



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- Publicado en Anuario de Derecho Público 2.016, Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Págs. 411-427.

## LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: UNA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL PELIGROSA

Alejandro Cárcamo Righetti<sup>1</sup>

### Resumen

En el presente trabajo analizaremos desde una perspectiva crítica un conjunto de recientes sentencias emanadas de nuestra Corte Suprema, a través de las cuales se ha calificado como relación de trabajo regida por la normativa laboral, algunos contratos a honorarios de personas que prestan servicios para la Administración del Estado, cuando se incumplen los requisitos que los respectivos estatutos administrativos exigen al efecto.

### Introducción

En derecho comparado es posible identificar dos grandes modelos de función pública diametralmente contrapuestos<sup>2</sup>.

Por un lado, el modelo abierto o anglosajón, en el cual no existe la noción de estatuto administrativo ni de carrera funcionaria, siendo el régimen aplicable a los funcionarios públicos el mismo que rige para el sector privado.

Por el otro, el modelo cerrado o continental europeo, que es al cual adscribe nuestro país –al menos formalmente–, donde existe carrera funcionaria, es decir, un sistema de regulación integral del empleo público aplicable al personal titular de planta, contenido en un estatuto jurídico especial que asegura el derecho a la estabilidad en el cargo y el derecho a la promoción o ascenso, regulándose desde el ingreso a la Administración del Estado, los deberes y derechos funcionarios, la responsabilidad administrativa, hasta las causales de cesación de funciones -artículo 15 Ley N° 18.575-.

Para nosotros entonces, como ha sido reconocido por la Contraloría General de la República<sup>3</sup> (CGR), el Código del Trabajo opera como un estatuto especial aplicable a algunos trabajadores del sector público, estando incluido dentro del alcance amplio o institucional de la expresión “*Estatuto Administrativo*”.

El problema en la actualidad se presenta dado que este modelo cerrado o continental europeo de función pública en la práctica se ha desnaturalizado, desde el momento en que

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca; Profesor de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y de la Universidad Alberto Hurtado; Profesor del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales y del Magíster en Derecho LLM de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: alejandro.carcamo@mail.udp.cl

<sup>2</sup> Véase. Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Thomson Reuters), 2.014, págs. 436-437.

<sup>3</sup> Dicts. 27.438/1.957 – 84.931/1.972 - 680/1.992.



el personal de planta en la Administración del Estado es proporcionalmente escaso en comparación a los empleados a contrata y las personas contratadas a honorarios<sup>4</sup>. De lo anterior surge la reacción jurisprudencial.

¿Cuál es entonces la razón de analizar la situación de las personas contratadas a honorarios por la Administración Pública, un tema hasta hace algún tiempo muy poco atractivo en nuestro medio jurídico nacional, pero que en la actualidad se encuentra plenamente vigente despertando gran interés?

Fundamentalmente, un conjunto de revolucionarios pronunciamientos emitidos durante el año 2.015 por la cuarta sala de la Corte Suprema que han generado el fenómeno denominado como “*laboralización de los contratos a honorarios de la Administración del Estado*”, lo que se traduce en aplicar las normas e instituciones del Derecho del Trabajo a las personas vinculadas a través de este tipo de contratos con la Administración Pública.

Es dable recordar que durante el año 2.014, la misma sala de la Corte Suprema –con su nueva composición– comenzó a resolver de manera uniforme que el procedimiento de tutela laboral –artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo– es aplicable a los funcionarios públicos, siendo competentes los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de las acciones de tutela de derechos fundamentales interpuestas por éstos<sup>5</sup>.

## 1. Aproximación a la problemática

En nuestra opinión, el análisis crítico de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema en esta materia, debe hacerse desde la dimensión del derecho público administrativo. Nos parece de toda lógica que ésta sea la forma correcta de enfocar el asunto, desde el momento en que la Función Pública –como objeto de regulación y estudio– siempre ha pertenecido al derecho administrativo y no al derecho laboral.

Ello obedece en gran medida a lo prescrito en el artículo 1º del Código del trabajo, cuando consigna que “*Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias*”. Luego, su inciso segundo preceptúa: “*Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada..., siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial*”. Finalmente, su inciso tercero establece: “*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*”.

La forma de aproximarse a la revisión del tema no es baladí, ya que el derecho administrativo trabaja con categorías, instituciones y principios muy distintos a aquellos que utiliza el derecho del trabajo. Mientras algunos principios claves en el derecho del trabajo son el principio protector y el principio de primacía de la realidad, el derecho administrativo utiliza en su regulación categorías como el interés público, el interés general o la utilidad pública. Mientras en el derecho del trabajo se intenta equilibrar una relación jurídica naturalmente desigual entre empleador y trabajador, en el derecho administrativo la

<sup>4</sup> Véase. [http://www.dipres.gob.cl/594/articles-126454\\_doc\\_pdf.pdf](http://www.dipres.gob.cl/594/articles-126454_doc_pdf.pdf), Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2.004-2.013, 08 de Febrero de 2.016; [http://www.dipres.gob.cl/594/articles-125846\\_doc\\_pdf1.pdf](http://www.dipres.gob.cl/594/articles-125846_doc_pdf1.pdf), Honorarios en Gobierno Central – Presentación ante la Comisión Especial Mixta de Presupuesto - Noviembre 2.014, 08 de Febrero de 2.016.

