código del Trabajo, en relación, en este caso, con el artículo 4° de la Ley N° 18.883, está dada por la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, en la especie una Municipalidad, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula a la entidad contratante, prestan servicios en las condiciones previstas por el Código del ramo. En otros términos, se uniforma la jurisprudencia, en el sentido que corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una Municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece —para el caso— el artículo 4° de la Ley N° 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente".

Por su parte, la sentencia de reemplazo declaró la existencia de una relación laboral por cuanto:

"Como hecho de la causa ha de tenerse la existencia de dicha subordinación y

dependencia, aunque no aparezca el cumplimiento de horario específico; también se ha demostrado el pago de remuneración mensualmente contra el recibo firmado por el trabajador, en contraprestación a los servicios cumplidos; por último, la realización íntegra de la labor para la que fuera contratado y que se mantuvo por más de 4 años de manera ininterrumpida. Estos son los hechos probados en este proceso y a los que corresponde calificar jurídicamente, sin perjuicio de la denominación que las partes hayan dado a la relación que las unía e, incluso, no obstante esa denominación y las cláusulas pactadas en los respectivos instrumentos suscritos por ellas".

El fallo en cuestión resulta importante por dos motivos, en primer lugar, porque viene a corregir la notable falta de protección de derechos que tiene un relevante sector de los trabajadores de la Administración del Estado; y en segundo lugar, porque a falta de una solución de tal problema por los órganos del Estado naturalmente llamados a ello, la propia Administración y el Legislador, ha sido el Poder Judicial quien ha actuado, lo que conlleva una solución pero a la vez un problema de funcionamiento de nuestro sistema jurídico.

Problema de funcionamiento que se deja al desnudo, debido a que en uso de sus facultades, es el Poder Judicial el que ha venido a cumplir y solucionar un problema de orden político, no en el sentido político partidista, sino el más puro sentido de la política, esto es en el “qué hacer” y “como hacerlo”, así las cosas, es la administración y sus líderes quienes deben determinar la modalidad jurídico contractual en las que se desenvolverán las dotaciones del personal, por lo que si sabiendo la falta de personal que tienen según las dotaciones autorizadas, al momento de elaborar los programas presupuestarios ningún servicio y ninguna autoridad ha sido capaz de pedir traspasar efectivamente y no manera simbólica, la dotación de personal honorarios a contrata. Y es por esta falta de acción de las autoridades estatales y políticas que han tenido que ser los Tribunales y en lo particular el Supremo, el que ha venido a salvar y más bien dicho a proteger la relación jurídica

contractual entre el Estado y las personas naturales contratadas bajo modalidad honorarios. Como se dijo anteriormente los trabajadores a honorarios ejercen sus funciones sin ser funcionarios, sin tener los derechos propios de ellos pero igualmente sujetos a las obligaciones que emanen de sus contratos y a las que les resulten aplicables del Estatuto de la institución y otros cuerpos legales, como la Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa. Es más, en algunos casos se recurre a ficciones legales para posibilitar la actuación de este personal como funcionarios públicos.

Así las cosas, el problema es una situación de hecho. El Estatuto Administrativo, al contemplar la contrata y los honorarios como modalidades por las cuales se pueden vincular personas naturales con la Administración, consideró cada una de ellas para situaciones particulares. Así, según el artículo 3° letra c) del Estatuto, el empleo a contrata es *“de carácter transitorio”*; y el artículo 11 del mismo texto legal autoriza la contratación a base de honorarios de *“profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la*

institución”. Regulaciones similares encontramos en estatutos especiales. Con todo, en los hechos, los órganos del Estado tienen miles de funcionarios a contrata y a honorarios ejerciendo funciones permanentes y esenciales, que dejan a aquellos en la incertidumbre de la duración de sus funciones y a éstos en una desprotección laboral y de seguridad social no asimilable a ninguna otra categoría de trabajadores en nuestro país. Es notorio que se requiere una solución general y definitiva para el problema, que idealmente debiese pasar por reformas legales así como de prácticas de la administración para sus trabajadores.

Este giro jurisprudencial sitúa al personal a honorarios que presta servicios a la administración como trabajadores sometidos al derecho común laboral, y con ello se genera una desigualdad de trato legal, dado que en varios aspectos

el funcionario no goza de los mismos derechos que los trabajadores, por ejemplo, en materia de desvinculación e indemnización por años de servicios, entre otras.

Tal como ha sucedido en materia de salud, que las Cortes de Apelaciones están atosigadas de recursos de protección contra Isapres, buscando soluciones individuales para un problema que debiese ser solucionado de manera general por el legislador, resulta esperable que ahora los tribunales laborales se llenen de acciones de funcionarios a honorarios que busquen no solamente velar por su situación actual, sino también cobrando prestaciones laborales y de seguridad social que nunca antes se han pagado a estos trabajadores y que, aplicándose el Código del Trabajo, ahora debiesen recibir, al menos aquellas que no se encuentren actualmente prescritas.

Así las cosas, acá en el año 2015, la Corte suprema habiendo sido requerida ha dicho que Las relaciones laborales de personas naturales contratadas por la administración del Estado se rigen por el Código del Trabajo, incluso cuando los sucesivos contratos de prestación de servicios son a honorarios. Pronunciándose en fallo dividido al acoger un recurso de unificación de jurisprudencia y confirmar la sentencia de primera instancia que dio lugar a una demanda por despido injustificado presentada por un funcionario del Servicio de Vivienda y Urbanismo.

Finalmente, así en contexto, estamos frente a una situación Jurídico-Contractual, donde el Estado, actúa como el requirente de unos servicios personales, los cuales adquiere con un régimen jurídico vulneratorio y precario, lo cual conlleva a inseguridad e indefensión jurídica, que sufre un contratado a honorarios, al no saber si este fin de mes será el último o no.

Siguiendo con el desarrollo de esta tesis, es necesario dar paso al análisis jurídico de la problemática ya planteada, análisis el cual nos debiera dar las luces, que al menos, nos permitan comprender desde el punto de vista del



mundo del Derecho, como es posible que una vulneración de derechos tan notoria y flagrante sea avalada y resguardada por el ordenamiento jurídico administrativo, sin tener solución favorable a los afectados.





CAPITULO SEGUNDO

“Análisis Jurídico”

“Intentando Determinar la Naturaleza Jurídica del Contrato Honorarios en la Administración Pública”

En este capítulo, pasaremos a hacer un análisis, lo más técnico posible, de las normas jurídicas que convergen entrono a la relación material entre las personales naturales, como prestadores de servicios y el Estado como el requirente de dichos servicios.

Esta relación jurídica ha sido abordada por nuestro Tribunal Superior de Justicia, luego de que se dedujera un recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral en relación a la demanda deducida por despido injustificado presentada por un funcionario del Serviu que se desempeñaba funciones entre 2012 y 2013.

La Cuarta Sala del máximo tribunal, compuesta por los ministros Gloria Ana Chevesich, Andrea Muñoz, Carlos Cerda y los abogados integrantes Arturo Prado y Jorge Lagos, anuló así la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había rechazado la acción, todos los ministros son relativamente nuevos en dicha sala.

En esta causa centraré mi análisis, debido a que aquí sucede una situación, que si es bien abordada por la comunidad jurídica dedicada a la materia, puede sentar precedentes de efectos significativos, debido a que fue un tribunal de primera instancia el que falló a favor del prestador de servicios, con un criterio de interpretación que se centra en la naturaleza y condición de la función o “servicio” prestado por la persona, y no en lo previsto en las

normas legales, así hace valer así en principio laboral de primacía de la realidad, el cual tiene por objeto precisamente calificar jurídicamente un hecho en relación a su naturaleza, eximiéndose de otros criterios de interpretación.

