Despidos en el sector público: aplicabilidad del procedimiento de tutela laboral[1]

Juan Vergara Montoya

Desde hace ya algunos meses se han venido conociendo diversas denuncias por despidos masivos de trabajadores a contrata, a honorarios y con contrato de trabajo que se desempeñaban en diversos servicios o programas de la Administración del Estado.[2] Mientras las autoridades esgrimen razones de "racionalización" o "mal desempeño", las asociaciones de funcionarios alegan que la verdadera motivación de muchos despidos la constituye la afiliación política de los trabajadores. De ser efectivo esto último, sobre el Estado se cierne un escenario judicial complejo ya que la Constitución[3], los tratados internacionales[4] y la legislación nacional[5] prohíben los actos de discriminación fundados en razones políticas, en tanto que el procedimiento de tutela laboral los sanciona con particular firmeza cuando se producen con ocasión del término de la relación laboral. De hecho, ya

---

[1] Documento elaborado para el curso de formación sindical de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 16 de Septiembre de 2010. Agradecimientos a Karla Varas, William García, Eduardo Vidal y José Luis Ugarte por los comentarios, críticas y sugerencias que esbozaron en diversas fases de elaboración del documento.

[2] En su edición del día 9 de Junio de 2010, el Diario El Mercurio informó que hasta el 31 de Mayo de este año habían "desvinculadas" 1.373 personas desde diversos organismos públicos, de las cuales 764 estaban a honorarios, 569 a contrata y 40 contratadas de acuerdo al Código del Trabajo, siendo los Ministerios de Educación, de Salud y del Interior los que registraban mayor número de desvinculaciones. Estas cifras son independientes de otras 1.256 personas que dejaron de trabajar para servicios públicos en el mismo período, ya sea por no renovárseles sus contrataciones (a honorarios o contratas), por renunciar voluntariamente y tratarse de personal de confianza. En el mismo matutino se informó, además, que a Junio de este año dicho proceso continuaba, aunque con menor intensidad (Diario El Mercurio, "Gobierno Desvinculó a 1.373 personas y no renovó 1.255 contratos hasta el 31 de Mayo, Jueves 10 de Junio de 2010, página C-2).

[3] El artículo 19 N° 16 de la Constitución prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal e incluso las exigencias de afiliación a una organización o entidad determinada para desarrollar o mantenerse en una actividad o trabajo. A su vez, los artículos 19 N° 17 y 38 garantizan la objetividad en la admisión a las funciones y empleos públicos y el carácter técnico y profesional de la Administración Pública, respectivamente.

[4] Los artículos 1 a), 2 y 3 c) del Convenio N° 111 de la OIT prohíben discriminaciones por "opinión política", obligando a los Estados a adoptar políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y a modificar las prácticas administrativas que sean incompatibles con las mismas. En tanto, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1.1.) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1.) prohíben en general los actos de discriminación en razón de la "opinión política" de las personas.

[5] El artículo 2 inciso tercero del Código del Trabajo también considera como discriminación las distinciones, exclusiones y preferencias basadas en la "opinión política" de los trabajadores. Y en el caso particular de los funcionarios públicos, el artículo 17 de la Ley 18.883 sobre ingreso a la carrera funcionaria prohíbe los actos de discriminación que se traduzcan en exclusiones o preferencias basadas en la "opinión política", mientras que los artículos 19 y 53 de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado reafirman el carácter objetivo de la Administración Pública. En particular, la primera norma prohíbe a los empleados públicos realizar actividades políticas dentro de la Administración y la segunda exige racionalidad e imparcialidad en las decisiones de las autoridades administrativas.

han sido varias las demandas de tutela laboral que se han interpuesto contra diversos organismos estatales, por discriminación; en algunas el factor político es denunciado en forma expresa y en otras queda implícito.[6] Sin embargo, la normativa que rige la labor del personal que trabaja en la Administración del Estado centralizada y descentralizada, la jurisprudencia judicial y administrativa vigentes, y la disparidad de criterios que existe respecto de la aplicación supletoria del Código del Trabajo a estatutos especiales permiten visualizar que el escenario judicial tampoco es fácil para los trabajadores afectados.

I. El problema de la competencia

Es evidente que los trabajadores del sector público también gozan de derechos fundamentales. El problema es que talvez el legislador laboral jamás pensó que la acción de tutela, establecida expresamente para garantizar la protección de algunos derechos fundamentales específicos e inespecíficos de los trabajadores del sector privado, pudiera también aplicarse a aquéllos y dirigirse contra organismos estatales. Es así que en la regulación del mismo no se encuentra remisión alguna a trabajadores regidos por el Estatuto Administrativo y otras leyes especiales, de manera que todo depende de la interpretación judicial de las reglas generales de competencia contenidas en los artículos 1, 420 y 485 del Código del Trabajo.

A falta de criterios doctrinarios[7] y jurisprudenciales orientadores en la materia, los jueces laborales que conocieron de las primeras acciones de tutela interpuestas por funcionarios públicos contra órganos del Estado declararon su incompetencia, y fueron las respectivas Cortes de Apelaciones quienes asentaron que el procedimiento de tutela era aplicable a aquéllos y que los jueces del trabajo tenían competencia para resolver las contiendas. Fue así que en *Asociación Base Fenats Hospital Gustavo Fricke con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota,* una jueza del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso se había declarado incompetente por el hecho que "las partes, en sus relaciones laborales, se encuentran regidas por el Estatuto Administrativo"[8], decisión que fue revocada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso "Teniendo únicamente presente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo"[9]. A su vez, en *Pinto con Dirección General de Aeronáutica,* el Juez de Letras del Trabajo de Coyhaique se declaró incompetente sin

[6] Hasta inicios de Agosto, habíamos tomado conocimiento de los siguientes procesos: *Riquelme y otros con Consejo,* RIT T-139-2010, del Primer JLT de Santiago, iniciado el 28 de Mayo de 2010; *Albornoz con Consejo,* RIT T-45-2010, del JLT de Valparaíso, iniciado el 23-07-2010; *Campos y otros con Ministerio de Educación,* RIT T-221-2010, del Primer JLT de Santiago, iniciado el 28 de Julio de 2010; *Gajardo con Intendencia y otro,* RIT T-19-2010, del JLT de Temuco, iniciado el 5 de Agosto de 2010; y *Burdiles con Ministerio de Salud*, del JLT de Concepción, RIT T-42-2010, iniciado el 11 de Agosto de 2010.

