

EDUARDO CORDERO Q.

*Profesor Titular de
Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Doctor en Derecho,
Universidad Carlos III de Madrid*

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



DERECHO PUCV

Colección Legal
Serie Monografías y Escritos Reunidos
Escuela de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso



CÁTEDRA DE
DERECHO PÚBLICO
PUCV

© Eduardo Cordero Q., 2023
Registro de Propiedad Intelectual N° 2023-A-8398
ISBN: 978-956-6170-26-6

Derechos Reservados
Tirada: 500 ejemplares

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso de los editores.

Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Avenida Brasil 2950
Valparaíso

Editado por Editorial Libromar SpA

Se terminó de imprimir esta primera edición en agosto de 2023

Impresión: Castro & Mac Donald solo actúa como impresor

IMPRESO EN CHILE

LA FUNCIÓN PÚBLICA
EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS
DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

La Administración del Estado es un complejo orgánico que requiere para su funcionamiento del *factor humano*. Es imposible que las entidades que la integran puedan actuar en los hechos sin la intervención de las personas físicas, las que en definitiva darán cuenta en el plano fáctico de sus actuaciones formales y materiales.

Este elemento o factor humano reconoce, a su vez, diversas categorías:

- a) Las autoridades que tienen su origen directo o indirecto en la ciudadanía, esto es, gozan de legitimidad democrática, como sucede con los parlamentarios, quienes integran el Gobierno (Presidente, ministros, intendentes, gobernadores) y las entidades territoriales (gobiernos regionales y municipalidades).
- b) También nos encontramos con las autoridades de órganos constitucionales que tienen su origen en los anteriores (Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Congreso Nacional, Contraloría, Tribunal Calificador de Elecciones, Servicio Electoral).
- c) Por último, en cada una de estas entidades nos encontramos con un cuerpo de funcionarios que cumplen su labor recibiendo la correspondiente retribución. En relación con estos se utiliza el concepto de *función pública en sentido amplio*, que comprende a todas las personas que se desempeñan en una entidad pública, sea o no de naturaleza administrativa (*v. gr.* Congreso Nacional y Poder Judicial).¹⁹¹⁵ Por su

¹⁹¹⁵ En relación con las medidas de probidad y anticorrupción se ha utilizado un concepto amplio de funcionario público. Así, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, establece que por "*funcionario público*" se entenderá: i) toda

parte, tratándose de los órganos y servicios públicos que forman parte de la Administración del Estado se utiliza el *concepto estricto de función pública*.

Así, se ha definido la función pública como “la actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración del Estado, para poner en funcionamiento el servicio público”.¹⁹¹⁶ A su vez, la función pública reconoce tres elementos básicos:

- Un *elemento humano*, que son las personas naturales que desarrollan una actividad al interior de la Administración del Estado para el cumplimiento de su función institucional;
- Un *vínculo jurídico*, que determina la naturaleza de la relación que mantiene con la Administración, y
- Un *régimen jurídico*, que regula el ingreso, derechos y obligaciones, responsabilidades y causales de cesación.

II. LOS SISTEMAS DE FUNCIÓN PÚBLICA

En el Derecho comparado es posible encontrar diversos modelos que rigen al conjunto de funcionarios que forman parte de la Administración. A pesar de que muchos de ellos han experimentado cambios relevantes, producto de las nuevas tendencias en la gestión del recurso humano al interior del aparato público, resulta interesante dar cuenta de sus elementos fundamentales para comprender la forma en que se regula al personal de los órganos y servicios públicos.

En general, la doctrina distingue entre *sistemas abiertos* y *sistemas cerrados* de función pública, como modelos abstractos y según estén o no más cerca del régimen laboral.

Así, en un sistema abierto la dotación del personal se determina de acuerdo con las necesidades del servicio, pudiendo aumentar o disminuir de manera flexible. A su vez, el ingreso a un puesto no se hace a una cate-

persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte.

¹⁹¹⁶ SILVA CIMMA (1993).

goría determinada, ni se establece un sistema de estabilidad ni de carrera, aunque en los hechos se pueda dar. En definitiva, se postula a un puesto determinado, previamente definido por la institución de acuerdo con sus necesidades y sin que exista algún derecho a mantenerse en dicho puesto o poder ascender en el tiempo. Este es el sistema que se ha impuesto en los Estados Unidos bajo el concepto de “empleo público”.

Por otra parte, el sistema cerrado se caracteriza por establecer una carrera funcionaria, para lo cual se requiere una formación especializada en relación a la que se obtiene del sistema educativo general, dando lugar a un cuerpo técnico y profesional de funcionarios, que goza de estabilidad en el cargo y el derecho a la carrera funcionaria, a lo cual se agrega un elemento subjetivo importante, como es el compromiso con la función que desarrolla o una suerte de moral de servicio, que resulta fundamental para su buen funcionamiento. Como ejemplo de este modelo se pueden dar los casos de Francia y Alemania.

Para nuestro estudio, vamos a analizar las bases de estos sistemas en el Derecho comparado, partiendo con el modelo de función pública, cuya referencia son Francia y Alemania; el modelo del servicio civil, propio de Gran Bretaña —que no es posible de encasillar como sistema abierto o cerrado—, y el modelo de empleo público, cuya referencia son los Estados Unidos.

§ 1. El modelo de función pública

La función pública tiene como sistema de referencia el régimen francés. Instaurado bajo las premisas napoleónicas de contar con un orden civil profesional y jerarquizado similar al orden militar y eclesiástico, se estructura sobre la existencia de un cuerpo burocrático técnico, profesional y jerarquizado, seleccionado en base a sus méritos, para integrar una determinada categoría, pudiendo iniciar una carrera funcionaria. A lo anterior, se agrega el hecho de la formación de los funcionarios, los cuales requieren de conocimientos especializados en instituciones del más alto nivel, como lo ha sido desde 1945 la Escuela Nacional de Administración Pública.

Dadas las acusadas diferencias que tiene este sistema con el régimen laboral, su construcción se hace a partir de un concepto central que explica la relación jurídica que tiene la Administración con el funcionario: este vínculo es de *carácter estatutario*, el cual es totalmente incompatible con un contrato, de manera que no se trata de un régimen libremente pactado, pues sus condiciones (derechos, obligaciones, prohibiciones, etc.) vienen impuestas por el legislador, el cual puede cambiar introduciendo nuevas cargas u obligaciones.

Muestra de lo anterior son las palabras que Napoleón Bonaparte expresó en relación con el modelo de función pública que debía tener Francia: “*Yo deseo*

constituir en Francia el Orden Civil. Hasta el momento no existen en el mundo más que dos poderes: el militar y el eclesiástico. El incentivo de un gran poder y de una gran consideración eliminará esta antipatía filosófica que, en ciertos países, aleja a los más acomodados de los puestos públicos y entrega al Gobierno de los imbéciles y a los intrigantes [...]. Es necesario imitar la clasificación de los grados militares [...]. Yo quiero una Corporación, porque una Corporación no muere nunca [...]. Una Corporación que no tenga una ambición que ser útil y otro interés que el interés público. Es necesario que este cuerpo tenga privilegios y que no sea demasiado dependiente de los Ministros ni del Emperador”.

Un modelo similar se desarrolló antes en el Derecho alemán, aunque sus raíces se encuentran en el viejo Imperio Prusiano a partir del siglo XVIII. Se trata de un sistema basado en la disciplina y rigurosidad, sobre la base de un concepto de lealtad ante el soberano. En este modelo los funcionarios son tan importantes, así como el concepto que tienen del cumplimiento del deber, que para autores como Alejandro Nieto dicha burocracia se transforma en la “espinas dorsal del Reino de Prusia”, al punto que se le ha denominado el Estado funcionarial (*Beamtenstaat*), siendo el funcionario un servidor del Estado (*Staatsdiener*). En su análisis jurídico, un concepto clave en el Derecho alemán para comprender esta relación, se basa en que el funcionario se encuentra en una relación de sujeción especial con la Administración, lo cual implica una limitación más intensa de sus derechos en relación a cualquier particular (Paul Laband y Otto Mayer).

En su obra “¿Qué es la burocracia?”, Max Weber dirá: “La concepción de que las actividades administrativas del Estado difieren fundamentalmente de la administración privada es una concepción europea y, por comparación, es del todo ajena al sistema norteamericano [...] La ocupación de un cargo es una ‘profesión’. Esto es obvio, primero, en la exigencia de un curso de preparación estrictamente fijado, el cual reclama la plena capacidad de trabajo durante un largo período, y en las pruebas específicas que son un requisito previo para el empleo. Además, la posición del funcionario tiene naturaleza de deber”.

El modelo de función pública también ha sido aplicado en Italia a comienzos del siglo XX, a través de un sistema de carrera sobre la base de una relación de derecho público, aunque su estrepitoso fracaso llevará a un cambio radical en la laboralización del sistema a partir de la década de los noventa del siglo pasado.

§ 2. El modelo de servicio civil

Este sistema surge a mediados del siglo XIX en Gran Bretaña, ante la falta de una Administración eficiente para enfrentar los nuevos desafíos que

debía asumir el Reino. En aquella época, la gestión de los asuntos públicos era asumida fundamentalmente por la aristocracia, que ya comenzaba a dar muestras de su decadencia, sobre todo por entender que se trataba de una suerte de mecenazgo (*patronage*) y no de una función de carácter profesional. De esta forma, se contaba con un cuerpo de funcionarios que no tenía las competencias suficientes y se mostraba ineficaz en la gestión, frente a los cuerpos burocráticos de Francia y Alemania, que daban cuenta de un sistema mejor estructurado y profesional.

La crítica generalizada al sistema y el fracaso experimentado en procesos bélicos, como fue la Guerra de Crimea, impulsaron la reforma a partir del Informe Northcote-Trevelyan de 1853, colocando como eje central el mérito frente al *patronage*. Así, se crea una institución independiente, la *Civil Service Comission*, que tiene a su cargo la selección de los funcionarios mediante exámenes que comienzan en 1860. En una primera etapa, el perfil de los seleccionados estaba orientado a competencias de carácter general, destinada a determinar la capacidad de los candidatos para enfrentar y resolver los problemas. La misma regla del mérito se aplicará en el caso de las promociones o ascensos, descartando categóricamente que el sistema de forma automática permitiera estos ascensos sobre la base de la antigüedad.

Ambos criterios se aplicaron con algunos matices, porque la necesidad de especialistas y técnicos llevó a crear diversas categorías de funcionarios (*administrative, executive, clerical, clerical assistant*), con posibilidades de ascender entre cada una de ellas. Por otra parte, la antigüedad no fue abandonada totalmente, ya que también era necesario contar con algún nivel de experiencia y trayectoria.

En una primera etapa, el sistema mantuvo cierto elitismo, puesto que facilitaba el ingreso de las personas graduadas en las principales universidades, como eran Oxford y Cambridge, pero aquello le otorgó cierto carácter e identificó a la figura del empleado público como una persona educada, íntegra y trabajadora, que aseguraba neutralidad frente a los cambios políticos que se pudieran presentar.

En definitiva, Gran Bretaña llegó a un modelo de carácter profesional, centrado en el mérito y que asegura una carrera en diversas categorías, que en sus líneas fundamentales coincide en algunos aspectos con el sistema francés, pero que tiene lugar a partir de la idiosincrasia inglesa y con un diseño institucional que le otorga una impronta, como es un servicio o entidad pública de carácter independiente, como es la *Civil Service Comission*.¹⁹¹⁷

¹⁹¹⁷ Este organismo está integrado por 11 comisionados, que son nombrados por Su Majestad la Reina por recomendación del ministro de la Función Pública. Su selección se hace por méritos, después de un concurso de selección abierta y pública. Esto da lugar a un grupo de personas que tienen diferentes carreras e intereses, lo que les permite aportar

§ 3. El modelo de empleo público

Como ocurre en muchas ocasiones, las instituciones y categorías en los Estados Unidos no se corresponden con lo que sucede en Europa, especialmente en su parte continental. También aquello responde a una cultura que no tiene los lastres europeos, que han debido enfrentar una tradición aristocrática y clasista, permitiendo una mayor promoción social. Siendo así, el sistema norteamericano es marcadamente pragmático: el ingreso del funcionario se realiza para un cargo concreto conforme a determinado perfil, sin que exista la expectativa o el derecho a hacer carrera funcionaria, aunque en los hechos aquello pueda suceder. Por tal razón, a este sistema se le ha denominado el *modelo del empleo público*.

Una de las características del sistema es que se presenta una movilidad que tiene el sistema en relación al sector privado, pues el paso de este al sector público, y viceversa, es algo bastante habitual y no plantea mayores dificultades ni traumas. Esto se debe a una concepción de la función pública que se sostiene en una idea en que el funcionario es parte y debe su lealtad a la sociedad (*trustee*), de forma que no se crean dos mundos que separan al estamento de los funcionarios y la sociedad. El ingreso al sector público no es para hacer carrera ni mantenerse toda la vida en ella. Tampoco existe un derecho al empleo o alguna estabilidad del mismo, siendo común la reducción o despido de los empleados.

Este modelo tuvo en su origen algunas dificultades. Primero, le correspondió superar el *patronage* heredado de la Corona Británica y, luego, al sistema del botín (*spoils system*) impuesto a partir de 1820 con el avènement del bipartidismo: los cargos públicos constituyeron el botín que podía alcanzar el partido vencedor en las elecciones. Había dos elementos que justifican este sistema: a) entender que el cumplimiento de funciones públicas no requiere de ninguna competencia o capacidad especial, y b) la necesidad que los funcionarios estén en sintonía con las demandas, intereses y preocupaciones de los ciudadanos, lo que se mantiene con las elecciones periódicas y la existencia de mandatos de gobiernos más breves.