<sup>5</sup> Corte Suprema, Rol 10.972-2.013, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 30 de Abril de 2.014.



relación de desigualdad entre el Estado y los particulares –en todo ámbito y no solo en el derecho funcional- es parte esencial del modelo o estructura de regulación, justificado precisamente en el interés público que el primero busca satisfacer.

Esto legitima entonces un tratamiento diferenciado de aquellas temáticas que forman parte del derecho administrativo a aquellas que pertenecen a otras disciplinas del derecho. Es por ello que la doctrina administrativa consigna como una característica del Derecho Administrativo el de su originalidad, ya que “... es una disciplina jurídica que tiene su propio cuerpo proposicional y doctrinal, sus propias normas y principios, de manera que no reconoce relación de especialidad respecto del derecho común o general...”<sup>6</sup>, es decir, contempla regulaciones propias y especiales en diversos ámbitos, como por ejemplo, en contratación administrativa, en dominio público, en responsabilidad patrimonial del Estado y, también, en lo relativo a la función pública.

Así, nos parece importante resaltar que el empleo público no es una situación de hecho carente de regulación y que, por lo mismo, deba ser absorbida fácil y livianamente por el derecho del trabajo. Muy por el contrario, la función pública entendida desde una perspectiva subjetiva como el conjunto de funcionarios públicos –elemento o recurso humano- y el régimen jurídico que les resulta aplicable<sup>7</sup>, encuentra profusa regulación en el derecho administrativo, no pudiendo entonces, desatenderse dicha reglamentación particular.

## 2. Regulación de los contratos a honorarios en la Administración del Estado

De acuerdo a lo prevenido en los artículos 2° y 11 de la Ley N° 18.834, el legislador confió la ejecución de las tareas necesarias para cumplir las funciones públicas que la ley asigna a cada institución, en primer lugar, a la dotación permanente de la misma, constituida por los funcionarios de planta; luego, a aquella dotación transitoria, esto es, a los empleados a contrata y, finalmente, de manera excepcional y restringida, a quienes sirven labores en calidad de contratados a honorarios, tal como lo ha manifestado la CGR en los dictámenes N°s. 6.130/1.972; 28.161/1.987; 23.325/1.998; 7.023/2.005 y 25.694/2.005, entre otros.

Tanto el artículo 11 de la Ley N° 18.834 como el artículo 4° de la Ley N° 18.883 autorizan a la Administración del Estado para contratar a personas bajo la modalidad de honorarios. La CGR –frente a la ausencia de una definición legal- ha definido el contrato a honorarios como “un mecanismo de prestación de servicios que permite a 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 de ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicio”<sup>8</sup>.

“Por regla general, la contratación a honorarios sólo procede para realizar tareas accidentales y, excepcionalmente, para efectuar labores habituales cuando se trata de cometidos específicos, claramente determinados e individualizados, sin que lo anterior signifique que una entidad pública pueda llegar a desarrollar sus funciones permanentes a través de este procedimiento”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Pantoja, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización y prospección*, (Editorial Jurídica de Chile), 2.007, pág. 87.

<sup>7</sup> Véase. Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Thomson Reuters), 2.014, pág. 435.

<sup>8</sup> Dict. 16.220/1.982.

<sup>9</sup> Dicts. 25.333/1.990 – 27.604/1.997 – 2.095/1.998 – 40.021/1.998 – 20.045/2.003.



De este modo, los requisitos que imponen las normas citadas para proceder a dicha contratación -las cuales son de similar tenor-, son los siguientes: a) Profesionales y técnicos de educación superior; expertos en determinadas materias<sup>10</sup>; extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución<sup>11</sup>, o b) Personas que reúnan algunas de las calidades<sup>12</sup> precedentemente aludidas para la prestación de servicios que impliquen cometidos específicos, aunque se trate de labores no accidentales y habituales de la institución, debiendo en todo caso, según la jurisprudencia de la CGR, ser “*labores puntuales, claramente individualizadas y delimitadas en el tiempo*”<sup>13</sup>. Esta última hipótesis constituye una excepción a la regla del literal a), motivo por el cual la renovación periódica de estos cometidos específicos puede estimarse como una desviación de las potestades del organismo público. Volveremos sobre este punto más adelante.

