

EL CONTRATO A HONORARIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU «LABORALIZACIÓN» POR LA JURISPRUDENCIA*

THE FEE CONTRACT IN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS “LABORIZATION” BY THE CASE LAW OF OUR COURTS

Juan Carlos Ferrada Bórquez**

Guicela Saldivia Herrera***

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar críticamente la tesis jurisprudencial actual de la Corte Suprema que aplica estrictamente la legislación laboral a los contratos a honorarios que celebra la Administración pública. En este sentido, explicando los fundamentos de esta posición jurisprudencial, se ponen de relevancia en este trabajo los problemas lógicos que plantea esta tesis y las dificultades que conlleva su aplicación en el régimen jurídico público.

Palabras clave: empleo público – Administración pública – contrato a honorarios – contrato de trabajo.

Abstract

The main purpose of this paper is to critically analyze the current jurisprudential criteria of the Supreme Court that strictly applies the labor law to the fee contracts entered into by the Public Administration. In this sense, explaining the foundations of this jurisprudential position, this work puts stress on the logical problems posed by this thesis and the difficulties involved in its application in the public legal regime.

* Trabajo ampliado y revisado del original presentado en las XIII Jornadas de Derecho Administrativo, cuyas actas se encuentran en prensa.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Valparaíso.

*** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Keywords: public employment – Public Administration – fee contract – employment contract.

Introducción

La contratación a honorarios ha constituido históricamente la tercera modalidad de incorporación de personas naturales a la Administración pública, después de las clásicas figuras de nombramiento de cargos públicos de planta y a contrata. Estas últimas, como se sabe, otorgan a las personas la calidad de funcionario público en nuestro derecho y, en consecuencia, quienes son nombrados en esas modalidades quedan sujetos plenamente a las reglas jurídicas específicas establecidas en los estatutos administrativos correspondientes. Por el contrario, las personas contratadas a honorarios no poseen dicha calidad y, por tanto, no se rigen por esos estatutos jurídicos, sino –en principio– por las estipulaciones contenidas en el mismo contrato, como lo indica expresamente el inciso tercero del artículo 11 de la ley N° 18.834 y, en el ámbito municipal, el artículo 4° de la ley N° 18.883.

En este contexto, se ha planteado en sede doctrinal y jurisprudencial, tanto para las contrataciones a honorarios celebradas en el sector privado como en el público, la eventual aplicación de las reglas del Código del Trabajo a estas convenciones, en la medida que concurren los elementos propios de un vínculo laboral, en particular, la existencia de una relación de subordinación o dependencia entre la persona natural y su empleador. En este sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha pasado mayoritariamente de entender que los contratos a honorarios celebrados con la Administración del Estado no configuraban un acuerdo regido por el Código del Trabajo, a sostener que una vez constatados los elementos propios de una relación laboral, esta debe ampararse por el código del ramo, resultando de este modo aplicable todos los derechos que en este se consagran.

En este estado de las cosas, el presente trabajo tiene por finalidad analizar críticamente esta nueva tesis jurisprudencial mayoritaria, poniendo también sobre la mesa algunos de los problemas que conlleva la aplicación estricta de esta tesis en el ámbito del derecho administrativo, esto es, la extensión de instituciones del derecho laboral a las relaciones jurídicas celebradas en el seno de la Administración del Estado.

Para ello este trabajo se estructura en cuatro grandes apartados. En el primero se hacen algunas precisiones conceptuales sobre el contrato a honorarios y, especialmente, la utilización que se ha hecho de este en la Administración pública en los últimos años. En el segundo se exponen las dos tesis jurisprudenciales mayoritarias que se han aplicado a los contratos a honorarios en el ámbito público, con especial atención a la tesis jurisprudencial actualmente mayoritaria

de la «laboralización» de la función pública. En el tercero se da cuenta de alguno de los problemas derivados de la aplicación estricta de la tesis que hace extensiva la legislación laboral a este tipo de contratos en la Administración pública. Por último, en el cuarto apartado se enuncian algunas conclusiones que se estiman relevantes en este ámbito.

1. El contrato a honorarios en el sector privado y en la Administración pública

1.1. El contenido y características del contrato a honorarios

El contrato a honorarios no posee en nuestro ordenamiento jurídico una configuración legal específica, sino que se le ha subsumido tradicionalmente en la categoría más genérica del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Este contrato se caracteriza, según la doctrina civil más tradicional, por la prevalencia del esfuerzo intelectual por sobre el físico, es decir, la inteligencia por sobre la mano de obra (Alessandri Rodríguez, 1988, pág. 186), pudiendo revestir tres formas materiales distintas: a) una obra aislada; b) una larga serie de actos que se desarrollan en un período de tiempo; c) unos servicios prestados por profesionales (Alessandri Rodríguez, 1988, pág. 188).

Desde luego, los más relevantes para este artículo —que corresponden a las formas usuales de trabajo de las personas contratadas a honorarios en la Administración del Estado— son los dos últimos supuestos, esto es, los que comportan una serie de actos en el tiempo y los denominados servicios profesionales, ya que ellos suponen una actividad más o menos permanente en el tiempo entre un particular y un empleador. Así, en el primer caso, actividades prestacionales reiteradas en el tiempo, su regulación está establecida en nuestro derecho en los artículos 2.006 y siguientes del Código Civil, disponiéndose genéricamente que consiste en «una larga serie de actos, como los de los escritores asalariados para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, histriones y cantores» (artículo 2.007 del Código Civil). Por su parte, en el caso de los servicios profesionales, la regla básica está contenida en el artículo 2.012 del Código Civil, que remite su regulación a las reglas del mandato, aun cuando existan diferencias sustanciales entre este último y el arrendamiento de servicios inmateriales de que trata este párrafo.

De lo expuesto se puede concluir que, cualquiera sea el tipo de contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, la característica esencial es la existencia de obligaciones generales de servicio a favor de otras personas, sin precisar su contenido específico y alcances, pero donde parece primar la actividad personal, intelectual y cualificada que justifica precisamente esta relación convencional. Así, el denominado «contrato a honorarios» sería la forma específica como se concretaría este contrato de arrendamiento de servicios, ya que establecería las

obligaciones específicas que se le encomiendan al particular, a cambio de un estipendio u honorario convenido, sin determinar las características o contenido del contrato mismo.

1.2. El contrato a honorarios y el contrato de trabajo en el sector privado

En el contexto antes expuesto, es frecuente encontrar en el ámbito privado la utilización del contrato a honorarios como una fórmula jurídica válida para contratar personas naturales para desempeñar tareas o cometidos específicos. Es decir, el recurso al contrato a honorario se justifica precisamente en la necesidad de satisfacer requerimientos puntuales del empleador, los que no son posibles de asumir con los trabajadores que se desempeñan de forma habitual en la empresa. Así, solo sería admisible jurídicamente el contrato a honorarios en casos de labores accidentales y no habituales, ya que de lo contrario se daría lugar a los elementos constitutivos de una relación laboral, lo que haría necesaria la celebración formal de un contrato de trabajo.