En segunda instancia fue la corte de apelaciones, quien desechó lo indicado por el tribunal de primera, por lo que quien resolvió en definitiva fue la Corte mediante el mencionado “Recurso de Unificación de Jurisprudencia” Que en conformidad con lo dispuesto en los artículos 483 y 483 A del Código del Trabajo, el recurso procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales superiores de justicia.

Así, conoceremos paso a paso los argumentos de hecho y derecho que fueron fundando las distintas sentencias que fueron revisadas por la suprema y que al final falló a favor de la primera interpretación, la correcta, adecuada y pertinente a mi juicio, y que es la va a sentar sin lugar dudas un precedente laboral importante en las relaciones jurídico-laborales entre las personas y el estado.

Arguyo el 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT O-3351-2013, entre otras cosas, que la cuestión de hecho se ha centrado en la forma en que los servicios se ejecutaron, el alcance y extensión de las labores, como presupuesto de un pronunciamiento sobre si tal figura se ajusta a los hechos o se ha verificado un vínculo de tipo laboral. Que los servicios se han ejecutado de acuerdo a los elementos propios del vínculo de subordinación y dependencia y exorbitando la norma habilitante del Estatuto Administrativo para la contratación por honorarios, este argumento de la sentencia creo que es uno de los masa relevantes debido que hace el “descuelgue” de la norma Administrativa y permite al Derecho laboral entrar de lleno a regular la relación de hecho debido a que la naturaleza jurídica de la prestación de servicios al tenor literal estatutario es totalmente diferente, en aspectos

objetivos y subjetivos, al manera en la cual se utiliza dicha norma legal en la realidad por los diversos servicios públicos. Así el tribunal centró su análisis en demostrar la forma de ejecución y los cometidos cubiertos por la obligación contractual del demandante. De esta manera creo necesario destacar que dentro del proceso Laboral no hubo controversia sobre los siguientes aspectos:

- a) Que los servicios se ejecutan en dependencias de la demandada.
- b) Que se desarrollan en una jornada de tiempo que va de lunes a viernes, sometidos a un horario.
- c) Que el actor está imbricado a una unidad específica del Serviu y que se subordina a una jefatura.
- d) Que tales aspectos cronológicos de la prestación de los servicios se controlan mediante registro.
- e) Que el cometido específico pactado en los convenios consigna que las labores descriptas no son taxativas.

Detengámonos en estos aspectos, porque son los que prueban, por si mismo, que la naturaleza fáctica en la cual se prestan los servicios, no son en los previstos por el Estatuto Administrativo, debido a que el Art. 11 de la Ley 18.834, prescribe que *“Podrá contratarse, sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución...”* y todas los hechos que no produjeron controversia en la causa, por encontrarse reconocidos por la demandada dentro de su actuación en juicio, son precisamente contrarios a la norma estatutaria, por encuadrarse dentro de la forma en que los “trabajadores habituales y permanentes” (o sea, los funcionarios) de la Institución desempeñan sus funciones al interior de esta. En este sentido, la línea interpretativa del tribunal apuntaba claramente a pro primera vez, me atrevo a decir, a que reconocer una relación laboral y no a seguir encubriéndola en una relación civil.

Así las cosas el tribunal de primera instancia continuó argumentando que en la ejecución de los servicios concurren elementos clásicos de la subordinación; y en número y concordancia suficientes para subsumir el caso a la figura de los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, aspectos que están ya presente en los instrumentos que se suscriben bajo la forma de convenios por honorario y que tal calificación supone la facultad del juez especial para calificar el vínculo como laboral. La calificación jurídica de tales servicios es objeto de controversia, desde que formalmente la contratación se presenta asociada a la norma habilitante del artículo 11 del Estatuto Administrativo (ex artículo 10 de ley 18.834) que señala que “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”. Cosa la cual la demandada fue majadera en argumentar, lo cual nos lleva a concluir que la realidad material del vínculo exorbita la regulación de esa norma estatutaria y entra a ser regido por el orden público laboral.

El Estado, sujeto de derecho público, regula las relaciones que lo vinculan con sus trabajadores por medio de una unión de derecho público. Por ello, con la sola excepción de lo que previene el inciso tercero del artículo 1º Código del Trabajo, por regla general, las normas del estatuto laboral privado no le son aplicables según dispone el inciso segundo del mismo precepto. Pero con todo, una parte importante de los servicios que ejecutan sus dependientes están regulados por el derecho privado, a través de las normas que lo habilitan a contratar mediante honorarios (artículo 11 de ley 18.834) y todavía, en otros casos, a través de un Contrato de Trabajo.

La norma, es la fuente formal habilitante pero los contornos de la habilitación legal los determina el contenido material al que debe ajustarse la Administración, en armonía con el mandato constitucional del artículo 6, inciso primero de la Constitución Política de la República.

Así mismo, los términos de la ley sugieren temporalidad, accidentalidad y especificidad en servicios que no pueden ser permanentes, pues lo continuo, habitual, duradero y esencial es ejecutado por los funcionarios públicos adscritos a la planta conforme a las regulaciones del estatuto público. Es por esto que el marco de habilitación que confiere la norma del artículo 11 del Estatuto Administrativo consagra entonces hipótesis compatibles con la ejecución de servicios independientes, regulables jurídicamente bajo la forma de arrendamiento de servicios previsto en los artículos 2006 y siguientes del Código Civil. En este caso conforme a los caracteres descritos al hacerse el análisis de la función, no queda subsumido en la norma, pues a diferencia de lo que se postula por la demandada no se verifica la accidentalidad ni la “exclusión del giro” de servicios de asesoría y acción legal que por su complejidad, multiplicidad de cometidos y subordinación a labores de larga duración (divididos en contratos más breves) cubren campos que exceden lo que consignan. En consecuencia, lo que sale del campo de la habilitación legal, sale de la regulación de la norma, imponiéndose en la especie la calificación del régimen jurídico de trabajo por parte del tribunal especial, desde el mandato del artículo 8 del Código del Trabajo, que en lo pertinente, dispone que “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo”. Los términos de la ley que configuran la relación de trabajo a que se refiere el precepto son los previstos por el artículo 7 del mismo cuerpo normativo *“Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”*.

En ese orden de cosas, el tribunal determino que por expresa disposición legal, está mandado para declarar una relación de trabajo en los casos en que convergen los elementos que caracterizan el vínculo descrito por la norma del artículo 7 del Código del Trabajo, aun en casos en que el empleador sea un órgano de la Administración del Estado, en los casos en que el estatuto aplicable no es ninguno de los que describe el artículo 3 de la ley 18.834; a saber ni el estatuto funcionario de planta, ni el del empleo a contrata y cuando el vínculo formal no se ajusta a los presupuestos habilitantes para la contratación civil y se devela como una relación de trabajo.

Lo anterior nos pone en una situación de peligro debido a que los actos formales de contratación devienen en actos vacuos e ineficaces para el derecho, cuando la práctica configura una relación subordinada y dependiente, quedando la tarea de calificación del vínculo entregada al orden público laboral y las consecuencias jurídicas de esa calificación determinan la adjudicación al trabajador del estatuto protector, de aquel que en los hechos ha sido privado por el propio Estado.