[7] Son varias las publicaciones que abordan el procedimiento de tutela de derechos fundamentales sin pronunciarse sobre su eventual aplicación a trabajadores de la administración pública, entre ellos: "Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno", de Rodolfo Walter Díaz y Gabriela Lanata Fuenzalida, 6ta Ed., 2008; "El Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales", de Sergio Gamonal Contreras, 2da. Ed., 2008; "Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador", de José Luis Ugarte Cataldo, 1era. Ed., 2009; y "Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales", de Christian Melis Valencia, 1era. Ed., 2009.

[8] Sentencia JLT de Valparaíso de 07-07-2009, RIT T-26-2009.

[9] Sentencia CA de Valparaíso de 04-09-2009, Rol Nº 267-2009.

entregar más fundamentos que el carácter de servicio público descentralizado de la demandada y algunas disposiciones legales que citó[10], lo cual fue revertido por la Corte de Coyhaique porque a su juicio en las leyes 18.834 (Estatuto Administrativo) y 16.752 (Dirección de Aeronáutica Civil) "no se encuentra… norma alguna que pudiera estimarse, que pudiera colisionar con las citadas normas del Código del Trabajo, por las cuales éstas resultaran inaplicables para resolver la inhibición del Juez para conocer de la acción de tutela que se ha presentado ante él"[11]. Es decir, el procedimiento de tutela no es incompatible con los estatutos especiales.

Sin embargo, esto contrasta con la opinión de los órganos de control. Es así que, respecto de la pertinencia que la Dirección de Compras y Contratación Pública requiriera al INE declaraciones juradas de no estar afecto a las inhabilidades del artículo 4 incisos primero y sexto de la Ley 19.886 (no haber sido condenado por prácticas antisindicales o vulneración a derechos fundamentales) para contratar con otras entidades públicas, la Contraloría General de la República –realizando una interpretación restrictiva del artículo 485 del Código del Trabajo- recientemente ha señalado que el procedimiento de tutela sólo es aplicable a aquellos trabajadores de la Administración del Estado que hayan sido contratados por el Código del Trabajo[12], por lo que no sería aplicable a quienes tuvieran la calidad de funcionarios públicos ni estuvieran contratados a honorarios. Y aunque a la fecha de elaboración de este documento la Dirección del Trabajo no ha emitido un Dictamen en la materia, ha alegado judicialmente la incompetencia de los tribunales laborales a objeto de desvirtuar una acción de tutela incoada en su contra por algunos de sus funcionarios. En efecto, en *Martínez y otros con Dirección del Trabajo,* el ente fiscalizador opuso excepción de incompetencia sosteniendo, entre otros argumentos, que los funcionarios públicos se encuentran sometidos a un estatuto especial y no son trabajadores en los términos del artículo 3 del Código del Trabajo; que para la tutela de sus derechos cuentan con el procedimiento de reclamo ante la Contraloría General contemplado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, el recurso de protección o el contencioso administrativo ante la justicia ordinaria civil; y que como el Estado no goza de derechos fundamentales no es posible llevar a cabo el juicio de ponderación en caso de conflictos de derechos.[13]

En lo que me parece una acertada decisión, la jueza que conoció del caso rechazó la excepción de incompetencia de la Dirección. En sus consideraciones tuvo presente que la contraexcepción del inciso tercero del artículo 1 del Código del Trabajo "no es irrelevante", por cuanto "subordina el concepto trabajador (a) los del sector público y privado"; se

[10] Sentencia de JLT de Coyhaique de 22-12-2009, RIT T-1-2009.
[11] Sentencia de CA de Coyhaique de 04-02-2010, Rol Nº 1-2010.
[12] La Contraloría resolvió que: "Así, el artículo 485 del mencionado Código, con el cual se inicia el párrafo relativo al "Procedimiento de Tutela Laboral", dispone que dicha tramitación "se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores". De ello se desprende que la protección de tales derechos se produce en el contexto de los vínculos regidos por el anotado Código del Trabajo, los cuales no constituyen el estatuto a que, como se ha señalado, se encuentran afectos los funcionarios del Instituto Nacional de Estadísticas, siendo necesario añadir que no existe norma legal que autorice al apuntado órgano de la Administración del Estado para efectuar contrataciones regidas por esa Ley Laboral" (Dictamen N° 47.790 de 18-08-2010).
[13] Libelo de contestación de demanda de 30 de Diciembre de 2009, Segundo JLT de Santiago, *Martínez y otros con Dirección del Trabajo*, RIT T-70-2009.

cumplen las dos condiciones que establece dicha norma, en cuanto el procedimiento de tutela no está regulado en ninguno de los estatutos de la administración pública y tampoco existe incompatibilidad entre éstos y las normas de derechos fundamentales; "al tratarse de una norma de garantía de derechos fundamentales debe interpretarse bajo la norma Pro civis, esto es, la exégesis debe estar precedida en materia constitucional, en orden de extender la forma más amplia posible, la protección a las trabajadores tanto del sector público como el sector privado"; "no es posible concebir que el legislador mandatado constitucionalmente para no contradecir el principio de no discriminación le afecte de esta manera"; "este procedimiento es mayor democrático y de mayor eficacia para la protección de los trabajadores Chilenos"; y "la Dirección del Trabajo … siendo un organismo público, no queda ajena a la forma de realizar trabajo y por lo tanto también puede ser objeto de vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores."[14]

No obstante, existen otros dos aspectos que ponen en jaque la competencia de los tribunales laborales, los que apuntan directamente al corazón de las irregularidades existentes en las contrataciones del sector público y se han vuelto a cuestionar ahora a través de la acción de tutela: las contrataciones a honorarios y la nulidad de derecho público de dichas contrataciones. En efecto, de los cinco procesos de tutela que hemos identificado a la fecha, cuatro de ellos involucran a trabajadores que se desempeñaban a honorarios y que alegan existencia de relación laboral en los términos del artículo 7 del Código del Trabajo[15], y mientras en *Albornoz con Consejo*[16] y *Gajardo con Intendencia y otro*[17] los jueces del trabajo acogieron a tramitación y ordenaron notificar las demandas de tutela[18], no ocurrió lo mismo en *Riquelme y otros con Consejo* ni en *Campos y otros con Ministerio de Educación*[19].

