

RADIOGRAFÍA DEL EMPLEO PÚBLICO EN CHILE¹

1 Capítulo elaborado por Karla Varas Marchant, con la colaboración de los ayudantes Emiliano Bustamante, Mariela Córdova Díaz y Francisca Rojas Garrido.

SÍNTESIS

Por muchos años el estudio de las relaciones laborales al interior de la administración pública ha sido una temática olvidada por la errada creencia que los trabajadores públicos, al gozar de un estatuto jurídico especial que les confiere estabilidad en el empleo, no viven los típicos problemas laborales de los trabajadores privados. Además, se ha entendido que el Estado, al no perseguir fines de lucro, no detenta una posición de poder ante su personal y como la prestación de servicios públicos persigue satisfacer necesidades de la comunidad, no se concibe la posibilidad de conflicto, toda vez que el Estado y su personal tienen un mismo horizonte: la prosecución del bien común.²

Con el correr de los años, todos esos mitos se han ido difuminando y con propiedad podemos decir que el empleo público en Chile es precario, de mala calidad, que el Estado es un pésimo empleador y, por sobre todo, que al interior de la relación laboral pública el conflicto es evidente. Por lo mismo y pese a todas las restricciones normativas para el ejercicio integral de los derechos colectivos, los trabajadores públicos han logrado construir una organización capaz de superar todas las barreras normativas para hacer respetar sus derechos.

El tránsito desde una concepción de armonía y convergencia de intereses entre el Estado y su personal hacia una antagonica y de conflicto, se produce porque –tal como ocurre en la relación laboral privada– en el mundo público hay una desigual distribución del poder, cuestión que lleva a los trabajadores a demandar mayor protección laboral y, sobre todo, a construir una organización sindical capaz de contrarrestar el poder que ejerce el Estado en su calidad de empleador.

PALABRAS CLAVES: empleo público, libertad sindical, precariedad, estándares internacionales.

2 En este contexto, Machiavello es de la opinión que el modelo de intereses contrapuestos es ajeno al trabajo público, puesto que no estamos ante un Estado preocupado de hacer ganancias a costa de los intereses del país y del bienestar de sus integrantes. En razón de ello, estima que en el trabajo público existen o debiesen existir intereses convergentes, una orientación institucional tanto del jefe empleador como del subordinado, ya que, en su conjunto, gestionan recursos que son de todo el país, cuyo fin es la satisfacción de necesidades que van más allá de la ganancia y lucro privado. Guido Macchiavello Contreras, *Derecho del Trabajo*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 70.

INTRODUCCIÓN

Para que el Estado pueda materializar el cometido que por mandato constitucional está llamado a realizar —promover el bien común—,³ debe dotarse de un fuerte aparato institucional que sea capaz de satisfacer las necesidades que demanda la sociedad moderna.

Ahora, a raíz de la complejización que ha experimentado la sociedad actual, no solo se reducen a la satisfacción de las necesidades materiales básicas que permiten asegurar una vida digna, sino que además a lo que se ha denominado necesidades post adquisitivas, esto es, aquellas que no pueden ser satisfechas por el sistema de mercado ya que responden a otro tipo de valores —políticos, morales, éticos, estéticos o afectivos—, lo cual ha exigido un constante crecimiento de la Administración del Estado.⁴

Pues bien, detrás de ese gran aparato institucional que ha sido creado para satisfacer las necesidades de la sociedad, hay un sinnúmero de personas que dan vida a dicha institucionalidad llevando a la práctica el cometido estatal de promover el bien común.

Tradicionalmente, esas personas han sido denominadas funcionarios o empleados públicos con el objeto de marcar una clara distinción respecto de quienes prestan servicios en el sector privado, negándoles desde el punto de vista conceptual la calidad de trabajadores/as.

Desde ahí, se ha construido una historia paralela para los llamados funcionarios públicos caracterizada por estar cargada de mitos y limitaciones de diversa índole. En efecto, han debido cargar con el estigma

3 Ello, en virtud del mandato contenido en el artículo 1 incisos 3º y 4º de la Constitución Política que dispone: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

4 Luis Enrique Alonso, Trabajo y ciudadanía, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 75-76.

de ser una casta privilegiada, dotada de seguridad y estabilidad en el empleo; han tenido que anteponer el interés general frente a sus reivindicaciones particulares, asumiendo que sus condiciones laborales solo pueden venir predeterminadas por el legislador y que su voluntad no puede tener intervención en las mismas. En fin, han tenido que soportar la marginación y exclusión del mundo de los trabajadores subordinados, no solo en relación con la legislación protectora que ha sido construida en el plano individual, sino que además respecto del ejercicio de derechos colectivos, especialmente la negociación colectiva y la huelga.

La relación laboral pública ha sido caracterizada como armónica, pacífica, donde el Estado y sus servidores tienen intereses convergentes —la satisfacción de necesidades públicas y, en definitiva, la prosecución del bien común—, siendo inexistente en su ámbito la dicotomía capital-trabajo. En otras palabras, están ajenos al conflicto central de la relación laboral privada. De este modo, y teniendo en vista, además, que los trabajadores públicos están revestidos de la garantía de estabilidad laboral, que los coloca en una situación privilegiada en comparación con los trabajadores del sector privado,⁵ se ha estimado que en el seno de la relación laboral pública no puede generarse un conflicto colectivo, siendo excluidos históricamente del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga.

Fundado en el principio de primacía del interés público frente al interés particular del funcionario, la doctrina administrativista construyó la tesis del régimen estatutario, cuyo eje central es la existencia de un régimen legal especial, distinto del laboral común, que se encarga de precisar detenidamente toda la regulación jurídica a la que tendrá que ceñirse el funcionario en el ejercicio de su actividad administrativa, y donde no tiene intervención alguna la voluntad del empleado.⁶

Esta división del trabajo humano —público y privado— que ha sido descrita, se ha construido sobre una falsa dicotomía que solo ha servido para crear diversos niveles de protección laboral, ya que la médula o corazón de toda relación de trabajo es la cuestión del poder y la situación de dependencia que se deriva del mismo.⁷

5 Esta situación de privilegio, al estar revestidos de la garantía de estabilidad en el empleo, solo se da en el plano teórico, ya que en la práctica, la gran mayoría de los trabajadores públicos se desempeña bajo la modalidad de contrata —relación laboral esencialmente temporal, cuya continuidad depende exclusivamente de la autoridad política de turno—, y el resto bajo la modalidad de honorarios, desprovistos tanto de la protección estatutaria como laboral.

6 Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 22.

7 Hugo Sinzheimer, *Crisis económica y derecho del trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984, pp. 75-76.

El poder, como centro de la relación de trabajo, y la dependencia, como la posición que ocupa el trabajador en la misma, han sido la nota distintiva que ha atravesado a todas las concepciones de trabajo que se han desarrollado en la historia del hombre. Es por ello que dicho poder jurídico personal, y la consecuente situación de dependencia del trabajador, no solo se presenta en el seno de la relación de trabajo privada, sino que también en el vínculo entre el funcionario y la Administración del Estado, toda vez que existe el mismo intercambio de trabajo por remuneración, realizado bajo las órdenes, control y dirección del empleador. La única diferencia radica en el hecho de que, en este último caso, es el Estado el acreedor de los frutos del trabajo.

Es el poder y la situación de dependencia del trabajador la línea común que atraviesa a todo el trabajo humano, sea público o privado, en un contexto donde el poder es el centro de toda relación laboral y el trabajador está sometido a una fuerte subordinación. Tal como indica Sergio Gamonal: “el derecho de huelga y las medidas de autotutela en general se configuran como un reequilibrio mínimo de fuerzas entre empleadores y trabajadores”.⁸

De acuerdo a lo señalado por Oscar Ermida, el presupuesto básico que determina el ámbito de aplicación del derecho de sindicación es la existencia de una relación de trabajo en régimen de subordinación,⁹ presupuesto que también se presenta en la relación laboral pública: existe un intercambio de trabajo por remuneración que se ejecuta bajo las órdenes y dirección de la autoridad pública.

Esta tendencia expansiva del derecho del trabajo comenzó con el reconocimiento de los derechos comprendidos en el principio de libertad sindical a los trabajadores públicos. Tal como indica Miguel Sánchez, la difusión de las ideologías democráticas e igualitarias permitió a los funcionarios públicos asumir su condición de ciudadanos y de trabajadores por cuenta ajena¹⁰ reivindicando el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga a fin de poder defender sus intereses económicos y sociales.

En el ámbito nacional, la expansión que ha tenido el derecho colectivo del trabajo al sector público tiene características bien peculiares. Ello, por cuanto en el plano normativo solo hay un reconocimiento parcial de la libertad sindical de los trabajadores públicos —únicamente la faz organizativa—, existiendo una omisión en relación con el derecho de negociación colectiva y fuertes restricciones normativas

8 Sergio Gamonal Contreras, “El derecho de huelga en la Constitución chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1, 2013, p. 108.

9 Oscar Ermida Uriarte, *Sindicatos en Libertad Sindical*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2ª edición, 1991, pp. 85-86.

10 Miguel Sánchez Moron, *Derecho de la Función Pública*, España, Editorial Tecnos, 2008, p. 33.

al ejercicio del derecho de huelga, llegando incluso a estar tipificado como delito.

Estas omisiones y restricciones normativas no han sido óbice para que los trabajadores públicos, en el plano fáctico, de todos modos ejerzan estos derechos, incluso, con menores restricciones que las existentes para el mundo privado, constituyéndose en un potente movimiento sindical que ha sido capaz de superar las barreras normativas.

El ejercicio de facto de estos derechos ha sido una herramienta indispensable de la que se han valido los trabajadores públicos para enfrentar la constante precarización del empleo al interior del Estado, y es por ello que el presente informe pretende dar cuenta de los principales factores de precarización del empleo público en Chile y el nivel de reconocimiento de sus derechos colectivos, a fin de verificar si el Estado chileno está cumpliendo con los estándares internacionales.

1. LA PRECARIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA FALTA DE FOMENTO Y RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

1.1. Breve contexto de la realidad laboral en el sector público chileno

En nuestro país la Administración Pública se relaciona con su personal a través de una diversidad de regímenes jurídicos, algunos de carácter estatutario de derecho público, otros regidos por la legislación laboral común, y finalmente los que están regidos por el derecho civil a través de la figura de los honorarios.