Se atribuye a Andrew Jackson, Presidente de los EE.UU., haber sostenido que: *“Los trabajos confiados a los agentes del Estado son fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora”*. Con este se ha justificado la existencia de un sistema que no exige habilidades ni competencias especiales y, menos aun, una suerte de profesionalización de la misma.

experiencia desde los sectores público y privado, dando una visión clara e independiente. Esto se considera un elemento relevante para asegurar una administración pública eficaz, políticamente imparcial y que se base en sus valores fundamentales para hacer frente a los desafíos actuales y futuros. Véase: <https://civilservicecommission.independent.gov.uk/about-the-commission/civil-service-commissioners/>

El sistema llegó a su crisis por la evidente ineficacia a que daba lugar, junto con ser fuente de evidentes conductas de corrupción. La coyuntura que justificó el cambio fue el asesinato del presidente J.A. Garfield, por parte de un buscador de cargos y prebendas públicas que se sintió desengañado por la firmeza que tuvo la autoridad al negarle un cargo. De esta forma, se dictó una nueva ley (*Pendleton Act*, de 1833), que modificó el régimen de los funcionarios, estableciendo un sistema de pruebas selectivas libres a cargo de un órgano independiente, similar al británico, que también se denominó *Civil Service Comission*. Así, se desarrolló en los Estados Unidos un sistema que buscaba equilibrar la desconfianza hacia lo público y la idea de contar con un cuerpo de funcionarios competentes. En tal sentido, el nombramiento de los funcionarios no tiene por objeto asegurar una carrera dentro del servicio, sino que para desempeñar un cargo determinado, que debe responder a un perfil.

§ 4. Las nuevas tendencias: la laboralización de la función pública y el “*public management*”

A partir del siglo XX el empleo público comienza a experimentar un enorme crecimiento, producto del modelo de Estado social y de la creación de diversos servicios llamados a desarrollar una creciente actividad prestacional (educación, salud, vivienda, prestaciones sociales, etc.). Esto llevó a un crecimiento del personal que integra el aparato público en las categorías más diversas (profesionales, técnicos, administrativos), con funciones que no son muy distintas a las que se desarrollan en el sector privado. Además, la expansión de las ideas democráticas y de igualdad de las personas, hacen que los funcionarios se sientan, antes que todo, como ciudadanos dotados de derechos básicos, como son la libertad de expresión y el derecho de asociación.

Uno de los primeros efectos de este proceso fue la diversificación de los regímenes aplicables a los distintos funcionarios, rompiendo con el principio de un régimen estatutario único, como se había gestado en el siglo XIX, irrumpiendo la legislación laboral y diversos regímenes especiales. Así, la laboralización de la función pública comienza a vislumbrarse en los países nórdicos (Noruega, Dinamarca, Suecia y Finlandia), aunque son Estados que tienen mayor cantidad de personas que se desempeñan en el sector público.¹⁹¹⁸ En Alemania, a partir de la Ley Fundamental de Bonn, se reservó el régimen jurídico público a quienes cumplen de forma permanente “funciones de soberanía” (artículo 33.4), permitiendo la aplicación de la

¹⁹¹⁸ Según los datos de la OCDE, los líderes del empleo público son los países nórdicos: Noruega (30%), Dinamarca (29%), Suecia (29%) y Finlandia (25%).

legislación laboral en el resto de los casos. Por su parte, en Italia se adoptó derechamente la decisión de privatizar el empleo público, salvo en casos muy específicos (poder judicial, fiscalías, fuerzas armadas, relaciones exteriores, entre otras), aunque se mantienen normas jurídico-públicas en los temas de ingreso, promoción, determinación de los puestos de trabajo, incompatibilidades y responsabilidad administrativa, entre otras (Ley N° 421, de 1992 y Decreto Legislativo N° 29, de 1993).

Además, en el régimen estatutario de la función pública lentamente se comienzan a introducir figuras de la legislación laboral, que parte con el derecho de sindicación con las asociaciones con fines profesionales, hasta su consolidación en Europa después de la Primera Guerra Mundial. Luego se seguirá con el reconocimiento del derecho a huelga, hasta su consolidación a partir de la década del '60 del siglo pasado, como sucede en Italia, Francia y España, el cual ha sido consagrado incluso a nivel constitucional, aunque sujeto a limitaciones en relación con determinados sectores, considerando la importancia estratégica de los servicios que deben prestar. El paso siguiente fue la negociación colectiva respecto de las condiciones de trabajo y de remuneración, que se reconoce en países como Italia, Alemania, Suecia y, con algunas limitaciones, en Francia.

Por último, a nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo ha aprobado diversos instrumentos sobre la materia, como han sido los Convenios N°s 97, 98 y 151. En particular, el Convenio N° 151, de 1978, regula la protección del derecho de sindicación de los funcionarios, las facilidades que se deben conceder a las organizaciones de empleados públicos, los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo y la solución de conflictos, entre otras materias. De esta forma, estamos asistiendo a un proceso que lleva a un punto de confluencia entre el régimen del empleo público y el empleo privado, aunque no sea de forma uniforme y con el mismo alcance.

Otro factor que ha venido a reconfigurar los modelos de función pública son las ideas neoliberales, que tienden a reducir el aparato público y sus empleados, a partir de los conceptos de *outsourcing* o externalización, y que se traduce —al fin y al cabo— en la privatización de algunos servicios, para lograr mayor eficiencia. En la misma línea, se imponen los principios de eficacia y eficiencia económica, que se traducen —en definitiva— en alcanzar una mayor productividad en la gestión de los servicios públicos, con especial énfasis en el recurso humano, teniendo como punto de referencia a los grandes conglomerados económicos. Así, se comienza a hablar de la Nueva Gestión Pública o *New Public Management*.

Esta tendencia encuentra sus orígenes en la época del *New Deal*, pero su mayor influencia la alcanza en la época de mayor expansión del neoli-

beralismo, en las décadas de los '80 y '90, flexibilizando el régimen de la función pública tradicional, incluyendo la inamovilidad y el régimen de retribución, con el objeto de lograr una gestión más dinámica, eficiente y eficaz. Por tal razón, se pone el acento en una mejor gestión del recurso humano, como elemento central de la "maquinaria estatal", colocando a la cabeza un gestor destinado a cumplir estas metas de eficiencia, denominado *directivo* o *gerencia pública*. Esta nueva "cultura administrativa" es promovida por entidades tan influyentes como la OCDE (1987), dando lugar a grandes programas de reformas (Gran Bretaña, 1982; Estados Unidos, 1993; Italia, 1992; Francia, 2000; Alemania, 1999).

III. LAS BASES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CHILE

§ 1. Antecedentes de su regulación

En Chile el régimen de la función pública ha tenido una clara influencia del modelo francés, aunque marcado por las circunstancias históricas que ha vivido nuestro país, especialmente en el siglo XX. La Constitución de 1925 estableció como garantía de todos los habitantes de la República "*La admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes*" (artículo 10 N° 8), para luego disponer que el Presidente de la República tendría las atribuciones exclusivas de "*proveer los demás empleos civiles y militares que determinen las leyes, conforme al Estatuto Administrativo*" (N° 7) y "*destituir a los empleados de su designación, por ineptitud u otro motivo que haga inútil o perjudicial su servicio, con acuerdo del Senado, si son jefes de oficinas, o empleados superiores, y con informe de la autoridad respectiva, si son empleados subalternos, en conformidad a las leyes orgánicas de cada servicio*" (N° 8).

Sobre la base de estas disposiciones, se estableció el régimen de la función pública, que luego fue desarrollado mediante el Decreto Ley N° 741, publicado el 21 de diciembre de 1925, que estableció las normas y principios básicos del régimen de los funcionarios de la Administración pública, regulando el ingreso, ascenso, derechos y obligaciones, así como las causales de cesación en el cargo. Sin embargo, dada la situación del país, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República "*para reorganizar los servicios de la Administración Pública fijando la planta y sueldos del personal y las funciones o atribuciones de orden administrativo que le correspondan*", hasta el 31 de diciembre de 1927 (artículo 1° de la Ley N° 4.156, de 5 de agosto de 1928). Luego, mediante la Ley N° 8.674, de 31 de diciembre de 1927, pero publicada el 12 de enero de 1928, se establecieron las disposiciones

transitorias a la que quedarían sometidos los empleados públicos mientras se dictara el Estatuto Administrativo definitivo, dentro de las cuales se dispuso la estabilidad de los empleados públicos:

"1º. Desde el 1º de enero próximo, serán aplicadas con toda estrictez las disposiciones del artículo 72, número 8º de la Constitución Política que ordena que la destitución de los empleados públicos por ineptitud u otro motivo, que haga inútil o perjudicial su servicio, sea hecha, con acuerdo del Senado, si son Jefes de Oficinas o empleados superiores, y con informes de la autoridad respectiva, si son empleados subalternos, en conformidad a las leyes orgánicas de cada servicio;

2º. Sólo los funcionarios públicos que son de la confianza exclusiva del Presidente de La República, podrán ser removidos de sus empleos sin sujeción a los trámites del artículo anterior;"

Así, el 23 de octubre de 1930 se publica el nuevo "Estatuto Administrativo", aprobado mediante Decreto con Fuerza de Ley N° 3.740 y que tuvo por objeto establecer el estatuto orgánico de los funcionarios civiles de la Administración pública, siguiendo claramente el modelo francés, que se mantendrá en el futuro. Luego, sería sustituido por la Ley N° 8.282, que estableció el Estatuto Orgánico de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, de 24 de septiembre de 1945; el que fue derogado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 256, de 19 de julio de 1953, hasta la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 338, publicado el 6 de abril de 1960, y que estuvo vigente hasta 1988.

En el tiempo intermedio, y luego de la crisis institucional de 1973, una de las primeras medidas adoptadas por el régimen militar fue dar a todo el personal la calidad de "empleado interino" (artículo 1º del Decreto Ley N° 6, de 12 de septiembre de 1973) y, luego, se permitió la remoción presidencial de cualquier funcionario que fuese necesario para "desburocratizar" la Administración del Estado (artículo 5º del Decreto Ley N° 2.345, de 20 de octubre de 1978), lo que habría permitido exonerar a más de 220.000 funcionarios.

Se estima que entre el 12 de septiembre de 1973 y hasta el 12 de noviembre de 1976, un total de 228.612 personas habrían sido exoneradas. Por tal razón, bajo el Gobierno de Patricio Aylwin se aprobó la Ley N° 19.234, de 12 de agosto de 1993, que estableció beneficios previsionales por gracia para personas exoneradas por motivos políticos, como una medida de reparación por la situación que les tocó padecer, sin perjuicio que, en algunos casos, algunos servicios o empresas públicas permitieron el reingreso de estas personas o su indemnización, conforme a los medios disponibles.

En lo que dice relación con la regulación, la Constitución de 1980 estableció normas expresas sobre la materia, manteniendo un sistema cerrado de modelo estatutario, posteriormente desarrollado por la Ley N° 18.575,

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración (LB-GAE), de 1986 para toda la Administración del Estado, que se concreta en un nuevo Estatuto Administrativo aprobado mediante la Ley N° 18.834, publicada el 23 de septiembre de 1989. Luego de diversas modificaciones, especialmente por la Ley N° 19.882, de 2003 sobre Alta Dirección Pública, se ha dictado un texto refundido, coordinado y sistematizado, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 16 de marzo de 2005.

Sin embargo, debemos reconocer que el régimen de los funcionarios públicos en Chile se encuentra en franca crisis, que lleva a replantear un nuevo modelo, pues los principios de estabilidad del empleo y carrera funcionaria se aplican solo a una tercera parte de las personas que se desempeñan en la Administración del Estado, dando lugar a una precarización del empleo que ha potenciado la irrupción de una jurisprudencia que tiende a aplicar la legislación laboral (fenómeno conocido como la *laboralización* del empleo público); y que demuestra una clara tendencia a la consolidación de un sistema de empleo público, mediante el ingreso de personas que no aspiran a estabilidad en sus cargos, ni mucho menos a desarrollar una carrera al interior del aparato público. Muestra de lo señalado, es la página web <https://www.empleospublicos.cl>, a cargo del Servicio Civil, en donde se postula a cargos a contrata dentro de los servicios, que son temporales, junto a los empleos a honorarios.

Lo anterior se ve reforzado con la idea de introducir algunas técnicas de la nueva gestión pública, a través de la creación de un organismo, como es el Servicio Civil, que tiene a su cargo la selección de los altos cargos de la Administración del Estado, ya sea de Alta Dirección Pública o del tercer nivel jerárquico, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 19.883, de 2003.

§ 2. La constitucionalización de la función pública

La Constitución establece normas relevantes en materia de función pública, que se refieren a diversos aspectos relativos a su regulación, ingreso y carrera funcionaria, entre otros. Podemos dar, como ejemplo, las siguientes:

2.1. La probidad en la función pública

Nuestra Carta fundamental dispone que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones” (artículo 8). En el ámbito de la Administración del Estado, esto se traduce en el principio de probidad administrativa, el cual constituye uno de los deberes fundamentales que debe cumplir todo funcionario público, conforme a lo dispuesto por la ley.

2.2. La admisión a las funciones y empleos públicos

La Constitución asegura a todas las personas “*la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes*” (artículo 19 N° 17), lo cual es una consecuencia del principio de igualdad ante la ley, pues “*en Chile no hay persona ni grupo privilegiados*” y “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*” (artículo 19 N° 2).