Nuestra CGR ha dictaminado que “*el fundamento legal de las contrataciones a honorarios, es una norma especial a la regla general establecida en el Estatuto Administrativo, debiendo interpretarse restrictivamente, de tal modo que sólo puede emplearse esa modalidad cuando deban realizarse labores accidentales que no sean las habituales del organismo, o la prestación de servicios para cometidos específicos, esto es, tareas puntuales que deben individualizarse de forma precisa, determinada y circunscrita a un objetivo especial, siendo imposible encomendar el desarrollo de cometidos genéricos. Enseguida, y según el Diccionario de la Real Academia, el término “asesorar”, empleado en un contrato a honorarios, no cumple las características de precisión y determinación exigidas por la ley, pues se define como dar consejo o dictamen, tomar consejo del letrado asesor o consultar su dictamen; tomar consejo una persona de otra o ilustrarse con su parecer. Así, un cometido funcionario en términos de “asesoría de” es una expresión amplia y ambigua, y fuera de la ley, por cuanto dependiendo de la conducta del asesor, la asesoría puede abarcar cometidos genéricos e indeterminados o la no realización de ninguna labor en particular, dado que el acto de “asesorar” no satisface el requisito de especificidad y precisión establecido por el legislador*”<sup>14</sup>.

“*La contratación a honorarios procederá cuando exista una imposibilidad de ejecución directa de la prestación por parte de una institución pública, de tal forma que con sus recursos humanos propios no tenga la capacidad técnica o la disponibilidad temporal para ejecutar eficiente y oportunamente los trabajos encomendados. La labor que se contrate debe ser útil a la institución, por lo que su omisión o su deficiente cumplimiento han de acarrear un perjuicio al logro de sus fines y tareas*”<sup>15</sup>.

Las contratos a honorarios, según lo ha señalado la CGR y la doctrina, constituyen una modalidad de servicios particulares a la Administración que no otorga la calidad de

<sup>10</sup> Según la CGR “...Tienen la calidad de expertos quienes poseen un especial conocimiento de una determinada materia, dada su práctica, habilidad o experiencia en la misma, situación que debe acreditarse mediante documentación fidedigna” (Dict. 21.358/2.003).

<sup>11</sup> Según la CGR “se entiende por labores accidentales y no habituales del Servicio, aquellas que siendo propias del organismo, son ocasionales, es decir, circunstanciales y distintas de las realizadas por el personal de planta o a contrata” (Dict. 25.095/1.994).

<sup>12</sup> Dict. 44.597/1.999.

<sup>13</sup> Dicts. 822/1.995 – 22.650/1.996 – 27.604/1.997 - 36.610/2.001 – 7.301/2.002 - 20.045/2.003 – 23.572/2.004 – 55.757/2.004 - 713/2.011 – 70.929/2.012 – 493/2.014.

<sup>14</sup> Dict. 45.711/2.001.

<sup>15</sup> Contraloría General de la República, *Estatuto Administrativo Interpretado, Concordado y Comentado*, 2.008, pág. 67.



funcionario público<sup>16</sup>, motivo por el cual no les son aplicables las normas del estatuto administrativo, sino que quedan regidos por las reglas de sus respectivos contratos –cuyos contenidos deben necesariamente ajustarse al carácter público que posee la parte que requiere de los servicios que se prestarán<sup>17</sup>- y, supletoriamente, por las normas del Código Civil<sup>18</sup>. Lo anterior implica que no están sujetos a la noción de carrera funcionaria, no ocupan un cargo público y, por tanto, no ostentan los derechos básicos que el ordenamiento legal reconoce a los funcionarios públicos. Ni aún la circunstancia consistente en que en los contratos a honorarios se incluyan cláusulas que contemplen derechos y obligaciones similares a los previstos en el estatuto administrativo<sup>19</sup>, autoriza para considerar a los contratados a honorarios como funcionarios públicos<sup>20</sup>.

Por todo lo dicho anteriormente es que los contratados a honorarios no pueden desarrollar tareas que correspondan a cargos de jefaturas, dada la transitoriedad de sus empleos, que se contraponen con la permanencia y habitualidad que caracteriza a las labores directivas, sumado que al no poseer la calidad de funcionarios públicos, carecen de responsabilidad administrativa<sup>21</sup>, salvo que detenten la calidad de “*agente público*” que se da a determinados contratados a honorarios en conformidad a la ley<sup>22</sup>. Así, por regla general, “...*si incurren en actos que contravengan las normas o estipulaciones contenidas en el convenio, sólo cabe que la autoridad administrativa competente ponga término al contrato y si las circunstancias lo ameritan, se recurra a los tribunales de justicia...*”<sup>23</sup>.

No obstante lo señalado, la misma CGR, a partir de lo prescrito en el artículo 8° de la Constitución Política de la República –y el artículo 5°, inciso 8°, de la Ley N° 19.896-, les reconoce a los contratados a honorarios la calidad de servidores públicos o servidores estatales<sup>24</sup>, ya que en el cumplimiento de su contrato desempeñarían una función pública. Lo anterior, para efecto de hacerles extensiva la aplicación de las normas generales y especiales sobre probidad administrativa, fundamentado en que “*la circunstancia que a los contratados a honorarios no les sean aplicables determinadas normas del estatuto administrativo, no significa que no les afecten aquellas relativas al cumplimiento de los principios jurídicos de bien común que sustentan el régimen estatutario de derecho público, contenidas en otros textos normativos. Así, las disposiciones del Título III de la ley 18.575, que consagran y resguardan el principio de probidad administrativa, deben observarlos todos quienes ejercen una función pública, incluidos los contratados a honorarios, atendido que prestan servicios al Estado en virtud de un contrato suscrito con*

<sup>16</sup> Dicts. 11.862/1.990 – 10.538/2.000.