La doctrina administrativista tradicional, en relación al vínculo jurídico que tiene el personal que presta servicios al sector público con el Estado, distingue entre funcionarios públicos y personas contratadas a honorarios. Los primeros son aquellas personas que ejercen un cargo público por medio del cual realizan una función administrativa, y su relación laboral se encuentra regulada por las normas del Estatuto Administrativo, en tanto que los segundos son las personas contratadas bajo las reglas civiles de arrendamiento de servicios inmateriales y, por ende, se rigen por el respectivo contrato.¹¹

Sin embargo, más allá de esta tradicional distinción, en el sector público chileno conviven realidades laborales paralelas, es decir, en su interior existen diversas categorías de trabajadores, los que podemos agrupar de la siguiente manera:

- a) Personal Funcionarial: personal del Estado que está sujeto a un régimen jurídico de derecho público, de carácter estatutario, no

¹¹ Enrique Rajevic, Felipe Goya y Carlos Pardo, *Los puestos directivos en el Estado Chileno. Hacia un sistema de gerencia pública*, pp. 59-61.

contractual. Quienes ingresan a la Administración bajo este régimen pueden detentar la calidad jurídica de funcionarios de planta¹² o a contrata.¹³

- b) Personal Laboral: se encuentra regido por el Código del Trabajo y, de conformidad con la doctrina de la Contraloría General de la República, detentan la calidad de empleados públicos, toda vez que lo determinante para tal calificación no es el régimen jurídico al cual se encuentran afectos, sino la naturaleza pública del servicio en el cual se desempeñan.
- c) Personal a honorarios: regido por el respectivo convenio a honorarios suscrito con la Administración.

Esta dispersión de regímenes jurídicos ha generado una constante precarización del empleo público, dado que de un modelo de estabilidad característico de los regímenes de función pública pasamos a un modelo de transitoriedad e inestabilidad, debido a que con la proliferación del empleo a contrata y honorarios la continuidad del vínculo pasa a estar definida por los criterios políticos de la autoridad de turno.

1.1.1. El personal a contrata y la inestabilidad laboral

El artículo 3 letra c) del Estatuto Administrativo define el empleo a contrata como aquel de carácter transitorio que se puede encontrar en la dotación de una institución. Posteriormente, el artículo 10 del referido cuerpo legal regula la extensión del empleo a contrata, señalando que durará, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año, y los empleados expirarán en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta una prórroga para sus funciones a lo menos con treinta días de anticipación.

Conforme a la doctrina de la Contraloría General de la República, “las designaciones a contrata constituyen empleos esencialmente transitorios que se consultan en la dotación de una institución, cuya finalidad es la de complementar el conjunto de cargos permanentes que

12 De acuerdo a lo señalado en el artículo 3 letra b) del Estatuto Administrativo, los cargos de planta corresponden al conjunto de cargos permanentes asignados por ley a cada institución, los que pueden ocupar funciones de nivel directivo, profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares.

13 Los funcionarios públicos a contrata son aquellos que tienen empleos transitorios, cuya duración en su cargo es, como máximo, hasta el 31 de diciembre de cada año, fecha en la cual expiran sus contratos por el solo ministerio de la ley, salvo que se hubiese dispuesto su prórroga con a lo menos 30 días de anticipación (Artículo 3 letra c) y 10 del Estatuto Administrativo).

Haciendo una comparación con las formas de contratación del Código del Trabajo, se asimilan a los contratos a plazo fijo, pero para el caso de los funcionarios públicos no se prevén garantías mínimas que protejan la estabilidad en el cargo: plazo máximo que puede tener un nombramiento a contrata; presupuestos en virtud de los cuales se entiende que la contrata pasa a ser indefinida, en este caso, de planta, etc.

forman parte de la planta de personal de un servicio, según lo requieran las necesidades de este”.¹⁴

Como podemos advertir, para el órgano contralor una de las características esenciales de este tipo de empleos es su transitoriedad o temporalidad, toda vez que están ligados a atender necesidades específicas del servicio, lo que es plenamente concordante con la normativa estatutaria (no pueden durar más allá del 31 de diciembre de cada año).

Como se trata entonces de cargos transitorios que están vinculados a las necesidades del servicio respectivo, el Estatuto Administrativo establece que el personal a contrata de una institución no podrá exceder el 20% del total de los cargos de la planta de personal, introduciendo un límite en torno a la cantidad máxima de trabajadores a contrata que puede laborar en un servicio.

Sin embargo, pese a la restricción señalada, es un hecho cierto que el límite del 20% no ha sido respetado, existiendo un constante aumento del empleo a contrata. Ante esta realidad, cabe preguntarse entonces cómo es que la Administración ha podido legítimamente superar ese porcentaje, respuesta que se encuentra en la habilitación que año a año se contempla en la Ley de Presupuestos, la que en sus diferentes glosas presupuestarias permite a los servicios aumentar anualmente su dotación de contrata por sobre el 20% determinado por el Estatuto Administrativo.¹⁵

El creciente aumento del personal a contrata se refleja en las propias estadísticas que elabora la Dirección de Presupuestos: en el 2005, la dotación total de trabajadores del gobierno central fue de 165.153 y de ellos 73.938 eran a contrata, lo que representaba el 44,7%, versus las plantas de personal que en ese año representaban un 54,6% del total de trabajadores del Gobierno Central. Ahora, para el 2014, las estadísticas indicaron que el total de trabajadores del gobierno central fue de 227.869: un 60,85% correspondió a personal a contrata versus el 37,3% de planta.¹⁶

Este aumento sostenido del empleo a contrata, entonces, ha sido un factor de precarización de la relación laboral de los trabajadores públicos. Se trata de un personal que carece de estabilidad en el empleo, ya que su permanencia en el cargo es definida cada 31 de diciembre y depende de la voluntad política de la autoridad de turno.

Hablamos de precarización, ya que bajo esta modalidad de contratación pasamos de un modelo de estabilidad en el empleo característico de las plantas de personal a uno de transitoriedad e inestabilidad.

14 Dictamen 29.097, de 2008, de la Contraloría General de la República.

15 Carlos Portales, *Estudio sobre estatuto administrativo, remuneraciones y calificaciones en el personal del Gobierno Central de Chile*, Escuela de Administración PUC, Santiago, 2009.

16 Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, *Estadísticas de recursos humanos del sector público 2005-2014*, noviembre 2015.

Además, en la práctica, las contrataciones no son empleos transitorios, sino vínculos que se extienden en el tiempo (muchas veces por más de 10 o 20 años), pero que están expuestos, cada 31 de diciembre, a cesar, sin gozar de ninguna garantía o protección frente a esa no renovación o, más propiamente, despido.

Como se puede advertir, una de las principales problemáticas por las que atraviesa este tipo de trabajadores es que el supuesto de la transitoriedad y temporalidad del vínculo no es respetado por la Administración y, en consecuencia, en la gran mayoría de los casos quienes ingresan a una institución pública en tal calidad llegan a estar extensos períodos de tiempo.

A primera vista, las renovaciones constantes de las contrataciones nos pueden parecer beneficiosas para los trabajadores que ingresan a la Administración Pública en tal calidad jurídica. Sin embargo, la conducta que ha desplegado la Administración en ese sentido no ha implicado el otorgamiento de garantías de estabilidad laboral, ya que año tras año, en todos los servicios públicos ronda la incertidumbre y la angustia entre los trabajadores a contrata que no saben si se les renovará por un año más.

En caso de que se le renovase, tendría una mediana tranquilidad por los próximos 11 meses,¹⁷ pero si la Administración toma la decisión contraria, ese trabajador se irá de la institución a la cual ha servido por años, sin derecho a ser indemnizado ni tampoco a gozar de algún seguro que aliviane los efectos de la cesantía.¹⁸ Además, en la generalidad de los casos, los despidos de los trabajadores a contrata se basan en la transitoriedad del vínculo –la llegada del 31 de diciembre–, por lo que la autoridad del servicio no entrega fundamento alguno para justificar la medida, deshaciéndose de trabajadores que han dado gran parte de su vida laboral al servicio público.

Pese al oscuro escenario al que están enfrentados los trabajadores a contrata, este año la Contraloría General de la República, por medio del dictamen 22.766 del 24 de marzo de 2016, marcó un antes y un

17 No se trata de una tranquilidad absoluta por dos razones. Primero, porque cuando se acerca el final de año estarán nuevamente sometidos a la incertidumbre de si se renovará o no su contrata, y segundo, porque tanto la Contraloría General de la República, como nuestros Tribunales Superiores de Justicia, han entendido que la Administración tiene la facultad de poner término anticipado a la misma, simplemente por no ser necesarios sus servicios. Así, por ejemplo, la Corte Suprema en causa Rol 6876-2010, ante un término anticipado de una contrata, sostuvo que la autoridad administrativa se encontraba legalmente facultada para cesar esos servicios, ya que el empleo a contrata tiene como principal característica la transitoriedad de su duración, la que está supeditada a las necesidades de la entidad empleadora, sin que sea necesario para la Administración entregar mayores fundamentos para darle fin.

18 El artículo 1 de la Ley 19.728 fija el ámbito de aplicación del seguro de cesantía, señalando que se establece a favor de los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo, excluyendo de ese modo a todos los trabajadores públicos que se rigen por el Estatuto Administrativo general o especiales.

después al sostener que dada las renovaciones reiteradas que realizaron dos entes edilicios de las contratas de dos funcionarios requirentes (desde el año 2000 hasta el 2015, respecto de un ex funcionario de la Municipalidad de Santiago, y, desde el 2011 al 2015, en cuanto a un ex funcionario de la Municipalidad de Vitacura), se tornó permanente y constante la mantención del vínculo con los interesados, y dicha práctica administrativa les generó una legítima expectativa que los hizo confiar en que se repetiría la contratación. Al no producirse la renovación de las contratas y sin que se explicitaran los fundamentos de la decisión, el órgano contralor ordenó a los municipios renovar el vínculo de los requirentes por el año 2016 en los mismos términos de su última contratación. Así fue como se les reincorporó a sus funciones y se les pagaron las remuneraciones correspondientes al tiempo durante el cual se vieron separados de sus labores, ya que dicho impedimento se debió a una situación de fuerza mayor, no imputable a los funcionarios.

1.1.2. La desprotección laboral del personal a honorarios del Estado

El Estatuto Administrativo prevé expresamente la posibilidad de contratar personal bajo la modalidad de honorarios,¹⁹ en base a los siguientes supuestos:

- a. Cuando se trate de la realización de labores accidentales y que no sean habituales de la institución, y
- b. para la realización de cometidos específicos.