2.3. El régimen estatutario de la función pública

La Carta fundamental establece las bases de la función pública, al disponer que “una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes” (artículo 38 inciso 1°).

2.4. Sobre las plantas y el régimen de remuneraciones

Es materia de iniciativa legal exclusiva del Presidente crear nuevos empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones (artículo 65 inciso 4° N° 2°), así como fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados (N° 4).

§ 3. El estatuto común de la función pública en la Administración

En un siguiente nivel, y por mandato de la propia Constitución, la LBGAE establece una serie de principios legales aplicables a quienes se desempeñan en la Administración del Estado. En todo caso, se debe distinguir entre las normas y principios aplicables a todos los órganos de la Administración del Estado (Título I), respecto de aquellos que se aplican a todos los órganos y servicios públicos, salvo que se encuentren excluidos, al estar sujetos a

normas orgánicas constitucionales o de quórum calificado (Título II, artículo 21, inciso 2º).

La distinción es relevante, puesto que las normas y principios del Título I se aplican aun cuando en sus relaciones con los funcionarios se encuentren sujetos a la legislación común, como sucede con las empresas públicas creadas por ley. Así, por ejemplo, se ha sostenido por la Contraloría que conforme al inciso 2º del artículo 1º de la LBGAE, CODELCO integra la Administración del Estado y se encuentra afecta a las disposiciones de su Título I, el que consagra principios básicos de organización y funcionamiento de los entes públicos, entre los que se encuentran los de probidad y responsabilidad administrativa (Dictámenes N°s 16.164, de 1994, y 3.123, de 2015). Esta situación, en todo caso, no deja de plantear inconveniente, pues resulta difícil aplicar un régimen propio de un servicio público a una empresa pública, cuya actividad y objetivos difieren de forma sustancial respecto del primero. Aquello se nota especialmente en la forma de hacer efectiva una eventual responsabilidad administrativa de los trabajadores, la necesidad de un procedimiento disciplinario previo o la existencia de un estatuto que regule toda esta relación, desde su ingreso hasta su término, siendo que su vínculo es de carácter contractual y no estatutario.

Por último, con la Ley N° 19.653, de 1999, se incorporó un Título III sobre Probidad Administrativa, cuyas disposiciones son aplicables –al igual que el Título I– a todos los órganos y servicios públicos que forman parte de la Administración del Estado.

3.1. Normas y principios aplicables a toda la Administración del Estado: los Títulos I y III de la LBGAE

Conforme al Título I de la LBGAE, el régimen de los funcionarios es de naturaleza “estatutaria”, al disponer que “el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones” (artículo 15). En tal sentido, corresponde a la ley determinar estas normas estatutarias y en ellas se debe regular toda la “vida del funcionario”, desde su ingreso hasta su cesión de funciones.

A su vez, en la materia se establecen dos pilares básicos: la dignidad de la función pública y el carácter técnico, profesional y jerarquizado que tendrán sus funcionarios: “*Las normas estatutarias del personal de la Administración del Estado deberán proteger la dignidad de la función pública y guardar conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado*” (artículo 17).

Dentro de su estatuto, los funcionarios estarán sujetos a “responsabilidad administrativa”, la que se puede hacer efectiva solo a través del debido proceso: *“El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle. En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”* (artículo 18).

En segundo lugar, nos encontramos con las normas de probidad, que son de carácter general para todos los órganos de la Administración del Estado (Título III). En tal sentido, se dispone que *“las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa”*. Luego, establece que *“el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”* (artículo 53).

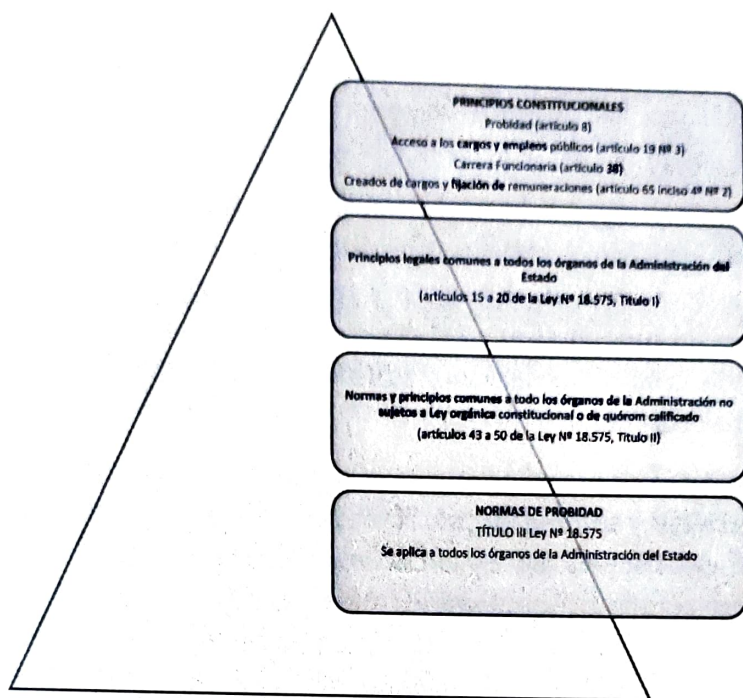
Para tal efecto se establecen normas de inhabilidad de ingreso a la Administración pública (artículo 54) e incompatibilidades (artículos 55 bis y 56), lo que se complementa con medidas preventivas, como son la declaración de intereses y patrimonio, la administración especial de bienes (fideicomiso ciego) y la enajenación forzada de bienes (Ley N° 20.880). Por último, se establece un sistema de sanciones (artículos 61 y 62), que luego es desarrollado por la ley.

3.2. Normas y principios comunes aplicables a toda la Administración del Estado, salvo las entidades excluidas conforme al artículo 21 de la LBGAE

Posteriormente, se establecen las normas básicas y principios que regularán a los funcionarios de los órganos y servicios públicos que no tienen una ley orgánica o de quórum calificado que establezca las bases de su organización, reiterando y profundizando los principios de carrera funcionaria, régimen estatutario (artículos 43 y 50); procedimiento de ingreso (artículo 44); sistema de carrera basada en la dignidad de la función pública y principios de carácter técnico, profesional y jerarquizado (artículo 45); la estabilidad en el empleo (artículo 46); la calificación del desempeño (artículo 47) y la capacitación y el perfeccionamiento (artículo 48).

En todo caso, estas normas son de carácter general, y necesariamente deben ser complementadas por la ley, como veremos a continuación.

De esta forma, la estructura de normas y principios de la LBGAE que rigen a la función pública en Chile es la siguiente:



IV. EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO

§ 1. Principios y su ámbito de aplicación

La LBGAE dispone que “el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones” (artículo 15). En tal sentido, con fecha 23 de septiembre de 1989 se publicó en el Diario Oficial la Ley Nº 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo.

Este cuerpo normativo sigue los principios clásicos sobre la materia y que, por lo demás, están recogidos en la Constitución y en la LBGAE:

- *Principio jerárquico*, que se traduce en una estructura orgánica que se estructura en relaciones de supra y subordinación, dando lugar a una potestad de mando y un deber de obediencia de los funcionarios dependientes, además del deber de ejercer un control jerárquico por parte de los jefes de servicios y la existencia de mecanismos de control y revisión, como es el recurso jerárquico.
- *Principio profesional y técnico*, que se expresa en la conformación de un cuerpo especializado de funcionarios, lo que se logra a partir de los requisitos y condiciones de ingreso, ascenso y promoción, así como en el deber que tiene la Administración de capacitarlos y perfeccionarlos.

- *Principio de garantía de igualdad de oportunidades para el ingreso*, en la medida que todo ciudadano que cumpla los requisitos legales puede postular en los procesos de selección, bajo un régimen de concurso público, en el cual se garantice la igualdad de todos los candidatos.
- *Principio de dignidad de la función pública*, que es una manifestación de la dignidad de la persona reconocida a nivel constitucional (artículo 1º), y que se expresa en el respeto y reconocimiento por la posición que tienen los funcionarios en el desempeño de su función, sin que puedan ser objeto de tratos discriminatorios o degradantes en el desempeño de sus labores.
- *Principio de la capacitación y ascenso*. Es una consecuencia del principio profesional y técnico, lo cual se traduce en que la Administración tiene el deber de ser eficiente y eficaz en su gestión, para lo cual debe contar con un cuerpo de funcionarios que dispongan de las herramientas que permitan un mejor desempeño, y al mismo tiempo, se les reconozca su trayectoria a través de su promoción o ascenso.
- *Principio de la estabilidad en el empleo*. Este constituye uno de los elementos centrales y más característicos de la función pública. La regla general es que los funcionarios son un cuerpo profesional y técnico, que se mantienen en sus cargos a pesar del cambio de las autoridades. Por tal razón, la regla general es que su permanencia no está supeditada a la confianza personal que tenga la autoridad respecto de ellos, sino que en la idoneidad y desempeño, lo que se traduce en mecanismos objetivos para determinar su continuidad en el servicio, como son las calificaciones o los procedimientos disciplinarios.
- *Principio de la objetividad en las calificaciones*. La permanencia y ascenso de los funcionarios están necesariamente vinculados a su desempeño, el cual tiene lugar a través de un proceso de calificación que se debe realizar sobre pautas preestablecidas, objetivas e iguales para todos, asegurando el derecho de los funcionarios para poder solicitar su revisión frente autoridades imparciales.
- *Principio del mérito y la antigüedad*. La carrera funcionaria debe fundarse en el mérito del funcionario, así como en la trayectoria que ha tenido dentro de la Administración. Así, las posibilidades de ascender dentro de las plantas deben considerar un mecanismo de promoción sobre la base de un concurso interno que tenga como elemento central el mérito y trayectoria (planta profesional y técnicos) o, en su caso, considerando el tiempo en que ha desempeñado el cargo (planta administrativa y auxiliares).

En cuanto a su ámbito de aplicación, su artículo 1º establece lo siguiente:

“Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 18 [actual 21] de la Ley N° 18.575”.

De esta forma, el EA se aplica sobre la base de los siguientes criterios:

- a) El estatuto general aplicable del personal de los órganos y servicios que forman parte de la Administración de Estado se encuentra contenido en el EA.
- b) Quedan excluidos de su aplicación las entidades enumeradas por el inciso 2º del artículo 21 de la LBGAE, que se rigen por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado: la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de Televisión, el Consejo para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley. Así, por ejemplo, la Ley N° 18.840 Orgánica Constitucional del Banco Central dispone que las relaciones de los trabajadores del Banco con la institución se regirán por las disposiciones de esta ley y, en subsidio, por las del Código del Trabajo y demás normas legales aplicables al sector privado (artículo 81); mientras que la Ley N° 20.285, que aprueba la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, dispone que las personas que presten servicios en el Consejo se regirán por el Código del Trabajo (artículo 43).
- c) Este estatuto es de carácter supletorio, en relación con las normas especiales que se aplican a cada órgano o servicio de conformidad a la ley (artículo 162 EA).
- d) Por último, es posible que el legislador pueda excluir la aplicación del EA para un órgano o servicio determinado, aplicando la legislación laboral. En estos supuestos, la Contraloría sostiene que el personal sigue siendo funcionario público, por lo que está sujeto a las normas de los Títulos I y III de la LBGAE, siendo su estatuto la respectiva legislación laboral. Así, ha señalado que si un organismo *“...tiene la condición de servicio público descentralizado, integrante de la Administración del Estado, y sus trabajadores revisten la calidad de funcionarios públicos, lo que no se ve alterado por la circunstancia de que se rijan por la legislación laboral común, puesto que esta última adquiere, tanto para ellos como para esa institución, el carácter de estatuto jurídico de derecho público, por lo que*

*esa preceptiva se aplica en el marco de los principios y normas inherentes a la Administración.*¹⁹¹⁹

§ 2. Naturaleza jurídica de la relación entre la Administración y sus funcionarios

Conforme a nuestro ordenamiento, la relación entre los órganos y servicios públicos que integran la Administración del Estado y sus funcionarios no se asimila al régimen común, contenido fundamentalmente en la legislación laboral. En primer término, esta relación no tiene su origen en un contrato, sino que descansa en un estatuto que rige toda la vida del funcionario, desde el momento de su nombramiento hasta el cese de sus funciones.

A su vez, debido a la naturaleza de las tareas que debe cumplir, se encuentra sujeto a una serie de normas más estrictas en lo que dice relación con la función que debe desempeñar, especialmente en el ámbito de la probidad administrativa (ingreso, inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidad administrativa y causales de cesación) y en el manejo y administración de los recursos (examen y juzgamiento de cuentas).

Es por tal razón que el vínculo ha sido calificado por la jurisprudencia administrativa como de “estatutaria”, tal como la había denominado la jurisprudencia y doctrina francesa, así como la doctrina nacional, y así se ha recogido expresamente en la LBGAE, al disponer: “*El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones*” (artículo 15).

El carácter estatutario de este régimen se traduce en que el funcionario está sujeto a *normas generales e impersonales*, establecidas en forma previa y sin hacer distinción respecto de los sujetos concretos que se someterán a ella. Además, se trata de *normas obligatorias*, pues no pueden ser modificadas por ninguna de las partes, esto es, ni por la Administración ni por los funcionarios, ni aun de común acuerdo. Este determina, a su vez, que estemos ante normas de derecho público, que se traduce en que esta relación estatutaria es una relación jurídico-pública.