En *Riquelme y otros con Consejo* (la primera acción de tutela interpuesta contra el Estado por despidos discriminatorios), algunos de los demandantes tenían designaciones a contrata y otros estaban contratados a honorarios, pero todos ellos alegan existencia de relación laboral en los términos del artículo 7 del Código del Trabajo y la nulidad de derecho público de sus respectivas designaciones y contrataciones. En su primera resolución la jueza resolvió que, por detentar los actores la calidad de ex funcionarios públicos, se encuentran "excluidos ya por disposición del artículo 1°, de las disposiciones del Código del Trabajo, dentro de las que se encuentran, los procedimientos de la especialidad y, en particular, la tutela laboral" (considerando 3°); y que la nulidad de derecho público que los actores reclaman respecto de sus contrataciones "igualmente escapa del ámbito de competencia de los tribunales en lo laboral al tratarse de un asunto netamente

[14] Sentencia Segundo JLT de Santiago de 07-01-2010, RIT T-70-2010.
[15] Sólo en *Burdiles con Ministerio de Salud* la demandante ha hecho valer su calidad de trabajadora a contrata y la demanda fue admitida a tramitación por resolución de 12 de Agosto de 2010.
[16] Resolución de 3 de Agosto de 2010.
[17] Resolución de 6 de Agosto de 2010.
[18] Algunos jueces también han acogido a tramitación demandas por despido injustificado y cobro de prestaciones que han deducido ex trabajadores a honorarios contra organismos públicos. Ver *Suazo con Ministerio Secretaría General de la Presidencia*, Segundo JLT de Santiago, RIT O-2079-2010.
[19] Sentencia Primer JLT de Santiago, RIT T-221-2010, recurso de apelación pendiente CA de Santiago, Rol N° 1155-2010.

administrativo, siendo exclusivamente competente para estos efectos los Tribunales de Letras en lo Civil" (considerando 4°). [20]

El primer argumento retoma la tesis sustentada originalmente por los jueces de letras del trabajo en *Asociación Base Fenats Hospital Gustavo Fricke con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota* y *Campos con Dirección de Aeronáutica,* la cual niega la aplicación supletoria del Código del Trabajo a los trabajadores regidos por el Estatuto Administrativo y otros cuerpos especiales, pero obviando con ello la alegación principal de los demandantes: la existencia de relación laboral gobernada íntegramente por el Código del Trabajo, esto es, una controversia sobre la naturaleza jurídica de los servicios contratados, materia que debe ser resuelta en el fondo de la litis y sólo entonces procedería una eventual declaración de incompetencia[21], tal como ocurre en aquellos casos en que trabajadores y empleadores del sector privado discrepan acerca de la naturaleza laboral o civil del vínculo contractual.

El segundo argumento, en tanto, sigue la tesis tradicional de entender radicada la acción de nulidad de derecho público exclusivamente en la competencia de los tribunales civiles, lo cual es errado porque la acción deducida no es esa sino la de tutela (la nulidad de derecho público se formuló como alegación de fondo), la cual es de competencia exclusiva de la judicatura laboral, pues de otro modo -en teoría al menos- podría producirse el absurdo que un juez civil invalidara una contratación a honorarios sobre la base de reconocer relación laboral para luego declararse incompetente respecto de la acción de tutela y remitiera los autos a la jurisdicción laboral. Además, en la especie se trata de acciones encaminadas a obtener la declaración de un derecho y no (solamente) la nulidad de un acto administrativo[22], las que la doctrina denomina "de plena jurisdicción", en virtud de las

[20] Sentencia de 14 de Junio de 2010 del Primer JLT de Santiago, con recurso de apelación pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 850-2010, a la fecha de elaboración de este documento.

[21] Así lo resolvió expresamente la Corte de Apelaciones de Rancagua en el caso *Pérez con Servicio de Salud*, al sostener "Que en caso alguno podría el Tribunal ser incompetente para conocer y resolver esta demanda, puesto que precisamente lo que se le pide es que declare que existió una relación de naturaleza laboral y que de ella se derivaron las prestaciones que se reclaman. No hay ningún otro Tribunal, que no sea el del Trabajo, que tenga asignada competencia para resolver tal cosa. Sea que la relación fuere laboral y se acoja la acción o sea que no lo fuera y se la rechace el juicio en que ello se ha de dilucidar indudablemente cae bajo la competencia del juzgado de la especialidad" (considerando 1° sentencia CA de Rancagua de 16-05-2006, Rol N° 25-2006, revocada por sentencia CS de 23-08-2007, Rol N° 3150-2006).

En la misma línea, en *Molina con Municipalidad de San Pedro de La Paz,* sobre nulidad de despido por fuero maternal de trabajadora contratada a honorarios, el juez de primera instancia estableció que "diciendo esta relación con la existencia de un contrato de trabajo, cual es parte de la cuestión debatida en el fondo de este procedimiento, se dejará su resolución para el fondo, por ser necesario previamente analizar la prueba rendida por las partes" (considerando N° 3 sentencia deL Segundo JL de Melipilla de 09-02-2006, Rol N° 10.393-2004, confirmada por sentencia CA de San Miguel de 16-06-2006, Rol N° 120-2006), aunque en el mismo caso la Corte Suprema estableció que "las normas que regulan la jurisdicción en razón de la materia son de orden público y, por lo tanto, imperativas e irrenunciables y, en el caso, habiéndose establecido que la vinculación que unió a las partes es de naturaleza civil, sin perjuicio que en ella se hayan hecho aplicables normas sobre protección de la maternidad, el Tribunal laboral resulta incompetente para conocer del litigio que le fue presentado por la demandante" (considerando N° 2 sentencia CS de 11-07-2007, Rol N° 3920-2006).