Los supuestos recién descritos están vinculados a labores temporales, accidentales, que no son habituales en la institución o que se realizan para cometidos específicos por profesionales o expertos.²⁰

Además, como se vinculan con la Administración por medio de la modalidad a honorarios, sus labores las desarrollan con autonomía y, en razón de la temporalidad del vínculo, normalmente prestan servi-

19 En efecto, el artículo 11 del Estatuto Administrativo dispone que "Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. 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 reglas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no le serán aplicables las disposiciones de este estatuto".

20 La Contraloría General de la República, en Dictamen 16.220 de 1982, ratifica los supuestos legales de contratación a honorarios por parte de la Administración, al sostener que "el contrato a honorarios es un mecanismo de prestación de servicios que tiene por objeto permitir a los jefes superiores de la Administración del Estado contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias, siempre que se trate de realizar funciones propias del respectivo servicio, cuando presenten carácter ocasional y no habitual, o presentándolo, se hallen circunscritas a cometidos específicos del servicios".

cios a diversas entidades, sean públicas o privadas. En definitiva, se trata de una persona que presta un servicio para el Estado con autonomía e independencia, y la principal característica del vínculo contractual que mantiene es su temporalidad.

Ahora bien, el problema que se plantea en relación a este personal surge cuando se desbordan los supuestos previstos por el legislador para su contratación, es decir, cuando las labores realizadas por las personas a honorarios son las habituales del servicio –aquellas que el servicio público está llamado a cumplir de acuerdo a los fines por los cuales fue creado–, o son de carácter permanente, o el cometido específico excede la temporalidad que lo caracteriza.

Lamentablemente, al interior de la Administración del Estado el uso de esta modalidad de contratación sobrepasa los supuestos señalados en la norma, e incluso es frecuente que en el ejercicio de una misma función, existan funcionarios de planta, a contrata y a honorarios. El Estado ha abusado de esta forma de contratación, generando consecuencias perniciosas para los trabajadores. En primer lugar, son trabajadores que quedan al margen de toda protección laboral y, por ende, aunque desempeñan funciones habituales de la institución, no cuentan con garantías mínimas para el desarrollo de su función (límite de jornada, descansos, permisos, vacaciones, licencias médicas, protección de la maternidad, etc.). En segundo lugar, no gozan de estabilidad en el empleo, ya que su continuidad queda al arbitrio de la autoridad de turno, y por tanto fuertemente determinada por factores políticos.

Las condiciones anteriores han sido confirmadas por dirigentes nacionales de trabajadores a honorarios del Estado. Betzabeth Marín Nanco, Presidenta del Sindicato de Trabajadores a Honorarios de la Municipalidad de La Pintana y dirigente de base de la Unión Nacional de Trabajadores a Honorarios del Estado, señala que una de las principales problemáticas laborales son las formas de contratación, lo que ha generado una “categorización del trabajo, habiendo trabajadores de primera, segunda y tercera categoría”. Esta tercera categoría, según palabras de la dirigente, está representada por los trabajadores a honorarios, ya que no tienen ningún tipo de protección ni amparo: “no somos ni código laboral ni estatuto administrativo (...) por lo tanto estamos en la total desprotección en todo lo que se refiere a derechos laborales”. La dirigente califica esta realidad como de “precariedad extrema” y como ejemplo del trato que reciben en comparación a los trabajadores regidos por el estatuto administrativo, nos relata su caso personal: “yo trabajo en una oficina con otra compañera que es trabajadora social igual que yo, ella es de planta y yo soy honorario, las diferencias se dan en que por ejemplo si ella tiene que hacer trámites se puede tomar administrativo, son seis días al año, yo no tengo administrativo, entonces yo pido permiso y tengo que empezar durante el mismo mes. Si ella quiere

quedar embarazada, lo puede hacer, en cambio yo no, porque no tendré protección ni subsidio maternal durante ese período. Si cada tres meses ella recibe los PMG (programas de mejoramiento de la gestión), yo no. Ella por ejemplo tiene derecho a asistir a todas las capacitaciones que quiera y cuando se las aprueben, yo tengo que asistir solamente a las que son para honorarios. Si ella se enferma se puede tomar el mes de licencia o más, yo solamente puedo tomarme 5 días que son los que ha autorizado el Alcalde, por lo que tengo que volver a mi trabajo enferma o seguir el reposo hasta que termine mi licencia, descontándose todos esos días de remuneración”. A su vez, nos indica que el establecer derechos laborales mínimos, como pago de licencia médica en caso de enfermedad, queda al arbitrio de su empleador, a su “buena onda”. Respecto al constante aumento de esta forma de contratación, la dirigente nos indica que “lamentablemente los empleadores, tanto del nivel central como descentralizado, han utilizado esta herramienta para poder generar o pagar favores políticos o para generar una masa de trabajadores que ingresa y que puede ser desvinculada en cualquier momento”. En suma, señala, que la contratación a honorarios es una “estrategia política para precarizar el trabajo y poder pagar favores políticos”.²¹

Sebastián Valdebenito Pedrero, Presidente del Sindicato de Trabajadores a Honorarios del Ministerio de Desarrollo Social, señala que una de las principales problemáticas por las que atraviesan es la discriminación contractual, ya que al interior del Estado no solo el personal de planta y contrata desempeñan funciones permanentes, sino que también hay un porcentaje importante de trabajadores que cumplen las mismas funciones que los de planta y de contrata, pero que tienen la calidad contractual de “honorarios”. Estos últimos son discriminados ya que no se les reconoce su condición de trabajadores, y en consecuencia se les niegan todos los derechos laborales. Indica, también, que la contratación a honorarios se viene consolidando en los últimos 30 años con la finalidad de “flexibilizar y disminuir los costos de contratación al Estado”, y además ha sido utilizada como una herramienta política que añade otra dosis de incertidumbre laboral a este tipo de trabajadores. Al respecto nos relata que conoce compañeros de labores que han sido desvinculados “por negarse a hacer campañas, porque al trabajador a honorarios lo desvinculas así no más, no tienes que tener ningún motivo para hacerlo, entonces le entrega poder al empleador, permite un alta rotación y, finalmente, termina afectando al mismo servicio”.²²

El camino que han debido recorrer los trabajadores a honorarios del Estado en búsqueda de protección laboral ha sido arduo. Han utilizado

21 Entrevista realizada el 17 de junio de 2016.

22 Entrevista realizada el 15 de junio de 2016.

la estrategia judicial para los efectos de recabar tutela al momento de ser despedidos, solicitándole a un juez del trabajo que declare la laboralidad del vínculo que los ha unido con el Estado, dado que los servicios se han prestado bajo subordinación y dependencia.

Los resultados de la utilización de esta herramienta han sido diversos. En un primer momento el criterio mayoritario de los Tribunales fue negarles la calidad de trabajadores dependientes sujetos al Código del Trabajo en base a la aplicación del principio de juridicidad o legalidad, conforme al cual el mencionado Código no resultaría aplicable a la relación entre la Administración y su personal, por cuanto el Estatuto Administrativo contempla expresamente solo tres modalidades de contratación: planta, contrata y honorarios, las que deben ser respetadas irrestrictamente de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, faltando con ello, la habilitación legal, previa y expresa, para contratar conforme a las reglas del Código del Trabajo.²³

En sede de unificación de jurisprudencia, la Corte Suprema, en un primer momento, estimó que no resultan aplicables al personal que presta servicios para el Estado las normas del Código del Trabajo, salvo en las materias o aspectos no previstos en el Estatuto Administrativo y en la medida que no sean contrarios a ellos por lo que en la especie, como la celebración de contratos a honorarios está contemplado en el Estatuto Administrativo, no les resulta aplicable ni la normativa estatutaria ni mucho menos la laboral, siendo totalmente indiferente que en ese tipo de contrato se haya pactado un horario, el derecho a feriado legal y la obligación del demandante de sujetarse a las instrucciones de su jefatura, ya que todas esas cláusulas pueden pactarse en un contrato de prestación de servicios a honorarios. En definitiva, la ex cuarta sala concluye que:

“debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido que las relaciones habidas entre las personas contratadas para prestar servicios en organismos de la administración descentralizada del Estado, a través de contratos de prestación de servicios a honorarios, se rigen por las estipulaciones contenidas en dichas convenciones y no les resultan aplicables las normas del Código del Trabajo”.²⁴

El referido criterio posteriormente fue modificado por la nueva sala laboral, dando inicio a una era distinta para los trabajadores a honorarios

23 Corte Suprema, *Gordillo contra Fondo Nacional de Salud*, 29 de noviembre de 2005; Corte de Apelaciones de Santiago, *Herrera Tarrago contra Consejo Nacional de la Cultura y las Artes*, 4 de julio de 2011.

24 Corte Suprema, *Contreras contra Fondo de Solidaridad e Inversión Social FOSIS*, 29 de mayo de 2012.

del Estado. En efecto, por medio del recurso de unificación Rol 11.584-2014, la Corte Suprema sostuvo que el Código del Trabajo se aplica a la función pública en dos supuestos: (a) respecto de los funcionarios de la Administración del Estado que no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial; (b) aquellos que contando con un estatuto, éste no regula el aspecto o materia de que se trate, siempre que tal materia no resulte incompatible con su marco jurídico. En razón de lo anterior, la Corte concluye dos cuestiones de vital importancia. Primero, que el Código del Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, y segundo, que el Estado no puede invocar el principio de juridicidad para propiciar la precariedad e informalidad laboral. En consecuencia, entiende unificada la jurisprudencia en el sentido que:

“corresponde calificar como vinculaciones laborales, sometidas al Código del Trabajo, a las relaciones habidas entre una persona natural y un órgano de la Administración del Estado, en la especie, una Municipalidad, en la medida que dichas vinculaciones se desarrollen fuera del marco legal que establece para el caso del artículo 4 de la Ley 18.883, que autoriza la contratación sobre la base de honorarios ajustada a las condiciones que dicha norma describe, en la medida que las relaciones se conformen a las exigencias establecidas por el legislador laboral para los efectos de entenderlas reguladas por la codificación correspondiente”.²⁵

Otra herramienta de la que se han valido los trabajadores a honorarios para tutelar sus derechos e intereses, ha sido la vía de la autonomía colectiva por medio de la constitución de organizaciones sindicales, tanto sectoriales como nacionales. Eso sí, dada la informalidad que los caracteriza y los restringidos márgenes de organización sindical que contempla nuestro sistema jurídico, han debido recurrir a la figura del Sindicato de Trabajadores Independientes y a organizaciones de hecho: coordinadoras regionales y la Unión Nacional de Trabajadores a Honorarios del Estado.