En efecto, el artículo 7º del Código del Trabajo señala que el contrato individual de trabajo «es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada». Por su parte, el artículo 8º añade que «toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo».

Lo anterior lleva a sostener a la doctrina laboral que cada vez que se presenten estas características de subordinación o dependencia, propias de una relación jurídica permanente, nos encontramos en realidad ante un contrato de trabajo (Rojas Miño, 2015, págs. 11 y ss.), negando con ello la existencia de una relación jurídica a honorarios en el ámbito privado, la que es solo aparente (Ugarte Cataldo, 2004, págs. 59-60). En este sentido, se puede sostener que en el ámbito privado, la permanencia o continuidad de los servicios genera por sí misma la laboralización de la relación jurídica, cuestión que no ocurre, como ya veremos a continuación, en el ámbito público.

A lo anterior debe añadirse el vínculo de subordinación o dependencia, el que también estaría presente en los contratos a honorarios, sobre todo en aquellos casos en que el empleador ejerce un poder de mando directo y continuo respecto de las labores que desempeña el trabajador. En este último sentido, la doctrina remarca que la relación laboral «es una relación de poder donde este se expresa a través de la subordinación del trabajador frente al empleador» (Gamonal Contreras & Guidi Moggia, 2012, pág. 29). Dicha subordinación, como elemento constitutivo de la relación laboral, se expresa en un conjunto de circunstancias fácticas, como la continuidad de los servicios prestados, la obligación de asistencia del trabajador, el cumplimiento de un horario de trabajo o la sujeción del trabajador a las instrucciones y controles del empleador, entre otras; todas

las cuales dan cuenta de la existencia de una verdadera relación jurídica laboral (dictamen N° 4.740/202, de 2003, de la Dirección del Trabajo).

En este contexto, el problema se presenta en el ámbito privado cuando se ha celebrado un contrato a honorarios que genera prestaciones permanentes o continuas, concurriendo además una o más de estas circunstancias que constituyen el vínculo de subordinación o dependencia, elementos propios, como ya se vio, de una verdadera relación laboral. Esta situación ha sido descrita en doctrina como «encubrimiento laboral», lo que implica, en la práctica, tratar de superponer artificialmente el contrato civil o de otra naturaleza por sobre la relación laboral, pero solo con el objeto de eludir la aplicación de las normas protectoras del derecho del trabajo (Ugarte Cataldo, 2008, págs. 59-60).

En este sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado reiteradamente que establecida por los medios de prueba legal la relación de dependencia o subordinación de una persona en la prestación de sus servicios, debe concluirse la existencia de un contrato de trabajo, no obstante la declaración en sentido contrario formulada por los firmantes en el propio contrato, ya que en derecho las cosas son según su real naturaleza —principio de realidad— y no según lo que las partes prediquen de ella¹.

Así, no cabe duda de que para la doctrina y la jurisprudencia más autorizada, el contrato de honorarios que presenta las características de permanencia y subordinación en realidad configura una relación laboral, lo que exige aplicarle las normas dispuestas para ella en el Código del Trabajo. Operaría así el «principio de la realidad», propio del derecho laboral, que exige que la calificación jurídica y tratamiento del caso se haga conforme a las circunstancias fácticas, y no a lo declarado formalmente por las partes.

1.3. El contrato de honorarios en la Administración pública

Ahora bien, todo lo expuesto en el punto anterior también se presenta, parcialmente, en el sector público, en que también los órganos de la Administración del Estado suelen recurrir al contrato a honorarios como una fórmula habitual de contratación de personas para que desarrollen ciertas tareas o actividades, en la medida que estas no puedan ser cubiertas por el personal de planta o a contrata de la institución pública. Así, la particularidad en estos casos sería solo, en principio, que la prestación de servicios contratada se realizaría en favor de un órgano integrante de la Administración del Estado, pero manteniendo en lo demás los elementos propios del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales antes señalado.

Esto es lo que precisamente sugiere el artículo 11 de la ley N° 18.834 al señalar que «podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos

1 Entre muchas otras, sentencias de la Corte Suprema: Tapia con Cooperativa Campesina Río Lluta Ltda., 2002 y Hochstetter con Sociedad Jouannet Consultores Limitada, 2009.

de educación superior o expertos en determinadas materias», añadiendo posteriormente que también se podrán contratar a «extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera». Esta regulación la reitera casi en términos idénticos el artículo 4º de la ley N° 18.883, habilitando a los municipios para la contratación de personas en calidad de honorarios, bajo los mismos presupuestos de especialidad técnica o profesional del personal contratado.

En este sentido, la Contraloría General de la República ha señalado precisamente que el contrato a honorarios es 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 ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen limitadas al cumplimiento de cometidos específicos del servicio» (dictámenes N°s. 16.220, de 1982, y 7.266, de 2005).

Ahora bien, en cuanto a los supuestos específicos en los que se puede contratar por la Administración pública una persona a honorarios, como lo señalan los preceptos citados y lo recoge la jurisprudencia administrativa, se plantean dos supuestos alternativos. A saber: cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución pública; y cuando se trate de prestación de servicios para cometidos específicos (artículos 11 de la ley N° 18.834 y 4º de la ley N° 18.883).

Esto último es muy relevante, ya que a diferencia de lo establecido en el Estatuto Administrativo de 1960 —decreto con fuerza de ley N° 338—, y también en el sector privado actual —como ya lo vimos—, la regulación vigente permite contratar personal a honorarios no solo para labores accidentales (Silva Cimma, 1993, pág. 145), sino que también para cometidos específicos y permanentes, como indica expresamente el precepto legal vigente. Esto no ocurre, por el contrario, en el caso de las universidades del Estado, en que el legislador fue más restrictivo en la habilitación para contratar personal bajo la modalidad de honorarios, restringiéndolo solo a labores accidentales y no habituales (artículo 48 de la ley N° 21.094)², restricción que en todo caso no se encuentra vigente, por aplicación del artículo 54 de la ley N° 21.126³.

Así, la habilitación legal para contratar personas a honorarios en la Administración del Estado en general es actualmente mucho más amplia en el Estatuto Administrativo general y en el Estatuto Administrativo de los Funcionarios

2 «Contratación para labores accidentales y no habituales. Las universidades del Estado podrán contratar, sobre la base de honorarios, solo la prestación de servicios o labores accidentales y que no sean las habituales de la institución. Las personas contratadas a honorarios se registrarán por las cláusulas del respectivo contrato de conformidad con la legislación civil y no les serán aplicables las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo» (artículo 48 de la ley N° 21.094).

3 «Durante los años 2019 y 2020, las universidades estatales podrán contratar sobre la base a honorarios sin que les sea aplicable lo dispuesto en el artículo 48 de la ley N° 21.094» (artículo 54 de la ley N° 21.126).

Municipales —a diferencia de lo que ocurre en las universidades del Estado—, en la medida que permiten contratar bajo esta modalidad jurídica no solo para labores no habituales o accidentales, sino también para cometidos específicos y permanentes.