En tal sentido, la Contraloría ha sostenido que “el vínculo jurídico que une al funcionario con el Estado y que nace con el nombramiento, no es de naturaleza contractual, sino legal y reglamentaria, por lo que no cabe aplicarle las disposiciones que se refieren a los contratos”.¹⁹²⁰

¹⁹¹⁹ Dictámenes N°s 25.332, de 2008, 17.926, de 2012, y 32.067, de 2013.

¹⁹²⁰ Dictámenes N°s 67.095, de 1975; 8.415 y 8.419, de 1983; 15.412, de 1984, y 33.051, de 1994.

Este criterio fue compartido por la Corte Suprema, al entender que no resultaba aplicable la legislación laboral a los funcionarios a contrata y a los empleados a honorarios, especialmente respecto del pago de indemnizaciones por años de servicios, teniendo como fundamento un vínculo de subordinación o dependencia.

*En un comienzo la Corte Suprema siguió esta postura al sostener que "... la sentencia impugnada por el recurso ha perpetrado error de derecho al considerar que en la situación de la demandante ha existido una relación laboral propia del contrato de trabajo que define el artículo 7º del Código del ramo, quebrantando no sólo esta norma sino también los artículos 1º y 159 de ese texto legal, además del artículo 10 de la Ley Nº 18.834, equívocos que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo en la medida que llevaron a condenar al demandado al pago de prestaciones improcedentes. [...] Que, en consecuencia, el presente recurso de casación en el fondo debe ser acogido para la corrección de los yerros anotados".*¹⁹²¹

El cambio se produce a partir de 2014, cuando la Corte Suprema acoge un recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la demandante y señala que el procedimiento de tutela laboral es aplicable a los funcionarios públicos. El fallo analiza el artículo 1º del Código del Trabajo, en especial los casos en que de acuerdo con su inciso 3º sus normas son aplicables a los funcionarios públicos. Indica la decisión que no existe en el Estatuto Administrativo un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo y que las normas del procedimiento de tutela no son contrarias a las del referido Estatuto.¹⁹²²

En definitiva, para la Corte Suprema les resulta aplicable a los funcionarios públicos el procedimiento de tutela laboral contemplado en el Código del Trabajo y, en consecuencia, los Juzgados Laborales serían competentes

¹⁹²¹ SCS Rol Nº 4.776-2005, de 23 de enero de 2007, "*Araya Moreno con Hospital Clínico de la Universidad de Chile*". También en SCS Rol 2.467-2003, de 29 de junio de 2006, "*Castillo Villarroel con Servicio Nacional de la Mujer*"; personas contratadas a honorarios en administración del Estado se rigen solo por su contrato; SCS Rol Nº 294-2007, de 11 de octubre de 2007, "*Bustos con SENAME*"; no existe vínculo laboral de funcionario a honorarios a pesar de cumplir requisitos del artículo 7º del Código del Trabajo; SCS Rol Nº 1.907-2006, de 23 de agosto de 2007, "*Garcta Letho con Universidad de Antofagasta*"; Código del Trabajo no es aplicable a funcionarios de universidad estatal; SCS Rol Nº 2.472-2006, de 3 de julio de 2007, "*Castro Rojas con Fisco de Chile*"; no es aplicable a funcionarios de Casa de Moneda el Código del Trabajo; SCS Rol Nº 2.424-2006, de 3 de julio de 2007, "*Fava Alvear con Fisco de Chile*"; personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores se rige por Ley Nº 18.834.

¹⁹²² SCS Rol Nº 10.972-2013, de 30 de abril de 2014, "*Bussenius con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud*". En la misma línea SCS Rol Nº 6.417-2016, de 16 de agosto de 2016, "*Lucas Alfaro con Fisco de Chile (Ministerio de Educación)*".

para conocer de las acciones para denunciar la vulneración de sus derechos fundamentales en el ámbito de trabajo: “... *es menester señalar que tampoco se encuentra en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y, es que no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado*”.

Luego, se hace aplicación del principio de supremacía de la realidad, al sostener que la acertada interpretación del artículo 1º del Código del Trabajo, en relación, en este caso, con el artículo 4º de la Ley Nº 18.883, está dada por la vigencia de dicho Código del Trabajo para las personas naturales contratadas por la Administración del Estado, en la especie una Municipalidad, que aun habiendo suscrito sucesivos contratos de prestación de servicios a honorarios, por permitírsele el estatuto especial que regula a la entidad contratante, prestan servicios en las condiciones previstas por el Código del ramo.¹⁹²³

Esta situación ha sido diametralmente opuesta a la sostenida por el Tribunal Constitucional, para quien los Juzgados Laborales son incompetentes para conocer de estas materias: “... *al aplicar una acción de tutela laboral a los funcionarios públicos, se tiende a desvirtuar prácticamente el estatuto constitucional y legal que, por imperativo del artículo 38, inciso primero, constitucional, reenvía a la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.575*”.¹⁹²⁴

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha seguido extendiendo la aplicación de la legislación laboral, ya que no solo se ha limitado a la aplicación de la tutela laboral, sino también ha aceptado el pago de indemnización por años de servicio a personas contratadas a honorarios, aunque se trata de un fallo dividido.¹⁹²⁵

A su vez, con fecha 09 de noviembre de 2020 se publica la Ley Nº 21.280, que pretende zanjar esta disputa, estableciendo que el procedimiento de tutela labora es aplicable a los funcionarios públicos.

El artículo 1º de la Ley Nº 21.280 dispone lo siguiente: “*Declárase interpretado el inciso primero del artículo 485 del Código del Trabajo en el siguiente sentido: Las normas de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, contenidas en*

¹⁹²³ Véase SCS Rol Nº 11.584-2014, de 1 de abril de 2015, “*Vial con Municipalidad de Santiago*”. Igual criterio se seguiría en la SsCS Rol Nº 5.699-2015, “*Elgueta con Municipalidad de Talca*”, y Rol Nº 950-2018, “*Leal con Municipalidad de Buin*”.

¹⁹²⁴ SCS Rol Nº 6.833-19, de 29 de mayo de 2019, “*Cancino con Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario*”.

¹⁹²⁵ SCS Rol Nº 22.878-2019, de 1 de julio de 2020, “*Valdés con Municipalidad de Casablanca*”.

el párrafo 6º del Capítulo II del Título I del Libro V de dicho cuerpo normativo, son aplicables a todos los trabajadores, incluidos aquellos a los que hace referencia el inciso segundo del artículo 1º del Código del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en los incisos primero y tercero de ese mismo artículo. También serán aplicables a los trabajadores que se desempeñen en los órganos señalados en los Capítulos VII, VIII, IX, X y XIII de la Constitución Política de la República y a aquellos que sus propias leyes declaren como autónomos”.

Por tal razón, si bien la relación entre la Administración y sus funcionarios es de naturaleza estatutaria, existe una tendencia de aplicar la legislación laboral en las materias no contempladas en el régimen común que les resulta aplicable.

§ 3. Funcionario público y cargo público

3.1. Concepto de cargo público

Para el EA el cargo público “es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa” (artículo 3º, letra a), EA).

El concepto de funcionario público comprende, para efectos administrativos, solo los cargos permanentes del servicio (planta), como los temporales (a contrata), y no se debe confundir con el concepto penal de funcionario público, así como el utilizado para los efectos de las normas de probidad administrativa, que son mucho más amplios.

El artículo 260 del Código Penal establece que: “Para los efectos de este Título y del párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semi-fiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

Este concepto amplía la noción de funcionario público, extendiéndola a quienes desempeñan un cargo o función pública: i) Organismos creados por el Estado, como la Administración central, el Poder Judicial y el Congreso Nacional; ii) a la Administración descentralizada; iii) a las empresas públicas creadas por ley, y iv) a los sujetos privados que ejercen funciones públicas (u gr. agentes de aduanas, notarios, conservadores). A su vez, se ha discutido la situación de quienes se desempeñan en la Administración “invisible”, es decir, corporaciones, fundaciones y sociedades estatales.

Por su parte, tratándose de la probidad administrativa, el artículo 52 de la LBGAE dispone que “Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la

Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa". De esta manera, a esta norma están sujetas autoridades que no son funcionarios, como sucede con el Presidente de la República, los Ministros, los Consejeros Regionales y los Concejales Municipales.

El concepto amplio de funcionario público también se ha establecido a nivel internacional. Así, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, establece que: "Por "funcionario público" se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte (artículo 2º).

3.2. Clasificación de los cargos públicos y su régimen

Los cargos públicos pueden ser de planta o a contrata.

a) Cargo de planta

Es un cargo permanente asignado por la ley a cada institución. Para tal efecto, la ley establece las plantas del personal de cada servicio, separándolas en diversas categorías: de Directivos, de Profesionales, de Técnicos, de Administrativos y de Auxiliares (artículo 5º).

En la siguiente imagen se puede apreciar un ejemplo de las plantas de personal y los cargos públicos:

1) PLANTA DE DIRECTIVOS:

a) Primer Nivel Jerárquico Título VI Ley N°19.882:

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Director Nacional	1B	1
Total		1

b) Segundo Nivel Jerárquico Título VI ley N°19.882:

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Subdirector	2º	1
Fiscal	3º	1
Directores Regionales	5º	3
Directores Regionales	6º	12
Total		17

c) Directivos afectos al artículo 8º 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 Estatus Administrativo:

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Jefes de Departamento	3º	1
Jefes de Departamento	4º	2
Total		3

2) PLANTA DE PROFESIONALES

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Profesional	8º	1
Profesionales	9º	1
Profesionales	10º	1
Profesionales	11º	1
Profesionales	12º	12
Profesionales	13º	13
Profesionales	14º	13
Profesionales	15º	13
Profesionales	16º	13
Profesionales	17º	13
Profesionales	18º	13
Profesional	19º	1
Total		148

3) PLANTA DE TÉCNICOS

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Técnico	8º	1
Técnicos	10º	18
Técnicos	11º	3
Técnicos	12º	4
Técnicos	13º	2
Técnicos	14º	2
Técnicos	15º	1
Técnicos	17º	1
Total		33

4) PLANTA DE ADMINISTRATIVOS

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Administrativo	10º	1
Administrativos	11º	2
Administrativos	12º	4
Administrativos	13º	5
Administrativos	14º	3
Administrativos	15º	2
Administrativo	16º	1
Administrativos	17º	2
Administrativo	21º	1
Total		21

5) PLANTA DE AUXILIARES:

Cargo	Grado EUS	Número de Cargos
Auxiliar	18º	1
Auxiliar	19º	1
Auxiliares	20º	13
Auxiliar	23º	1
Total		16
Total cargos Planta		257

Además de su ingreso, los cargos de planta gozan de la carrera funcionaria, que se define como *“un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad”* (artículo 3º letra f) EA).

Sin embargo, aquello no obsta para que algunos de estos cargos, especialmente aquellos de la planta directiva, sean de exclusiva confianza y se encuentren sujetos a un procedimiento especial de nombramiento, como sucede con los cargos de Alta Dirección Pública, regulados por la Ley Nº 19.882 (que comprenden hasta el segundo nivel jerárquico). Se trata de una situación particular ya que ejercen un cargo de planta, pero no tienen estabilidad en el cargo, pues deben contar con la confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para hacer el nombramiento.

La Ley Nº 19.882 establece un procedimiento de selección de cargos de exclusiva confianza que desempeñan cargos de jefaturas en la dirección de órganos o servicios

públicos o en unidades organizativas de estos, y cuyas funciones sean predominantemente de ejecución de políticas públicas y de provisión directa de servicios a la comunidad (artículo trigésimo quinto). Para tal efecto, se ha creado el Consejo de Alta Dirección Pública, que tiene por misión regular los procesos de selección de candidatos a cargos del Sistema de Alta Dirección Pública.

En todo caso, no todos los cargos de exclusiva confianza se nombran bajo este sistema. Recordemos que hay cargos de exclusiva confianza establecidos por la Constitución, y que son de designación política: ministros, subsecretarios, intendentes, gobernadores, embajadores, diplomáticos y representantes permanentes ante organismos internacionales.

Por su parte, el artículo 7º del EA establece que serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento:

- a) Los cargos de la planta de la Presidencia de la República;
- b) En los Ministerios, los Secretarios Regionales Ministeriales y los Jefes de División o Jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura ministerial, cualquiera sea su denominación;
- c) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios, los subdirectores, los directores regionales o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas, existentes en la estructura del servicio, cualquiera sea su denominación.

Ahora bien, en el Sistema de Alta Dirección Pública se comprende normalmente a los Jefes de División, y en los servicios públicos, a los jefes superiores de los servicios, los subdirectores, los directores regionales o jefaturas de niveles jerárquicos equivalentes o superiores a dichas jefaturas.