Resultan inaplicables las normas de ineficacia propias del derecho común atendidas las especiales características de la relación de trabajo. En su pura dimensión de intercambio patrimonial (servicios a cambio de una retribución económica) las partes han solucionado sus obligaciones recíprocas esenciales, con excepción del cumplimiento del débito previsional. En ese contexto, el instituto de las restituciones mutuas es tan ineficaz como impracticable e inequitativo, resultando inadecuado en este tipo de contratos toda vez que ha sido previsto principalmente para contratos que dicen relación principal con el tráfico patrimonial. No puede olvidarse que por sus particulares características, la obligación del trabajador es personal, se satisface en un continuo (tracto sucesivo) y compromete, en la solución de la prestación a que se obliga, a toda su persona. Esta realidad inconcusa parece inspirar a la propia doctrina administrativa cuando de manera regular, omitiendo cualquier fórmula de ineficacia enfrentada a la realidad insoslayable de



servicios efectivamente ejecutados y de los cuales el Estado se ha servido, ordena el pago de los mismos a quienes los han ejecutado sin que existiere previamente un acto formal de contratación o nombramiento.

Con todo lo antes expuesto, el tribunal laboral decidió acoger la demanda en todas sus partes declarándose que el vínculo laboral habido entre las partes concluyó con fecha 13 de julio de 2013 por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales de la demandada (SERVIU). Que las sumas ordenadas pagar deberán serlo con las actualizaciones de los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo, según corresponda y las de naturaleza previsional de acuerdo con lo previsto en los estatutos respectivos.

Lo que hizo el tribunal el laboral, fue por primera vez hacer un análisis jurídico real en base a los aspectos facticos que rigen la relación entre las personas naturales, que le prestan habitualmente servicios al Estado, determinando lo que en realidad sucede, esto es, dar prioridad a las normas de orden público, o sea, en este caso las laborales, dando paso a un hecho que lograra sin lugar a dudas sentar precedentes para los futuros demandantes labores del Estado.

En contra de esta sentencia interpuso recurso de nulidad la parte demandada, fundado en las causales previstas en la letra a) del artículo 478 y en la del artículo 477, ambos del Código del Trabajo, las que se interponen de manera subsidiaria. En subsidio de lo anterior, también se alzó de nulidad de la sentencia por las causales establecidas en la de la letra b) del artículo 478 del Código del Trabajo en relación a la letra c) del mismo artículo y declarado admisible el recurso se procedió a su vista, oportunidad en que se escucharon alegatos de ambas partes.

Que el recurrente invoca, en primer lugar, la causal de nulidad contemplada en la letra a) del artículo 478 del Código del Trabajo, la hace consistir en que éste fue dictado por tribunal incompetente, conforme a lo dispuesto en el

artículo 420 del Código del Trabajo, desde que el contrato que vinculaba a las partes era de honorarios a suma alzada, por lo que tenía naturaleza civil y no laboral, lo cual se refrenda por el tenor de la demanda y las resoluciones que aprueban la contratación del demandante.

Respecto a la segunda causa de nulidad de la sentencia, esto es, la prevista en el artículo 477 del Código del Trabajo, la funda en que la sentencia se dictó con infracción de los artículos 1 y 11 de la Ley 18834, de los artículos 1, 3, 7, 8, 160, 162, 163, 168 y 171, todos del Código del Trabajo, y de los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, ello al concluir que las partes se vincularon laboralmente, en circunstancias que la ley 18.834 (Estatuto Administrativo) no la faculta para contratar personal conforme al Código del Trabajo y este último cuerpo normativo excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios de la administración cuando se encuentren sometidos a un estatuto especial, conforme dispone el inciso 2° de su artículo 1°. En relación al resto de las normas del Código del Trabajo que denuncia como infringidas, estima, que han sido aplicadas de manera improcedente, haciendo mención especial a que no obstante que el demandante no alcanzó a cumplir un año de prestación de servicios, se le haya concedido igualmente indemnización por años de servicio más recargo del 50%. Finalmente, refiriéndose a la infracción de los artículos 1545 y 1546 del Código Civil, señala que éstos han sido aplicados indebidamente pues el demandante no ha suscrito contrato laboral alguno con su parte sino que uno regido por el artículo 11 del Estatuto Administrativo. En lo relativo a la tercera causa de nulidad, esto es, el artículo 478 letra b) del Código del Trabajo en relación con la letra c) de la misma disposición, las que estima configuradas en la medida que el fallo ha otorgado una calificación jurídica errada a los hechos acreditados en autos, al aplicarle las normas del Código del Trabajo a una relación estatutaria de derecho administrativo, todo ello sin haber efectuado un examen lógico de los hechos acreditados en autos.

Viendo los argumentos del recurrente, el Serviu, estamos tentados a concluir que efectivamente, el tribunal de primera instancia se equivocó en interpretar la Ley, y que todo lo debe enmendar la Corte de Apelaciones de Santiago, Decima Sala, cosa la cual hace precisamente nuestra querida Corte, aduciendo argumentos de dos tipos para mi entender, unos en el sentido de no perjudicar a la Administración y otro para sustentar los primeros, lo digo así porque en realidad no veo por qué las normas interpretadas y sobre las cuales funda su fallo el 2° de Letras del Trabajo de Santiago. Estrían mal aplicadas y menos mal interpretadas, creo simplemente que la Corte trato de mantener la línea jurisprudencial clásica que se venía aplicando a la materia, manteniendo la indefensión de los prestadores de servicios frente al Estado.

Así las cosas, la Corte planteo que respecto de la causal del artículo 478 a) esto es la incompetencia del tribunal, cabe consignar que de la propia naturaleza de las acciones deducidas por el demandante estas se encuentran dentro de las materias cuyo conocimiento entregó el legislador a los Juzgados del Trabajo, conforme lo establecen los artículos 420 y siguientes del Estatuto Laboral, ya que todas ellas se relacionan con hechos de carácter laboral y resulta obligatorio para el juez de esta especialidad conocer y pronunciarse sobre ellas conforme lo ordena la Constitución Política en su artículo 76 y 1°, 5° y 10° del Código Orgánico de Tribunales normas que son de orden público. por lo que rechazo la causal, en cuanto a la segunda causa de nulidad invocada, esto es, artículo 477 en relación a los artículos 1° y 11° del Estatuto Administrativo, 1°, 3°, 7°, 8°, 159, 162 y 168 del Código del Trabajo en relación a los artículos 63 y 173 del mismo cuerpo legal, y artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil, el recurrente, en síntesis, sustenta el arbitrio en que el demandante fue contratado por el Serviu sobre la base de honorarios para encargarse de determinados cometidos señalados en sus contratos, todos ellos señalados en cada uno de los Convenios de Prestación de Servicios suscritos por el demandante, por lo que no le sería aplicable la normativa laboral, citando al efecto variada jurisprudencia sobre este tema.

El personal del Serviú pertenece a la Administración descentralizada del Estado y que las relaciones con el personal que presta servicios en ese organismo, se somete a normas de orden estatutario. Por su parte el artículo 11 de la Ley N°18.834 establece que: “podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Así, no es dable admitir que las personas que ejecutan sus labores en los servicios públicos descentralizados, en este caso el Serviú, puedan regirse por el Código del Trabajo, en razón de lo establecido. en la especie, no se trata de hacer efectivas, de modo subsidiario, ciertas reglas del Código Laboral a los funcionarios de un servicio público en defecto de las disposiciones estatutarias a que ellos estén sometidos, sino encuadrar la situación del demandante en toda la normativa que contiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron a merced de una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige al organismo referido, según se desprende de los antecedentes y así lo ha resuelto también la Corte Suprema, en recurso de unificación de jurisprudencia Rol N° 5995-2012, que concluye que la aplicación del Código del Trabajo a personas contratadas en base a honorarios conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N°19.834, no resulta procedente.