Ello no genera, sin embargo, la consecuencia jurídica prevista para el sector privado en el artículo 8º del Código del Trabajo antes transcrito, esto es, una relación jurídica laboral, en consideración a que las propias normas estatutarias del sector público establecen un régimen jurídico distinto. En efecto, como ya se indicó, los artículos 11 de la ley N° 18.834 y 4º de la ley N° 18.883 establecen que las personas contratadas bajo esta modalidad se rijan por las reglas que prescribe el propio contrato de honorarios, no siéndole aplicables las disposiciones del mismo estatuto, ni tampoco —aunque no lo diga expresamente— del Código del Trabajo.

Precisamente, esta particularidad es lo que permite a la Contraloría General de la República identificar como características propias del contrato de honorarios en el sector público la inexistencia de una relación laboral entre el órgano administrativo y la persona contratada (dictamen N° 52.084, de 2007), regulándose esta relación por los derechos y obligaciones establecidos en el propio contrato celebrado entre las partes (dictamen N° 18.074, de 2010). Además, a esta relación jurídica tampoco se le aplican las normas contenidas en el Estatuto Administrativo (dictamen N° 35.183, de 1998), ya que no poseen la calidad de funcionarios públicos (dictámenes N°s. 26.483, de 2009; 25.132, de 2017; y 19.281, de 2019, entre otros), lo que debe entenderse sin perjuicio de que el contrato de honorarios contemple alguno de los derechos o beneficios dispuestos en el mismo estatuto para los funcionarios públicos (dictámenes N°s. 44.733, de 2011, y 12.308, de 2019).

Esta diferencia sustantiva entre la regulación del sector público y la del sector privado en nuestro ordenamiento jurídico es muy relevante, ya que en el primero se admite, como ya se señaló, la contratación de labores permanentes y habituales por vía de honorarios, lo que sería inadmisibles en el sector privado, ya que en este último caso se daría lugar precisamente a la relación laboral, en los términos establecidos en el artículo 8º del Código del Trabajo.

1.4. La utilización abusiva del contrato a honorarios en la Administración pública como fuente de los problemas actuales

En el marco jurídico que se ha descrito, la Administración del Estado ha utilizado en nuestro país de forma frecuente y hasta abusiva esta figura del contrato a honorarios, registrándose en los últimos años un número significativo de personas contratadas bajo esta modalidad. Así, en el año 2018, la Administración del Estado contrató un total de 33.001 personas sobre la base de honorarios, cifra algo menor a la registrada en los años 2013 a 2017, pero superior a la de 2012.

Al efecto, el cuadro siguiente refleja con claridad las cifras desde el año 2011 a la fecha, dando cuenta de la gran cantidad de personas contratadas a honorarios en la Administración del Estado en los últimos ocho años, registrándose algunas variaciones, pero manteniéndose constante un número relevante de personas contratadas bajo esta modalidad.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
TOTAL PERSONAL A HONORARIOS								
EN JORNADA PARCIAL O SIN JORNADA	10.032	11.916	13.531	22.883	18.757	18.988	13.951	12.411
EN JORNADA COMPLETA	19.218	20.724	23.335	26.318	29.274	27.836	22.174	20.590
CON PERMANENCIA MENOR AL AÑO	12.864	13.811	11.705	14.780	21.055	11.420	9.370	8.305
CON PERMANENCIA MAYOR AL AÑO	6.354	6.913	11.630	11.538	8.219	16.416	12.804	12.285
HASTA DOS AÑOS	2.025	2.354	4.517	4.919	3.010	7.099	4.913	4.628

(Fuente: Dirección de Presupuesto).

De este modo, es posible observar que en el año 2011 las contrataciones a honorarios alcanzaron la cifra de 29.250 personas, llegando al máximo de 49.021 en el año 2014, para luego ir bajando a las 33.001 actuales. Estas cifras son significativas, si se considera que el total de los empleados del sector público llega a cerca de 300.000 personas, estando en condición de planta menos de un tercio de estas (85.101 personas).

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
CALIDADES JURÍDICAS								
PLANTA	84.474	84.747	84.185	83.159	83.270	83.309	83.304	85.101
CONTRATA	121.943	127.665	135.361	144.449	155.827	167.698	190.625	207.090
OTRAS CALIDADES JURÍDICAS	3.981	4.197	4.187	4.109	4.075	4.148	4.325	7.801
TOTAL DOTACIÓN	210.398	216.609	223.733	231.717	243.172	255.155	278.254	299.992

(Fuente: Dirección de Presupuesto).

En consecuencia, es posible observar que en la Administración del Estado se ha hecho habitual recurrir a este tipo de contrataciones a honorarios, estableciéndose en los hechos como un mecanismo ordinario de provisión de personal para el desempeño de las funciones públicas. Así, junto al personal de planta y a contrata, el personal a honorarios es la tercera modalidad de trabajo en la Administración pública, llegando casi al 40 % del personal de planta existente.

Lo anterior implica que en la actualidad una gran cantidad de personas se encuentren en una situación jurídica peculiar en la Administración pública, ya que

no ostentan la calidad de funcionarios públicos en términos estrictos, como ya se adelantó, pero tampoco son trabajadores regidos por el Código del Trabajo. Esto supone que su relación contractual se encuentra subordinada solo a lo que pacten expresamente las partes en el contrato de honorarios correspondiente, lo que constituye desde luego una situación de precariedad o vulnerabilidad de las personas contratadas bajo esta modalidad, ya que no gozan, en principio, de los derechos y beneficios de los funcionarios públicos ni tampoco los de los trabajadores privados.

Este peculiar fenómeno en nuestro medio pareciera ser consecuencia —aunque no solamente— del aumento de las tareas encomendadas a la Administración pública en un modelo rígido de plantas de funcionarios públicos, cuyo incremento requiere, como se sabe, de una ley específica por cada servicio u órgano público, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 65 N° 2 de la Constitución Política de la República. Así, la creación de cada cargo público requiere una ley específica, lo que hace extremadamente difícil el aumento de las plantas de los funcionarios públicos, lo que explica el recurso a los cargos a contrata y a honorarios en el sector público.

Lo anterior es sin perjuicio de lo establecido para las municipalidades en el artículo 121 de la misma carta fundamental, que permite la creación de plantas propias por cada una de ellas, de acuerdo al procedimiento ordenado en la ley N° 20.922, de 2016, o de algunas flexibilidades previstas en el ordenamiento para ciertos órganos específicos, como sería el caso de las universidades del Estado o algunos órganos o servicios públicos autónomos de la Administración del Estado.

Todo este contexto ha llevado probablemente a la doctrina y jurisprudencia a aplicar progresivamente la legislación laboral a estas personas contratadas bajo la modalidad de honorarios en la Administración pública, ya que con ello se ha pretendido establecer un régimen jurídico subsidiario de protección del trabajador en cuanto a sus derechos laborales y previsionales (Varas Marchant, 2016, pág. 430). Sin embargo, como ya veremos, esto ha generado nuevos problemas jurídicos desde una perspectiva sistemática y dogmática, pues ha dado lugar a relaciones jurídicas laborales forzadas, sin fundamento normativo, e inconsistentes con las demás normas jurídicas administrativas.