[22] Recordemos que el procedimiento de tutela implica la nulidad de los actos y conductas lesivas de derechos fundamentales, pero cuando éstos se cometen con ocasión del despido "la consecuencia jurídica no es la nulidad, sino el pago de un *haz especial* de indemnizaciones" (Ugarte, Op. Cit, página 89), salvo que el

cuales "el juez al pronunciar un derecho de un particular puede hacer todo lo que corresponda para ello, incluso anular el acto para declarar el derecho"[23], tal como implícitamente ocurre cada vez que la jurisprudencia ha reconocido relación laboral respecto del personal de la administración del Estado irregularmente contratado a honorarios[24] o ha invalidado la desvinculación de una trabajadora afecta a fuero maternal[25]. La nulidad del contrato a honorarios es sólo el presupuesto de la pretensión y la competencia de los jueces del trabajo depende en buena medida de esta última.[26]

A su vez, en *Campos y otros con Ministerio de Educación*, la jueza se declaró incompetente en razón de la materia porque los demandantes tenían la calidad de funcionarios a honorarios y se rigen por un estatuto especial que "hace inaplicable en la especie las normas contenidas en el Código del Trabajo".[27] Aún cuando la demanda tenía fundamentos jurídicos idénticos a la de *Riquelme con Consejo*[28]*,* en este caso la incompetencia se basó sólo en el argumento de la remisión de normas, no en la nulidad de derecho público, pero con una formulación peligrosa puesto que, no obstante se refiere expresamente al caso de

---

despido sea calificado como discriminatorio y grave.

[23] Pierry, Pedro. "Prescripción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Situación Actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema". En Revista de Derecho N° 10, Consejo de Defensa del Estado, Diciembre de 2003.

[24] Un interesante precedente lo constituye *Herrera con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.* En este caso, el juez laboral reconoció relación laboral incluso respecto del período previo a la suscripción de contrato de trabajo, época en que la trabajadora había prestado servicios en virtud de contratos a honorarios (sentencia del Segundo JLT de Santiago de 30-04-2010, RIT O-144-2010; recurso de nulidad Rol N° 690-2010 declarado inadmisible por la CA de Santiago con fecha 03-08-2010).

[25] En *Sanzana con Ministerio Público*, la jueza de primer grado estableció que nada impide que "se denomine también acción de nulidad a aquella que persigue que se declare que un despido ha vulnerado las normas de derecho público, irrenunciables e imperativas", aludiendo a continuación al artículo 7 de la Constitución (considerando 12° sentencia de JLT de Osorno de 30-04-2008, Rol N° 37.024, revocada por sentencia CA de Valdivia de 07-08-2008, confirmada esta última por sentencia CS de 31-12-2008, Rol N° 5911-2008).

[26] Por ejemplo, se ha señalado que "la causa de pedir… y el objeto o cosa pedida son todas prestaciones de índole laboral, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales del Trabajo y que no pueden ser sometidas al conocimiento y resolución de un Juzgado Civil; de este modo si se trata de una controversia entre una persona que se dice trabajadora dependiente en virtud de un contrato de trabajo, y otra a quien se atribuye la calidad de empleador, el asunto debe ser conocido por un Juez laboral, con arreglo a lo que dispone el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo" (considerando 2° sentencia de 29-09-2008, Sexto JLT de Santiago, S*ilva y otros con Ministerio de Relaciones Exteriores,* Rol N° 2168-2006).

También se ha sostenido que "No puede dejar de advertirse que la competencia debe ser determinada en relación a lo pedido en la demanda. La determinación de si en los hechos existió o no un despido conforme a la legislación que resulte aplicable, es una cuestión de fondo que deberá decidirse en la sentencia definitiva, tramitado que sea el juicio" (sentencia JLT de Concepción de 02-10-2009, *Flores con Ministerio Público y otro*, RIT O-322-2009).

[27] De un modo muy similar se pronunció una jueza laboral de Valparaíso en el caso *Carreño con Ministerio del Interior y otro*, proceso por despido injustificado y nulidad de despido, declarándose incompetente para conocer de la acción deducida por una ex trabajadora contratada a honorarios pese a que se alegaba existencia de relación laboral. Al efecto resolvió que "el Código del Trabajo señala expresamente en el inciso segundo de su artículo primero, aquellas instituciones u organizaciones cuyas relaciones laborales entre empleadores y trabajadores no están reguladas por las normas del Código del Ramo y sus leyes complementarias", lo cual se configura en la especie por la naturaleza de los servicios prestados y el hecho que su ex empleador es un organismo público (sentencia JLT de Valparaíso de 19-05-2010, RIT O-329-2010. Apelación declarada inadmisible por sentencia de CA de Valparaíso de 14-07-2010, Rol N° 217-2010).

[28] La demanda de *Albornoz con Consejo* también tiene idénticos fundamentos jurídicos y sin embargo fue admitida a tramitación. Es evidente la diferencia de criterios que los jueces tienen en esta materia.

los trabajadores a honorarios, sus términos parecieran hacer referencia a la generalidad de los funcionarios del Estado.

Lo mismo ocurrió en *Gajardo con Intendencia.* Pese a haber admitido a tramitación la demanda, posteriormente la misma jueza acogió la excepción de incompetencia interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, fundado en que el procedimiento de tutela se aplica a las "cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores" y, a su juicio, "no puede extenderse a materias para las que no está contemplada, como es el caso de los funcionarios públicos", ya que "las cuestiones suscitadas entre los funcionarios públicos y la administración no se encuentra dentro del catálogo de materias cuya competencia el artículo 420 del Código del Trabajo entrega a los Juzgados de Letras del Trabajo."[29] En este caso se siguió una línea argumental similar a la sustentada por la Contraloría, aunque un poco más elaborada, basada en el tenor literal de los artículos 485 y 420 letra a) del Código del Trabajo, interpretando la expresión "cuestiones laborales" de la primera norma en función de lo señalado en la segunda, y siguiendo la tesis tradicional de considerar la "relación estatutaria" como un vínculo totalmente distinto de la "relación laboral", lo cual obvía el hecho que el artículo 1 inciso primero del Código del Trabajo también conceptualiza como "relaciones laborales" los vínculos entre funcionarios públicos y organismos del Estado, criterio que es refrendado en diversas normas contenidas en estatutos especiales.[30]

Mención especial merecen los trabajadores de servicios públicos contratados por el Código del Trabajo por expreso mandato legal. Aunque aún no hemos tomado conocimiento de acciones de tutela interpuestas por estos trabajadores, la judicatura laboral ya se ha declarado competente y resuelto de acciones de despido injustificado y nulidad de despido interpuestas contra Municipalidades[31], Ministerio Público[32] y Consejo Nacional de la

[29] Sentencia JLT de Temuco de 13-09-2010, RIT T-19-2010. Recurso de apelación pendiente ante la CA de Temuco, Rol Nº 142-2010.