<sup>17</sup> Dicts. 18.314/2.005 bis – 25.694/2.005.

<sup>18</sup> Dicts. 52.084/2.007 – 43.368/2.012.

<sup>19</sup> En todo caso, si bien es posible concederles análogos derechos o beneficios que los establecidos para los servidores a quienes sí se aplican las normas de los estatutos administrativos, como feriados, licencias, permisos, horas extraordinarias, cursos de capacitación, entre otros, es menester que se trate de beneficios económicos o estatutarios semejantes a los que se reconocen a los funcionarios públicos en los mencionados cuerpos legales, siempre que respecto de los contratados a honorarios se cumplan las mismas condiciones y requisitos que los que se exigen para que los funcionarios públicos impetren tales franquicias, todo ello, por cierto, en la medida que tales beneficios se hayan expresamente acordado en el respectivo contrato. En todo caso, estos beneficios no pueden ir más allá de los que la ley establece para quienes tienen la calidad de funcionario público. (Dicts. 12.304/1.996 – 28.235/2.001 – 52.135/2.002 – 29.501/2.003 – 14.471/2.004).

<sup>20</sup> Dict. 39.451/1.997.

<sup>21</sup> Dicts. 8.148/1.994 – 2.095/1.998 – 34.663/2.004 – 23.006/2.006.

<sup>22</sup> Dicts. 22.379/1.999 – 49.634/1.999 – 12.446/2.004 – 39.013/2.004 – 40.198/2.006.

<sup>23</sup> Dicts. 12.717/1.991 – 8.148/1.994 – 14/1.996 – 2.095/1.998 – 50.013/2.000 – 12.420/2.003.

<sup>24</sup> Dicts. 86.190/2.013 – 493/2.014.



*un organismo público, independientemente de la relación jurídica que una a las personas de que se trata con la Administración... ”<sup>25</sup>.*

### 3. Análisis de la problemática de fondo

La regulación que el legislador nos proporciona en lo relativo a las personas contratadas a honorarios –en los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4 de la Ley N° 18.883-, según lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional en conocimiento de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, resulta ajustada a la Carta Fundamental –aplica principio de deferencia razonada-<sup>26</sup>.

Por ejemplo, si un órgano administrativo requiere la elaboración de un informe en derecho; la asesoría en una temática especializada; la realización de algún estudio determinado; el desarrollo de una capacitación de su personal, parece evidente permitirle recurrir al mecanismo del contrato a honorarios para obtenerla.

El problema entonces radica en el abuso en que incurre la Administración del Estado en la utilización de las contrataciones a honorarios, contratando a personas fuera de las restringidas hipótesis previstas en las normas en cuestión -con algún grado de pasividad de la CGR-, manteniendo personas contratadas a honorarios a través de la suscripción de sucesivos contratos –muchas veces sin solución de continuidad-, generando un vínculo permanente e ininterrumpido por larguísimos periodos de tiempo, bajo lo que podría denominarse, desde la perspectiva del derecho del trabajo, como “*subordinación y dependencia*” –artículos 7° y 8° Código del Trabajo-.

Lamentablemente la figura del contrato a honorarios, bajo la lógica señalada precedentemente, ha sido una herramienta habitual y profusamente utilizada en la Administración Pública, pero a raíz de lo mismo, con el paso del tiempo, dicha situación se ha vuelto insostenible.

Dada la precaria situación jurídica de las personas contratadas a honorarios por la Administración del Estado en estas condiciones, es que mediante Proyecto de Resolución N° 256, de fecha 10 de Diciembre de 2.014, un conjunto de Diputados solicitan a la Presidenta de la República “*subsana al corto plazo la situación de los contratados a honorarios, reconociéndoles un mínimo de derechos funcionarios que les permita acceder a una serie de beneficios que el resto de los trabajadores públicos gozan*”. Y es que actualmente, según la CGR, las personas contratadas a honorarios solo gozan de los beneficios establecidos en sus respectivos contratos<sup>27</sup>.

Nuestra Corte Suprema, hasta comienzos del año 2.015, conociendo de recursos de casación primero y de unificación de jurisprudencia después, todos referidos a la materia, había sido uniforme en orden a sentenciar que “*las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo (Corte Suprema, Rol N° 5.995-2.012, sentencia de reemplazo de la resolución de la Corte de Apelaciones, considerando décimo). Fallos acogidos siguiendo esta doctrina: 1. Corte Suprema, 03/04/2.013, Rol: 5.995-2.012; 2. Corte Suprema,*

<sup>25</sup> Dicts. 10.718/1.998 – 39.497/2.000 – 8.233/2.001 – 32.287/2.001 – 52.058/2.002 – 40.679/2.003 – 140/2.004 – 8.260/2.004.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional, Roles 2.096-2.011-INA, 2.097-2.011-INA, 2.098-2.011-INA; 2.099-2.011-INA (acumulados), sentencia de fecha 23 de Agosto de 2.012.