2. El proceso de progresiva «laboralización» del contrato de honorarios en la Administración pública en la jurisprudencia

2.1. La tesis inicial: los contratos a honorarios celebrados en el ámbito público son contratos civiles

Como se sabe, hasta principios del año 2015 la jurisprudencia de nuestros tribunales había estado relativamente conteste en señalar que a las personas que prestaban servicios a honorarios, tanto en la Administración central como descentralizada del Estado, no les resultaban aplicables las normas del Código del Trabajo⁴. Así, nuestra Corte Suprema había expresado constantemente «que, en efecto, aparte que las referidas condiciones igualmente pueden pactarse para el cumplimiento de un contrato a honorarios que el artículo 4° de la ley N° 18.883 prevé como modalidad de prestación de servicios en la Administración del Estado para la ejecución de cometidos específicos, ellas mal podrían haber configurado una relación laboral sometida al Código del Trabajo, desde el instante que por mandato explícito del último inciso del citado precepto legal, las personas contratadas a honorarios se sujetan a "las reglas que establezca el respectivo contrato", sin estar afectas al estatuto municipal y menos a una normativa laboral que no se aplica en el ámbito de la Administración pública» (Gallardo con Municipalidad de La Florida, 2016).

En este contexto, los diversos fallos de la Corte Suprema indicaron que las personas contratadas bajo la modalidad de honorarios se regían por las normas prescritas en el propio contrato, quedando excluidas la aplicación de la ley N° 18.834, de la ley N° 18.883 o del Código del Trabajo, según el caso. Lo anterior se fundamentaría, como ya se adelantó, en lo regulado expresamente en los artículos 11 de la ley N° 18.834 y 4° de la ley N° 18.883, los cuales señalan expresamente que «Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este estatuto».

A su vez, y para reafirmar esta conclusión, la Corte Suprema señaló que el inciso 2° del artículo 1° del Código del Trabajo excluye expresamente de su ámbito de aplicación a la Administración pública, al consignar expresamente que «estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de

4 Entre muchas otras, sentencias de la Corte Suprema: Naranjo con Municipalidad de Maipú, 2010; Morales con Municipalidad de Maipú, 2007; Contreras con Fosis, 2012; Salazar con Universidad de Chile, 2013.

aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial». Lo anterior es sin perjuicio de que esta misma norma ordene como regla excepcional la aplicación supletoria del Código del Trabajo en aquellas «materias no reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos», lo que obviamente no concurría en la especie al haber norma expresa en contrario.

Así, a pesar de que en la práctica se constataba en los contratos a honorarios la existencia de uno o más de los elementos que en el ámbito privado configuraban una relación laboral, esto es, la existencia de horarios, feriado, sujeción a instrucciones, pago en mensualidades, entre otros, la jurisprudencia estableció que «no le hacía aplicable, conforme a lo razonado, la normativa del Código del Trabajo, ni menos la del artículo 7º de dicho cuerpo legal, porque todas esas modalidades pueden acordarse en un contrato de prestación de servicios» (Contreras con Fosis, 2012).

De esto era posible colegir entonces que la sola habilitación legal de la Administración pública para contratar a honorarios convertía la relación entre esta y una persona natural en un instrumento regido por las normas pactadas en la misma convención, no obstante que las características de la relación constituyeran, en el ámbito del sector privado, una verdadera relación laboral de aquellas regidas por el Código del Trabajo.

En este sentido, estaba meridianamente claro en la jurisprudencia de nuestros tribunales, que el Código del Trabajo no se aplicaba al ámbito de la Administración pública, salvo que una ley expresamente así lo regulara. Es decir, el uso del Código del Trabajo se producía solo cuando el legislador hubiera dispuesto específicamente su empleo para cierto tipo de actividades en el sector público⁵, se estableciera como el estatuto jurídico inherente a todos los trabajadores de una organización administrativa determinada⁶ o el propio Estatuto Administrativo remitiera a normas de dicho código como regla utilizable en una materia determinada⁷. En los demás casos, el Código del Trabajo no tenía aplicación en el ámbito del sector público.

5 Este es el caso, por ejemplo, de las actividades transitorias que desarrollen las municipalidades en balnearios u otros sectores turísticos o de recreación, o el personal que se desempeñe en servicios traspasados a las municipalidades, tal como indica el artículo 3º de la ley N° 18.883.

6 El legislador chileno ha previsto la aplicación del Código del Trabajo como estatuto especial aplicable a los funcionarios que trabajan en diversos servicios u órganos públicos. Entre ellos pueden contarse los empleados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, del Banco Central de Chile, del Instituto Nacional de los Derechos Humanos, del Consejo para la Transparencia, del Servicio Nacional para la Discapacidad y de la Comisión Nacional de Energía, etcétera.

7 Ejemplo típico en esta materia son las normas de protección a la maternidad, asunto en el que el Código del Trabajo dispone expresamente su aplicación a los servicios de la Administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y establecimientos, empresas o corporaciones vinculadas al sector público (artículo 94 del Código del Trabajo). Lo mismo ocurre con los permisos contemplados en el artículo 66 del Código del Trabajo, los que se extienden a los funcionarios públicos, al menos a los que se le aplica el Estatuto Administrativo (artículo 104 bis de la ley N° 18.834).

2.2. El cambio en la jurisprudencia: la aplicación del régimen laboral común al personal contratado a honorarios en el ámbito público

No obstante lo anterior, a partir de abril de 2015 (ver Vial con Municipalidad de Santiago, 2015), es posible advertir una nueva tendencia jurisprudencial en nuestro medio, en la dirección totalmente contraria a la antes descrita, declarando expresamente que el personal contratado a honorarios en la Administración pública, cualquiera sea el órgano de esta, se encuentra amparado por la normativa laboral. En este sentido, el Código del Trabajo pasa a ser el cuerpo normativo subsidiario de la regulación del personal que trabaja en la Administración del Estado, ante la ausencia de regulaciones específicas en esta materia.

Esta nueva tendencia jurisprudencial se basa en una reinterpretación del artículo 1º del Código del Trabajo, en relación a las disposiciones que habilitan a la Administración del Estado a contratar bajo la modalidad de honorarios (artículos 11 de la ley N° 18.834 y 4º de la ley N° 18.883). Así, básicamente se viene a señalar que cuando se dan las características de subordinación o dependencia que contiene el artículo 8º del Código del Trabajo, el régimen jurídico aplicable es el prescrito en este último, no obstante lo expresado en el contrato respectivo.

En este sentido, nuestra Corte Suprema afirma ahora que «corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece —para el caso— el artículo 4º de la ley N° 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente» (ver Vial con Municipalidad de Santiago, 2015).