[30] Por ejemplo, el párrafo VII del Título III del Estatuto Docente reglamenta el término de la "relación laboral" de los profesionales de la educación del sector municipal (terminología que también es utilizada en los artículos 72, 73 y 79), y el artículo final del Estatuto Administrativo expresamente dispone que el cambio de régimen jurídico no conlleva el cese de la "relación laboral"; esta tiene una regulación distinta, pero pervive. En tanto, los artículos 29, 39, 40, 44, 54, 61, 62, 68, 70, 73, 74 y 76 del Estatuto Docente; 69, 114, 115 y 16 transitorio del Estatuto Municipal; y 72, 115, 116, 152, final y 16 transitorio del Estatuto Administrativo califican a las municipalidades e instituciones estatales como "empleadores".

[31] En *Quintanilla con Municipalidad de Rengo* la Corte Suprema estableció que el personal del Departamento de Educación "sin duda alguna" se encuentra en la situación prevista en el inciso segundo del artículo 3 del Estatuto Municipal, por lo que "las reglas del Código del Trabajo relativas a la terminación del contrato alcanzan a la actora, pues atendida la naturaleza del vínculo que unió a las partes, no le son aplicables las normas del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales" y agregó que "el cargo ocupado por la actora no es de planta o a contrata de la Municipalidad en los términos del artículo 4° de la Ley 18.883 y, por lo tanto, el cese de sus funciones no se rige por las causales previstas en el artículo 123 del citado Estatuto, sino por el derecho laboral común" (considerandos N° 8 y 9 sentencia CS de 14-01-2008, Rol N° 6151-2007).

[32] En *García con Ministerio Público* la Corte Suprema estableció "Que resulta insostenible el argumento del Ministerio Público en cuanto a que la sola revisión de sus determinaciones signifique vulnerar o desatender las facultades de que se encuentra investido el Fiscal Nacional como jefe de un organismo autónomo, cuando se trata de desvinculaciones laborales, por cuanto es una de las materias en que el legislador sometió sus actuaciones y las consecuencias que de ellas derivan para sus dependientes al Código del Trabajo y, además, desde una perspectiva general, a más de no existir entidad ajena a revisión alguna, el mencionado carácter

Cultura Nacional de la Cultura y las Artes[33], por lo que –tal como sostiene la Contraloría General- nada obstaría a su competencia para conocer de aquéllas.[34]

En líneas generales, y aunque no exento de dificultades, el camino pareciera estarse allanando en términos tales que el procedimiento de tutela es aplicable a los trabajadores y asociaciones de funcionarios[35] de la administración del Estado tanto centralizada como descentralizada y que la judicatura laboral es competente para conocer de las acciones de tutela que interpongan. La excepción la constituirían los trabajadores a honorarios debido a los términos del artículo 11 del Estatuto Administrativo (que les "niega" la calidad de "funcionarios públicos" y que paradójicamente los regula al tiempo que los excluye de la normativa estatutaria) y la tajante interpretación que la Corte Suprema reiteradamente ha hecho del mismo a objeto de sustraerlos también de la aplicación supletoria del Código del Trabajo y sus procedimientos, con lo que no tendrían acción de tutela ni judicatura laboral que los ampare en sus derechos fundamentales. Por ahora, la jurisdicción civil pareciera ser su única alternativa, en sede ordinaria o de protección.[36]

II. Consecuencias jurídicas de la acción de tutela

Aparte de los problemas de competencia, existen otros antecedentes para temer que el resultado judicial de las acciones de tutela por discriminaciones ocurridas con ocasión del despido no sea satisfactorio. Por ejemplo, además del recurso de protección[37], la acción de tutela debe sortear problemas de compatibilidad con reclamaciones administrativas que se hubieren formulado previamente por los mismos hechos (artículo 54 Ley 19.880).[38]

---

autónomo no lo releva de ceñir sus actos a la legislación vigente" (considerando N° 13 sentencia CS de 04-12-2008, Rol N° 5359-2008). En el mismo sentido, sentencia CS de 23-08-2009, *"Salazar con Ministerio Público"*, Rol N° 4704-2009. Con todo, esta se ha sostenido que no opera el fuero maternal frente a la terminación de contrato por "evaluación deficiente" (sentencia CS de 31-12-2008, *Sanzana con Ministerio Público*, Rol N° 5911-2008).

[33] Ver sentencia Segundo JLT de Santiago de 30-04-2010, *Herrera con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes*, RIT O-144-2010.

[34] La Contraloría General de la República ha reconocido la competencia de los tribunales de justicia para conocer de las reclamaciones por despido injustificado del personal de Municipalidades regido por el Código del Trabajo (Ver Dictamen N° 54.786 de 05-10-2009).

[35] Recordemos que el artículo 84 letra i) del Estatuto Administrativo prohíbe a los funcionarios públicos organizar o pertenecer a "sindicatos" en el ámbito de la Administración del Estado, razón por la que se dictó una ley especial, la N° 19.296, que las permite constituir "asociaciones de funcionarios".