Con este argumento de la Corte nuestra esperanzas de “Justicia” se nos vienen al suelo, que mas podemos hacer en pro del prestador de servicios, si ha sido la Corte Suprema la que ha anulado la posibilidad de reconocer por fin al Derecho Laboral en la relación jurídico contractual de los que son Funcionarios Públicos. Ya que de las disposiciones que se han señalado, se puede concluir que el fallo atacado, al señalar que la relación contractual que unió al demandante con el Serviú, se encontraba afecta al Código del Trabajo, ha incurrido en infracción de ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que, al personal de la Administración del Estado

no le son aplicables los preceptos de dicho cuerpo legal, salvo en las materias o aspectos no previstos en el Estatuto Administrativo.

Según la Corte de Apelaciones, el asunto propuesto en esta causa no es uno que se relacione con la vigencia supletoria del Código del Trabajo, porque ella sólo tiene lugar bajo dos supuestos copulativos, que se trate de funcionarios de la Administración o de trabajadores de empresas del Estado y que unos y otros estén sujetos a un estatuto especial. En la especie, el demandante no es funcionario, tampoco tiene la condición de trabajador de empresa estatal y está legal y expresamente marginado de la cobertura del Estatuto Administrativo.

En consecuencia la Corte de Apelaciones de Santiago acoge el recurso de nulidad deducido por la demandada contra la sentencia de 17 de enero de 2014, RIT 0-3351-2013 del 2° Juzgado del Trabajo.

Con esto la Corte deja mi análisis jurídico a la deriva, como poder hacer concordar mi total adhesión al fallo de primera instancia, que en virtud del correcto análisis de la norma jurídica pertinente, determino calificar como laboral la relación, cuando en este momento es un tribunal superior de justicia quien, a mi parecer, con argumentos retóricos y de poco fundamento jurídico y bastante justificación, viene a señalar que no corresponde calificar como laboral la relación, entre otras cosas, porque la supletoriedad laboral al derecho administrativo no se configura ni tampoco por que según un fallo de un recurso de unificación por la Corte Suprema Rol N° 5995-2012, determina que la aplicación del Código del Trabajo no es aplicable al personal Honorarios de la Administración.

Dicho lo anterior debemos que continuar con el análisis del caso, este caso es posible seguirlo de manera completa debido que es el más reciente y la información está disponible debido a los efectos que puede generar en el futuro en las relaciones entre el personal del Estado y su empleador. Este

análisis jurídico nos ha permitido darnos cuenta de cómo la falta de regulación, y en caso de existir dicha regulación, como su ambigüedad y falta de determinación, a ha llevado a provocar que las personas que se encuentran contratados a honorarios, estén prestando servicios en indefensión jurídica y falta de certeza, lo cual conlleva a una inestabilidad económica, sin considerar la cantidad de trabas que impone el mismo sistema a las personas contratadas bajo esta modalidad, debido a la notoria falta de seriedad con la cual los servicios abordan esta materia, cuando veamos la posible solución al conflicto, desde mi punto de vista, tratare las afecciones que provoca esta modalidad laboral y como solucionarlas, y como comprometer a la solución a los servicios con una mirada social.

Así las cosas, estamos entrando a recta final de la exposición de problemática jurídica que supone la relación entre el personal contratado a honorarios y el Estado, ya que como hemos visto, existen normas jurídicas que permiten interpretar que la relación es laboral como civil. Encuentro necesario detenerme a señalar la importancia jurídica en la calificación de la relación, y de ahí entonces lo relevante de cómo termino esta causa, porque los derechos que emanan de una u otra calificación son abismantes en su diferencias y sendos son los beneficios de cada una, el hecho que la calificación sea civil, no da derecho a ningún tipo de indemnización, pero tampoco a la seguridad social como lo es por ejemplo, el seguro de cesantía, mientras que de ser laboral, entre los ya mencionados derechos estaría además, el de la protección a la maternidad por el solo ministerio de la Ley, y quedaría al arbitrio del jefe de cada de Servicio.

En ese orden de cosas es que en este caso, fue requerida la Corte Suprema de Justicia, por del demandante, mediante el ya mencionado recurso de unificación de jurisprudencia en esta causa, así en reseña podemos decir que en la sentencia definitiva de diecisiete de enero de dos mil catorce, el tribunal de primera acogió la demanda, declarándose que el vínculo laboral existente entre las partes concluyó con fecha 13 de julio de 2013 por incumplimiento

grave de las obligaciones contractuales de la demandada, debiendo ésta pagar al demandante las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicio con el respectivo recargo legal, indemnización compensatoria de feriado proporcional y el entero de las cotizaciones previsionales por el tiempo trabajado, sin costas.

En contra del referido fallo, el demandado interpuso recurso de nulidad, que fundó en las causales previstas en la letra a) del artículo 478 y en el artículo 477, ambos del Código del Trabajo, las que interpone de manera subsidiaria. También en subsidio, invoca las causales establecidas en la letra b) del artículo 478 del Código del Trabajo y en la letra c) del mismo artículo; lo que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de treinta y uno de julio de dos mil catorce. La sentencia de reemplazo dictada en la causa rechazó la demanda en todas sus partes. A raíz de la decisión que falla el recurso de nulidad, el demandante interpone recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que se acoja y se dicte sentencia de reemplazo, rechazando el recurso de nulidad interpuesto por el demandado.

Cabe señalar, que desde el punto de vista del recurrente y al cual yo me adhiero en todas sus partes, este juicio se ha fundado principalmente en cuestionamientos de derecho (materia principal de esta tesis), toda vez que los hechos en esta causa no han sido controvertidos de manera sustancial por las partes a lo largo del juicio. Así, se señala que el Estatuto Administrativo regula las labores de los funcionarios bajo regímenes de planta y contrata, para quienes existe de manera exclusiva y excluyente la carrera funcionaria con sus respectivas protecciones en materias previsionales y laborales. Enseguida se refiere específicamente al art. 11 del mencionado Estatuto, señalando que es ese mismo cuerpo normativo el que excluye de su esfera de atribuciones a los prestadores de servicios a honorarios, quienes no son contemplados como funcionarios públicos, sino que como prestadores de servicios, ocasionales, no habituales, accidentales y en materias específicas, atendida su experticia en determinadas materias. Los prestadores de servicios

en armonía con el Art. 11 del Estatuto Administrativo, debieran tener con sus contratantes (los Servicios) una relación de tipo horizontal, pero que cuando éstas se desarrollan bajo subordinación y dependencia (sea por circunstancias posteriores al desarrollo de sus labores, o bien por situaciones contempladas desde el inicio de éstas), configuran en los hechos una relación laboral, siendo regulados por el Código del Trabajo.

La Corte Suprema hace mella en la interpretación que hace la Corte de Apelaciones de Santiago, de la sentencia de su origen citada en el fallo de segunda instancia, Rol N° 5995-2012, ya que expone la Corte Suprema que corresponde a situaciones donde los demandantes expresan que sus contratos a honorarios son tan idénticos a la regulación laboral que su situación debe entenderse asimilada a la de otro trabajador y que En su caso, por tener la calidad de trabajador, la ley lo ampara en cuanto a la forma de dar término a la relación laboral. Cosa la cual nos viene a dilucidar nuestro análisis del juicio, porque una vez resuelta la cuestión previa, esto es, calificar de laboral la relación, viene el tratamiento del objeto del juicio (a mi entender), la calificación del término de la relación, ahora laboral, con la consiguiente extensión de derechos y beneficios.