<sup>27</sup> Dicts. 12.304/1.996 – 28.235/2.001 – 52.135/2.002 – 29.501/2.003 – 14.471/2.004.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

14/03/2.013, Rol: 7.767-2.012; 3. Corte Suprema, 29/11/2.012, Rol: 1.838-2.012; 4. Corte Suprema, 29/05/2011, Rol: 8.118-2.011; 5. Corte Suprema, 25/04/2.012, Rol: 5.839-2.011. Fallos rechazados siguiendo esta doctrina: 1. Corte Suprema, 30/08/2.012, Rol: 462-2.012; 2. Corte Suprema, 27/06/2.012, Rol: 5.544-2.011)<sup>28</sup>.

No obstante lo señalado, contrariando toda su jurisprudencia anterior, la Corte Suprema en sentencia pronunciada en causa Rol N° 11.584-2.014, de fecha 01 de Abril de 2.015, acogió un recurso de unificación de jurisprudencia, por medio del cual, haciendo aplicación de las normas del Código del Trabajo, calificó como relación laboral un contrato de honorarios celebrado por un particular con la Municipalidad de Santiago. Lo mismo ocurrió en causa Rol N° 24.388-2.014, de fecha 09 de Julio de 2.015, en que se determinó la existencia de vínculo laboral entre el Municipio de San Antonio y trabajador a honorarios. Sin perjuicio de lo anterior, en la causa Rol N° 24.904-2.014, de fecha 05 de Agosto de 2.015, la Corte Suprema retoma su criterio original, acogiendo un recurso de unificación de jurisprudencia, descartando aplicar el estatuto laboral a relación a honorarios con Municipalidad de San Juan de la Costa. Finalmente, en causa Rol N° 23.647-2.014, sentencia de fecha 06 de Agosto de 2.015, la Corte Suprema vuelve a acoger un recurso de unificación de jurisprudencia declarando la existencia de un vínculo laboral entre el Servicio de Vivienda y urbanismo Metropolitano y una persona contratada a honorarios.

En los procesos judiciales anteriormente señalados, nuestra Corte Suprema llega a una decisión que desde el punto de vista de la justicia y la equidad difícilmente podríamos rebatir, pero jurídicamente yerra en el razonamiento lo que transforma en errada la decisión, ya que la aproximación al conflicto es realizada desde la perspectiva del derecho del trabajo, dejando de lado algunas premisas básicas del derecho administrativo.

Los órganos de la Administración del Estado –por regla generalísima- no tienen potestad, es decir, habilitación legal previa y expresa para celebrar un contrato de trabajo. Por lo anterior, es jurídicamente imposible que la Administración tras un contrato de honorarios pretenda disfrazar u ocultar una relación laboral, como sí ocurre en el sector privado. De este modo, al no gozar de autonomía de la voluntad, el órgano infringiría el principio de juridicidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la Ley N° 18.575 -el cual debe observar en su actividad permanentemente- al celebrar un contrato de trabajo<sup>29</sup>.

Luego, no se explica cómo es posible que la Corte Suprema, aplicando el principio de primacía de la realidad<sup>30</sup> –única forma de incardinar la situación de hecho en la normativa laboral-, pueda calificar como contrato de trabajo una relación a honorarios cuando éstos exceden los requisitos que las normas estatutarias prevén para proceder a dicha contratación, si en la “realidad”, el órgano administrativo nunca estuvo facultado por el ordenamiento jurídico para celebrar ese contrato de trabajo. Esta es una grave inconsistencia, pudiendo ser calificada sin ironía, como un acto de prestidigitación: el Tribunal le reconoce implícitamente al órgano público una potestad que no le es atribuida expresamente por el legislador.

<sup>28</sup> [http://decs.pjud.cl/Documentos/Jurisprudencia/Unificacion\\_jurisprudencia\\_laboral.pdf](http://decs.pjud.cl/Documentos/Jurisprudencia/Unificacion_jurisprudencia_laboral.pdf), Corte Suprema, Dirección de Estudios, Análisis y Evaluación, Sistematización de la doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia acogidos y rechazados entre los meses de Enero de 2.011 y Agosto de 2.014, 09 de Febrero de 2.016.

<sup>29</sup> Corte Suprema, Rol 24.904-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 05 de Agosto de 2.015, considerando octavo.

<sup>30</sup> Corte Suprema, Rol 11.584-2.014, sentencia de reemplazo de fecha 01 de Abril de 2.015, considerando séptimo; Corte Suprema, Rol 24.388-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 09 de Julio de 2.015, considerando séptimo.