[36] Un interesante precedente lo constituye una reciente sentencia de la CA de Valparaíso recaída en un recurso de protección interpuesto por 8 funcionarios a contrata y 3 trabajadores a honorarios que prestaban servicios para la SEREMI de Educación de Valparaíso, que reclamaron el término anticipado de sus designaciones y contrataciones, las que originalmente vencían el 31 de Diciembre de 2010. La Corte acogió el recurso de protección y ordenó reincorporar a los recurrentes (sentencia CA de Valparaíso de 01-09-2010, *Cubillos y otros con SEREMI de Educación*, Rol N° 263-2010. Recurso de apelación pendiente).

[37] Ugarte recuerda la "inutilidad" del recurso de protección para la tutela de derechos fundamentales en la relación laboral y afirma que, "salvo un dislate, ningún trabajador debería utilizar la acción de protección para buscar tutela a sus derechos fundamentales, porque como muestra su historia ha servido de poco, por no decir de nada, para su resguardo" (Ver Ugarte, 2009, página 25).

[38] En *Martínez y otros con Dirección del Trabajo*, la sentenciadora acogió la excepción de incompatibilidad de la acción de tutela interpuesta respecto de uno de los demandantes que previamente había interpuesto

También existen tesis jurisprudenciales que obstarían a la acreditación de un hecho esencial, como el despido. Es así que algunos han señalado que la medida disciplinaria de "remoción" no es equivalente a un "despido" (por lo que han rechazado demandas de despido injustificado y nulidad de despido)[39], en tanto la Corte Suprema ha negado la conversión de la relación laboral, de plazo fijo a indefinida, de trabajadores contratados sucesivamente por municipalidades para desarrollar actividades transitorias en balnearios (artículo 3 Ley 18.883) por considerar que el artículo 159 N° 4 no se aplica en forma supletoria a dichos contratos, e incluso ha reiterado su doctrina de que en dichos casos el término de la relación laboral no se produjo por despido sino por vencimiento de plazo[40], lo cual también se podría sostener respecto de los términos de contratas que no son renovadas.[41] Un problema similar ocurriría con las terminaciones anticipadas de designaciones a contrata y contrataciones a honorarios en virtud de la típica cláusula "y mientras sus servicios sean necesarios".[42] Otros jueces, en tanto, se muestran reticentes a inmiscuirse en las facultades disciplinarias que la ley confiere a organismos del Estado y controvertir el mérito de sus decisiones.[43] A ello se agrega el hecho que nuestra

---

reclamación ante la Contraloría General por los mismos hechos, situación que fue enmendada por la Corte de Apelaciones debido a que consideró que aquél ya había finalizado (sentencia Segundo JLT de Santiago de 07-01-2010, RIT T-70-2009, revocada parcialmente por sentencia CA de Santiago de 06-04-2010, Rol N° 71-2010).

[39] Así ocurrió en el caso *Flores con Ministerio Público*, sentencia JLT de Concepción de 08-01-2010, RIT O-322-2009, confirmada por sentencia de CA de Concepción de 14-07-2010, Rol N° 32-2010, con recurso de unificación de jurisprudencia pendiente. En un sentido contrario, en *Tapia con Ministerio Público* se estableció que "la actora no fue despedida, sino removida de su cargo, lo cual equivale a un despido, pero por las causales que la propia ley orgánica establece, en este caso el incumplimiento grave de obligaciones, deberes y prohibiciones" (considerando N° 13 sentencia JLT de Calama de 22-01-2010, RIT O-145-2009).

[40] Sentencia de CS de 25 de Marzo de 2010, *Villanueva con Municipalidad de Iquique,* Rol N° 6778-2009 (recurso de unificación de jurisprudencia), que anuló sentencia de CA de Iquique de 18-09-2009, Rol N° 48-2009).

[41] En diversos dictámenes la Contraloría General de la República ha sostenido que, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 10 y 153 del Estatuto Administrativo, las designaciones a contrata expiran en forma inmediata y por el sólo ministerio de la ley una vez cumplido su plazo (Ver Dictámenes N° 22.241 de 28-04-2010, N° 19.197 de 13-04-2010 y N° 44.495 de 17-08-2009, entre otros).

[42] De ahí la importancia que cobra el caso *Cubillos y otros con SEREMI de Educación*, en el cual se estableció que el término anticipado de designaciones a contrata y contrataciones a honorarios antes del vencimiento del plazo previsto "requiere de un acto o conducta suficientemente concreta y fundada en hechos claros y específicos" (sentencia CA de Valparaíso de 01-09-2010, Rol N° 263-2010. Recurso de apelación pendiente).

[43] En Pinto *con Dirección General de Aeronáutica Civil*, el Tribunal de Letras del Trabajo rechazó la demanda por considerar que tanto la declaración de vacancia del cargo del actor como la prohibición de ingreso al servicio se debían al ejercicio de facultades que otorga la ley, por lo que el actuar de la demandada no podía ser considerado ilegal ni arbitrario, ya que la vulneración de derechos se produce "cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquéllos respecto de los trabajadores, sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial", estimando que "ninguno de tales presupuestos ha visto vulnerados este sentenciador con el actuar de la demandada, sino que estamos en presencia del ejercicio de facultades que la Ley proporciona a un Organismo Público" (considerando 12° sentencia JLT de Coyhaique de 24-04-2010, RIT T-1-2009, confirmada por sentencia CA de Coyhaique de 27-05-2010, Rol N° 9-2010).

En *Flores con Ministerio Público y otro*, siguiendo una sentencia de CA de Concepción de 31-12-2009, se resolvió que "Establecer que se le sancionó sin pruebas implicaría restarle validez a la respectiva investigación sumaria y conclusiones a que se arribó en virtud de ella, lo que sólo puede hacerse mediante la respectiva declaración de nulidad de la misma, lo que en este caso no ha sido solicitado y que, por lo demás, constituye una cuestión respecto de la cual el tribunal no tendría competencia, lo que impide pronunciarse sobre el eventual acto de hostigamiento que ello constituiría", agregando que "la investigación sumaria

jurisprudencia laboral en materia de discriminación aún está en desarrollo y es capaz de exhibir sentencias notables, como el fallo de la trabajadora musulmana discriminada por motivos religiosos, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago[44], y otras cuestionables como el fallo de la Corte de Valparaíso, por el cual resolvió que el derecho a la no discriminación no es un derecho fundamental y, por ende, no aplicó las reglas de la prueba indiciaria.[45]

Como si lo anterior no fuera suficiente, también existen dudas respecto a las medidas reparatorias que el juez debiera ordenar en caso de considerar que un despido ha sido discriminatorio. De acuerdo al artículo 495 del Código del Trabajo, la sentencia debe indicar las medidas dirigidas a obtener la reparación efectiva de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, por lo que se pueden solicitar todas aquellas que se estimen conducentes, siendo usual la realización de cursos dirigidos a los representantes y directivos de una empresa determinada en torno al respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, lo cual podría replicarse al interior de los servicios públicos.[46] No obstante, es discutible que ocurra lo mismo con las indemnizaciones y derechos que el artículo 489 del Código del Trabajo establece en casos de despidos discriminatorios.