De acuerdo a esta nueva línea jurisprudencial, la Corte Suprema sostuvo que a las personas que celebran un contrato a honorarios con un órgano de la Administración pública, pero cuya relación jurídica presenta las características típicas de una relación laboral, se les debe aplicar el Código del Trabajo como cuerpo normativo supletorio y preeminente en estas materias, y que permite una protección más eficaz de los derechos de los trabajadores. Así, la aplicación de esta normativa se produce «no solo porque la vigencia del Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, sino porque no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de la juridicidad, recogido en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para propiciar dicha precariedad e informalidad laboral, la que por lo demás se encuentra proscrita en un Estado de derecho» (Vial con Municipalidad de Santiago, 2015).

Creemos precisamente que esta última consideración es el argumento clave que justifica la innovación realizada por la Corte en su jurisprudencia, ya que incorpora de modo general conceptos como el de «precariedad e informalidad laboral», oponiéndolos al Estado de derecho, como rasgos distintivos que permiten la aplicación del Código del Trabajo. En este sentido, lo que la Corte Suprema hizo en la práctica fue trasladar los argumentos que aplicaba tradicionalmente en el ámbito del sector privado, sobre los contratos a honorarios y el ocultamiento de las relaciones laborales, al ámbito público, estableciendo una asimilación entre los dos regímenes jurídicos, por similares ideas de justicia material.

Así, para la Corte Suprema, sería aplicable el Código del Trabajo, como régimen jurídico general, a todas las personas contratadas a honorarios cuya relación presente las características propias de una relación laboral —habitualidad y subordinación—, cualquiera sea el empleador o ámbito —privado o público— en el que se desempeña el trabajador.

De este modo, se puede sostener que, para la jurisprudencia actual, el Código del Trabajo pasa a ser el régimen jurídico común o general de las relaciones laborales, no siendo relevante ahora el ámbito específico en el que se desempeña el trabajador, ni su empleador. El elemento clave es la precariedad laboral, la que, si se da en una relación jurídica que presenta las características propias de un contrato de trabajo, hará aplicable el código del ramo, cualquiera sea la forma jurídica declarada por las partes.

3. Algunos problemas derivados de la aplicación de las normas laborales a los contratos a honorarios en la Administración pública

3.1. La aplicación supletoria o directa del Código del Trabajo en la función pública

Con la aplicación de la nueva tendencia jurisprudencial señalada en el punto anterior, los contratos a honorarios en la Administración del Estado encontrarían ahora como estatuto jurídico supletorio las normas del Código del Trabajo, lo que se derivaría directamente del artículo 1º del mismo código. Esto implicaría que, no habiendo normas expresas en contrario, y en los contratos a honorarios en la Administración del Estado no las hay, el Código del Trabajo se transforma en el estatuto jurídico aplicable casi en términos absolutos, operando una sustitución total de las cláusulas contractuales por el conjunto de derechos mínimos que reconoce el código para todo trabajador.

En este punto, vale la pena recordar que este estatuto contempla obligaciones y derechos mínimos para los trabajadores en esta relación jurídica, tales como la obligación de cumplir una jornada de trabajo y un horario de asistencia; de obedecer órdenes, estar sometido a control, supervigilancia, fiscalización y de estar a disposición del empleador; de dar cuenta de sus labores; de solicitar autorización para ausentarse de su jornada; de exclusividad en la prestación de los servicios; entre otros. Asimismo, como contrapartida, el mismo código le impone al empleador algunas obligaciones que son derechos del trabajador, como el pago de la remuneración mensual —quedando, desde luego, afecto al ingreso mínimo mensual legal—; el feriado anual remunerado; el pago de las cotizaciones previsionales; la cobertura por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; el derecho del trabajador a percibir una indemnización por cada año de servicio al término del contrato en los casos que establece la ley; el derecho del trabajador a sindicalizarse y a negociar colectivamente; el fuero laboral; entre otros.

Estas obligaciones y derechos son, evidentemente, de difícil aplicación en el ámbito de la Administración del Estado, siendo en algunos casos imposible su adecuación a las personas contratadas a honorarios en el sector público y aun de las personas contratadas directamente bajo la legislación laboral por expresa habilitación legal. Así, por ejemplo, si partimos de que el Código del Trabajo establece derechos mínimos para los trabajadores, por ser la parte contratante más débil, disponiendo derechos que son considerados «condiciones mínimas de contratación» (Etcheberry Parés, 2011, pág. 39), es necesaria su irrenunciabilidad, tal como lo señala el artículo 5° del Código del Trabajo. Lo anterior no obsta, por cierto, a que el trabajador y el empleador, en el contexto de una negociación individual o colectiva, pudieran pactar beneficios por sobre los ya garantizados en la ley (dictámenes N°s. 2.999/215 y 2.474/57, de la Dirección del Trabajo).

Pues bien, esta afirmación, que es básica e indiscutible en el ámbito laboral común, no opera de la misma forma en el ámbito del sector público, o no al menos en los términos que lo han entendido la doctrina y jurisprudencia laboral. En efecto, en los casos en que precisamente se aplican las normas laborales de forma directa, como estatuto jurídico especial aplicable a ciertos trabajadores del sector público, como sería el caso de los funcionarios del Instituto Nacional de Derechos Humanos, el Banco Central de Chile o la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, entre otros, los derechos que se consagran para los trabajadores no se configuran como derechos mínimos, según la Contraloría General de la República, sino como derechos máximos. Lo anterior se fundamentaría, según el órgano contralor, en que «las disposiciones del Código del Trabajo y su legislación complementaria, que rigen a determinados servidores del Estado, poseen el carácter de normas estatutarias de derecho público que no constituyen derechos mínimos, sino que mandatos imperativos para la autoridad administrativa, la que por tanto se encuentra obligada a respetarlos. Por ello, debe otorgar a esos funcionarios los beneficios consagrados expresamente

en esa preceptiva, estando impedida de conferirles derechos superiores o inferiores a los que la ley establece, ya que tiene que ceñirse estrictamente a ella» (dictamen N° 77.891, de 2015, de la Contraloría General de la República).

En este sentido, el efecto específico que se generaría por aplicación del Código del Trabajo como estatuto jurídico aplicable a los funcionarios públicos es que no existiría la posibilidad o derecho de negociar con el empleador mejores condiciones laborales, ya que las prescritas en el Código operarían como techo máximo, para así no romper con la igualdad de derechos y obligaciones propios de la función pública. De este modo, el Código del Trabajo operaría no como un piso de los derechos laborales de los trabajadores, sino como un límite, alterando radicalmente la operatividad de esta norma laboral.

3.2. Algunos efectos concretos y contradictorios de la aplicación del Código del Trabajo en la Administración pública

Ahora bien, lo antes expuesto, adquiere una dimensión mucho mayor si se plantea, como lo hace la jurisprudencia más reciente, una aplicación extensiva del Código del Trabajo como norma supletoria general de los contratos a honorarios que celebra la Administración pública con un particular. Ello porque los problemas sistémicos que se anuncian se vuelven aún más complejos cuando se realiza una aplicación *in integrum* del régimen laboral al ámbito público (ver en sentido contrario Vergara Blanco, 2016).