Adicionalmente, en nuestra opinión, el artículo 1° del Código del Trabajo no resulta aplicable a los contratados a honorarios por la Administración del Estado<sup>31</sup>, ya que no estamos jurídicamente en presencia de un funcionario público como lo ha sostenido invariablemente la doctrina y la CGR. Si ésta fuera la conclusión acertada, sería imposible extender la aplicación de sus normas –ni aún supletoriamente- a los contratados a honorarios invocando dicha disposición, los que quedarían regidos exclusivamente por sus contratos y las normas del Código Civil sobre arrendamiento de servicios inmateriales.

Luego, si consideráramos que sí responden a la categoría de funcionarios o trabajadores públicos –que es como pareciera entenderlo la Corte Suprema en los fallos revisados<sup>32</sup>-, efectuando una correcta aplicación del artículo 1° del Código del Trabajo, las personas contratadas a honorarios tendrían como régimen especial su contrato a honorarios y el Código Civil, siéndoles por tanto inaplicables las normas del Código del Trabajo en bloque o, lo que es lo mismo, no sería posible encuadrarlos en toda la normativa contenida en el Código del Trabajo, máxime, si como fue señalado por el Tribunal Constitucional en los requerimientos citados anteriormente en este trabajo, *“la persona se compromete voluntariamente a realizar estos servicios, sin reclamos, ajustándose a los derechos y obligaciones que emanan precisamente de sus contratos a honorarios”*<sup>33</sup>. No es posible olvidar que la buena fe es un principio general del derecho plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado. Desde esta dimensión, las personas contratadas a honorarios conocen desde un inicio la naturaleza y condiciones de su contratación, no requieren de concurso público para ser contratadas y en la mayoría de los casos perciben un honorario superior al que les correspondería si ingresaran a un cargo de carrera en calidad de titular –último grado de la planta respectiva- (artículo 17 Ley N° 18.834).

De este modo, no cabe sino descartar la aplicación del Código del Trabajo a las personas contratadas a honorarios, ya que *“en dichos casos conocidos por la jurisprudencia, 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 están sometidos, sino de encuadrar la situación de los actores a toda la normativa que contiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced a una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo”*<sup>34</sup>. Es decir, en estos casos no existiría supletoriedad de la normativa laboral, pese a que la disposición del artículo 1° del Código del Trabajo refiere a que los funcionarios públicos regidos por estatutos o regímenes especiales no quedan sujetos a las normas del Código del Trabajo, sino supletoriamente –en aquellos aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos-, siempre que no sea contrario a su régimen especial.

<sup>31</sup> Corte Suprema, Rol 24.904-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 05 de Agosto de 2.015, considerando noveno.

<sup>32</sup> Corte Suprema, Rol 11.584-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 01 de Abril de 2.015, considerando quinto, octavo, noveno y décimo; Corte Suprema, Rol 24.388-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 09 de Julio de 2.015, considerando sexto y séptimo; Corte Suprema, Rol 23.647-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 06 de Agosto de 2.015, considerando quinto, octavo, noveno y décimo.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, Roles 2.096-2.011-INA, 2.097-2.011-INA, 2.098-2.011-INA; 2.099-2.011-INA (acumulados), sentencia de fecha 23 de Agosto de 2.012.

<sup>34</sup> Corte Suprema, Rol 4.284-2.007, sentencia de fecha 06 de Marzo de 2.008, considerando octavo.



Siendo así, no nos parece del todo acertado sostener –como lo hace nuestra Corte Suprema<sup>35</sup>- que el Código del Trabajo constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, incluyendo dentro de esta noción, a las relaciones entre el Estado y el personal de sus organismos. Dicha aseveración es correcta en la dimensión de las relaciones de trabajo en el sector privado, pero es tremendamente discutible si la analizamos en el plano de la función pública, donde el sistema general aplicable es estatutario –artículo 15 Ley N° 18.575-, caracterizado por la existencia de un régimen integral aplicable al empleo público, donde incluso el Código del Trabajo tiene la categoría de estatuto administrativo especial frente a la Ley N° 18.834 que contiene el estatuto general. Aquí se olvida, precisamente, la característica de originalidad que la doctrina atribuye al derecho administrativo.

Así, el entender como plenamente aplicable el Código del Trabajo a las personas contratadas a honorarios en virtud de lo dispuesto en su artículo 1° –asumiendo que los mismos son funcionarios o trabajadores públicos, cuestión que no compartimos-, implicaría entrar en contradicción con el artículo 15 de la Ley N° 18.575, el cual prescribe: “*El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones*”.

Con todo lo anterior, de modo alguno pretendemos legitimar la extendida e ilegal práctica en que incurre la Administración del Estado al abusar de la contratación a honorarios. Por el contrario, entendemos que dicha actividad pugna con el principio de juridicidad que deben observar todos los órganos del Estado –artículos 6 y 7 de la Constitución y artículo 2 de la Ley N° 18.575-, pudiendo ser catalogada como una desviación en el ejercicio de potestades públicas<sup>36</sup>, ya que se utiliza un poder o facultad legal con una finalidad distinta de aquella para la cual fue conferida.