En efecto, si se tratara del despido de un trabajador del sector privado, no cabría duda que el empleador debería pagarle (1) indemnización sustitutiva del aviso previo, (2) indemnización por años de servicio, (3) recargo de la indemnización por años de servicio de conformidad a lo establecido en el artículo 168 e (4) indemnización fijada discrecionalmente por el juez que puede ir de 6 a 11 remuneraciones mensuales. Y si además el juez calificara el despido discriminatorio como "grave", el trabajador podría optar entre su reincorporación o el pago de las indemnizaciones señaladas. Pero tratándose de trabajadores del sector público la respuesta es compleja, pues la procedencia de estas sanciones dependerá de que se cumplan los "test" o exigencias de "omisión de regulación" y "compatibilidad de regímenes" que contiene el inciso tercero del artículo 1 del Código del Trabajo.

---

constituye un acto administrativo y como tal, ha de presumirse la validez de lo que formalmente en él se obró, máxime si ella ha sido refrendad en la resolución de la Contraloría General de la República (considerando N° 18 sentencia JLT de Concepción de 08-01-2010, RIT O-322-2009, confirmada por sentencia de CA de Concepción de 14-07-2010, Rol N° 32-2010).

En *Tapia con Ministerio Público*, frente a la alegación despido ilegal y arbitrario, el juez laboral resolvió que "disiente de tal aseveración, pues el Ministerio Público ha respetado el derecho a un debido proceso, ya que conforme a la investigación sumaria, la demandante contó con todas las instancias y herramientas para hacer valer sus derechos, se respetó íntegramente la igualdad ante la ley y la bilateralidad de la audiencia, interponiéndose los recursos que la Ley y el Reglamento franquean. Se formularon cargos no sólo contra ella, sino también contra el administrador subrogante" (considerando N° 13 sentencia JLT de Calama de 22-01-2010, RIT O-145-2009).

[44] Sentencia Primer JLT de Santiago de 26-04-2010, *Inspección Provincial del Trabajo con T.P. Chile S.A.,* RIT T-38-2010.

[45] Sentencia de CA de Valparaíso de 27-07-2009, *Barckhahn contra Corporación del Colegio Alemán de Valparaíso,* Rol Nº 163-2009.

[46] De todas las sanciones no pecuniarias, esta sea talvez una de las más básicas, necesarias y benignas. Más complejo sería disponer sanciones como separación física de funcionarios o cambio de funciones, tal como ocurrió en el caso de la trabajadora musulmana discriminada (citado en nota N° 44).

Al respecto, debemos recordar que la indemnización sustitutiva del aviso previo no está considerada dentro del Estatuto Administrativo ni otros estatutos especiales, en tanto que la indemnización por años de servicio tiene una aplicación limitada y distinta en cada régimen: por regla general[47], sólo se confiere a los funcionarios fiscales y municipales de planta que cesaren en sus cargos por supresión del empleo motivada por procesos de restructuración o fusión, y con un tope de 6 meses (artículos 154 Estatuto Administrativo y 150 Estatuto Municipal); a los funcionarios de la salud municipal con contrato indefinido que cesen en sus cargos por disminución o modificación de dotaciones de salud, y con tope de 11 meses (artículo 48 letra i del Estatuto de Atención Primaria); a los profesionales de la educación del sector municipal a quienes se supriman sus horas docentes (artículo 73 Estatuto Docente), con tope de 11 meses. Los estatutos de la administración tampoco consideran la figura del "recargo" de la indemnización por años de servicios ante la improcedencia de la causal de término y la sanción de la reincorporación judicial está establecida expresamente para los docentes del sector municipal (artículo 75 del Estatuto Docente) y los funcionarios públicos que resultaren absueltos en juicios criminales o éstos fueren sobreseídos. Es decir, se trata de sanciones que o son ajenas a estos estatutos o se encuentran muy restringidas en ellos.

El problema radica en que, además de afirmar que el procedimiento de tutela no es aplicable a otros trabajadores de la administración pública que no sean aquellos contratados por el Código del Trabajo, la Contraloría General de la República también ha sostenido que la terminación de la relación laboral de los funcionarios públicos se encuentra íntegramente regulada por sus respectivos estatutos, gracias a lo cual ha negado la aplicación supletoria de las disposiciones que el Código del Trabajo contempla en la materia (Ej: Art. 162 sobre nulidad de despido[48]), lo que implicaría que tampoco podrían aplicarse indemnizaciones ajenas a los mismos, como las de la tutela laboral. Frente a ello se podría sostener que la contienda versa esencialmente sobre vulneración de derechos fundamentales, materia que no se encuentra regulada en esos estatutos ni es contraria a los mismos (precisamente, el fundamento de la aplicación supletoria del procedimiento de tutela), de modo que se debería aplicar íntegramente el "haz indemnizatorio" de la tutela. Sin embargo, se podría replicar que sólo la indemnización especial de 6 a 11 meses de remuneración tiene por objeto sancionar la vulneración de derechos fundamentales[49] y no así las sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, las que pertenecen al ámbito del término de la relación laboral, materia regulada por el Estatuto (test de omisión de regulación) y cuya extrapolación al ámbito público trastocaría todo el sistema de terminación de la relación laboral-estatutaria del Estado (test de compatibilidad). Incluso, respecto de la sanción de

[47] Esto es sin perjuicio de disposiciones transitorias que mantienen el derecho a percibir indemnizaciones por años de servicios a aquellos trabajadores de la administración del Estado que se regían por el Código del Trabajo con anterioridad a los cambios estatutarios y de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República que ha asimilado diversas causales de término a la causal "necesidades del servicio" (Ver Dictamen N° 13.189 de 12-03-2010).