Como lo señala el recurrente, en la sentencia recurrida dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se establece que la relación entre las partes no estuvo regulada por el Código del Trabajo, sino por las estipulaciones contenidas en los sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios suscritos entre las partes por así prevenirlo el artículo 11 del Estatuto Administrativo. En consecuencia, podemos con existen diversas interpretaciones sobre el estatuto jurídico aplicable a la relación entre una persona natural y la Administración (en este caso el Serviú), verificándose, por lo tanto, conduce a la búsqueda de un pronunciamiento al respecto y proceda a uniformar la jurisprudencia, circunscribiéndose la materia de derecho que será objeto de tal unificación, a determinar el estatuto jurídico que rige la vinculación habida entre una persona natural y el Estado.

Si bien la Corte de Apelaciones siguió, por así decirlo, la línea jurisprudencial clásica para resolver la materia, que a su vez me lleva a concluir que existe un reconocimiento que este es un problema de Estado y que no corresponde al “poder” Judicial solucionarlo, no es menos cierto que lo que hace la Corte Suprema, es justamente lo contrario, la Suprema vino a dar una solución política al problema por vía judicial, ¡¡Activismo Judicial!! Dirían algunos, yo no lo creo, debido a que para bien o mal, la Ley obliga a los jueces a fallar los negocios sometidos a su conocimiento, por lo que dentro de sus facultades esta, solucionar este tipo de problemas, el problema está en si todos los honorarios empiezan a demandar en busca de una solución, creo que podría colapsar el sistema en un corto periodo, por eso se hace necesario dar un corte esta situación.

Para hacer el debido análisis de la norma aplicable, con el objeto calificar jurídicamente la relación materia de esta tesis y siguiendo la con la argumental de la Corte Suprema en el caso analizado debe tenerse presente, en primer lugar en el artículo 1º del Código del Trabajo, que establece *“Las relaciones laborales entre empleadores y 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 aquéllas en que 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.”* En según lugar, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N° 18.834, *“Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la*

institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera... “...Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales...” “...Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto...” acorde con la normativa transcrita, la idea central está constituida por la aplicación del Código del Trabajo a todas las vinculaciones de orden laboral entre empleadores y trabajadores, debiendo entender por laboral, en general, a aquellas que reúnan las características que se derivan de la definición de contrato de trabajo consignada en el artículo 7° del Código del Trabajo, es decir, aquella relación en la que concurren la prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación y el pago de una remuneración por dicha prestación, siendo la existencia de la subordinación y dependencia el elemento esencial y mayormente determinante y caracterizador de una relación de este tipo. En este orden de cosas podemos resumir el conflicto objeto del juicio y de esta tesis también en que las divergencias surgen en tanto el demandante, a quien me adhiero, entiende que, concurriendo los elementos propios de una vinculación de naturaleza laboral, lo ampara la legislación del ramo por tanto le corresponden los derechos inherentes a esa clase de vinculación. En cambio, el Servicio demandado se asila en el marco jurídico que rige a los funcionarios de esa entidad, Ley N° 18.834, para sostener que la contratación del demandante no pudo realizarse conforme a la normativa del Código del Trabajo, por impedirse el estatuto respectivo y la reglamentación a la que debe someter sus actuaciones como órgano de la Administración del Estado, configurando la vinculación que lo unió con el demandante en la disposición del artículo 11 de la Ley N° 18.834, de modo que carece de los derechos que el Código del Trabajo le reconoce en caso de término de la relación.

Es necesario detenerse en un aspecto que se consagra en el reproducido artículo 1º del Código del Trabajo, allí se consignan, además de la ya referida idea central, una excepción y una contra excepción. Así las cosas, la excepción a la aplicación del Código del Trabajo la constituyen los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquéllas en que tenga aportes, participación o representación, pero esta situación excepcional tiene cabida únicamente en el evento que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Por su parte, la contra excepción se formula abarcando a todos los trabajadores de las entidades señaladas, para los cuales se vuelve a la regencia y al imperio de las normas contenidas en el Código del Trabajo, sólo en aquellos aspectos o materias no regulados especialmente en sus respectivos estatutos, siempre que estas disposiciones no fueren contrarias a estos últimos. O sea, se someten al Código del Trabajo y leyes complementarias los funcionarios de la Administración del Estado que no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial y, aun contando con dicho estatuto, si éste no regula el aspecto o materia de que se trate; en este último caso, en el evento que no se oponga a su marco jurídico. Es necesario detenerse en este punto, por que como bien marca la Corte Suprema en su sentencia, o bien se puede desprender de ella, que existe siempre una protección laboral a los funcionarios públicos debido que el Código del Trabajo tiene una doble extensión, a falta de regulación especial y en vacío de regulación aun teniendo especial, por lo que nos permite concluir que el derecho Laboral es la regla general (por cuanto supletoria) de las relación donde se configuren las hipótesis del Ramo. Esto es bastante alentador y que se le reconozca tal importancia al derecho Laboral ya que nos permite caminar hacia una sociedad más justa.

Así las cosas, al tratarse de una persona natural que no se encuentra sometida a estatuto especial, sea porque no ingresó a prestar servicios en la forma que dicha normativa especial prevé, o porque tampoco lo hizo en las condiciones

que ésa establece, planta, contrata, suplente, lo que en la especie sucede, no da lugar a dudas que la disyuntiva se orienta hacia la aplicación del Código del Trabajo o del Código Civil, conclusión que deriva de que en el caso se invoca el artículo 11 de la Ley N° 18.834, norma que, sustrayéndose del marco jurídico estatutario que establece para los funcionarios que regula, permite contratar sobre la base de honorarios en las condiciones que allí se describen las que, en general, se asimilan al arrendamiento de servicios personales regulado en el Código Civil y que, ausentes, excluyen de su ámbito las vinculaciones pertinentes, correspondiendo subsumirlas en la normativa del Código del Trabajo, en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones, prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia y a cambio de una remuneración, según ya se dijo, no sólo porque la vigencia del Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, sino porque no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de Derecho. La Corte Suprema viene a desempeñar por fin, el problema real, como los Órganos del Estado, amparados en normas que le son en todo favorables, y su principal Órgano de Control, permiten la contratación de personas con total vulneración de derechos y en un ambiente de indefensión frente al desempleo y otras prestaciones de la seguridad social.

en consecuencia, ha dicho la Corte Suprema que corresponde interpretar el artículo 1° del Código del Trabajo, en que la relación, en este caso, con el artículo 11° de la Ley N° 18.834, está dada por la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula a la entidad contratante, prestan servicios en las condiciones previstas por el

Código del Trabajo. Y por consiguiente corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece el artículo 11° de la Ley N° 18.834, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma establece, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la norma correspondiente.

Por estas consideraciones y haciendo una interpretación acorde a la realidad material de la naturaleza jurídica de las funciones desarrolladas por las personas naturales contratadas bajo modalidad honorarios, en la forma y oportunidad en que desarrollan dichas funciones la Corte Suprema concluye en calificar la relación como laboral, sentando un precedente factico en lo que a la calidad jurídica de contratación de estas personas se trata, por que al ser esta relación de carácter laboral, no tan solo quedan cubiertas en temas previsionales como ha sido una de las reclamaciones realizadas por los distintos demandantes, sino que también en lo que bonificaciones legales respecta, indemnizaciones, seguros, seguridad laboral, seguridad social, beneficios sociales e institucionales, feriados y demás beneficios propios de servicio público.