Por último, en cuanto a la calidad que se ejerce en un cargo de planta, se deben distinguir tres situaciones:

i. Titular

Se nombra para ocupar en propiedad un cargo vacante dentro del órgano respectivo. Esta es la condición que estrictamente corresponde a un funcionario público que tiene estabilidad en el empleo y carrera funcionaria. No obstante, también aplica a los cargos de exclusiva confianza, a pesar de que no tienen estos derechos.

ii. Suplente

Se nombran en esa calidad en cargos vacantes, y en aquellos que por cualquier circunstancia no sean desempeñados por su titular durante un lapso no inferior a 15 días. La suplencia es un mecanismo de reemplazo destinado a mantener la continuidad de la función pública. Sin embargo, es temporal,

pues no puede extenderse por más de 6 meses, al término de los cuales debe proveerse necesariamente el cargo con un titular. Ahora bien, por la naturaleza de la función, los suplentes son excluidos de la carrera funcionaria, aunque tienen derecho a las remuneraciones que les asisten al cargo.

iii. Subrogante

Son los funcionarios que, por el solo ministerio de la ley, entran a desempeñar el empleo del titular o suplente, en aquellos casos en que por cualquier causa estos estén impedidos de desempeñar sus funciones. Esta figura responde a la necesidad de impedir que se produzca un vacío en un cargo y de mantener siempre la continuidad del servicio. Por tal razón, el subrogante pasa a ocupar la posición jurídica del subrogado, asumiendo sus competencias, derechos, deberes y obligaciones. Su regulación se encuentra en los artículos 79 a 83.

b) Cargo a contrata

El empleo a contrata es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución (artículo 3º, letra c), EA). Es de carácter temporal, ya que duran como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año, de manera que, si no se solicita su prórroga con 30 días de anticipación, sus cargos expiran por el solo ministerio de la ley.

El sentido de estos cargos es responder a la demanda que puede tener el servicio por mayor recurso humano frente a determinadas contingencias, y su provisión está sujeta a los recursos con los cuales cuente el servicio. En todo caso, tiene un límite máximo: su número no puede ser superior al 20% del total de cargos de la planta respectiva.

Dada su condición, los funcionarios a contrata no están sujetos al régimen de carrera funcionaria, por tal razón carecen del derecho al ascenso¹⁹²⁶ y, como no forman parte de la planta, no se les puede asignar funciones de jefatura,¹⁹²⁷ salvo que la ley disponga lo contrario.

Ahora bien, dada la constante demanda de funcionarios, habitualmente los cargos a contrata se encuentran en su límite máximo, situación que se mantiene por varios períodos y que se ha ido agravando debido a que las plantas solo pueden aumentar mediante una modificación legal y siempre que se cuente con la aprobación presupuestaria. A su vez, el legislador en muchos casos ha aumentado el número de contrataciones que puede tener el ser-

¹⁹²⁶ Dictamen N° 28.375, de 1992.

¹⁹²⁷ Dictamen N° 50.170, de 1999.

vicio, superando el límite máximo del 20%. Así, por ejemplo, en el ámbito municipal, este puede llegar a un 40% del gasto de remuneraciones de la planta municipal.

Por tal razón, la Contraloría ha sostenido que el hecho de haberse renovado una contrata a lo menos por dos años genera en el funcionario la confianza que será prorrogado en el cargo. En este sentido, la no renovación exige de un acto expreso, que dé razón de los fundamentos de dicha determinación: “...las continuas renovaciones de las contratas —desde la segunda al menos—, originan en los respectivos servidores la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro, de modo que para adoptar una decisión diversa es menester que la autoridad emita un acto administrativo que explicité los fundamentos que la avalen, detallando el razonamiento y los antecedentes de hecho y de derecho en que se sustenta”.¹⁹²⁸

A su vez, la Corte Suprema ha ido un poco más lejos y ha sostenido que en estos casos, la relación del funcionario a contrata pasa a un sistema de estabilidad en el empleo, es decir, que no puede ser cesado en su cargo, salvo por medida disciplinaria o calificación deficiente:

“...la decisión de poner término anticipado a una contrata, como la no renovación de la misma, respecto de personas que se han vinculados con la Administración por un determinado número de años, violenta el principio de la confianza legítima del funcionario que alberga la justa expectativa de terminar el periodo cubierto por su designación y a ser recontratado para el año siguiente, la que, en todo caso, se configura a juicio de ambas jurisdicciones, cuando concurre, como se adelantó, un elemento temporal estabilizador, esto es, que se hubieran producido renovaciones sucesivas [...] esta Corte ha considerado establecer el plazo de cinco años, que se estima es un periodo prudente para que la Administración evalúe íntegramente no solo el desempeño del funcionario sino que, además, estudie la necesidad de seguir contando con el cargo que sirve la persona, por cuanto existe una real necesidad del servicio de contar con una persona que desempeñe las funciones específicas que motivaron la dictación del acto administrativo que determinó el inicio del vínculo con la Administración [...] en el caso de que la persona se encuentre protegida por el principio de confianza legítima, la Administración solo puede poner término al vínculo estatutario, como se dijo, a través del sistema de calificaciones o sumario administrativo, por lo que, en este caso, carece de toda relevancia hacer un distingo entre término anticipado y no renovación del contrato”.¹⁹²⁹

¹⁹²⁸ Dictamen N° 6.400, de 2018.

¹⁹²⁹ SCS Rol N° 139.496-2022, de 11 de abril de 2023, considerandos 9°, 10° y 11°.

§ 4. El empleado a honorarios y el agente público

4.1. El empleado a honorarios

El artículo 11º del EA establece que podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse *labores accidentales y que no sean las habituales de la institución*, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para *cometidos específicos*, conforme a las normas generales.

Ahora bien, 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. En estos casos, están sujetos a las normas civiles sobre contrato de arrendamiento de servicios. En tal sentido, la Contraloría ha señalado que “...*los contratados a honorarios no invisten la calidad de funcionarios públicos y están sujetos únicamente a las normas o estipulaciones contenidas en su convenio, sin que rijan a su respecto disposiciones laborales propias de los empleados públicos afectos al Estatuto Administrativo ni las del Código del Trabajo u otros textos estatutarios*” (Dictamen N° 26.944, de 1993).

Si bien la lógica del EA es que estas labores accidentales deben externalizarse y no corresponde que sean realizadas por funcionarios públicos, el problema es que la mayor demanda de personal ha llevado a que muchas de las funciones que son de línea o del giro propio del servicio se realicen a través de personas contratadas a honorarios, quienes se mantienen en una situación de extrema precariedad y durante largo tiempo.

Por tal razón, la Contraloría ha aceptado que en sus convenios se puedan establecer algunos derechos propios de los funcionarios, como el pago de cotizaciones previsionales y de salud, feriados legales, vacaciones, etc. Al mismo tiempo, también les ha extendido algunas inhabilidades por razones de probidad.¹⁹³⁰ Sin embargo, también ha reconocido que al no ser funcionarios públicos no están sujetos a responsabilidad administrativa: “...*quienes laboran en tal calidad no se encuentran afectos a los procedimientos generales con que para ese fin cuenta la Administración, esto es, el sumario o la investigación sumaria, porque dicho personal no tiene la calidad de funcionario o empleado público y en tal virtud está marginado de los deberes y obligaciones propias de esos servidores, contenidas en sus respectivos estatutos administrativos, y consecuentemente, carecen de responsabilidad administrativa*”.¹⁹³¹

¹⁹³⁰ Dictamen N° 39.497, de 2000.

¹⁹³¹ Dictamen N° 12.717, de 1991.

A su vez, la Corte Suprema también ha acogido demandas de tutela laboral a su favor, sobre la base de los argumentos ya entregados respecto de los funcionarios a contrata.¹⁹³²

4.2. El agente público

La figura del agente público ha sido creada por la Ley de Presupuesto para enfrentar la particular situación de los empleados a honorarios que cumplen una función pública. Así, el agente público es un funcionario determinado y contratado conforme a la Ley de Presupuesto, sujeto en su relación a las normas del derecho común (contrato a honorarios), aunque se encuentra sujeto a responsabilidad administrativa. Así, la Contraloría ha sostenido que el agente público es la persona que el Fisco contrata sobre la base de honorarios para la ejecución de labores que dicen relación con el cumplimiento de los objetivos y fines perseguidos por la administración.¹⁹³³ A su vez, los que tienen dicha condición deben ser considerados funcionarios públicos para los efectos de perseguir su responsabilidad administrativa, siendo procedente, por tanto, la aplicación de medidas disciplinarias en su contra.¹⁹³⁴

Por último, debemos señalar que los derechos y obligaciones del agente se encuentran definidos en el Convenio respectivo, y no por el Estatuto Administrativo. Este Convenio contendrá, entonces, normas sobre remuneraciones, viáticos, descansos, feriados, horas extraordinarias, etc.

§ 5. Los Derechos de los funcionarios

En términos generales, el EA establece que todo funcionario tendrá derecho a gozar de estabilidad en el empleo y a ascender en el respectivo escalafón, salvo los cargos de exclusiva confianza; participar en los concursos; hacer uso de feriados, permisos y licencias; recibir asistencia en caso de accidente en actos de servicio o de enfermedad contraída a consecuencia del desempeño de sus funciones, y a participar en las acciones de capacitación (artículo 89).

A continuación, haremos un breve análisis de los derechos más relevantes.

¹⁹³² SCS Rol N° 6.247-2019, de 11 de marzo de 2020, "*Guisti con Corporación Nacional de Desarrollo Indígena*".

¹⁹³³ Dictámenes N°s 1.082, de 1997; 22.379, de 1999; 4.463, de 2002.

¹⁹³⁴ Dictámenes N°s 18.549, de 1997, y 4.463, de 2002.

5.1. La propiedad en el cargo y la estabilidad en el empleo

La propiedad en el cargo es la calidad que se reconoce a los funcionarios de planta en calidad de titular, y se expresa en que no pueden cesar en sus cargos por la mera voluntad del jefe de servicio, gozando de estabilidad en el empleo. En tal sentido, salvo mal comportamiento o desempeño deficiente, que pueda dar lugar a una mala calificación o a la medida de destitución, o por hechos sobrevinientes, como sucede con la salud incompatible para el desempeño del cargo, se mantendrán en sus funciones.

De esta forma, no gozan de estabilidad en el cargo los funcionarios a contrata, quienes se desempeñan a honorarios, particularmente el agente público, y los cargos de planta que son de exclusiva confianza.

5.2. La carrera funcionaria: la promoción y ascenso

Nuestra Constitución garantiza la carrera funcionaria (artículo 38 inciso 1º), que posteriormente es desarrollada en el párrafo 2º del Título II de la LB-GAE (artículos 43 y siguientes). En tal sentido, se dispone que el personal estará sometido a un sistema de carrera que proteja la dignidad de la función pública y que guarde conformidad con su carácter técnico, profesional y jerarquizado. A su vez, la carrera funcionaria debe ser regulada por el respectivo estatuto y se fundará en el mérito, la antigüedad y la idoneidad de los funcionarios, para cuyo efecto existirán procesos de calificación objetivos e imparciales (artículo 45).

El EA define la carrera funcionaria como “un sistema integral de regulación del empleo público, aplicable al personal titular de planta, fundado en principios jerárquicos, profesionales y técnicos, que garantiza la igualdad de oportunidades para el ingreso, la dignidad de la función pública, la capacitación y el ascenso, la estabilidad en el empleo, y la objetividad en las calificaciones en función del mérito y de la antigüedad” (artículo 3º letra f). Por lo tanto, a diferencia del alcance que le entrega la Constitución, la carrera funcionaria solo está reservada a un grupo limitado de funcionarios, esto es, aquellos que tienen la calidad de titular y de planta, quedando fuera los suplentes y a contrata.

Así lo confirma el artículo 6 EA al disponer que: “La carrera funcionaria se iniciará con el ingreso en calidad de titular a un cargo de la planta, y se extenderá hasta los cargos de jerarquía inmediatamente inferior a los de exclusiva confianza”.

Ahora bien, el procedimiento para hacer efectiva esta carrera supone la existencia de un cargo vacante y la forma en que será llenado. Para tal efecto, tiene lugar la *promoción*, que permite acceder a dichos cargos a

aquellos funcionarios de planta que se encuentran en los cargos inferiores (artículo 53 EA).

A su vez, la promoción tiene lugar bajo dos modalidades:

- a) El *concurso de promoción*, que se aplica a las plantas de directivos de carrera, profesionales, fiscalizadores y técnicos, que permite participar a aquellos que se encuentren en los tres grados inferiores al de la vacante convocada, y
- b) El *ascenso*, que se aplica a las plantas de administrativos y de auxiliares. En este caso, se define como el derecho de un funcionario de acceder a un cargo vacante de grado superior en la línea jerárquica de la respectiva planta, sujetándose estrictamente al escalafón.

El escalafón se confecciona con el resultado de las calificaciones ejecutorias, disponiendo a los funcionarios de cada grado de la respectiva planta en orden decreciente conforme al puntaje obtenido (artículo 51 EA).

Una vez que ha tenido lugar la promoción, ya sea por ascenso o concurso, necesariamente se producirán nuevos cargos vacantes en los niveles inferiores. En este caso, se debe convocar a un concurso público. Así, se dispone que el ingreso a los cargos de carrera en calidad de titular se hará por concurso público y procederá en el último grado de la planta respectiva, salvo que existan vacantes de grados superiores a este que no hubieren podido proveerse mediante promociones (artículo 17).

De esta forma, tiene lugar —en sus líneas generales— el sistema de carrera funcionaria que se regula en nuestro ordenamiento.

5.3. Las remuneraciones

Los funcionarios tendrán derecho a percibir por sus servicios las remuneraciones y demás asignaciones adicionales que establezca la ley, en forma regular y completa. Por regla general, las remuneraciones se devengarán desde el día en que el funcionario asuma el cargo y se pagarán por mensualidades iguales y vencidas.