Siguiendo el razonamiento de la CGR<sup>37</sup>, la contratación que permiten los artículos 11 de la Ley N° 18.834 y 4° de la Ley N° 18.883, no puede significar que, mediante esa modalidad, un ente público llegue a desarrollar sus labores permanentes como ocurre en algunos casos, pues ello vulnera el estatuto administrativo y las bases mismas de la organización del Estado. La prestación de servicios personal debe ser excepcional y eminentemente transitoria, característica que se pierde con su reiteración en el tiempo, en que pasa a transformarse en una labor permanente y habitual. Es así como la atribución de contratar personal a honorarios no puede significar que el órgano público llegue a desarrollar indefinidamente sus labores habituales, utilizando los servicios de personas contratadas conforme a esa modalidad, pues para tales fines el ordenamiento jurídico contempla las dotaciones de personal de planta y los empleos a contrata.

Pero en definitiva, ¿cuál es la consecuencia que traería apareja dicha infracción al principio de legalidad en que incurren algunos organismos de la Administración del Estado?

Nos parece que la respuesta no es simple y debe desprenderse del ordenamiento jurídico administrativo constitucional y legal. En principio, consideramos que las sanciones serían: responsabilidad respecto del órgano que contrata contrariando las disposiciones legales –incisos finales, artículos 6 y 7 de la Constitución-, y nulidad de derecho público –

<sup>35</sup> Corte Suprema, Rol 24.388-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 09 de Julio de 2.015, considerando octavo; Corte Suprema, Rol 23.647-2.014, sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha 06 de Agosto de 2.015, considerando noveno.

<sup>36</sup> Véase. Dicts. 20.045/2.003 – 57.217/2.005.

<sup>37</sup> Dicts. 20.045/2.003 – 57.217/2.005.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

en su caso- u otras “*sanciones que determine la ley*” –incisos finales, artículos 7 y 6, respectivamente, de la Constitución- respecto de la resolución o decreto alcaldicio aprobatorio –según corresponda- que formaliza el contrato a honorarios.

Lo que sí es claro, al menos, es que nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto como sanción frente a la infracción del principio de juridicidad en que se incurre al contratar a personas a honorarios fuera de las restringidas hipótesis legales, el que el mismo mute a un contrato de trabajo.

### **3.1 Un riesgo latente: la extensión del criterio de hermenéutica a los empleados a contrata**

El mismo predicamento anterior en orden a calificar como contrato de trabajo una relación no reconocida formalmente como tal, se ha pretendido utilizar en los empleos a contrata<sup>38</sup>, sin que hasta la fecha se haya impuesto, afortunadamente, esa tesis.

En nuestra opinión, no cabe duda que la norma del artículo 1° del Código del Trabajo impide la aplicación de la totalidad de sus disposiciones, ya que los empleados a contrata son funcionarios públicos y están sujetos al estatuto administrativo, teniendo derechos y deberes estatutarios, es decir, una regulación integral e incompatible con las normas del Código laboral. Así, al pretender calificar como contrato de trabajo un empleo a contrata que se ha extendido por largo espacio de tiempo, vale decir, transgrediendo su característica de transitoriedad –artículo 3 letra c) y 10 Ley N° 18.834-, no existiría aplicación supletoria del Código del Trabajo, sino aplicación cabal del mismo, olvidando la regulación especial y, por tanto, lo previsto en el mismísimo artículo 1° del Código antes citado.

No obstante el argumento anterior, la amenaza que implica la extensión del criterio de hermenéutica que ha venido aplicando nuestra Corte Suprema en el caso de los contratados a honorarios a los empleados a contrata, es latente, con el grave riesgo de hacer tambalear aún más el patrimonio público.

### **4. Consecuencia positiva y negativa del nuevo criterio jurisprudencial. Propuestas de solución**

Independientemente de las críticas jurídicas que a favor o en contra se puedan deducir respecto de esta novedosa postura jurisprudencial de la cuarta sala de la Corte Suprema, lo cierto es que, si bien por una parte genera un favorable escenario para las personas irregularmente contratadas a honorarios ya que al ser desvinculadas pueden acudir a los tribunales de justicia para que se les reconozca su calidad de trabajadores regidos por el Código del Trabajo, y en consecuencia, se declare su derecho a percibir las indemnizaciones legales –sustitutiva del aviso previo y por año de servicio- y al entero de las cotizaciones previsionales que la normativa laboral y de seguridad social prevé; no es dable olvidar que por la otra, genera una serie de repercusiones negativas, ya que pone en vilo las contrataciones a honorarios en el sector público por el significativo –podríamos decir ruinoso- impacto que dichos pronunciamientos pueden tener en el patrimonio público.