Así, por ejemplo, los derechos a huelga, sindicalización o negociación colectiva, contemplados en el código laboral, son de difícil aplicación en el ámbito de los funcionarios públicos, cuya organización y regulación descansa en supuestos distintos. Sobre la sindicalización, el derecho chileno contiene una regulación diferente de la establecida en el ámbito de los trabajadores del sector privado —la ley N° 19.296—, lo que excluiría, en principio, el uso supletorio del Código del Trabajo. Esto no ocurriría, a primera vista, en la negociación colectiva y la huelga, en que sí podría emplearse la norma laboral común. Sin embargo, ello no sería consistente con lo dispuesto en el artículo 19, N° 16, de la Constitución Política de la República, y menos aún con los principios de legalidad e igualdad ante la ley que rigen en materia de remuneraciones de los funcionarios públicos.

Algo parecido ocurre con las indemnizaciones previstas por la ley en el caso de término de una relación laboral. En efecto, cuando la Administración pone término a un contrato a honorarios, el contratado, si consideramos que le es aplicable en forma supletoria la legislación laboral, estaría habilitado para deducir una acción de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales o una acción por despido injustificado ante el juez laboral, como se ha hecho en la práctica. En esta demanda, el contratado a honorarios solicitaría —como lo ha hecho— que se declare la existencia del vínculo laboral —dado que concurren los elementos de subordinación y dependencia— y se condene al empleador a pagar las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicios,

con los recargos correspondientes, más las cotizaciones de seguridad social y otras prestaciones adeudadas derivadas de la existencia de una relación laboral no reconocida.

En estos casos, aplicando plenamente la nueva tesis jurisprudencial, el empleador queda obligado al pago de las prestaciones antes referidas, como lo han declarado los tribunales, sin que exista, sin embargo, fuente legal alguna que respalde dicha erogación. En este sentido, los tribunales han venido reconociendo plenamente todos los derechos laborales establecidos en el código del ramo a los contratados a honorarios en la Administración del Estado, incluyendo las indemnizaciones procedentes del término de la relación laboral por una causal legal no imputable al trabajador, particularmente la indemnización por años de servicio (ver Ríos con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la región de Los Ríos, 2016).

Lo paradójico de esto, es que estas prestaciones se otorgan, por vía jurisprudencial, a las personas vinculadas a la Administración del Estado por contratos a honorarios, lo que no ocurre en el caso de los funcionarios nombrados a contrata o de planta. Así, curiosamente, las personas que están en una condición de mayor estabilidad y protección jurídica —contrata o planta— no tienen derecho al pago de suma de dinero alguna por término de su relación funcional, salvo el caso excepcionalísimo del cese de funciones por supresión del empleo previsto en el artículo 154 de la ley N° 18.834, aplicable por cierto también a los cargos del sistema de alta dirección pública, según la ley N° 19.882 (artículo quincuagésimo octavo).

En consecuencia, en ambos casos, el otorgamiento de prerrogativas del derecho común —al momento de contratar o durante la ejecución de la relación contractual o cuando esta se ha terminado— a las personas contratadas a honorarios les daría más derechos que a los funcionarios con nombramiento a contrata o planta, en la medida que estos últimos tienen limitados sus derechos por lo establecido en el mismo estatuto funcional. Esto, desde luego, no parece lógico ni es consistente con lo que ha señalado la propia jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, en la medida que los derechos de los funcionarios «no pueden ir más allá de los que la ley prescribe para quienes tienen la calidad de funcionarios públicos», ya que ello importaría «una diferencia que discrimina arbitrariamente en perjuicio de los servidores de planta y a contrata» (dictamen N° 35.841, de 2011).

3.3. La aplicación del régimen laboral a los contratos a honorarios y su impacto relevante en la nulidad del despido

Otro efecto relevante en la aplicación de la normativa laboral a las personas contratadas en la Administración del Estado bajo la modalidad de honorarios es que estas también se podrían beneficiar, en principio, del derecho previsto en

el artículo 162, incisos quinto a séptimo, del Código del Trabajo, más conocida como Ley Bustos. En este sentido, las personas contratadas a honorarios podrían exigir el pago del total de sus remuneraciones correspondientes entre la fecha de despido y la del pago íntegro de las cotizaciones previsionales correspondientes, cuando estas no se hubieren verificado, sobre todo considerando el carácter declarativo que le da la jurisprudencia actual a la sentencia judicial que reconoce el vínculo laboral (ver Comicheo con Sociedad Lagosmaq Limitada, 2015).

En este contexto, el desconocimiento de la relación laboral misma, por estimar el órgano administrativo que la persona está contratada a honorarios y, por tanto, regida por lo establecido en el contrato y en la regulación civil aplicable, traería como consecuencia inesperada y gravosa para la Administración del Estado la carga de pagar todas las remuneraciones mientras no se enteren las cotizaciones previsionales, o sea, se «convalide el despido» en términos laborales. Evidentemente, esto constituye una carga adicional y desmedida para el erario público, pues impone desde la firma del contrato de honorarios mismo —por su naturaleza civil, no laboral— el pago adicional de una alta suma de dinero en favor del contratado a honorarios, sin que pueda evitarlo o precaverlo la Administración del Estado.

Esto es muy complejo, desde luego, ya que genera una nueva obligación patrimonial para el Estado, más allá incluso del pago de las cotizaciones previsionales y de salud en favor del trabajador, debiendo asumir aquel el pago de todas las supuestas remuneraciones adeudadas entre el término de contrato a honorarios y el pago de estas obligaciones previsionales no proyectadas originalmente. Ello constituye el pago de una cantidad de dinero no presupuestada ni habilitada por el ordenamiento jurídico para el órgano del Estado, lo que implica un desembolso no previsto, alterando el presupuesto anual de la entidad pública.

Así lo reconoció la Corte Suprema en principio, disponiendo la obligación de la Administración del Estado de pagar las cotizaciones previsionales del período en que el demandante trabajó para aquella bajo un contrato de honorarios, dando igualmente lugar a la nulidad del despido y al pago de las remuneraciones intermedias, en conformidad con lo establecido en el artículo 162, incisos quinto y siguientes, del Código del Trabajo (ver Molina con Junta Nacional de Jardines Infantiles, 2017). No obstante, la misma corte modificó su criterio posteriormente, excluyendo la aplicación de la nulidad del despido a los contratos a honorarios celebrados por la Administración del Estado, lo que se fundaría en la presunción de legalidad de los actos administrativos (ver Pont con Municipalidad de Isla de Pascua, 2018; y Yáñez con Municipalidad de Galvarino, 2018). En nuestro concepto, pareciera que la exclusión tendría más sentido a partir del reconocimiento de la singularidad de la relación jurídica planteada, más aun teniendo en cuenta la imposibilidad jurídica de la Administración del Estado para celebrar contratos de trabajo en general, como se señalará más adelante.

Desde luego, esta cuestión es muy problemática y genera algunos incentivos perversos. En efecto, la suscripción de un contrato a honorarios por la Administración del Estado con un particular y su reconocimiento posterior por la judicatura como contrato de trabajo, podría dar lugar también a un mecanismo de fraude legal por la utilización del autodespido como fórmula de término de la relación jurídica con el órgano administrativo, como de hecho ya ha ocurrido. De esta manera, el no pago de las obligaciones previsionales por parte de la Administración pública, estando supuestamente obligada a ello, supone un incumplimiento grave a las reputadas obligaciones laborales, lo que habilitaría el término de la relación laboral por el particular.