Sebastián Valdebenito, Presidente del Sindicato de Trabajadores/as a Honorarios del Ministerio de Desarrollo Social, nos comenta que la precarización de la función pública persigue también desconocer la capacidad de organización de los trabajadores, y es por ello que han debido recurrir a la figura del sindicato de trabajadores independientes.

25 Corte Suprema, *Vial contra Municipalidad de Santiago*, 1 de abril de 2015, considerando décimo. Posteriormente, el referido criterio es refrendado en los siguientes recursos de unificación de jurisprudencia: Corte Suprema, *Medina con Ilustre Municipalidad de San Antonio*, 9 de julio de 2015; Corte Suprema, *Guzmán contra Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano*, 6 de agosto de 2015; Corte Suprema, *Ríos contra Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de los Ríos*, 19 de abril de 2016, considerando décimo; Corte Suprema, *González contra Ilustre Municipalidad de Talca*, 19 de abril de 2016, considerandos décimo tercero a décimo séptimo.

El dirigente puntualiza que la única manera de ser reconocidos por el empleador es utilizando la fuerza, ya que —al no tener la calidad de trabajadores dependientes—, no se les garantiza ningún derecho sindical (fuero sindical, permisos sindicales, derecho a negociar colectivamente y ejercer el derecho de huelga).²⁶

Idénticas problemáticas identifica Orieta Fuenzalida Reyes, Secretaria de Cultura, Deportes y Recreación de la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), quien indica que las diversas calidades jurídicas que conviven al interior del aparato estatal ha llevado a que existan “trabajadores de primera, segunda, tercera y cuarta categoría, todos haciendo función pública y de manera permanente, así están las personas que están en la planta, que son las menos, personas que están a contrata que duran un año, sin derecho a indemnización por años de servicio, personas que están a honorarios, sin derecho a previsión ni a salud y personas que son externalizadas, que realizan funciones para empresas o corporaciones, y que tienen también una calidad jurídica precaria”.²⁷

Para Ximena Aguirre Galindo, integrante del directorio de la ANEF, la precariedad de la función pública también está vinculada con la utilización que hacen los partidos políticos de los servicios públicos, partidos que se han convertido, según sus palabras, en verdaderas bolsas de trabajo.²⁸

Otro factor de precarización señalado por las dirigentes es la subcontratación de servicios en el Estado, desde el aseo, la seguridad, choferes, hasta las casas de acogida del Servicio Nacional de Menores (SENAME).²⁹

No existen datos oficiales en torno al universo de trabajadores del Estado (incluidas las municipalidades) que se encuentran en este nivel de desprotección extremo. Conforme a las estadísticas de recursos humanos que elabora la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, al 31 de diciembre de 2014 el total de trabajadores a honorarios era de 47.239. Sin embargo, esas cifras, que desde ya nos parecen sospechosamente bajas, no se condicen con la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos a la Unión Nacional de Trabajadores/as a Honorarios del Estado, conforme a la cual para el año 2014 se identificaron un total de 350.255 trabajadoras y trabajadores a honorarios en el Estado (ministerios, municipalidades, hospitales, universidades y otras institucionales fiscales). De ese total, 186.722 pertenecen a instituciones fiscales y 153.533 a municipalidades.³⁰

26 Entrevista realizada el 15 de junio de 2016.

27 Entrevista realizada el 20 de junio de 2016.

28 Entrevista realizada el 20 de junio de 2016.

29 Entrevista realizada el 20 de junio de 2016.

30 Sebastián Valdebenito, *Informe Técnico para la Unión Nacional de Trabajadoras y Trabajadores a Honorarios del Estado*, Grupo de Investigación Políticas Sociales, Estudios Nueva Economía, Santiago, 2016.

1.2. El desconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores públicos

Tradicionalmente se ha entendido que en la función pública, atendido el régimen estatutario que la rige y los bienes jurídicos que están envueltos en la prestación de servicios públicos, el derecho de negociación colectiva—especialmente el derecho de huelga— no tienen cabida, reconociéndoseles a los trabajadores del Estado tan solo el derecho de asociación con fines netamente gremiales.³¹

Las características y finalidades de los servicios públicos, la supuesta convergencia de intereses entre el Estado y su personal, y la primacía del interés colectivo frente a las necesidades particulares de los funcionarios han sido los argumentos centrales para justificar la exclusión de los trabajadores públicos del goce de los derechos de negociación colectiva y de huelga.³²

Sin embargo, el ejercicio de estos derechos es clave para que los trabajadores públicos logren minimizar los efectos de la precariedad laboral en que están inmersos.

1.2.1. El derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos

Si bien los trabajadores públicos son titulares del derecho de libertad sindical en su faz organizativa,³³ en razón del alcance universal de la garantía constitucional contenida en el numeral 19 del artículo 19 de la Constitución Política, la cual no distingue entre trabajadores públicos o privados para los efectos del goce del derecho de sindicación,³⁴ no podemos decir

31 Jorge Precht, "Derecho de sindicación de funcionarios públicos. Análisis de su constitucionalidad", en *Revista de Derecho Valdivia* 2, 1991, p. 28.

32 Guillermo Varas, *Derecho administrativo*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1940, pp. 331-332; Patricio Aylwin, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1996, p. 139; Hugo Caldera, "Función pública y carrera funcionaria", en *Revista de Derecho Público* 50, 1991, pp. 214-216; Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 12.

33 Al respecto, Caamaño señala que el contenido esencial de la libertad sindical comprende por un lado, una faz orgánica, es decir, los atributos de sindicación y afiliación, y por otro, una faz funcional, que se concreta en "el derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados, mediante la acción reivindicativa y participativa, lo que se canaliza a través del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga". Eduardo Caamaño, "La Tutela Jurisdiccional de la Libertad Sindical", en *Revista de Derecho Valdivia* 19, 2006, p. 3.

En cuanto a la recepción constitucional del derecho de libertad sindical, Ugarte sostiene que el constituyente ha recepcionado las manifestaciones más relevantes de la libertad sindical, sin limitarse al derecho a organizarse, sino que también, el derecho de actividad sindical a través de la autonomía sindical y concretamente por la negociación colectiva y la huelga. José Luis Ugarte, "La libertad sindical y Constitución: cómo superar una vieja lectura", en *Revista Laboral Chilena* 86, 2000, pp. 75-76.

34 En efecto, la norma en referencia asegura a todas las personas, "el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el sólo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley (...)". En el caso de los funcionarios públicos, la concretización legal del derecho de sindicación está contenida en la Ley 19.296, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado.

lo mismo respecto de los derechos de acción sindical, en especial, el de negociación colectiva. Lo anterior a causa de que el constituyente restringió la negociación colectiva al nivel de la empresa, y el legislador, al regular los fines de las asociaciones de funcionarios, guardó total silencio respecto de una eventual titularidad del derecho de negociación colectiva.

El artículo 19 N° 16 inciso quinto de la Constitución dispone que:

“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”.

La radicación de la negociación colectiva al nivel de la empresa, y la consecuente exclusión de los servicios públicos y asociaciones de funcionarios como titulares de la misma, es producto del contexto histórico existente al momento de ser dictada la Constitución Política de 1980. En la acalorada discusión que se sostuvo al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en torno al reconocimiento constitucional de la negociación colectiva y sus alcances respecto a los funcionarios públicos, se evidencia la clara intención de sus integrantes de excluir a los funcionarios públicos de su ejercicio, lo cual –según las opiniones vertidas– queda de manifiesto con el hecho de haber colocado en la norma constitucional la expresión “empresa”, ya que el servicio público no es una empresa y, además, porque en el caso de los funcionarios del Estado no depende del jefe del servicio acordar un aumento de remuneraciones y, por tanto, “la negociación colectiva no tiene razón de ser en aquellos casos en que no depende de la sola voluntad del empleador el otorgar mejoramiento de sueldos, sino de la ley”.³⁵

En consecuencia, los comisionados entendieron que el derecho de negociación colectiva era exclusivo y reservado a los sindicatos del mundo privado, confiriéndoles a las asociaciones de funcionarios públicos meros fines gremiales, de bienestar y de capacitación, negándoles todo carácter reivindicativo.³⁶

35 Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República. Sesión 382°, 7 de junio de 1978, pp. 226-239.

36 A modo ilustrativo, el Ministro del Trabajo de la época, Vasco Costa, al responder una consulta del abogado e integrante de la Comisión Raúl Bertelsen, en torno a la incoherencia de la existencia de sindicatos que no pueden negociar colectivamente, sostuvo que “esa era la razón de prohibir el derecho de sindicación en la Administración Pública, ya que la negociación es sólo una facultad del sindicato”. Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República. Sesión 382°, 7 de junio de 1978, pp. 226-239.

En concordancia con el marco constitucional, en el plano legal, el único texto normativo donde se desarrolla el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos –Ley 19.296³⁷ sobre asociaciones de funcionarios de la Administración del Estado–, consagra únicamente la faz organizacional de la libertad sindical de los funcionarios públicos, al reconocer a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y el Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.

Sin embargo, en cuanto a las finalidades principales que se contemplan respecto de estas asociaciones, hay un claro contrasentido respecto a la omisión del ejercicio del derecho a negociar colectivamente y la prohibición de ejercer el derecho de huelga, ya que no se logra explicar de qué manera las asociaciones de funcionarios podrían obtener el mejoramiento económico de sus afiliados y de sus condiciones de vida y trabajo,³⁸ si desde el punto de vista normativo se encuentran imposibilitadas de negociar colectivamente con la Administración tales condiciones laborales y, además, carecen de la posibilidad de presionar a la autoridad para poder alcanzar sus reivindicaciones a través del ejercicio del derecho de huelga.

Del marco normativo descrito podemos concluir que el derecho de negociación colectiva no está reconocido de forma expresa para las organizaciones sindicales de empleados públicos. El constituyente restringe este derecho al nivel de la empresa y, por otro lado, la ley sobre asociaciones de funcionarios no lo contempla como parte del elenco de derechos de estas organizaciones.

De todos modos, pese a que constitucionalmente la negociación colectiva se limitó al ámbito de la empresa, no se consagró una prohibición para ser ejercida en el sector público, ni tampoco la encontramos en el ámbito legal, ya que la Ley 19.296 no se pronuncia al respecto. En consecuencia, su ejercicio por parte de los trabajadores públicos no puede estimarse ilegal. Por el contrario: se encuentra plenamente respaldado a la luz de los tratados internacionales –Convenio 151 de

37 Publicada el 14 de marzo de 1994. Antes de su entrada en vigencia, existía un vacío legal en torno a la materia.

Bajo el Código del Trabajo de 1931, los funcionarios públicos no podían sindicalizarse ni pertenecer a sindicato alguno. No obstante, se formaron asociaciones de derecho privado conforme a las normas del Código Civil. Posteriormente, la Ley 17.594 de 1972, concedió personalidad jurídica a la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) y a otras asociaciones del sector público. Francisco Walker, *Derecho de las relaciones laborales*, Santiago, Ed. Universitaria, 2003, p. 515.