Por su parte, se contemplan las siguientes asignaciones:

- *Pérdida de caja*, que se concederá solo al funcionario que en razón de su cargo tenga manejo de dinero efectivo como función principal, salvo que la institución contrate un sistema de seguro para estos efectos;
- *Movilización*, que se concederá al funcionario que, por la naturaleza de su cargo, deba realizar visitas domiciliarias o labores inspectivas fuera

de la oficina en que desempeña sus funciones habituales, pero dentro de la misma ciudad, a menos que la institución proporcione los medios correspondientes;

- *Horas extraordinarias*, que se concederá al funcionario que deba realizar trabajos nocturnos o en días sábado, domingo y festivos o a continuación de la jornada de trabajo, siempre que no se hayan compensado con descanso suplementario;
- *Cambio de residencia*, que se concederá al funcionario que para asumir el cargo, o cumplir una nueva destinación, se vea obligado a cambiar su residencia habitual, y al que una vez terminadas sus funciones vuelva al lugar en que residía antes de ser nombrado.
- *Viático, pasajes, u otros análogos*, cuando corresponda, en los casos de comisión de servicios y de cometidos funcionarios, y
- Otras asignaciones contempladas en leyes especiales.

Para Contraloría, las remuneraciones son un derecho de los funcionarios que no es posible soslayar, por tal razón no se admite la existencia de funcionarios *ad honorem*, es decir, que no perciban remuneración, salvo expresa disposición legal en contrario. Así se ha sostenido que “*el desempeño efectivo de un servidor debe ser remunerado, pues de lo contrario, se vulnera el principio retributivo de dar a cada uno lo que le corresponde, originándose un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración*”.¹⁹³⁵

5.4. Los feriados

Se entiende por feriado el descanso a que tiene derecho el funcionario, con el goce de todas las remuneraciones durante el tiempo y bajo las condiciones que más adelante se establecen. Ahora bien, el feriado corresponderá a cada año calendario y será de quince días hábiles para los funcionarios con menos de quince años de servicios, de veinte días hábiles para los funcionarios con quince o más años de servicios y menos de veinte, y de veinticinco días hábiles para los funcionarios con veinte o más años de servicio (artículo 102 y 103 EA).

5.5. Los permisos

El permiso es la ausencia transitoria autorizada por la institución por parte de un funcionario. Corresponde al jefe superior de la institución, el Secretario Regional

¹⁹³⁵ Dictamen N° 36.129, de 2005.

Ministerial o el Director Regional de los servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, conceder o denegar discrecionalmente dichos permisos.

Se distinguen dos tipos de permisos:

- a) *Con goce de remuneración*, conocidos habitualmente como días administrativos, que permite a los funcionarios ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por seis días hábiles en el año calendario, con goce de remuneraciones. Estos permisos podrán fraccionarse por días o medios días.
- b) *Sin goce de remuneración*, que se presenta en dos supuestos:
 - Por motivos particulares, hasta por seis meses en cada año calendario, y
 - Para permanecer en el extranjero, hasta por dos años.

5.6. La capacitación y el perfeccionamiento

Nuestra Constitución asegura la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes (artículo 38 inciso 1º). Luego, la LBGAE dispone que la capacitación y el perfeccionamiento en el desempeño de la función pública se realizarán mediante un sistema que propenda a estos fines, a través de programas nacionales, regionales o locales (artículo 48).

Ahora bien, la capacitación es un conjunto de actividades permanentes, organizadas y sistemáticas destinadas a que los funcionarios desarrollen, complementen, perfeccionen o actualicen los conocimientos y destrezas necesarios para el eficiente desempeño de sus cargos o aptitudes funcionarias (artículo 26), y se reconocen diversas modalidades: capacitación para la promoción, capacitación de perfeccionamiento y la capacitación voluntaria (artículo 27).

§ 6. Otros derechos

El EA también se ocupa de otros derechos relevantes, como son las licencias médicas (artículo 111), las prestaciones sociales (artículo 114) y el derecho a la defensa jurídica (artículo 90).

§ 7. Obligaciones de los funcionarios

Los funcionarios públicos tienen un conjunto de derechos (estabilidad en el cargo, derecho a la promoción, derecho a la remuneración, los permisos

y feriados), pero también están afectos a un conjunto de obligaciones, que expondremos de forma sinóptica.

7.1. Obligaciones comunes de todo funcionario

Se establecen como obligaciones comunes a todo funcionario las siguientes:

- a. Desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua, sin perjuicio de las normas sobre delegación;
- b. Orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan;
- c. Realizar sus labores con esmero, cortesía, dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución;
- d. Cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico;
- e. Cumplir las destinaciones y las comisiones de servicio que disponga la autoridad competente;
- f. Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico. En este caso, si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, y si el superior la reitera en igual forma, aquel deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones (artículo 62).
- g. Observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado. Esto se debe vincular con las disposiciones contenidas en el Título III de la LBGAE, especialmente en los supuestos regulados en el artículo 62 del mismo cuerpo legal.
- h. Guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones especiales;
- i. Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo;

- j. Proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración, debiendo esta guardar debida reserva de los mismos;
- k. Denunciar ante el Ministerio Público, o ante la policía si no hubiere fiscalía en el lugar en que el funcionario preste servicios, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos, y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo;
- l. Rendir fianza cuando en razón de su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. En este caso, la norma se refiere a los cuentadantes que es "todo funcionario cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes" (artículo 60 de la Ley N° 10.336); o "todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado" (artículo 68); o "todo funcionario, como asimismo toda persona o entidad que reciba, custodie, administre o pague fondos" (artículo 85).
- m. Justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad, dentro del plazo que este le fije, atendidas las circunstancias del caso.

7.2. Obligaciones especiales que afectan de manera particular a las autoridades y jefaturas

En razón del cargo que deben desempeñar estas autoridades y jefaturas, se les imponen las siguientes obligaciones especiales:

- a. Ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones. Esto es aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la LBGAE;
- b. Velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y
- c. Desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para

que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.

§ 8. Prohibiciones de los funcionarios

Junto a las obligaciones que se impone, el EA establece en su artículo 84 un conjunto de prohibiciones que, en definitiva, son deberes negativos, ya sea por razones institucionales o de probidad. A continuación, haremos una relación de las mismas:

- a. Ejercer facultades, atribuciones o representación de las que no esté legalmente investido, o no le hayan sido delegadas;
- b. Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés él, su cónyuge, sus parientes consanguíneos hasta el tercer grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado, y las personas ligadas a él por adopción. Esto se debe vincular con el deber de abstención que tienen los funcionarios conforme al artículo 62 de la LBGAE y 12 de la LBPA;
- c. Actuar en juicio ejerciendo acciones civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que de él formen parte, salvo que se trate de un derecho que ataña directamente al funcionario, a su cónyuge o a sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado y las personas ligadas a él por adopción;
- d. Intervenir ante los tribunales de justicia como parte, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en juicio en que tenga interés el Estado o sus organismos, sin previa comunicación a su superior jerárquico;
- e. Someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos entregados a su conocimiento o resolución, o exigir para estos efectos documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes;
- f. Solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza para sí o para terceros;
- g. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial del organismo para fines ajenos a los institucionales;
- h. Realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado o usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones;

- i. Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;
- j. Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro;
- k. Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen;
- l. Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación, y
- m. Realizar todo acto calificado como acoso laboral en los términos que dispone el inciso segundo del artículo 2º del Código del Trabajo.

§ 9. Las incompatibilidades

Las incompatibilidades se refieren a cargos que no se pueden desempeñar de forma simultánea, ya sea por razones de parentesco o por la naturaleza del empleo que se desarrolla.

Así, en una misma institución, no podrán desempeñarse personas ligadas entre sí por matrimonio, por parentesco de consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, de afinidad hasta el segundo grado, o adopción, cuando entre ellas se produzca relación jerárquica. A su vez, respecto de funcionarios con relación jerárquica entre sí, si se produjera alguno de los vínculos precedentemente aludidos, el subalterno deberá ser destinado a otra función en que esa relación no se produzca. La única excepción se establece entre los ministros de Estado y los funcionarios de su dependencia (artículo 85).

En lo que dice relación con empleos, todos los cargos regulados por el EA son incompatibles entre sí. También lo son con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas (*v. gr.* Poder Judicial o Congreso Nacional). Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular.

Ahora bien, es importante tener presente que, en el caso de que el funcionario asuma un empleo incompatible, cesará por el solo ministerio de la ley en el cargo anterior.

§ 10. Las Calificaciones

Las calificaciones constituyen un sistema que tiene por objeto evaluar el desempeño y las aptitudes de cada funcionario, atendidas las exigencias y características de su cargo, y servirá de base para la promoción, los estímulos y la eliminación del servicio.

En tal sentido, todos los funcionarios, incluido el personal a contrata, deben ser calificados anualmente, en alguna de las siguientes listas: Lista N° 1, de Distinción; Lista N° 2, Buena; Lista N° 3, Condicional; Lista N° 4, de Eliminación. Las únicas excepciones son:

- a) El Jefe Superior de la institución, su subrogante legal, los miembros de la Junta Calificadora Central y los delegados del personal, quienes conservarán la calificación del año anterior, cuando corresponda, y
- b) Los funcionarios que por cualquier motivo hubieren desempeñado efectivamente sus funciones por un lapso inferior a seis meses.

La calificación evaluará los doce meses de desempeño funcionario comprendidos entre el 1° de septiembre de un año y el 31 de agosto del año siguiente. Por su parte, el proceso debe iniciarse el 1° de septiembre y terminarse a más tardar el 30 de noviembre de cada año.

Este proceso se divide en las siguientes etapas:

- a) La *precalificación*. Esta corresponde al Jefe Directo, la que estará constituida por los conceptos, notas y antecedentes que este deberá proporcionar por escrito.
- b) La *calificación*. Está a cargo de una Junta Calificadora, que puede ser a nivel regional, cuando el número de funcionarios sea igual o superior a quince; o a nivel Central, en los demás casos (menos de quince funcionarios), incluyendo a la Región Metropolitana.

Las Juntas Calificadoras estarán integradas por los tres funcionarios de más alto nivel jerárquico de la institución en la respectiva región y por un representante del personal elegido por este, según el estamento a calificar. Por su parte, la Junta Calificadora Central estará compuesta, en cada institución, por los cinco funcionarios de más alto nivel jerárquico, con excepción del Jefe Superior, y por un representante del personal elegido por este, según el estamento a calificar.

Ahora bien, la Junta Calificadora adoptará sus resoluciones teniendo en consideración, necesariamente, la precalificación del funcionario hecha por su Jefe Directo. Entre los antecedentes, se considerarán las anotaciones de mérito o de demérito que se hayan efectuado dentro del período anual de calificaciones, en la hoja de vida que llevará la oficina encargada del personal para cada funcionario.

Los acuerdos de la Junta deben ser siempre fundados y se anotarán en las Actas de Calificaciones.

El funcionario tendrá derecho a apelar de la resolución de la Junta Calificadora dentro del plazo de cinco días. De este recurso conocerán el Subsecretario o el Jefe Superior del Servicio, según corresponda. En casos excepcionales, calificados por la Junta, el plazo para apelar podrá ser de hasta diez días contados desde la fecha de la notificación. La apelación deberá ser resuelta en el plazo de 15 días contados desde su presentación.

El fallo de la apelación será notificado al funcionario, quien solo podrá reclamar directamente a la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160 del EA.

El resultado de las calificaciones produce dos efectos importantes:

- a) Con el resultado de las calificaciones ejecutoriadas, las instituciones confeccionarán un escalafón disponiendo a los funcionarios de cada grado de la respectiva planta en orden decreciente, conforme al puntaje obtenido (artículo 51), lo que es determinante para los ascensos de los funcionarios en la planta de administrativos y auxiliares;
- b) El funcionario calificado por resolución ejecutoriada en lista 4 o por dos años consecutivos en lista 3, deberá retirarse del servicio dentro de los 15 días hábiles siguientes al término de la calificación (artículo 50).

V. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

§ 1. Antecedentes generales

Tanto el estatuto administrativo como la ley de bases imponen al personal de la Administración un conjunto de obligaciones y deberes que deben observar en el desarrollo de sus labores funcionarias. Ahora bien, el desempeño y el cumplimiento de obligaciones de un funcionario debe ser evaluado por el servicio, lo cual tiene lugar a través del proceso de calificaciones que se realiza anualmente (artículo 119). Sin embargo, en el caso que se incurra en infracciones a los deberes a los cuales se encuentra sujeto, aquello da lugar

a responsabilidad administrativa o disciplinaria, lo cual se debe determinar mediante un racional y justo procedimiento previo (artículo 18 de la LB-GAE). Así se establece que: *“Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”* (artículo 119 EA).

Sobre el particular, la Contraloría General de la República ha señalado que *“... bien, cuando la autoridad administrativa observa que un funcionario tiene un comportamiento inadecuado respecto de otros funcionarios o de los usuarios del servicio, deberá evaluar la situación de manera objetiva, considerando especialmente los efectos de esa actitud sobre el funcionamiento y el quehacer de la institución, tanto en cuanto a su gestión interna como en la juridicidad, eficiencia, eficacia, oportunidad, continuidad y calidad del cumplimiento de sus funciones de servicio público. Basada en esa evaluación, la jefatura, según el mérito y gravedad del diagnóstico de lo sucedido, podrá adoptar al respecto diversas decisiones, tales como: disponer la apertura de un proceso disciplinario si estima que podría estar comprometida la responsabilidad administrativa del funcionario; ordenar una anotación de demérito en su hoja de vida para los efectos de sus calificaciones si concluye que la infracción a sus obligaciones y deberes no puede ser objeto de medidas disciplinarias; o efectuar adecuaciones internas en la unidad donde se haya producido la situación de conflicto (v. gr. destinación) si es que su gravedad no reviste una envergadura tal que amerite alguna de las medidas antes indicadas, dentro del orden jurídico aplicable”* (Dictamen N° 53.493, de 2007).