Esto implica que, en el ámbito de la Administración pública chilena, se estaría consagrando jurisprudencialmente una causal de cese en el empleo público, disponible para el particular, en cualquier tiempo, con indemnización garantizada, lo que es contrario a toda la regulación prevista para el empleo público en nuestro ordenamiento jurídico administrativo. Además, ello lleva envuelto un riesgo enorme para el fraude legal, en la medida que autoridades administrativas podrían suscribir contratos a honorarios con particulares a quienes se pretende beneficiar, por razones políticas o personales, generando desde ya una fuente de la indemnización al margen de la ley.

3.4. La diferencia esencial en el supuesto base de la aplicación de las normas laborales en los contratos honorarios en el sector público

Además de las objeciones señaladas, existe un ámbito en el que la nueva tesis jurisprudencial de la aplicación plena de la legislación laboral a los contratos a honorarios genera inconsistencias sistémicas que son difíciles de explicar. En efecto, si bien las sentencias de la Corte Suprema lo han omitido, un aspecto problemático en este ámbito y que no puede soslayarse es la imposibilidad jurídica que enfrentan los órganos de la Administración del Estado para contratar personas bajo el régimen jurídico laboral, no estando habilitados de manera legal y expresa para ello. En este sentido, las autoridades y directivos de los órganos de la Administración del Estado no pueden, por regla general, contratar personas utilizando como régimen jurídico el Código del Trabajo y, de hacerlo, estarían contraviniendo el ordenamiento jurídico, dando lugar a las responsabilidades y sanciones que establece la ley.

Lo anterior contrasta con lo que ocurre en el sector privado, en que la opción del empleador por la modalidad de honorarios es una alternativa a la contratación del trabajador vía régimen laboral, utilizando la primera en muchas ocasiones como un mecanismo para encubrir una auténtica relación laboral. Así, en este ámbito —privado—, el contrato de honorarios opera simplemente como una fórmula jurídica que utiliza el empleador para encubrir u ocultar la relación laboral, evadiendo con ello el cumplimiento de los derechos y beneficios mínimos contemplados en las leyes laborales en favor del trabajador.

Sin embargo, como ya ha quedado en evidencia, este encubrimiento no tiene cabida en el ámbito público. Así, cuando la Administración del Estado contrata bajo la modalidad de honorarios, está actuando, en principio, válidamente, de conformidad con lo que la ley le habilita en los artículos 11 de la ley N° 18.834 o 4° de la ley N° 18.883, respectivamente, pero sin optar por esta vía en desmedro del contrato de trabajo o con la intención de ocultar o encubrir este. Al contrario, el régimen jurídico laboral se encuentra vedado para la Administración del Estado por regla general, como ya se señaló (Cárcamo Righetti, 2016, pág. 420), por lo que no existe ni directa ni indirectamente el propósito de eludir la legislación laboral, pues ella no es aplicable.

De este modo, es evidente que para la Administración del Estado no existe intención de ocultar o encubrir una relación laboral —como puede ocurrir en el sector privado—, ya que, por un lado, aquella pretende precisamente actuar dentro del margen establecido en el ordenamiento jurídico; y, por otro, no posee otra alternativa u opción de contratación —salvo el nombramiento a contrata—, como sí posee el empleador en el ámbito privado.

3.5. La transformación por vía jurisprudencial de un acto irregular a otro prohibido por el ordenamiento jurídico

Una última observación que parece relevante en esta materia y que, de alguna manera, ya hemos aludido anteriormente, aunque no expresada en términos formales y explícitos, es la inconsistencia que genera la solución jurisprudencial mayoritaria actual con la regularidad exigida a los actos administrativos.

Si se analiza con cuidado la respuesta de la Corte Suprema en esta materia, lo que sostiene básicamente es que el contrato de honorarios suscrito por la Administración del Estado con el particular afectado es ilegal, ya que no se ajustaría a ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 11 de la ley N° 18.834 y 4° de la ley N° 18.883, es decir, no se estaría ante una «labor accidental» o «cometido específico», como lo exigen estas normas. En este sentido, el contrato a honorarios se transformaría, por vicio o contravención al supuesto de hecho definido por la ley, en un contrato de trabajo, desplegándose todos los efectos previstos para ello.

Sin embargo, esta formulación jurisprudencial contiene un problema dogmático y conceptual muy serio, ya que transforma un acto irregular en uno prohibido por el propio ordenamiento. En efecto, en el caso de que se estimare que el contrato de honorarios suscrito por el órgano de la Administración del Estado y el particular no se ajustaba a los parámetros establecidos por la ley, la jurisprudencia lo que hace en la práctica es transformar este contrato —de honorarios— ilegal en un contrato de trabajo válido, opción esta última que se encuentra proscrita en general para la Administración del Estado.

Lo anterior no deja de ser extraño, puesto que, como se expuso, el contrato de trabajo es una fórmula jurídica aceptada solo excepcionalmente en nuestro ordenamiento para los órganos que integran la Administración del Estado, pudiendo optar por aquella solo en los casos que la ley lo ordena expresamente, sea como régimen general de un órgano estatal o como contrato especial tratándose de ciertas actividades específicas. Así, habilitar en la práctica la contratación bajo régimen laboral por vía jurisprudencial, sin texto legal expreso, es subvertir el principio de legalidad y alterar el régimen jurídico de creación de empleos públicos dispuesto en el ordenamiento jurídico.

En este contexto, la solución jurisprudencial mayoritaria, contrariamente a lo que sucede en la generalidad de los casos en que nos encontramos ante actos administrativos irregulares, lo que trae aparejada la sanción de nulidad de los mismos, convierte el acto supuestamente irregular —el contrato a honorarios— en uno igualmente o más irregular en nuestro ordenamiento —el contrato de trabajo prohibido para la Administración del Estado—. En otras palabras, el acto administrativo supuestamente ilegal —que es el que aprueba el contrato a honorarios— no es declarado nulo por el tribunal, como correspondería, sino que es transformado en un acto jurídico distinto —contrato de trabajo—, sin que exista fuente legal alguna que lo permita y al margen de lo dispuesto por el derecho administrativo en estos casos.

En este sentido, la solución jurisprudencial mayoritaria actual genera una nueva fuente legal para la existencia de contratos de trabajo en la Administración del Estado, lo que opera al margen de lo establecido en los artículos 38 y 65 N° 2 de la Constitución Política de la República y de lo previsto en los artículos 43 y siguientes de la ley N° 18.575 y de la ley N° 18.834.

Aún más, si la autoridad administrativa optare por esta solución jurisprudencial, sin sentencia previa que así lo declare, por ejemplo, suscribiendo contratos de trabajo con los particulares y no contratos a honorarios, en atención a las actividades encomendadas a este, dichos contratos de trabajo serían ilegales, lo que debería ser declarado así por la Contraloría General de la República, incluso preventivamente en el trámite de toma de razón, pudiendo incluso dar lugar a las responsabilidades administrativas y civiles correspondientes para dicha autoridad.

Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes, es posible extraer algunas conclusiones que estimamos relevantes en esta materia:

1. El contrato a honorarios constituye una figura contractual que ha sido utilizada tanto en el ámbito público como en el privado. Sin embargo, en el primero, ha tenido una relevante aplicación en los últimos años debido al congelamiento de la planta del personal y a las limitaciones que impone la contrata como formas de incorporación de las personas a la Administración pública.
2. En los últimos años, la jurisprudencia mayoritaria de nuestros tribunales de justicia ha asentado el criterio de que los contratos a honorarios son contratos de trabajo encubiertos, transformando al Código del Trabajo en el régimen jurídico común y supletorio incluso en el ámbito del sector público. El objetivo que subyace a esta tendencia jurisprudencial pareciera ser brindar mayor protección jurídica a las personas que prestan servicios a honorarios en la Administración del Estado, pero ello se ha hecho a costa de la coherencia y regularidad del ordenamiento jurídico.
3. La aplicación estricta del Código del Trabajo como estatuto jurídico al que se someten los contratos a honorarios suscritos por la Administración pública genera problemas, además, desde el punto de vista de la dogmática, en la comprensión del régimen jurídico público, en la medida que ellas se vuelven, en algunas ocasiones, incompatibles con el referido régimen.
4. La aplicación lisa y llanamente del régimen laboral a los contratos a honorarios en la Administración pública, como lo ha hecho la jurisprudencia, supone una completa alteración del régimen jurídico del empleo público, afectando con ello además al erario público y abriendo un peligroso camino a la práctica de actos de corrupción en este ámbito.

Referencias

- **Alessandri Rodríguez, A. (1988).** *Derecho civil. De los contratos*. Santiago: Conosur Ltda.
- **Cárcamo Righetti, A. (2016).** La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa. *Anuario de Derecho Público 2016 (1)*, 411-427.
- **Etcheberry Parés, F. (2011).** *Derecho individual del trabajo*. Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing.
- **Gamonal Contreras, S., & Guidi Moggia, C. (2012).** *Manual del contrato de trabajo*. Santiago: Thomson Reuters/LegalPublishing.
- **Rojas Miño, I. (2015).** *Derecho del trabajo. Derecho individual del trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.
- **Silva Cimma, E. (1993).** *Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- **Ugarte Cataldo, J. L. (2004).** *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago: Editorial Universitaria.
- **Ugarte Cataldo, J. L. (2008).** *La subordinación en el derecho laboral chileno*. Santiago: LegalPublishing.
- **Varas Marchant, K. (2016).** La problemática del personal a honorarios del Estado. *Anuario de Derecho Público 2016 (1)*, 428-451.
- **Vergara Blanco, A. (2 de mayo de 2016).** Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio. *El Mercurio*. Obtenido de <http://www.elmercurio.com/Legal>

Normativa

- **Ley N° 20.393**, *establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 2 de diciembre de 2009. Última modificación 31 de enero de 2019.
- **Ley N° 18.883**, *aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de diciembre de 1989. Última modificación 7 de diciembre de 2017.
- **Ley N° 19.882**, *regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de junio de 2003. Última modificación 7 de diciembre de 2017.
- **Ley N° 20.922**, *modifica disposiciones aplicables a los funcionarios municipales y entrega nuevas competencias a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de mayo de 2016.
- **Ley N° 21.094**, *sobre universidades estatales*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de junio de 2018.
- **Ley N° 21.126**, *otorga reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, concede aguinaldos que señala, concede otros beneficios que indica, y modifica diversos cuerpos legales*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de diciembre de 2018.
- **Ministerio de Hacienda (2005)**. *Decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de marzo de 2005. Última modificación 5 de junio de 2018.
- **Ministerio del Trabajo y Previsión Social (2003)**. *Decreto con fuerza de ley N° 1, de 2002, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de enero de 2003. Última modificación 26 de julio de 2019.
- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2001)**. *Decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de noviembre de 2001. Última modificación 15 de febrero de 2018.

- **Ministerio Secretaría General de la Presidencia (2005).** *Decreto N° 100, de 2005, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Última modificación 24 de diciembre de 2019.

Sentencias y dictámenes

- **Corte Suprema. Sentencias**
 - **Candia con Municipalidad de Talca**, 28 de abril de 2016, rol N° 7.091-2015.
 - **Comicheo con Sociedad Lagosmaq Limitada**, 3 de marzo de 2015, rol N° 8.318-2014.
 - **Contreras con Fosis**, 29 de mayo de 2012, rol N° 8.118-2011.
 - **Contreras con Municipalidad de Los Sauces**, 10 de julio de 2018, rol N° 44.927-17.
 - **Gallardo con Municipalidad de La Florida**, 16 de octubre de 2016, rol N° 6.542-2006.
 - **Guzmán con Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano (SERVIU RM)**, 6 de agosto de 2015, rol N° 23.647-2014.
 - **Hochstetter con Sociedad Jouannet Consultores Limitada**, 26 de agosto de 2009, rol N° 4729-2009.
 - **Maganza con Municipalidad de Valparaíso**, 19 de junio de 2018, rol N° 42.711-2017.
 - **Molina con Junta Nacional de Jardines Infantiles**, 4 de enero de 2017, N° 35.145-2016.
 - **Morales con Municipalidad de Maipú**, 27 de septiembre de 2007, rol N° 5.914-2006.
 - **Naranjo con Municipalidad de Maipú**, 18 de mayo de 2010, rol N° 893-2010.
 - **Pont con Municipalidad de Isla de Pascua**, 7 de mayo de 2018, rol N° 41.500-2017.
 - **Retamal y otro con Municipalidad de Pinto**, 30 de abril de 2019, rol N° 26.272-2018.
 - **Ríos con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la región de Los Ríos**, 19 de abril de 2016, rol N° 8.002-2015.

- **Salazar con Universidad de Chile**, 3 de abril de 2013, rol N° 5.995-2012.
- **Tapia con Cooperativa Campesina Río Lluta Ltda.**, 29 de enero de 2002, rol N° 4351-2001.
- **Vial con Municipalidad de Santiago**, de 1 de abril de 2015, rol N° 11.584-2014.
- **Yáñez con Municipalidad de Galvarino**, de 15 de mayo de 2018, rol N° 37.266-2017.

- **Contraloría General de la República. Dictámenes**

- N° 16.220 (1982).
- N° 35.183 (1998).
- N° 7.266 (2005).
- N° 52.084 (2007).
- N° 26.483 (2009).
- N° 18.074 (2010).
- N° 35.841 (2011).
- N° 44.733 (2011).
- N° 77.891 (2015).
- N° 25.132 (2017).
- N° 12.308 (2019).
- N° 19.281 (2019).

- **Dirección del Trabajo. Dictámenes**

- Ord. N° 4.740/202 (2003).
- Ord. N° 2.999/215 (1998).
- Ord. N° 2.474/57 (2003).