38 En efecto, el artículo 7 letra a) de la Ley 19.296 dispone: “Las asociaciones de funcionarios públicos no tendrán fines de lucro, sin perjuicio de que sus actividades puedan generar utilidades, las que deberán ser invertidas en el cumplimiento de sus objetivos. Sus finalidades principales serán las siguientes: a) Promover el mejoramiento económico de sus afiliados y de las condiciones de vida y de trabajo de los mismos, en el marco que esta normativa permite”.

la OIT– que, de acuerdo al artículo 5 inciso 2° de la Constitución, pasan a integrar nuestro derecho interno. Esto permitiría a los tribunales desobedecer el texto expreso de la Constitución en lo que se refiere a la prohibición de ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores públicos, teniendo en vista que el fin último prioritario que debe ser resguardado es la libertad sindical.³⁹

1.2.2. La prohibición de ejercicio del derecho de huelga

Nuestra Constitución Política, en el artículo 19 N° 16 inciso final, prohíbe expresamente el ejercicio del derecho de huelga a los funcionarios del Estado y de las municipalidades.⁴⁰ Esta forma negativa de referirse al ejercicio de un derecho fundamental es producto de las concepciones ideológicas que imperaban al interior del gobierno de facto de la época, donde se miraba con mucho temor y desconfianza el conflicto colectivo, especialmente el ejercicio de la huelga como instrumento de reivindicación laboral. Era concebido en ese periodo como un hecho que no contenía ningún principio de justicia, que provoca perjuicios en la sociedad y que había sido utilizada como herramienta política. En base a lo anterior, los integrantes de la Comisión optaron por reconocer el derecho de negociación colectiva única y exclusivamente a los trabajadores del sector privado, y omitieron pronunciarse en torno a si la huelga sería o no un derecho de jerarquía constitucional –principalmente porque Chile había ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–,⁴¹ limitándose a negar su ejercicio respecto de los funcionarios del Estado y de municipalidades.⁴²

En el marco estatutario, el artículo 55 letra a) de la Ley 18.834, que establece el Estatuto Administrativo, señala que es obligación de los funcionarios el desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma

39 Fernando Muñoz, “Anef con SII: ¿libertad sindical, debido proceso o libertades públicas?”, en *Revista Ius et Praxis* 2, 2011, pp. 540 y 541.

40 El artículo 19 N° 16 inciso final dispone que: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

41 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8 N° 1 letra d), establece que “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad a las leyes de cada país”.

42 En cuanto a la redacción anotada, cabe hacer presente que algunos integrantes de la Comisión plantearon que si la norma constitucional prohibía declararse en huelga a los empleados del Estado y municipalidades, *a contrario sensu* se podría entender que los demás trabajadores podrían hacerlo, ante lo cual el abogado Guzmán sostuvo que tal ambigüedad era completamente deliberada, ya que con ello se pretendía dejar al legislador la regulación del ejercicio de la huelga y, con el objeto de salvaguardarse de un posible legislador partidario de ese derecho, se estableció en el texto constitucional que “en ningún caso podrán declararse en huelga los Funcionarios del Estado, municipalidades y servicios de utilidad pública”. Actas oficiales de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República. Sesión 382°, 7 de junio de 1978, pp. 226-239.

regular y continua, razón por la cual el artículo 84 letra i) prohíbe a los mismos organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración Pública, dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades totales o parciales perturbando el normal funcionamiento de los organismos del Estado, disponiendo que en caso de incumplimiento, el funcionario será sancionado con la destitución.⁴³

Por si fueran pocas todas las prohibiciones señaladas, el legislador chileno, para dejar bien en claro su aversión al derecho de huelga, tipificó como delito el ejercicio de la misma al margen de la ley. En efecto, el artículo 11 de la Ley 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado, sanciona penalmente a los responsables de toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, imponiéndoles las penas de presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio.

Del marco normativo descrito podemos concluir que nuestro sistema jurídico castiga severamente a aquellos funcionarios que deciden defender sus derechos por medio de la acción colectiva, amenazándolos con la posibilidad de la pérdida de su fuente laboral, y lo que es peor, con la aplicación de sanciones penales. Lo anterior es concordante con la calificación que el constituyente da a la huelga: negarle el carácter de derecho fundamental para los funcionarios públicos, toda vez que si se le otorgara esta categoría se exoneraría de responsabilidad penal y administrativa a los sindicatos y a los trabajadores, siempre y cuando respeten el marco legal existente.⁴⁴

La prohibición de ejercer el derecho de huelga es absoluta y abarca a todos los empleados del Estado, sin distinción alguna, incluso al personal sujeto al Código del Trabajo, toda vez que el artículo 212 de ese Código reconoce el derecho de sindicación exclusivamente a los “*trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado*”. En este caso, si bien se trata de personal contratado bajo el Código del Trabajo, de todos modos tienen la calidad de funcionarios públicos y jamás de trabajadores del sector privado, ya que el ente en el cual prestan sus servicios es de naturaleza pública.⁴⁵

43 El artículo 125 del referido cuerpo legal, establece las causales en base a las cuales puede aplicarse la medida disciplinaria de destitución, una de las cuales es precisamente la infracción del artículo 84 letra i) del Estatuto.

44 Sergio Gamonal, op. cit., p. 112.

45 Ello, a raíz de la concepción institucional de estatuto administrativo que ha construido la Contraloría General de la República, en base a la cual el Código del Trabajo es parte integrante de este sistema estatutario, y, por ende, los trabajadores regidos por él se someten a los principios, obligaciones y prohibiciones de los trabajadores regidos por el Estatuto Administrativo, ya que, independientemente del régimen jurídico que les resulte aplicable, tienen la calidad de funcionarios públicos. En torno a la concepción institucional de estatuto administrativo, véase: Eduardo Soto, “La idea institucional de Estatuto Administrativo en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Público* 25-26, 1979, pp. 99 y siguientes.

En síntesis, desde una dimensión estrictamente jurídica y desde una lectura aislada del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política, en nuestro país no hay un reconocimiento del derecho de huelga en el sector público; muy por el contrario, está fuertemente prohibido y sancionado.

Con ello podemos sostener que nos encontramos en la primera fase de la evolución del derecho de huelga, es decir, la prohibición que implica en el fondo una negación del conflicto.⁴⁶

2. LAS RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

2.1. Atributos de la libertad sindical de los trabajadores públicos a la luz de la normativa internacional

Nuestro país, con la ratificación de diversos tratados internacionales sobre la materia, ha recogido un concepto amplio de libertad sindical, tutelándose de esta forma, no solo la posibilidad de los trabajadores –públicos y privados– de organizarse a través de la formación de sindicatos, y de afiliarse o desafilarse a ellos, sino que también, la acción sindical para la defensa y promoción de sus intereses: negociación colectiva y huelga.

Este reconocimiento internacional se encuentra plasmado en los siguientes instrumentos: Convenio N° 87 de la OIT,⁴⁷ sobre libertad sindical y protección del derecho a sindicación; Convenio N° 98 de la OIT,⁴⁸ sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, que reconoce la autonomía colectiva a través del ejercicio de la negociación colectiva y huelga, y además confiere una protección contra todo acto de discriminación que menoscabe la libertad sindical; Convenio N° 151 de la OIT,⁴⁹ sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública; Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998, donde se reconoce la libertad sindical y la negociación colectiva como uno de los principios relativos a los derechos fundamentales que vinculan a todos los Estados miembros, aun cuando no hayan ratificado los Convenios respectivos; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la que en su artículo 23 punto 4 establece que *“toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de*

46 Sergio Gamonal, op. cit., p. 112.

47 Este convenio fue ratificado por nuestro país el 1 de febrero de 1999, promulgado el 17 de febrero de 1999 y publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo del mismo año.

48 Este convenio, al igual que el N° 87, fue ratificado por nuestro país el 1 de febrero de 1999, promulgado el 17 de febrero de 1999 y publicado en el Diario Oficial el 12 de mayo del mismo año.

49 Convenio ratificado por nuestro país el 17 de julio del año 2000, y publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre del mismo año.

sus intereses”; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966,⁵⁰ que en su artículo 8 reconoce expresamente el derecho de sindicación para promover y proteger los intereses económicos y sociales de sus afiliados; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,⁵¹ el que en su artículo 22.1 reconoce el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969,⁵² que en su artículo 16.1 reconoce el derecho de toda persona a asociarse libremente con fines laborales.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos, los principales instrumentos internacionales están constituidos por los Convenios 87 y 151, ambos de la OIT.

En cuanto al Convenio N° 87 de la OIT, de su artículo 9 podemos desprender que resulta aplicable a los trabajadores públicos, ya que se remite a la legislación nacional para los efectos de que esta determine “hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”. Se entiende, entonces que solo respecto de esas categorías de trabajadores públicos se prevé una posible atenuación de los principios derivados de la libertad sindical. En dicho contexto, el Comité de Libertad Sindical (en adelante CLS) ha afirmado que el Convenio N° 87 también resulta aplicable a los funcionarios públicos,⁵³ toda vez que “no sería equitativo establecer, desde el punto de vista de la libertad sindical, una distinción entre los asalariados de la industria privada y los trabajadores de los servicios públicos, puesto que unos y otros debieran tener la posibilidad de asegurar, mediante la organización, la defensa de sus intereses”.⁵⁴ Además, no olvidemos que conforme a la interpretación sostenida por el CLS respecto del convenio en referencia, el derecho de huelga es un corolario indisoluble del derecho de sindicación.

Al ser aplicable dicho convenio al ámbito público hay un reconocimiento amplio del concepto de libertad sindical, toda vez que, de acuerdo a sus artículos 2 y 3, respectivamente, los trabajadores, sin distinción alguna, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, y asimismo el derecho de organizar su administración y actividades, y a formular su programa de acción, dentro de lo cual se incluyen –sin lugar a dudas– la negociación colectiva y la huelga.

50 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y ratificado el 10 de febrero de 1972. Sin embargo, su publicación en el Diario Oficial recién se verificó el 27 de mayo de 1989.