§ 2. La responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa es una consecuencia jurídica que deriva de una infracción a los deberes y obligaciones a las cuales se encuentran sujetos los funcionarios públicos. Se expresa a través de la aplicación de una medida disciplinaria y es independiente a la responsabilidad civil o penal en que pueda incurrir el funcionario por los mismos hechos (artículo 120).

De esta forma, un hecho puede ser constitutivo de una infracción administrativa (v. gr. retrasos reiterados en el ingreso a sus labores), pero no necesariamente puede dar lugar a responsabilidad civil o penal. Sin embargo, el mismo hecho puede desencadenar una responsabilidad administrativa, civil y penal, como sería la sustracción de recursos del servicio en provecho personal del funcionario, que no solo da lugar a una medida disciplinaria, sino que también puede configurar un ilícito penal (v. gr. malversación de caudales públicos) y dar lugar a una acción civil, para reparar el perjuicio causado. En este caso, la determinación de la responsabilidad administrativa es independiente a la determinación de la responsabilidad penal y civil, que puede tener lugar ante autoridades y procedimientos diversos.

La razón última de esta separación de responsabilidades se debe al fundamento y fin de cada una de ellas. En efecto, la responsabilidad penal proviene de la comisión de un delito o cuasidelito penal, es decir, de toda acción u omisión voluntaria culpable penada por la ley. Por su parte, la responsabilidad civil alcanza a toda persona que con su actuación cause un daño o perjuicio al patrimonio fiscal y obliga a resarcirlo a través de la correspondiente indemnización.¹⁹³⁶ Por último, la responsabilidad administrativa es una consecuencia de la infracción a los deberes y obligaciones que en particular se imponen a los funcionarios públicos.

Por tal razón, el EA establece dos reglas muy claras a este respecto:

- a) *La existencia o no existencia de responsabilidad penal no implica la ausencia o existencia de responsabilidad administrativa.* De esta forma, las actuaciones o resoluciones referidas al proceso penal, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos.¹⁹³⁷
- b) *Si el funcionario ha sido destituido por hechos constitutivos de delitos, de los que posteriormente es absuelto.* Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso, conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad.

Ahora bien, si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contados desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Admi-

¹⁹³⁶ Por lo general, se solicita la justicia ordinaria, pero, tratándose de funcionarios públicos, aquella se puede hacer efectiva, además, a través del juicio de cuentas y orden de reintegro, de competencia de la Contraloría General de la República.

¹⁹³⁷ Así, por lo demás, lo ha señalado de manera reiterada la Contraloría General, al indicar que la responsabilidad administrativa es independiente de la civil y de la penal. Al efecto, véase los dictámenes N°s 23.070, de 1999, 62.265, de 2006, 56.567, de 2003, 16.517, de 2009, 3.293, de 2011; 77.185, de 2013 y 50.366, de 2015, 17.379, de 2016; 18.221, de 2017, entre otros.

nistración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo.

§ 3. Los procedimientos disciplinarios

3.1. Concepto y clasificación

Los procesos disciplinarios constituyen los medios con que cuenta la Administración para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario que infringe sus obligaciones y deberes, y cuya finalidad es recabar todos los antecedentes que sean necesarios para determinar la existencia de una infracción administrativa y la participación que puedan tener el o los funcionarios inculpad.

En tal sentido, la Contraloría ha señalado que *“...los procesos disciplinarios constituyen los medios idóneos con que cuenta la Administración para hacer efectiva la responsabilidad del servidor que infringe sus obligaciones y deberes funcionarios y cuya finalidad es permitir que el instructor recabe todos los antecedentes que sean necesarios para el adecuado desarrollo y término de su cometido, de manera que privarlo de contar con la información a que se refiere la consulta afectaría la eficacia de su labor investigativa, disminuyendo, por ende, las posibilidades de que se sancione administrativamente a quienes han cometido un hecho antijurídico”*.¹⁹³⁸

De esta forma, el sistema de responsabilidad administrativa persigue, por una parte, mantener el buen desempeño del funcionario público ajustado al estatuto que lo rige y, por otra parte, enmendar el comportamiento del funcionario que no cumple sus deberes y obligaciones, a través de la aplicación de una medida disciplinaria, acreditada mediante la sustanciación de un proceso sumario.¹⁹³⁹

Por su parte, considerando la gravedad de las infracciones investigadas, las etapas que comprende y las sanciones que se pueden aplicar, existen dos especies de procedimientos disciplinarios: la investigación sumaria y el sumario administrativo.

3.2. Características comunes

Las características comunes de los procedimientos disciplinarios son las siguientes:

¹⁹³⁸ Dictamen N° 16.380, de 2010.

¹⁹³⁹ POBLETE (2017), p. 368.

- i) Por regla general, es competente para ordenar la instrucción de un procedimiento disciplinario el Jefe Superior de la institución o servicio. Sin embargo, el EA también permite que lo hagan los titulares de órganos desconcentrados, como sucede con los Secretarios Regionales Ministeriales o los Directores Regionales de servicios nacionales desconcentrados (artículo 126 y 129 EA);
- ii) Se trata de procedimientos reglados, por lo que a su respecto no caben otros trámites o instancias que los previstos en el EA. A su vez, los vicios de procedimiento que no influyen sustancialmente los resultados del proceso disciplinario no afectan la legalidad del proceso ni de la sanción impuesta, pues se aplica el principio de trascendencia (artículo 13 de la LBPA);
- iii) Si no se determina la existencia de una infracción o la participación de algún funcionario, se puede disponer el sobreseimiento en cualquier estado del procedimiento disciplinario;
- iv) Los plazos para el desarrollo de las actuaciones en los procesos disciplinarios se entienden de días hábiles y, por ende, no se comprende el día sábado.
- v) En la etapa de investigación, ambos procedimientos son secretos,¹⁹⁴⁰ y a partir de la formulación de cargos, son de conocimiento reservado solo para el funcionario el inculpado y para el abogado que asuma su defensa. Una vez dictada la resolución final, el procedimiento es público.

3.3. La investigación sumaria

La investigación sumaria tiene por objeto investigar infracciones menores o cuando la ley ordena expresamente este tipo de procedimiento disciplinario.¹⁹⁴¹ En dicho caso, la autoridad que ordena su instrucción es la que ponderará la gravedad de la conducta, sin perjuicio de las atribuciones que competan al Investigador.

¹⁹⁴⁰ En el caso del sumario administrativo, expresamente lo dispone el artículo 137 del EA. En el caso de la investigación sumaria, se han aplicado las normas generales sobre acceso a la información, por afectar el debido cumplimiento de las funciones del servicio (artículo 21 de la Ley N° 20.285).

¹⁹⁴¹ El Decreto Ley N° 799 de 1974, determina que se debe aplicar dicho procedimiento en los casos de mal uso de vehículo fiscal, aunque tiene dos particularidades: a) lo debe instruir y debe aplicar las sanciones la Contraloría General de la República, y b) se puede aplicar la medida de destitución. Por su parte, como infracciones menos graves se pueden comprender los atrasos y ausencias reiteradas sin causa justificada.

Ahora bien, como resultado de esta investigación, no es posible aplicar la medida disciplinaria de destitución, a menos que la ley lo autorice expresamente, como sucede con la ausencia de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada (artículos 72 y 125 EA).

Este procedimiento presenta las siguientes características:

- Tiene por objeto determinar la existencia de infracciones de menor gravedad;
- Al funcionario instructor se le denomina investigador;
- El procedimiento es fundamentalmente verbal y de lo actuado se levanta acta.
- El procedimiento es breve, tanto en la etapa de indagatoria, como la etapa acusatoria y de defensa, y
- No es posible aplicar la medida de destitución, salvo en los casos previstos en la ley.

En cuanto a sus etapas, debemos distinguir:

- a) *Constitución del Investigador*, quien se debe ser nombrado por la autoridad y aceptar la designación, salvo que existan causales de implicancia o recusación que le puedan afectar.
- b) *Etapa indagatoria*, que tiene por finalidad determinar la efectividad de los hechos investigados y comprobar el real grado de participación que pudiere corresponderle en ellos a los funcionarios que aparecen inculcados. La duración es de 5 días y se pueden agregar documentos, recibir pruebas de testigos, realizar inspecciones oculares, solicitar informes de peritos, etc.

Una vez realizadas las diligencias, se declara el cierre de la investigación, y el instructor deberá determinar si se debe declarar el sobreseimiento o formular cargos.

- c) *Etapa de contradicción: formulación de cargos y defensa*. Si se formulan cargos, el afectado deberá responder los mismos en un plazo de dos días, a contar de la fecha de notificación de estos. A su vez, si el inculcado solicita rendir prueba sobre los hechos materia del procedimiento, el investigador señalará un plazo para rendirla, el cual no podrá exceder de tres días.
- d) *Vista o informe del Investigador*. Cumplido el plazo para formular descargos o de prueba, el investigador debe proceder a emitir una vista o informe en el término de dos días, en el cual se contendrá la relación de los hechos, los fundamentos y conclusiones a que se hubiere llegado, formulando la proposición que estimare procedente.
- e) *Etapa resolutoria y recursos*. Con el informe o vista del investigador, la autoridad que ordenó la investigación sumaria dictará la resolución

respectiva en el plazo de dos días, la cual será notificada al afectado, quien podrá interponer recurso de reposición en el término de dos días, ante quien emitió la resolución, apelando en subsidio, para ante el jefe superior de la institución.

3.4. El sumario administrativo

El sumario administrativo es un procedimiento disciplinario que está dirigido a constatar la responsabilidad personal de los funcionarios públicos y que procede cuando se trata de investigar hechos u omisiones que constituyan infracciones graves, cuando la naturaleza de estos lo aconseje o en aquellos casos en que la ley ordena expresamente este tipo de proceso sumarial.

En tal sentido, tiene como principales características:

- i) En general, procede respecto las infracciones de mayor gravedad, aunque también se puede ordenar cuando la naturaleza de los hechos lo aconseje o en aquellos casos en que la ley ordena expresamente este tipo de proceso sumarial;
- ii) La instrucción está a cargo de un Fiscal, quien debe nombrar a un actuario que actuará como ministro de fe;
- iii) Es un procedimiento escrito, que se lleva en un expediente foliado en letras y números con todas las diligencias y actuaciones;
- iv) La etapa indagatoria es secreta, hasta la fecha de formulación de cargos. A partir de ese momento pasa a ser de conocimiento reservado para el inculcado y su abogado. Para Contraloría, la finalidad perseguida por la ley al establecer el secreto del proceso sumarial es proteger las actuaciones que desarrolla el instructor, a fin de asegurar el éxito de su cometido, el resguardo del debido proceso y la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos indagados (Dictamen N° 59.798, de 2008).
- v) La etapa indagatoria tiene una duración de 20 días, aunque se puede prorrogar hasta completar 60 días.
- vi) Como medida provisional, el Fiscal puede suspender al inculcado de sus funciones o destinarlo transitoriamente a otro cargo.
- vii) En la resolución final se puede aplicar a todas las medidas disciplinarias, incluida la destitución.

En lo que dice relación con sus etapas, debemos distinguir:

- a) *Constitución de la Fiscalía*, quien se debe ser nombrado por la autoridad y aceptar la designación, salvo que existan causales de implicancia o

recusación que le puedan afectar. A su vez, el Fiscal debe nombrar a un actuario que actuará como ministro de fe.

- b) *Etapas indagatoria*, que tiene por finalidad determinar la efectividad de los hechos investigados y comprobar el real grado de participación que pudiere corresponderle en ellos a los funcionarios que aparecen inculcados. El Fiscal tiene amplias facultades para realizar la investigación y los funcionarios estarán obligados a prestar la colaboración que se les solicite.

La duración de la indagatoria es de 20 días, prorrogables hasta completar 60, y se pueden agregar documentos, recibir pruebas de testigos, realizar inspecciones oculares, solicitar informes de peritos, etc.

Esta etapa es secreta (artículo 137 EA) y el Fiscal puede adoptar como medida provisional, la suspensión del inculcado de sus funciones o destinarlo transitoriamente a otro cargo (artículo 136 EA).

Una vez realizadas las diligencias, se declara el cierre de la etapa indagatoria, y el Fiscal deberá determinar si se debe declarar el sobreseimiento o formular cargos al funcionario inculcado.

- c) *Etapas de contradicción: formulación de cargos y defensa*. Si se formulan cargos, el funcionario deberá responder los mismos en un plazo de cinco días, a contar de la fecha de notificación de estos. A su vez, si solicita rendir prueba sobre los hechos materia del procedimiento, el Fiscal señalará un plazo para rendirla, el cual no podrá exceder de veinte días.
- d) *Vista o informe del Fiscal*. Contestados los cargos o vencido el plazo del período de prueba el Fiscal emitirá, dentro de cinco días, un dictamen en el cual propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar.
- e) *Etapas resolutiva y recursos*. Emitido el dictamen, el Fiscal elevará los antecedentes del sumario al jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso, quien resolverá en el plazo de cinco días, dictando al efecto una resolución en la cual absolverá al inculcado o aplicará la medida disciplinaria, en su caso.

En contra de la resolución que ordene la aplicación de una medida disciplinaria, procederán los siguientes recursos:

- De reposición, ante la misma autoridad que la hubiere dictado, y
- De apelación ante el superior jerárquico de quien impuso la medida disciplinaria.