[48] En Dictamen N° 36.909 de 06-07-2010, relativo a los docentes del sector municipal, la Contraloría General de la República resolvió que "el cese de funciones de los docentes se rige únicamente por su cuerpo estatutario, el que no contiene disposición alguna que impida su desvinculación laboral por la existencia de deudas por concepto de cotizaciones".

[49] Según Gamonal, "Esta indemnización es por el daño material y moral causado al afectado, es especial por este último rubro porque se trata de derechos fundamentales con una importante incidencia en los intereses extramatrimoniales del trabajador" (Gamonal, Op. Cit., página 38).

reincorporación, en una lógica similar a la esbozada a propósito de la aplicación de la sanción de "internalizar" trabajadores contemplada en la Ley de Subcontratación en el sector público, se podría alegar que la reincorporación de un trabajador no puede estar sujeta a la decisión de un juez por cuanto las plantas funcionarias están determinadas por ley[50], ante lo cual se podría replicar que en estos casos no se trata de (una nueva) "contratación" de personal, por lo que no existiría violación de la regulación legal de las plantas y requisitos de ingreso a la administración publica, tal como ocurre cada vez que la Contraloría[51] o los Tribunales[52] cuestionan la legalidad de desvinculaciones y ordenan la reincorporación de trabajadores.

Es decir, en materia de indemnizaciones podrían sostenerse al menos tres posiciones: dos extremas, una que niega la procedencia del "haz indemnizatorio", otra que reconoce su aplicación íntegra y una intermedia que reconoce la procedencia de la indemnización especial pero condiciona las sustitutiva y por años de servicio a su compatibilidad con cada estatuto especial, pareciendo esta última la más respetuosa de los estatutos especiales. Y tratándose de la sanción de reincorporación, su procedencia es coherente con la declaración de nulidad del acto vulneratorio de derechos fundamentales.

III. Síntesis

Hasta ahora las principales controversias han estado centradas en torno a la competencia de los tribunales laborales para conocer de estas demandas, en tres aristas: la aplicabilidad del procedimiento, quiénes pueden accionar de tutela y la nulidad de derecho público. Sin embargo, es preciso comenzar a tornar la mirada sobre las consecuencias jurídicas de la acción de tutela, pues los criterios jurisprudenciales y la normativa que regula la situación de los trabajadores del Estado ponen en entredicho su real eficacia. En efecto, conforme a dichos criterios, los trabajadores a honorarios (hasta ahora, el mayor número de

[50] En el Dictamen Nº 2.594 de 21 de Enero de 2008, la Contraloría General de la República estableció que la sanción establecida en el artículo 183-A del Código del Trabajo, relativa al trabajo en régimen de subcontratación, "resulta únicamente aplicable para las empresas del Estado cuyo personal se rija por el Código del Trabajo y que carezcan de planta señalada por la ley, y no al resto de las empresas u organismos de la Administración del Estado", pues de las leyes 18.575, 18.834 y 18.883 "se desprende que la regla general en materia de ingreso es el nombramiento en un cargo de planta o la designación en una plaza a contrata", siendo esta sanción "inconciliable, además, con la preceptiva que regula el procedimiento para el ingreso a un cargo de planta, es decir, el concurso público", pudiendo incluso vulnerar las inhabilidades que el artículo 54 de la Ley 18.575 establece para el ingreso a la Administración del Estado. Lo mismo resolvió respecto de la sanción que imponen los artículos 183-N, 183-P, 183-T, 183-U y 183-AA, relativos al suministro de trabajadores.

[51] En más de una oportunidad la Contraloría General de la República ha ordenado la reincorporación de trabajadores y pago de remuneraciones por el tiempo intermedio (Ej: Dictamen N° 18.662 de 09-04-2010, en que anula proceso sumarial dirigido contra docente), así como la prórroga de contrataciones (Ej: Dictamen N° 12.546 de 09-03-2010, sobre despido de trabajadora con contrato de trabajo a plazo fijo y afectas a fuero maternal). Incluso en los casos de trabajadores de planta, a contrata o con contrato de trabajo a plazo fijo afectos a fuero sindical (dirigentes sindicales) ha sostenido que la carencia de recursos económicos no es justificación para no cumplir con este deber ya que el servicio público o municipalidad debe hacer los "ajustes presupuestarios" que sean necesarios para respetar el fuero gremial (Ej: Dictámenes Nº 28.136 de 22-06-2007 y 45.814 de 06-12-2001).

[52] Ver nota N° 36.

“desvinculaciones”) quedarían excluidos del procedimiento de tutela, lo cual explicaría que sus demandas tengan como presupuesto la declaración de existencia de relación laboral; no obstante, la perspectiva judicial es adversa ya que la Corte Suprema ha mantenido firme su criterio de no reconocer relación laboral al personal contratado a honorarios, aún cuando concurran todos los elementos propios del trabajo bajo subordinación y dependencia. Se trata de una controversia que ha mantenido con tribunales de primer y segundo grado por años y que ya ha refrendado por la vía del recurso de unificación de jurisprudencia.[53] Por su parte, los funcionarios de planta y a contrata tendrán serios problemas para demostrar que su desvinculación obedeció a un “despido” y, en caso de lograrlo, que este se califique como discriminatorio y se les aplique íntegramente el régimen sancionatorio especial de la tutela. Es así que sólo los trabajadores de la administración del Estado con contrato de trabajo que fueran víctimas de despidos discriminatorios estarían mejor posicionados para sortear con mayor éxito los cuestionamientos de incompatibilidad de regímenes.

[53] Esta doctrina se aborda parcialmente en sentencia de CS de 25 de Marzo de 2010, *Villanueva con Municipalidad de Iquique,* Rol N° 6778-2009 (recurso de unificación de jurisprudencia).