51 *Ibid.*

52 La Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita por Chile el 22 de noviembre de 1969, ratificada por Chile el 23 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

53 OIT, *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, 2006, p. 49.

54 *Ibid.*

Del mismo modo, el Convenio N° 151, que trata de manera específica sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, es aplicable a todas las personas empleadas por el Estado, con excepción de los funcionarios de alto nivel y de las fuerzas armadas y de policía, respecto de los cuales el convenio entrega a cada país la facultad de determinar el grado de aplicación de sus normas.

En cuanto al derecho a negociar colectivamente, el Convenio N° 151 precisa que los Estados miembros deben estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación para determinar las condiciones de empleo, o cualquier otro método que permita a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones (artículo 7). Además, en lo relativo a la solución de los conflictos que se planteen al determinarse las condiciones de empleo, el Convenio establece que se debe lograr, “de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados” (artículo 8).

Asimismo, respecto del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, el Convenio señala que los empleados públicos gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones.⁵⁵

De esta forma y tal como lo señala Gamonal, el Convenio N° 151 consagra todos los atributos de la libertad sindical, tanto en su fase organizativa como funcional,⁵⁶ es decir, los derechos de afiliación, autonomía sindical y acción colectiva –negociación colectiva y huelga–, los cuales se incorporan a nuestro derecho interno de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución.⁵⁷

Eso sí, hay que precisar que a la luz de las normas internacionales no hay una obligatoriedad para los Estados de reconocer el derecho de negociación colectiva al sector público, sino la de establecer métodos –dentro de los cuales podrá estar la negociación colectiva– que garanticen a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de sus condiciones de trabajo. En efecto, el CLS ha puesto de relieve que “el artículo 7 del Convenio núm. 151 prevé cierta flexibilidad en la elección de los procedimientos para determinar las condiciones de empleo”.⁵⁸

55 Artículo 9 del Convenio N° 151 de la OIT.

56 Sergio Gamonal, *Derecho y Trabajo*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010, p. 164.

57 El artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

58 OIT, op. cit., párrafo 891, p. 191.

Así, a la luz de la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile, los funcionarios públicos gozan de los atributos esenciales de la libertad sindical,⁵⁹ a saber:

- a. Libertad de constitución, afiliación y desafiliación, reconocido en los artículos 2 y 7 del Convenio N° 87 de la OIT, al disponer, respectivamente, que “Los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse (...)” y que “La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 del Convenio”; artículo 4 del Convenio N° 151 de la OIT, en cuanto protege a los empleados públicos contra todo acto de discriminación antisindical en relación a su empleo; y artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, al garantizar a todas las personas, “El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria (...). Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley”.
- b. Libertad de reglamentación y acción interna, reconocida en el artículo 3 del Convenio N° 87 de la OIT, al disponer que “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos (...) organizar su administración y sus actividades y formular su propio programa de acción (...). Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”; y 5 del Convenio N° 151 de la OIT, al garantizar la independencia de las organizaciones de empleados públicos respecto de las autoridades públicas, protegiéndolas de todo acto de injerencia en su constitución, funcionamiento o administración.
- c. Libertad de representación, reconocida en el artículo 3 del Convenio N° 87, al expresar que “Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de (...) elegir sus propios representantes (...)”, y 5 del Convenio N° 151, al garantizar la independencia de las organizaciones de empleados públicos respecto de las autoridades del Estado y protegerlas de los actos de injerencia.

59 Gamonal sostiene que el Convenio N° 151 de la OIT reconoce los tres pilares del derecho colectivo al contemplar la organización en su artículo 4; la autonomía en sus artículos 5, 6, 7 y 8, y la auto tutela/huelga en sus artículos 7 y 8. Gamonal, op. cit., p. 164.

- d. Libertad de federación y confederación, reconocida en el artículo 5 del Convenio N° 87 de la OIT, al establecer que “Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”.
- e. Libertad de disolución, en conformidad al artículo 4 del Convenio N° 87 de la OIT, el cual dispone que “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.
- f. Libertad de actuación o acción sindical, reconocida en el artículo 3 del Convenio N° 87 de la OIT, al establecer que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho a formular su propio programa de acción; artículo 6 del Convenio 151 de la OIT, al disponer que “Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas (...)”; artículo 7 del Convenio N° 151, por medio del cual se establecen los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo, señalando que se deben adoptar las medidas adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos, o cualquier otro método que permita la participación en la determinación de las condiciones de empleo; artículo 9 del Convenio N° 151 de la OIT, al consagrar que “Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”; y artículo 19 N° 19 inciso final de la Constitución Política al expresar que “La Ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones (...)”.

Sin embargo, pese a este amplio reconocimiento de los diversos atributos de la libertad sindical, nuestro derecho interno contraviene abiertamente la normativa internacional, estableciendo una concepción restrictiva del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, tenemos una gran brecha entre nuestra normativa interna y los tratados internacionales ratificados por Chile.

2.2 Estándares OIT en relación al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos

La negociación colectiva es un derecho fundamental de los trabajadores cuyo fin es alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. En los instrumentos de la OIT, la negociación colectiva es concebida como una actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo colectivo,⁶⁰ y, como hemos visto, su titularidad no es exclusiva de los trabajadores del sector privado, sino que también de los trabajadores públicos, lo cual es reconocido expresamente en el Convenio N° 151⁶¹ que ha sido ratificado por Chile.

A continuación pasaremos a revisar los estándares que han ido construyendo los órganos de control de la libertad en cuanto al goce de este derecho por parte de los empleados públicos.

2.2.1 Trabajadores cubiertos por la negociación colectiva

Para la OIT, los trabajadores de la Administración Pública son titulares del derecho de negociación colectiva consagrado en el Convenio N° 98.⁶² Al efecto, el CLS ha sostenido que “El Convenio núm. 98, en especial su artículo 4, relativo al estímulo y fomento de la negociación colectiva, es de aplicación tanto en el sector privado como en el de las empresas nacionalizadas y organismos públicos”.⁶³

Eso sí, para la OIT, el reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos no es absoluto, ya que los Estados partes pueden excluir de este derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de policía, a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos y a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial (artículo 1 Convenio N° 151).

En cuanto a la posibilidad de excluir a determinados funcionarios públicos del ejercicio del derecho de negociación colectiva, en razón de la naturaleza de sus funciones, la CEACR ha señalado que:

“la Comisión no puede concebir que categorías importantes de trabajadores empleados por el Estado queden excluidas de los beneficios del Convenio por el mero hecho de estar formalmente asimiladas a ciertos funcionarios públicos que están al servicio de la administración

60 Bernard Gernigon; Alberto Otero, y Horacio Guido, “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo* 119, 2000, p. 39.

61 En los trabajos preparativos del Convenio N° 151, se entendió que la palabra “negociación” comprendía “cualquier forma de discusión tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo”. Bernard Gernigon, op. cit., p. 39.

62 El alcance universal que se le otorga a este convenio pasa por alto la limitación consagrada en su propio artículo 6, el cual señala: “El presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto”.

63 OIT, op. cit., párrafo 885, p. 190.

del Estado. Conviene, pues, establecer una distinción: por un lado los funcionarios que cumplen actividades propias de la Administración del Estado (por ejemplo, en algunos países, funcionarios de los ministerios y demás organismos comparables, así como sus auxiliares), quienes pueden quedar excluidos del campo de aplicación del Convenio y, por otro lado, todas las demás personas empleadas en el gobierno, las empresas públicas o las instituciones públicas autónomas, quienes deberían gozar de las garantías previstas en el Convenio (OIT, 1994^a, párrafos 793-795 y 798).⁶⁴

2.2.2. Materias negociables

Respecto de las materias objeto de la negociación entre las organizaciones sindicales de trabajadores públicos y la administración, el CLS ha señalado que pueden considerarse razonablemente fuera del alcance de la negociación “*las cuestiones que corresponden, evidentemente, de modo primordial o esencial a la dirección y funcionamiento de los asuntos del gobierno (OIT, 1996^a, párrafo 812)*”.⁶⁵ Así por ejemplo, quedarían fuera del alcance de la negociación colectiva aquellas materias relativas a la determinación de las líneas generales de la política de enseñanza.⁶⁶

En el mismo sentido, a propósito de una denuncia interpuesta por la negativa a la posibilidad de celebrar negociaciones colectivas en el sector público sobre ciertos asuntos, el CLS sostuvo que si bien existen materias que razonablemente pueden considerarse fuera del alcance de la negociación —principalmente aquellas cuestiones relacionadas con la dirección y funcionamiento de los asuntos de gobierno—, hay otras que no deberían estar excluidas del ámbito de las negociaciones colectivas, y que en términos generales son aquellas relativas a condiciones de empleo, tales como:

- a. Aquellas materias relacionadas con la seguridad en el empleo;
- b. mecanismos para resguardar los derechos de quienes van a ser despedidos;
- c. las consecuencias sobre las condiciones de empleo que se deriven de las decisiones adoptadas en relación con la política educativa.⁶⁷

64 Bernard Gernigon, op. cit., p. 40.

Por ejemplo, respecto del ámbito docente, el Comité ha sostenido que a su juicio “los docentes no desempeñan tareas propias de los funcionarios en la Administración del Estado; de hecho, este tipo de actividades también se llevan a cabo en el ámbito privado. En estas condiciones, se pone de relieve la importancia de que los docentes con estatuto de funcionario público puedan disfrutar de las garantías previstas en el Convenio N° 98”. OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 2006, párrafo 901, p. 193.

Idéntico criterio se ha sostenido respecto de las personas empleadas en los hospitales públicos. OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 2006, párrafo 903, p. 193.

65 Bernard Gernigon, op. cit., p. 44.

66 OIT, op. cit., párrafo 922, p. 197.

67 OIT, op. cit., párrafos 920, 921 y 923, pp. 196-197.

2.2.3. Efectos de los límites presupuestarios en la negociación

Una de las notas distintivas de la negociación colectiva en el sector público es que los recursos económicos de que dispone el Estado para los efectos de negociar las condiciones de trabajo son limitados y, además, deben ser destinados al cumplimiento de otros fines sociales.