El recurso de apelación solo podrá interponerse con el carácter de subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que esta no sea acogida.

Los recursos deberán ser fundados e interponerse en el plazo de cinco días, contados desde la notificación, y deberán ser fallados dentro de los cinco días siguientes.

§ 4. Las Medidas Disciplinarias

4.1. Criterios para su aplicación

Para la aplicación de las medidas disciplinarias, existen dos reglas básicas que debe respetar la autoridad:

- a) La medida disciplinaria debe ser determinada por la autoridad tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes, y
- b) Las medidas disciplinarias están taxativamente indicadas por el EA: censura por escrito, multa, suspensión y destitución.

4.2. Las medidas disciplinarias

La *censura* consiste en la reprensión (reproche o amonestación) por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente (artículo 122 EA).

La *multa* consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de esta. El funcionario en todo caso mantendrá su obligación de servir el cargo (artículo 123 EA).

Se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala:

- a. Si la multa no excede del 10% de la remuneración mensual, la anotación será de 2 puntos;
- b. Si la multa es superior al 10% y no excede del 15% de la remuneración mensual, la anotación será de 3 puntos, y
- c. Si la multa es superior al 15% de la remuneración mensual, la anotación será de 4 puntos.

Suspensión del empleo desde 30 días a 3 meses: La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un 50 a un 70% de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo entre 30 días a 3 meses. A su vez, se debe dejar constancia de ella en la hoja de vida del funcionario, mediante una anotación de demérito de 6 puntos en el factor correspondiente (artículo 124 EA).

La *destitución* es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario (artículo 125

EA). La medida disciplinaria de destitución procederá solo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

- a. Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
- b. Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;¹⁹⁴²
- c. Condena por crimen o simple delito, y
- d. Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciante
- e. En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales.¹⁹⁴³

Ahora bien, en el caso de los funcionarios públicos regidos por el Código del Trabajo, no será posible imponerles algunas de las medidas disciplinarias contempladas en el Estatuto Administrativo, debiendo la autoridad respectiva disponer, respecto del funcionario, algunas de las medidas establecidas en dicho Código.¹⁹⁴⁴ Así, cabe determinar la aplicación de las causales de caducidad contempladas en su artículo 160, toda vez que las conductas allí previstas constituyen imputaciones de acciones u omisiones en que aquellos pueden incurrir, que suponen responsabilidad administrativa y, consiguientemente, la eventual aplicación de una medida disciplinaria expulsiva.¹⁹⁴⁵

¹⁹⁴² *Artículo 84. El funcionario estará afecto a las siguientes prohibiciones:*

i) Organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado; dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, en la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturben el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado;

j) Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro;

k) Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen;

l) Realizar cualquier acto atentatorio a la dignidad de los demás funcionarios. Se considerará como una acción de este tipo el acoso sexual, entendido según los términos del artículo 2º, inciso segundo, del Código del Trabajo, y la discriminación arbitraria, según la define el artículo 2º de la ley que establece medidas contra la discriminación, y

¹⁹⁴³ Por ejemplo, el artículo 8 inciso final de la Ley Nº 20.585, sobre otorgamiento y uso de licencia médica, establece que: "El profesional de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez o de la unidad de licencias médicas que incurra en la conducta descrita en el inciso primero será sometido a sumario administrativo, en cuya virtud podrá ser destituido de su cargo, de conformidad a las reglas estatutarias respectivas".

¹⁹⁴⁴ Dictámenes N°s 64.005, de 2004 y 68.295, de 2016, entre otros.

¹⁹⁴⁵ Aplica dictámenes N°s 22.100, de 1998, y 55.928, de 2004.

Es por lo anterior que la Contraloría requiere que la verificación de las conductas, tipificadas en el aludido artículo 160, sea determinada a través de una breve investigación, en que se asegure el derecho a un racional y justo procedimiento, al tenor del artículo 18 de la LBGAE.¹⁹⁴⁶

Ahora bien, es menester precisar que el aludido procedimiento no resulta aplicable a aquellas desvinculaciones que se produzcan en virtud de los artículos 159 o 161 del Código del Trabajo. En este sentido, cabe recordar que la jurisprudencia administrativa¹⁹⁴⁷ ha señalado que el término del contrato de trabajo por alguna de las causales establecidas en el citado artículo 159, o en virtud de lo dispuesto en el artículo 161, inciso primero, del Código del Trabajo, no requieren de la instrucción de una investigación sumaria previa destinada a verificar la concurrencia de la causal invocada, pues, por una parte, los casos previstos en el mencionado artículo 159 no consisten en infracciones cometidas por el trabajador, y por otra, porque la causal de necesidades de la empresa faculta al empleador para ordenar el cese basándose únicamente en una apreciación objetiva, tanto de las condiciones de la empresa como de las del trabajador, sin necesidad de llevar a cabo el aludido proceso investigativo, ello sin perjuicio, por cierto, de que las circunstancias que le sirvan de fundamento se sustenten en hechos efectivos a fin de que la decisión se encuentre debidamente fundada.

4.3. Efectos de las medidas disciplinarias

Las medidas disciplinarias conllevan otros efectos que se deben tener presentes:

En el caso de la *destitución*, el efecto es la desvinculación o despido. Además, genera una inhabilidad por 5 años para volver a ingresar a la Administración Pública.

Por su parte, se produce *inhabilidad para la promoción*, cuando se trate de una censura aplicada dos o más veces en los 12 meses anteriores a la vacante a la que se quiere postular.

También se produce *inhabilidad para la promoción* si se ha aplicado multa al menos 1 vez en los 12 meses anteriores a la vacante.

Se produce una *inhabilidad para postular al cargo de Jefe de departamento* u otro de nivel jerárquico equivalente por cualquier medida disciplinaria que se haya aplicado.

En los casos de las medidas de *multa y suspensión*, el afectado sufrirá una disminución de su remuneración mensual, según se señaló antes.

¹⁹⁴⁶ Aplica dictámenes N^{os} 46.220, de 2006, 36.163, de 2011, 13.106, de 2013, y 25.278, de 2017, entre otros.

¹⁹⁴⁷ Véase dictamen N^o 44.459, de 2010.

§ 5. La Extinción de la responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa de los funcionarios se extingue por diversas causales:

- a) Por muerte del supuesto infractor o del infractor sancionado. A su vez, quedará sin efecto la multa cuyo pago o aplicación se encontrare pendiente a la fecha de fallecimiento del funcionario.
- b) Por haber cesado en sus funciones, cualquiera sea la causal. Sin embargo, en caso de renuncia, la autoridad debe aceptar la renuncia para que se produzca el cese de funciones, pudiendo retenerla hasta por treinta días. Ahora bien, si se encontrare en tramitación un sumario administrativo en el que estuviere involucrado un funcionario, y este cesare en sus funciones, el procedimiento deberá continuarse hasta su normal término, anotándose en su hoja de vida la sanción que el mérito del sumario determine (artículo 147 EA).
- c) Por el cumplimiento de la sanción.
- d) Por prescripción. La acción disciplinaria contra el funcionario prescribe en el plazo de cuatro años contados desde el día en que este hubiere incurrido en la acción u omisión que le da origen. No obstante, si hubiere hechos constitutivos de delito la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal. Por su parte, la prescripción de la acción disciplinaria se *interrumpe*, perdiéndose el tiempo transcurrido, si el funcionario incurriere nuevamente en falta administrativa, y se *suspende* desde que se formulen cargos en el sumario o investigación sumaria respectiva. Sin embargo, si el proceso administrativo se paraliza por más de dos años, o transcurren dos calificaciones funcionarias sin que haya sido sancionado, continuará corriendo el plazo de la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

IV. LA CESACIÓN DE FUNCIONES

El término de la relación estatutaria del funcionario con la Administración está determinado por diversas causales, cuyo alcance vamos a analizar a continuación.

§ 1. La aceptación de renuncia

Si bien la renuncia es un acto unilateral, para que produzca sus efectos

requiere de la aceptación por parte de la autoridad que puede realizar el nombramiento. Para tal efecto, la renuncia debe ser por escrito, y produce efecto solo desde la fecha de la total tramitación del acto que la acepte, salvo que se indicare otra fecha.

Ahora bien, es posible que no se produzca la aceptación inmediata de la renuncia, manteniéndose el vínculo con el servicio. Sin embargo, esta situación es excepción, pues la renuncia solo podrá ser retenida por la autoridad cuando el funcionario se encontrare sometido a sumario administrativo del cual emanen antecedentes serios de que pueda ser alejado de la institución por aplicación de la medida disciplinaria de destitución. En este caso, la aceptación de la renuncia no podrá retenerse por un lapso superior a treinta días contados desde su presentación, aun cuando no se hubiere resuelto sobre la aplicación de la medida disciplinaria.

A su vez, si se encontrare en tramitación un sumario administrativo en el que estuviere involucrado un funcionario, y este cesare en sus funciones, el procedimiento deberá continuarse hasta su normal término —aun cuando ya no tenga la calidad de funcionario—, anotándose en su hoja de vida la sanción que el mérito del sumario determine, pues seguirá produciendo los efectos respectivos, como sería la inhabilidad de cinco años en caso de destitución.

§ 2. Jubilación

Cesa en el cargo desde día en que se empieza a percibir la pensión respectiva, si el funcionario decide jubilar, se pensione u obtenga renta vitalicia en relación al cargo público.

§ 3. La declaración de vacancia

La declaración de vacancia es un acto formal del jefe de servicio o de la autoridad competente, en cuya virtud se produce la cesación del funcionario y tiene lugar por causales bien determinadas:

- i) En los casos de *salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo*. Si bien aquello se debe determinar a través de los procedimientos respectivos que permitan establecer que el funcionario no goza de la salud que le permita desempeñar su cargo y aquello es irreversible, existe una suerte de presunción de esta causal en el caso que el funcionario haya hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

En todo caso, no opera de forma automática, pues con la Ley N° 21.050 de 2017, se estableció que el jefe superior del servicio, para esta facultad, deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del funcionario respecto a la condición de irreversibilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo.

Ahora bien, si se hubiere declarado irreversible la salud de un funcionario, este deberá retirarse de la Administración dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irreversibilidad. Si transcurrido este plazo el empleado no se retirare, en este caso procederá la declaración de vacancia del cargo.

- ii) La *pérdida sobreviniente de alguno de los requisitos* de ingreso a la Administración del Estado. Así ocurre, por ejemplo, en el caso que la persona pierda la calidad de ciudadano o sea condenada por crimen o simple delito.
- iii) Por *calificación* en lista de “eliminación” (lista 4) o dos períodos consecutivos en “condicional” (lista 3).
- iv) Por *no presentación de renuncia en los cargos de exclusiva confianza*. En los casos de cargos de exclusiva confianza, la remoción se hará efectiva por medio de la petición de renuncia que formulará el Presidente de la República o la autoridad llamada a efectuar el nombramiento. Ahora bien, si la renuncia no se presenta dentro de las cuarenta y ocho horas de requerida, se declarará vacante el cargo.

§ 4. La destitución del cargo

La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario.

Esta medida procederá solo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

- i) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
- ii) Infringir las disposiciones de las letras i), j), k) y l) del artículo 84 de este Estatuto;
- iii) Condena por crimen o simple delito;
- iv) Efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado, y

- v) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales.

§ 5. La supresión del empleo

La supresión del empleo se produce por efecto de la reestructuración o fusión de los servicios públicos. En estos casos, el funcionario afectado tiene derecho a indemnización –un mes por cada año de servicio, con un máximo de seis–, siempre que no sea encasillado en las nuevas plantas y que no cumpla con los requisitos para acogerse a jubilación.

§ 6. Término del período legal

El término del período legal por el cual es nombrado, o el cumplimiento del plazo por el cual es contratado, produce la inmediata cesación de sus funciones.

Con todo, el empleado continuará ejerciéndolas, con los mismos derechos y prerrogativas que los funcionarios en servicio activo, si fuere notificado, previamente y por escrito, de encontrarse en tramitación el decreto o resolución que renueva su nombramiento o contrato.

Esta forma de término se aplica a los suplentes que sirven un cargo vacante y a los nombramientos a contrata. Si la suplencia corresponde a un cargo vacante, esta no podrá extenderse por más de seis meses, al término de los cuales debe necesariamente proveerse con titular.

V. EL CONTENCIOSO DE LOS FUNCIONARIOS: EL RECURSO GENERAL DE RECLAMACIÓN ANTE LA CONTRALORÍA

Los funcionarios tienen derecho a reclamar ante la Contraloría General de la República cuando se hubieren producido vicios de legalidad que afectaren los derechos que les confiere el EA (artículo 160). Para este efecto, tienen un plazo de diez días hábiles, contado desde que tuvieron conocimiento de la situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio de que se reclama. Tratándose de beneficios o derechos relacionados con remuneraciones, asignaciones o viáticos el plazo para reclamar será de sesenta días.

Este derecho también se les reconoce a las *personas que postulen a un concurso público* para ingresar a un cargo en la Administración del Estado, aunque no sean funcionarios, debiendo ejercerlo dentro del plazo de diez días contado en la forma indicada en el inciso anterior.

En cuanto al *procedimiento*, la Contraloría deberá resolver el reclamo, previo informe del jefe superior, secretario regional ministerial o director regional de servicios nacionales desconcentrados, según el caso. El informe debe ser emitido dentro de los diez días hábiles siguientes. Vencido este plazo, con o sin el informe, la Contraloría procederá a resolver el reclamo, para lo cual dispondrá de veinte días hábiles.