Frente a la nueva tesis adoptada en la materia por la Corte Suprema y sus inciertas consecuencias, han surgido diversas propuestas de solución. Algunos han señalado que una fórmula sería ingresar a las plantas de personal de las respectivas instituciones a las personas que hoy están contratadas a honorarios. Otros, consideran que lo resuelto por la

<sup>38</sup> Véase. Corte Suprema, Rol 5.509-2.012, sentencia de fecha 02 de Octubre de 2.012, prevención del Ministro Señor Cerda.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Corte Suprema no puede llevar a una incorporación de todos los trabajadores a honorarios a la planta de los servicios, sino que habría que hacer una revisión, ser más eficientes y optimizar al Estado para que trabaje con el mejor personal posible. Hay también quienes consideran que la clave está en hacer una revisión completa del Estatuto administrativo ya que es muy antiguo, mejorando, de paso, el Sistema de Alta Dirección Pública. Finalmente, algunos plantean que el Código del Trabajo debiera regir tanto a los trabajadores del sector privado como del sector público, con algunas excepciones para los casos que así lo requieran<sup>39</sup>. Cualquier solución de las manifestadas, en todo caso, exige de una modificación legal.

### Conclusión

La regulación que actualmente nos ofrece el derecho administrativo en lo relativo a la función pública adolece de una serie de aspectos críticos que es necesario mejorar a través de una profunda reforma legal –piénsese en los excesivos empleos a contrata con cláusula “*mientras sean necesarios sus servicios*”; en la inexistencia de una regulación que reconozca derechos colectivos de tipo laboral a los funcionarios públicos; en la situación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos al interior de la Administración del Estado; en la numerosa cantidad de personas contratadas a honorarios; en los recurrentes abusos que se cometen en el ejercicio de las potestades disciplinarias que el ordenamiento jurídico reconoce a las autoridades y jefaturas-.

La línea jurisprudencial seguida en las sentencias analizadas en este trabajo, sin duda constituye un fuerte llamado de atención al Estado en su faceta de empleador, en orden a terminar con la precarización e informalidad laboral en el sector público, la que se encuentra proscrita en un estado de derecho como el nuestro<sup>40</sup>.

No obstante lo anterior, según nuestro parecer, dichas problemáticas deben ser abordadas desde el derecho administrativo –con sus normas y principios- y no generando un trasplante automático de las reglas e instituciones del derecho del trabajo.

El vínculo entre el Estado y el funcionario público no es idéntico a la relación entre el empleador y el trabajador en el sector privado. En el derecho administrativo la relación de desigualdad o de supra-ordenación entre el Estado y los particulares no busca equilibrarse –como sí ocurre en el derecho del trabajo entre empleador y trabajador-. La relación de preeminencia del Estado sobre los particulares en el ámbito del derecho público administrativo encuentra su justificación en el interés general que el primero está llamado a satisfacer, en virtud de diversos mandatos constitucionales que no sólo obran como un límite al ejercicio del poder público, sino que también como mandatos de optimización de ciertos bienes o valores colectivos constitucionalmente legítimos y valiosos.

Así, las mejoras necesarias de introducir en el ámbito normativo de la función pública –las cuales son numerosas- deben hacerse desde el derecho administrativo, teniendo en consideración su estructura y modelo de regulación, única manera de conciliar adecuadamente los derechos individuales de los funcionarios públicos y los intereses generales, el bien común de la colectividad, que está llamado a satisfacer la Administración del Estado.

<sup>39</sup> Véase. <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/04/655-625959-9-el-fallo-que-pone-en-vilo-la-contratacion-a-honorarios-en-el-sector-publico.shtml>, El Fallo que pone en vilo la contratación a honorarios en el sector público, La Tercera, 17 de Febrero de 2.016

<sup>40</sup> <http://www.prosindical.cl/tembla-el-estado-corte-suprema-reconoce-relacion-laboral-a-trabajador-a-honorarios/>, Tiembla el estado: Corte Suprema reconoce relación laboral a trabajador contratado “a honorarios”, 18 de Febrero de 2.016.



**CARCAMO&GUZMAN**

Abogados Asociados

**Publicaciones**

---

Importar soluciones jurisprudenciales improvisadas de manera automática desde el derecho del trabajo, por seductor que esto parezca, claramente no es la decisión acertada, ya que es una disciplina jurídica que no sensibiliza con los valores y bienes tutelados por el derecho administrativo.

La definición es más trascendente de lo que parece. Por lo anterior, consideramos que la tarea está entregada al legislador, ya que es urgente modernizar nuestra regulación relativa a la función pública –incluyendo una reglamentación eficiente de la huelga, de la sindicación y de la negociación colectiva-; adecuar las plantas de personal de los servicios públicos a sus actuales necesidades –para evitar el uso indiscriminado de los empleos a contrata y los contratos a honorarios- y, en definitiva, construir un marco normativo que en su aplicación, efectivamente, respete la dignidad de la función pública –suprimiendo los abusos por parte de las jefaturas y autoridades-.