Conscientes de esta realidad, el CECAR ha señalado que la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, ante lo cual se debe tener presente que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado, por lo que además, el período de vigencia de los contratos colectivos no siempre coincidirá con la vigencia de la Ley de presupuestos. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión considera que las autoridades deben privilegiar la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios, y si por razones de graves dificultades financieras y presupuestarias ello no fuere posible, las medidas que limiten este derecho deben aplicarse durante períodos acotados y tener como fin la protección del nivel de vida de los trabajadores más afectados. En definitiva, lo central es encontrar un compromiso equitativo y razonable entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la negociación y, por otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias.⁶⁸

En este contexto, la CEACR ha estimado que el principio de autonomía de las partes en la negociación colectiva, cuando se refiere al sector público, debe ser interpretado con cierta flexibilidad, en base a lo cual el CLS ha considerado que son compatibles con el Convenio N° 151 las siguientes medidas:

- a. Disposiciones legislativas que habilitan al Parlamento o al órgano competente en materia presupuestaria para fijar un abanico salarial que sirva de base a las negociaciones;
- b. el establecimiento de una asignación presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria o normativa;
- c. la participación de las autoridades públicas que tengan responsabilidades financieras en las negociaciones colectivas junto con el empleador directo, siempre que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva;⁶⁹
- d. el establecimiento de topes salariales en las leyes de presupuesto del Estado;

68 *Ibid.*, párrafo 1038, pp. 220-221.

69 *Ibid.*, párrafo 1038, p. 220.

- e. que el Ministerio de Economía y Hacienda realice un informe previo antes de que se inicie la negociación colectiva con miras a que se respeten dichos topes,⁷⁰ o que durante el proceso de negociación el representante de la administración recabe el dictamen del Ministerio de Finanzas o del órgano económico financiero que controle las consecuencias de los proyectos de contratos colectivos.⁷¹

Como se trata de medidas previas a la negociación, tanto la CEACR como el CLS, consideran fundamental que los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica que deben disponer de todas las informaciones financieras presupuestarias o de otra índole que les sirvan para evaluar la situación con pleno conocimiento de causa.⁷²

Dichas restricciones presupuestarias no pueden afectar los acuerdos ya alcanzados. En efecto, el CLS estimó que era contrario al principio de la libertad de negociación colectiva, el ejercicio de prerrogativas de la autoridad pública en materia financiera de una manera que tenga por efecto impedir o limitar el cumplimiento de convenios colectivos que hayan previamente negociado los organismos públicos.⁷³

2.3. Estándares OIT respecto del derecho de huelga de los trabajadores públicos

2.3.1. Limitaciones o restricciones en la función pública

Teniendo presente que la huelga es un derecho fundamental, el CLS ha reconocido su ejercicio con carácter universal, tanto a los trabajadores del sector público como del sector privado, admitiendo solamente como posibles excepciones o restricciones las que pudieran imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos: miembros de las fuerzas armadas y de policía, funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado y los trabajadores de servicios esenciales en sentido estricto del término, es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.⁷⁴

Precisando el concepto de funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, tanto el CLS como la CEACR han señalado que la pauta para determinar los funcionarios públicos

70 *Ibíd.*, párrafo 1036, p. 219.

71 *Ibíd.*, párrafo 1039, p. 221.

72 *Ibíd.*, párrafo 1038, pp. 220-221.

73 *Ibíd.*, párrafo 1034, p. 219.

74 *Ibíd.*, párrafos 574, 576 y 577, p. 124.

excluíbles ya no es el hecho de que se les aplique la ley nacional de carrera administrativa, sino la naturaleza de las funciones que realicen tales funcionarios. De este modo, se ha estimado que puede ser objeto de restricción o incluso prohibición, el derecho de huelga de los funcionarios de ministerios y demás organismos gubernamentales comparables, así como de sus auxiliares y el de los funcionarios de la administración de justicia y del poder judicial. En cambio, no sucede lo mismo respecto de los funcionarios de empresas públicas, comerciales o industriales, en los sectores del petróleo, la banca, el transporte metropolitano o la enseñanza, o dicho de manera más general, esta restricción no es aplicable a quienes trabajan en sociedades y empresas públicas.⁷⁵

Teniendo en consideración que el concepto de funcionario varía considerablemente según los diferentes sistemas jurídicos, la CEACR ha estimado que sería un esfuerzo vano elaborar *a priori* una lista exhaustiva y aplicable a todos, de las categorías de funcionarios que deberían disfrutar del derecho de huelga y de aquellas que pueden ser privadas de ese derecho debido a que corresponden a funciones de autoridad en nombre del Estado. En base a lo anterior, propuso que en caso de dudas la solución podría ser: “no prohibir totalmente la huelga, sino más bien prever el mantenimiento de un servicio mínimo negociado por una categoría determinada y limitada del personal, siempre que un paro total y prolongado pueda tener consecuencias graves para la población concernida”.⁷⁶

En razón de lo anterior, el CLS ha señalado que una definición demasiado detallada de funcionario público puede tener como resultado una restricción muy amplia, e incluso una prohibición absoluta del derecho de huelga respecto de esos trabajadores, volviendo a reiterar que la prohibición del derecho de huelga en la función pública debería limitarse a los trabajadores que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.⁷⁷

2.3.2. Servicio mínimo de funcionamiento

Además de la restricción relacionada con la naturaleza de las funciones ejercidas por determinados funcionarios públicos, la OIT ha estimado admisible el establecimiento de un servicio mínimo de funcionamiento, en caso de huelga en servicios públicos de importancia trascendental, agregando que en la determinación de este servicio mínimo deberían poder participar las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.⁷⁸

En cuanto al establecimiento de este servicio mínimo, el CLS ha señalado que debe limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia

75 Bernard Gernigon y, op. cit., p.18.

76 Gernigon, op. cit., pp. 19-20.

77 OIT, op. cit., párrafo 575, p. 124.

78 Gernigon, op. cit., pp. 19-20.

de toda o parte de la población, por lo que en su determinación se debe posibilitar la participación de las organizaciones de trabajadores así como de los empleadores y de las autoridades públicas.⁷⁹ En razón de lo anterior, el CLS ha resuelto que en caso de divergencia en cuanto al número y ocupación de un servicio mínimo, respecto de una huelga en un servicio público esencial, estos criterios deben ser resueltos por un órgano independiente y no por el Ministerio del Trabajo o el Ministerio o empresa pública concernida.⁸⁰

2.3.3. Garantías compensatorias

En caso de restricción del derecho de huelga en la función pública, el CLS ha estimado que tales limitaciones deben ir acompañadas de medidas compensatorias a favor de los funcionarios públicos, que les garanticen una protección adecuada de sus intereses, como, por ejemplo, el establecimiento de procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos, donde los interesados puedan participar en todas sus etapas.⁸¹

En consecuencia, si bien se admite que determinadas categorías de funcionarios públicos puedan ser excluidos del ejercicio de este derecho, tal privación debe fundarse en la naturaleza de las funciones, reconociéndoseles de todos modos el derecho a gozar de garantías adecuadas para proteger sus intereses.

2.4. Estándares OIT versus normativa interna

2.4.1. Negociación colectiva radicada en la empresa versus alcance universal del derecho

Pese a que el Estado chileno es miembro de la OIT y ha ratificado el Convenio N° 151, la legislación interna no reconoce de forma expresa el derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos, ya que como tuvimos la oportunidad de analizar, solo es concebida como un derecho de los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, guardando absoluto hermetismo respecto de los funcionarios del sector público.

En razón de lo anterior, la CEACR en forma reiterada ha llamado la atención al Estado de Chile en cuanto a que los artículos 1 y 304 del Código del Trabajo no están en conformidad con el Convenio y pide al Gobierno que “los trabajadores del Congreso Nacional y del Poder Judicial, así como aquéllos de las empresas o instituciones del Estado o de aquéllas en que éste tenga aportes, participación o representación, deberían gozar del derecho de negociación colectiva”.⁸²

79 *Ibíd.*, párrafo 310, p. 132.

80 *Ibíd.*, párrafo 613, p. 133.

81 *Ibíd.*, párrafos 596 y 601, p. 129.

82 CEACR, Observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Solicitud Directa. Adopción 2002. Publicación: 91° reunión CIT (2003).

Nuestro sistema interno se aleja abiertamente de los estándares internacionales existentes en relación a la materia y se sitúa más bien del lado de aquellos modelos que, negando la existencia del conflicto colectivo en la relación laboral pública, fijan de modo unilateral y por vía legal las condiciones de trabajo de los funcionarios.

Al respecto, resulta útil recordar el criterio sustentado por la OIT:

“Un sistema en el que los empleados públicos pueden solamente presentar memoriales respetuosos que no serán objeto de negociación alguna, en particular sobre las condiciones de empleo, cuya determinación es de exclusiva competencia de las autoridades no está en conformidad con los Convenios N° 98, 151 y 154”.⁸³

2.4.2. La negación del derecho de huelga versus su carácter fundamental y universal

Del contraste de la normativa interna sobre derecho de huelga en la función pública con los convenios internacionales que ha ratificado nuestro país en la materia, sumado a los criterios emanados de los órganos de control de la libertad sindical, podemos advertir que hay una clara lejanía entre los mismos y dos visiones totalmente opuestas en torno al campo de acción de este derecho fundamental.

En razón de lo anterior, la CEACR ha formulado diversas y reiteradas observaciones al gobierno chileno con el objeto de que armonice su legislación interna con los compromisos internacionales que voluntariamente ha adquirido. Estas observaciones son las siguientes:

- a. La CEACR en el año 2005, a propósito de unos comentarios enviados por la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile, sobre la aplicación del Convenio N° 87, en relación a la intención del gobierno de presentar un proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, recordó al Gobierno que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación garantizado por el Convenio N° 87. Se explicita, asimismo, que este derecho no es absoluto, ya que en circunstancias excepcionales pueden preverse “restricciones o incluso prohibiciones del mismo respecto de ciertas categorías de trabajadores, en particular de ciertos funcionarios (aquellos que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado) o del personal que desempeña servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población)”. Finalmente, la Comisión pide

83 OIT, op. cit. párrafo 1043, p. 222.

al gobierno que consulte a las organizaciones sindicales sobre el proyecto de ley en cuestión, tomando en cuenta que “los funcionarios municipales que no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado debieran gozar del derecho de huelga”.⁸⁴

En el mismo sentido, el año 2007 la Comisión solicitó una vez más al gobierno tener presente que la prohibición del derecho de huelga en la función pública debe limitarse a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, por lo que espera que la reforma a la Ley Orgánica de Municipalidades contenga dicho principio.⁸⁵

- b. La CEACR en forma reiterada ha llamado la atención al Estado de Chile en cuanto a que los artículos 1 y 304 del Código del Trabajo no están en conformidad con el Convenio y pide al Gobierno que “los trabajadores del Congreso Nacional y del Poder Judicial, así como aquéllos de las empresas o instituciones del Estado o de aquéllas en que éste tenga aportes, participación o representación, deberían gozar del derecho de negociación colectiva”.⁸⁶
- c. La CEACR ha representado de forma reiterada al gobierno chileno que el establecimiento de penas privativas de libertad por el hecho de participar en una huelga pacífica vulnera abiertamente el derecho de libertad sindical, por lo cual le solicita de modo expreso que “derogue el artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado”.⁸⁷ Asimismo, la CEACR ha observado que las sanciones por acciones de huelga solo debieran ser posibles en los casos en que las prohibiciones de que se trate estén acordes con los principios de libertad sindical, por lo cual pide al gobierno que tome medidas para que “la legislación permita la prohibición o restricción del derecho de huelga solamente en caso de servicios esenciales o de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o de crisis nacional aguda. (...) Finalmente la Comisión pide al Gobierno que tome las medidas para que el artículo 254 del Código Penal sea modificado en lo que respecta a las sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o

84 CEACR, *Solicitud directa*, Adopción: 2005, Publicación: 95ª reunión CIT (2006), *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*, Chile. Idénticas observaciones formuló la CEACR al gobierno chileno, los años 2003, 2006, 2007 y 2009.