Con el reconocimiento que hace la Corte, se presenta una problemática jurídica de alto calibre, ¿Qué sucede ahora, con la relación jurídica entre el estado y el Prestador de Servicios, versus, la relación jurídica del Estado empleador y el Funcionario público? es necesario detenernos en este análisis debido a los derechos que emanan en una y otra relación. Si el cuerpo normativo que regula la relación jurídica entre el Estado y sus empleados, es de la de esfera del Derecho Administrativo, estaremos frente un Funcionario Público, y su relación estará regida por el Estatuto General, Ley 18.834 (D.F.L. 29) o bien alguno de carácter especial, (Ley 18.833, Estatuto de

Municipalidades), por ejemplo, y el funcionario tendrá, entre otros derechos, lo que emanen de dichos cuerpos legales o bien de leyes especiales según le corresponda, pero tendrán solo eso, derechos que emanan de las leyes y en ningún caso podrán “negociar” o “pactar” situaciones o regímenes especiales de contratación, estarán afectos, además de las responsabilidades civiles y penales a las que está sujeto todo ciudadano de la República, la Responsabilidad Administrativa, que a su vez tiene sus propias sanciones para ciertas conductas, por lo que la “carga laboral” que pesa sobre el funcionario es de una entidad superior a la de cualquier trabajador, por ejemplo, están afectos a calificaciones que según la ponderación de las mismas puede significar, en el peor de sus casos, el alejamiento del Funcionario de la Administración, tienen obligación de, según el cargo o los emolumentos que perciban, hacer declaración jurada de sus intereses y patrimonio que poseen, al asumir y al dejar el cargo, no pueden tener acceso al “seguro de cesantía”, no tiene indemnización por años servicios. Claro, también gozan de asignaciones que en algunos pueden ser bastante sustanciales, el Estado por general paga bien, en lo que a bonos y “regalías” se refiere, no alcanza este comentario a las remuneraciones propiamente tales de los Funcionario, Así las cosas vemos que ser funcionario si bien puede tener ciertos beneficios, pero al mismo tiempo carece de derechos que podrán parecer inverosímiles pero que a su vez responden a pilares fundamentales de la denominada “seguridad social”.

Ahora bien, en la hipótesis que el personal honorarios se encuentra regido por las normas del Código del Trabajo, cuando la naturaleza de la función que cumple dicho prestador responde a labores o funciones propias de la Institución y de naturaleza jurídica, éste adquiere la calidad de trabajador y por lo tanto le asisten derechos que el Funcionario Público no tiene, (funcionario regido por el derecho administrativo) y aquí es donde se genera un problema de fondo que será bastante complejo, en la hipótesis de que un prestador de servicios a honorarios sea despedido y éste decida demandar derechos labores, según lo argumentado por la Corte, estaremos frente un

reconocimiento laboral por lo que el “trabajador” que logre vencer en juicio, obtendrá derechos a indemnizaciones y multas en beneficio de su persona que según las bases de cálculos, pueden ser “jugosas” cosa la cual, en virtud de la naturaleza jurídica del derecho Administrativo, un funcionario público nunca podría llegar a ostentar, o aun sin mediar despedido, un contrato que eventualmente civil, pactado a plazo fijo, muta su naturaleza jurídica pasando de civil, a laboral y cumpliendo con los requisitos legales, se torna en indefinido por el solo ministerio de la Ley. En ese orden de cosas, el funcionario público cae una desventaja jurídica importante, producto del activismo judicial, en el sentido en que los tribunales, en el ejercicio de sus facultades y en el debido cumplimiento de su función pública, viene a resolver un problema que debe ser abordado por la autoridad política y legislativa con el objeto de abrir el debate y obtener una solución final a un problema que se está tornando social, se torna social cuando llegar a “fin de mes” puede tornarse en una incertidumbre constante.

CAPITULO TERCERO

“La Solución Jurídico-Política”

“En La Búsqueda de Un Estado Empleador Ejemplar”

A lo largo del desarrollo de esta tesis, he ido viendo como el ordenamiento jurídico otorga herramientas para que el Estado se convierta en un mal empleador, en como los servicios públicos haciendo gala de sus potestades exorbitantes, contratan personas naturales para desarrollar funciones propias de la Institución, en una situación precaria, irregular y vulneratoria, incurriendo así en la creación de un sistema de contrataciones inestable, que se tornan un mecanismo de pago de favores políticos, estableciendo remuneraciones descabelladamente injustas según cuál sea la manera de llegar al servicio, vulnerario de derechos tan frágiles y protegidos como lo es la protección a la maternidad.

En este capítulo analizaremos de que manera el Estado debiese abordar esta situación particular, (desde el punto de vista de este autor) con el objeto de darle una solución definitiva, en cómo, a lo mejor, sería bueno pensar en hacer una restructuración del sistema de contrataciones de personal en Chile, y de cómo evitar que mediante un contrato honorarios, se cumpla la función pública con cargo a los derechos de los trabajadores.

Es necesario plantear cual es la problemática política actual, en relación a esta situación. Hablo de una problemática política porque no existe ningún lineamiento en el sentido de orientar de manera única las contrataciones y formas de ingreso del personal a la administración del Estado, si bien el Servicio Civil, es un órgano del Estado tendiente a mantener la provisión de los cargos denominados de “Alta Dirección Publica”, también tiene por tarea

orientar y asesorar a los órganos y servicios públicos en materias de Recursos Humanos (personal), pero la cuestión está dada en cómo se puede ejercer un control sobre servicios que por su naturaleza funcionan como un órgano autónomo y que además la ley los faculta a contratar de esta manera.

Es por esta problemática, la de no existir un organismo, que mediante un mecanismo de comunicación permita dar lineamientos claros y específicos sobre como contratar, en cómo no existe a nivel central un lineamiento claro sobre las contratación y como se ejecuta el presupuesto de gastos en honorarios, por el hecho de que no exista un órgano que controle o al menos de un lineamiento, permite que llegado cierta época del año, se “tenga que gastar el presupuesto” y eso implica que por la vía honorario se saque plata de los servicios de una manera impresionante, es por esto y mucho mas, que esto tiene el carácter de problema, y como estamos planteando el problema político, me atrevo a decir que más que un problema de Estado, es un cáncer de Estado.

Es un cáncer del Estado porque a través de estos mecanismos se les hace fácil a los jefes corruptos actuar y fugar dineros del sistema público, pero este no es nuestro análisis.

Es deber de la autoridad política tomar las riendas del problema, en intentar mediante un mecanismo de política de Estado, delinear los parámetros sobre los cuales se van a producir las contrataciones del personal del Estado, en cómo se asignaran los emolumentos de los funcionarios.

Cuando analizo las posibles soluciones, se me viene a la mente algunas que pueden sonar bastantes radicales, pero creo que existen un par de soluciones que, a mi criterio, son bastante viables.

En primera instancia, se me ocurre que el estado a través de la Ley de presupuestos puede traspasar los fondos asignados a las contrataciones a

honorarios para que se conviertan en “contratas”, con el debido ajuste, me explico, un prestador de servicios tendrá por emolumentos todos aquellos consignados en sus contratos, lo cual implica que el gasto de la Institución será de carácter fijo, a su vez en el caso del Funcionario, el Estado no asigna solos dineros para el pago de su remuneración sino que además, el funcionario tiene otras gastos asociados a su ciclo laboral, por ejemplo los costos asociados por el aporte patronal que hace el estado a los servicios de bienestar de los funcionarios por cada uno de sus afiliados, las horas extras, los aguinaldos etc. Es en este sentido, que se deben hacer los traspasos de fondos asignados a las contrataciones a honorarios ajustados, para que el contratado a honorarios pueda gozar de todos los beneficios. A su vez, debe limitarse la contratación de personal a honorarios a una cantidad máxima de personas, establecer circunstancias claras y específicas de contratación y también como se hará la contraprestación económica de los servicios prestados, de manera tal que este tipo de contratos sean la excepción de la Administración y no la regla general como lo es hasta ahora. Si bien existe un compromiso de la actual Ejecutivo, no es menos cierto que ese traspaso gradual de los honorarios a contratas, no limita la contratación de honorarios, por lo que hoy el efecto que tuvo el primer traspaso fue un aumento de dotación, porque los servicios usaron el presupuesto liberado por los honorarios traspasados para reemplazarlos y así continuar con el círculo vicioso, es por esto que se hace necesario limitar legalmente la contratación de este tipo de prestaciones personales. También debe especificarse que las contrataciones de este tipo no respondan al pago de favores políticos ni tampoco que sirvan como mecanismo de uso de recursos para que estos no se pierdan por mala ejecución presupuestaria.

Asimismo, se hace vital contar una política de contrataciones públicas, que al mismo tiempo permita a todos los ciudadanos participar de la vida laboral del Estado, en las distintas áreas la participación estatal. Ahora bien, el objetivo de plantear una política de contrataciones estatal, debe ser tendiente a permitir que el estado sepa cuándo será necesario expandir la planta de

personal de un servicio debido al crecimiento del mismo en el cumplimiento de su cometido, o por añadidura de funciones y o competencias, porque podemos hacer un esfuerzo total de los actores estatales, pero si un servicio comienza nuevamente a contratar por esta vía (honorarios) por que no le aumentan la dotación de personal volvemos a caer en el círculo vicioso inicial. Es en este sentido que debe orientarse el planteamiento del como y cuando contratar, considerando un punto relevante en la sociedad competitiva de hoy, que es a quien se contrata. Contar con Funcionarios eficaces y eficientes, competitivos, preparados profesionalmente y capacitados en las áreas de sus funciones, permite tener Instituciones modernas y eficaces en el cumplimiento de su funciones, que aportan a mejorar la calidad de vida los ciudadanos de Chile. Mejorar el sistema de ingreso implica un avance sustancial en la ejecución de los procesos internos de los servicios debido a que al contar con personal mejor preparado le ejecución del cumplimiento de la función.

Así las cosas, la primera medida tiene como fondo, buscar una solución definitiva al problema abarcando el mismo desde su fondo, el cual implica un fuerte inversión tanto económica como en recurso humano, pero que sin duda ayudara sustancialmente al mejoramiento de calidad de vida de los Funcionarios que prestan servicios a honorarios, sino que también propone una mejora al sistema de ingreso y mantención de los trabajadores del Estado. En ese orden de cosas es como el establecimiento de un política de Estado integral que establezca un proceso de reclutamiento y selección del personal, una forma y condiciones laborales estables en el sentido que las maneras de evaluación, promoción y permanencia sean claras y conocidas por todos, permitirá la mejor utilización de recursos y así mejores resultados en la gestión del recurso humano institucional.

En consecuencia, si el Estado cuenta con una política integral de contratación, mantención y alejamiento de su personal, puede detectar las falencias de mejor manera, evitar el mal uso de los recursos públicos, evitar contrataciones

fantasmas con el objeto de disipar el patrimonio fiscal, evitar el pago de favores políticos y también hacer valer los derechos de los trabajadores y el Estado de mejor manera.

Por otra parte o como segunda gran medida de solución, se me ocurre crear o potenciar un servicio ya existente (servicio civil), que permita centralizar las contrataciones de manera tal que el Estado a través de una sola voz informada, entregue los estudios y resultados que permitan perfeccionar las dotaciones de personal, unificando el régimen de contratación del personal de la Administración (civil) del Estado permitiendo tener un solo estatuto normativo que regule las relaciones laborales. Estatuto el cual debe responder una correcta unificación de criterios laborales sobre los cuales se sentaran las contrataciones del personal del Estado, lo cual implica una innovación necesaria que debe hacerse a nivel del concepto de Estado empleador. Al existir un solo régimen de contratación, obliga a legislar de tal manera de unificar los derechos y obligaciones (con los resguardos de la complejidad de cada servicio o función a cumplir) que tendrán los trabajadores del estado y así la cautela de de sus derechos será más fácil de obtener y precaver. El régimen unificado de contratación de personal, obliga a se equiparen los beneficios de los trabajadores del Estado, lo cual implica necesariamente el termino de la contratación del personal honorarios en los servicios ya que al traspasarse a un ente externo al servicio requirente la contratación y bajo un régimen único de ingreso, aquella persona que sea requerida contará con todas las condiciones, derechos, deberes de los funcionarios públicos.

Ahora bien, hemos hablado que a raíz de estos fallos de la Suprema, la contratación del personal honorarios conlleva de manera implícita, cuando no se hace expresamente en los términos previstos por el Estatuto Administrativo, el régimen laboral amparado por el código del trabajo, pero ¿porque existen honorarios? La respuesta dada durante el desarrollo de la presente tesis, mala gestión administrativa de parte del Estado, hace

reflexionar de manera severa en cómo se están haciendo las cosas en la Administración, pero eso no es materia de esta tesis.

La idea de unificar e incorporar ciertos criterios del derecho laboral al régimen de contratación de la administración pública, se hace necesario para evitar que dos funciones del Estado, como la son la Ejecutiva y la Judicial, choquen debido a la inmovilidad de la primera frente a los resultados de la función de la segunda, me explico, la función Ejecutiva es la que tiene a cargo todas las iniciativas sobre la organización de los servicios públicos, y su inactividad frente al tema, la creación de un servicio público asesor de los servicios de la Administración con una determinación de facultades poco claras o bien limitadas un ámbito de los procesos de reclutamiento (que están casi todos maquiillados para que quede “el mas idóneo”), falta de facultades que le permitan intervenir un servicio, eso por una parte, y por otra, el Ejecutivo crea servicios en función de ideas legisladas, que al momento de implementarlas nos damos cuenta que nos falto precaver muchas cosas, y por general es un mal cálculo de la cantidad de “cargos” de un servicios y que por una pésima costumbre se “salvan” con honorarios, para servir cargos públicos. Ahora bien, esta inactividad del Ejecutivo tiene repercusiones nefastas pero además atentamos contra un derecho inherente a todo servidos público, la carrera funcionaria, así ha dicho Contraloría *“Los profesionales, técnicos o expertos contratados sobre la base de honorarios, prestan servicios particulares a la Administración del Estado mediante un convenio. No invisten la calidad de empleados públicos y sus derechos y obligaciones se rigen por el respectivo contrato; no rigen a su respecto las disposiciones del Estatuto Administrativo ni las del Código del Trabajo. Por lo mismo, es improcedente realizarles descuento por concepto de previsión o de salud”* (dictámenes 4.346, de 1990, y 30.091, de 1992).

Es necesario detenerse un momento en este punto, al no ser funcionarios públicos y por supuesto al no tener carrera funcionaria, el concepto de estabilidad empleo se ve mermada, no en el sentido de poder ser removidos



de su cargo, si no que en el sentido que no pueden gozar de beneficios del Estado como empleador, como son la afiliación a los servicios de bienestar, asociaciones de funcionarios etc. Lo cual conlleva una desventaja flagrante en el desempeño de la función pública.

Por otra parte, la función Judicial en el ejercicio de funciones colisiona con el Ejecutivo porque debe salvaguardar el derecho y los derechos, y es que a requerimiento de parte, el ente enjuiciador ha debido reparar el daño y es en ese contexto donde ha fallado a favor del prestador de servicios. Así es como hemos llegado a esto, a un activismo Judicial que sido necesario para salvaguardar los derechos y el Derecho en general, debido a una inactividad y un actuar negligente de parte Ejecutivo en relación a mejorar las condiciones laborales de todos sus trabajadores.

Un Estado ejemplar será, cuando la Administración Pública y en realidad cuando el Ejecutivo se haga cargo de su rol en esta materia estableciendo lineamientos claros de contratación y de cómo sus representantes ejecutan las políticas públicas y cuando los jefes de servicios dejen de contratar pelmazos y pagar favores políticos vía esta forma de contratación.

Será un Estado empleador ejemplar cuando los trabajadores de la Administración podamos hacer nuestro trabajo tranquilos por saber que estamos con todos nuestros derechos cubiertos y con igualdad de condiciones entre todos los trabajadores de la Institución.

CONCLUSIONES

“REFLEXIONES DE UN TESISISTA”

Durante el desarrollo de esta tesis he aprendido a dar una mirada integral al todo el sistema de administración de personal, y en general, de la Administración del Estado. Así he podido convencerme de cómo el Estado a través de la inactividad del Ejecutivo, y en el activismo Judicial, vulnera y al mismo tiempo intenta equiparar derechos laborales a sus trabajadores, así hace bastante tiempo que la dotación de trabajadores a honorarios ha experimentado un crecimiento casi al triple. Esto lo demostró un estudio de la Dirección de Presupuesto, el año 2013, y es que si se comparan las cifras del año 2004 que era de 11.694 funcionarios a honorarios, a mediados del año 2013 esa cifra llegaba a 31.000 personas en esa condición contractual. Esto conlleva que al momento de las mejoras económicas que buscan las asociaciones de funcionarios públicos en tratativas con Hacienda y Trabajo, sólo benefician a la dotación de planta, al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros, y a algunas contrataciones, pero dejan fuera a los trabajadores a honorarios, debido a que su contrato establece una prestación de servicios por una faena o actividad específica de tiempo, lo que se contradice con la realidad, ya que anualmente se renuevan la mayor parte de estos contratos para realizar la misma función, algunos por varios años. Desde el regreso a la democracia, el Estado de Chile se ha transformado en un ente creador de muchos beneficios para la ciudadanía, conllevando con ello a generar políticas públicas en pos de poder otorgar mayores beneficios. Pero para el otorgamiento de esos beneficios, el Estado ha debido implementar nuevos programas, muchos de ellos vigentes aún, por los cuales se ha debido cubrir la necesidad de contar con los profesionales necesarios para llevar a cabo esta labor de implementar o poner en práctica dichos programas. Estos, por no contar hoy en día con una dotación de planta necesaria, deben realizar

sus actividades laborales con contratos a honorarios, lo que les impide tener una seguridad laboral y social, contar con beneficios, tanto para ellos como su familia y, lo peor, ser personas o trabajadores de tercera categoría al no tener la condición de funcionario público y responsabilidad administrativa, lo que los deja en una posición muy peligrosa al momento de haber cambios de gobierno. Según lo establecido en la Ley 20.055 sobre la reforma previsional, los trabajadores a honorarios deberán cotizar en forma obligatoria a contar del año 2015, es decir, pagar sus imposiciones en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), y desde el año 2018, en forma obligatoria, en los sistemas de protección de la salud (Fonasa-Isapres). Por consiguiente, además de la retención de impuestos de segunda categoría correspondiente a un 10 % de la renta, se deberá pagar la cotización de AFP que, de acuerdo a cada una de estas entidades, podría variar entre un 12,5 a un 13 %. Y si a esto agregamos la cotización de salud de un 7% de Fonasa, las retenciones de estos trabajadores mensualmente bordearían un 30 %, es decir, más de lo que se le retiene obligatoriamente a trabajadores del Estado de Chile, que realizan las mismas funciones. Además, cabe señalar que anualmente los funcionarios de planta y a contrata de la Administración Pública, reciben por concepto de mejoras en la gestión que realizan un estipendio pagadero cada 3 meses, de acuerdo al cumplimiento de las metas establecidas, muchas de ellas que involucran y realizan trabajadores a honorarios y que por este concepto no perciben nada. Es urgente un cambio en la legislación laboral, así como también que se respete el Estatuto Administrativo, el cual señala que ninguna repartición pública debe contar con más del 20% de sus funcionarios bajo la modalidad de Contratas. Hoy, mayoritariamente, no se cumple. Pero, además, estos cambios deben venir acompañados no tan solo en reformas en cuanto a las reglas para toda la ciudadanía, sino que también en el rol del Estado, en su tamaño y cómo entiende a los funcionarios públicos, porque son ellos los que ejecutan las políticas públicas, los que dan la cara a la ciudadanía todos los días, en consecuencia, los que hacen la pega.

Así las cosas, he visto como el Estado provoca cierta indefensión en los derechos de las personas contratadas a honorarios, toda vez, al ser ciudadanos se ven afectados por las normas al igual que todos, así es como ven mermada en un 30% su “remuneración” por concepto de cargas públicas y otras “retenciones”, vemos como por ser honorarios no puede acceder en las mismas condiciones a los beneficios de la Banca, y como el libre ejercicio de la actividad también se ve limitada en cuanto la capacidad crediticia del prestador de servicios, vemos como al momento de llegar la hora de “renovar” se instala la incertidumbre en si seguirán trabajando o no, con todo lo que implica dicha situación, en fin, podría seguir enunciando las mermas provocadas por el Estado en su calidad de Empleador, pero la idea de esta tesis es exponer en derecho que lo acaece con la relación entre las personas honorarios y el Estado.

En ese orden de cosas, puedo concluir, que la relación jurídica que se da entre el Estado como empleador de servicios y las personas naturales que prestan servicios bajo la modalidad de contratación “honorarios” es de naturaleza Laboral, y creo que el argumento esencial en la calificación, concordando con la Corte en el fallo analizado, es la función, ¿por qué?, porque si bien la dependencia y subordinación, puede ser un elemento accidental en un contrato civil de prestación de servicios, porque en contrato civil puede haber peculio como contraprestación como otro tipo de dádiva o modo de extinguir obligaciones debido al principio de la Autonomía de la Voluntad, pero la labor es distinta, a mi criterio es la labor o función, el objeto del acto, el que determina la naturaleza jurídica de la relación, porque al ser la misma función que cumple el funcionario de planta o a contrata, en los mismos términos, con extensión de derechos, fundamental es mencionar la limitación que versa “no se pueden otorgar más derechos al honorarios que los que tiene un funcionario público”, cumpliendo la misma jornada, compartiendo hasta la mesa del almuerzo y años de servicios, queda de manifiesto de público y notorio conocimiento que la función es de naturaleza habitual y permanente de la Institución, por lo tanto, al ser imposible aplicar la norma contenida en el Art.

11 Del Estatuto Administrativo, debido a que la misma norma establece que “...Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución...” quedando clarísimo durante el desarrollo de esta tesis que la función no es accidental, y como un simple contrato honorarios no puede constituir un estatuto suficiente, que permita regular una relación entre un particular y nada mas y nada menos que el Estado, se debe aplicar el derecho laboral con todo lo bueno y lo malo que pueda tener, no es culpa del contratado que, eventualmente ante una actuación ante los tribunales pueda llegar a obtener derechos que un funcionario no tiene, presta sus servicios en condiciones casi macabras sea contratado así, el Ejecutivo de hacerse cargo de frenar esta situación y ente Jurisdiccional debe también hacerse cargo de sus jueces y empezar a instruir que esta situación sea fallada en primera instancia e instruir a las Cortes de Apelaciones que apoyen el criterio.

Ha quedado claro que el único estatuto que se puede hacer cargo de un relación de persona natural con Estado empleador es el Administrativo, y en su ausencia por falta de causa legal de aplicación, debe entender regido por el Código del Trabajo.



BIBLIOGRAFÍA

www.contraloria.cl

www.BCN.cl

www.elmercurio.com/legal