85 CEACR, op. cit. *Observación*, Adopción: 2007, Publicación: 97ª reunión CIT (2008), *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*, Chile. Idéntica observación fue formulada el año 2006.

86 CEACR, *Solicitud directa*, Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT (2003), *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*, Chile. Idéntica observación es formulada respecto de los funcionarios del Poder Judicial, los años 2003, 2005, 2006, 2007, 2009, 2011 y 2013.

87 CEACR, *Solicitud directa*, Adopción: 2013, Publicación: 103ª reunión CIT (2014), *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)*, Chile. Idéntica observación fue formulada los años 2006, 2007, 2009, 2011.

de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos (...).⁸⁸

2.5. Actitud del Estado chileno

Pese a todas las observaciones formuladas por los órganos de control de la OIT, el Estado chileno, haciendo vista gorda de las mismas, continúa manteniendo un sistema de relaciones colectivas de trabajo, donde los trabajadores públicos están excluidos del ejercicio formal de los derechos de negociación colectiva y huelga.

Si bien en la práctica los trabajadores públicos ejercen estos derechos, El Estado chileno no ha adecuado su normativa interna a los tratados internacionales que ha ratificado, y cada cierto tiempo recuerda a los funcionarios que sus huelgas son ilegales. En efecto, a propósito de una de las huelgas más emblemáticas de los últimos años –paro del Registro Civil–, el gobierno sostuvo que “no negociaría mientras no se bajaran las movilizaciones, ya que la huelga es ilegal e inconstitucional”.⁸⁹

Si bien ha existido tolerancia respecto al ejercicio de estos derechos, tal circunstancia no confiere ninguna garantía a los trabajadores públicos de que no serán objeto de represalias. Resulta poco sincero escudarse en una situación meramente fáctica (que puede cambiar con el gobierno de turno o con los efectos políticos que pueden derivar de una determinada huelga) para indicar que en nuestro país se garantizan los derechos de negociación colectiva y huelga en la función pública.

En ese sentido, sorprende que en la minuta con la postura del Ministerio de Educación respecto de la situación laboral del personal asistente de la educación que depende de corporaciones municipales, a propósito del debate legislativo del proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública (Boletín 10.368-04), el Poder Ejecutivo indique que con los traspasos no se vulnerará el principio de libertad sindical consagrado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política,⁹⁰ dado que:

“Si bien es efectivo que el sector público no tiene una negociación colectiva reglada, cabe señalar que desde el año 1990 el Estado de Chile desarrolla negociaciones de facto con los trabajadores del sector

88 CEACR, *Solicitud directa, Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT (2003), Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Chile.*

89 *The Clinic*: “Registro Civil: Dirigentes de la Nueva Mayoría se alinean con el gobierno y asumen costos políticos para evitar marcar precedente”, 4 de noviembre de 2015.

90 El presente debate se origina dado que actualmente el personal asistente de la educación que depende de corporaciones municipales, expresamente tienen reconocidos los derechos de negociación colectiva y huelga, a diferencia de lo que ocurre con el personal asistente de la educación que depende directamente de la municipalidad. Entonces, con el nuevo sistema de educación pública, como todo el personal será traspasado a un servicio público –los Servicios Locales–, sus organizaciones deberán modificar sus estatutos y transformarse en asociaciones de funcionarios regidas por la Ley 19.296, y por ende, quedarán excluidos del ejercicio –formal– de los derechos de negociación colectiva y huelga.

público en espacios estables. A mayor abundamiento, desde el año 2009, cada vez que Chile ha entregado a la OIT su memoria bianual respecto del cumplimiento del Convenio N° 151 de la OIT, ha dado cuenta de que se cumple con dicho tratado a través de la negociación de la mesa del sector público y las negociaciones sectoriales de educación y salud. Por lo tanto, en Chile el sector público sí negocia. Los trabajadores del sector público por antonomasia negocian de manera centralizada en algunos casos y sectorial en otros. Cuando se negocian condiciones laborales generales —que se establecen por ley— es razonable que la negociación tienda a ser centralizada. Y las asociaciones generalmente responden a esa necesidad: son más amplias, tienen más afiliación, tienen una presencia en todos los servicios en los que se negocia, etc. En el mundo público es imposible reproducir la negociación colectiva tal como se regula en el Código del Trabajo, debido a las características y funciones propias del sector”.⁹¹

Más allá de lo que suceda en la práctica, el Estado chileno debe adecuar su normativa interna y reconocer a sus trabajadores el ejercicio de todos los atributos de la libertad sindical —sindicación, negociación colectiva y huelga—, bajo un modelo de tutela y promoción de la autonomía sindical. Resulta imperioso eliminar el desfase que existe entre la realidad —ejercicio de facto de estos derechos— y la normativa interna —prohibición—, puesto que la garantía de tales derechos fundamentales no puede quedar al vaivén de los criterios políticos del gobierno de turno.

El año 2011 hubo un intento por cambiar este estado de cosas, pero finalmente no prosperó. Se ingresó al Parlamento un proyecto de reforma constitucional cuyo objetivo era reconocer el derecho de negociación colectiva y huelga de los funcionarios públicos, para lo cual se proponía la eliminación de la posibilidad de que sea la ley la que impida negociar colectivamente, derivando a una ley orgánica constitucional la determinación de las restricciones al ejercicio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Estas limitaciones solo podrían sustentarse en razones de orden público o seguridad nacional, circunstancias en las cuales se deben establecer los mecanismos de consulta y participación de las asociaciones de funcionarios públicos. Asimismo, se propuso suprimir la prohibición de ejercer el derecho de huelga por parte de los trabajadores del aparato público, entregando al legislador la posibilidad de prohibirla cuando la paralización pueda afectar a servicios a de utilidad pública

91 Minuta con postura del Ministerio de Educación respecto de la situación laboral de los asistentes de la educación dependientes de las corporaciones municipales en el marco del proyecto de ley que crea el Sistema de Educación Pública (Boletín N° 10.368-04), mayo 2016.

o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.⁹²

El año 2014 fueron ingresados dos proyectos de ley que persiguen eliminar las trabas constitucionales para que los trabajadores públicos puedan ejercer estos derechos. El primero de ellos, si bien elimina la prohibición constitucional recaída en los funcionarios del Estado y de municipalidades para los efectos de declarar la huelga, delega en una ley orgánica constitucional la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio del derecho a negociar colectivamente de los funcionarios del Estado, fundadas en consideraciones de orden público y seguridad nacional.⁹³

El segundo de los proyectos consagra la negociación colectiva como un derecho fundamental de los trabajadores –alcance universal–, señalando que respecto de los funcionarios públicos, será la ley la que deberá establecer los procedimientos especiales de negociación con las autoridades públicas competentes u otros métodos independientes e imparciales para la determinación de las condiciones de empleo, que consideren la participación de sus organizaciones representativas. Asimismo se consagra que los trabajadores tendrán derecho a ejercer la huelga, como acción colectiva pacífica para la defensa de sus intereses, delegando nuevamente en la ley el establecimiento de sus requisitos y procedimientos para su ejercicio.⁹⁴

Valoramos los intentos legislativos por sincerar y avanzar en el reconocimiento y respeto de la libertad sindical de los funcionarios públicos, advirtiendo eso sí que somos cautelosos de los resultados que se pueden derivar de una eventual modificación legal, toda vez que se deja abierta la puerta para que sea la ley la que establezca las restricciones al ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga. Además, dada la configuración práctica de estos derechos en las relaciones laborales públicas –imperio de la autonomía colectiva–, cualquier regulación será igual a limitación, sobre todo si tomamos el ejemplo de los vecinos –trabajadores del sector privado– y los resultados de la reforma laboral que pretendía equiparar la cancha.

92 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 9/11/2010, por medio de moción de los senadores Larraín, García, Letelier, Sabag y Pérez Varela, sobre negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos. Boletín N° 7.293-07.

Con anterioridad se habían ingresado dos mociones parlamentarias sobre la materia, pero que no han tenido avance en su tramitación: Boletines 5181-07 (archivado) y 6218-13 (sin movimientos desde el 25 de noviembre de 2008).

93 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 10 de marzo de 2014, por medio de moción de los senadores Larraín, García, Orpis, Pérez Varela y Walker, sobre negociación colectiva y derecho de huelga de los trabajadores del sector público. Boletín 9.267-13 (sin movimiento desde el 12 de marzo del 2014).

94 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 3 de junio de 2014 por medio de moción de la senadora Carolina Goic (Boletín N° 9.370-13).

RECOMENDACIONES

Si bien el derecho administrativo chileno, por medio del modelo estatutario, ha desarrollado una legislación protectora centrada principalmente en la configuración de derechos laborales mínimos que garantizan una cierta dignidad del empleo público, no ha sido capaz de tomar en consideración el problema central que atraviesa la relación laboral pública: la cuestión del poder y la situación de dependencia del trabajador. Ha generado con su regulación una falsa división del trabajo humano que ha dejado a los empleados públicos en un mundo paralelo al de los demás trabajadores subordinados, excluyéndolos no solo de la legislación protectora que ha sido construida en el plano individual, sino que también del ejercicio de derechos colectivos, especialmente la negociación colectiva y la huelga que, como hemos dicho, resultan esenciales para lograr un adecuado equilibrio en la relación de trabajo, para así limitar el poder que ejerce el empleador, en este caso el Estado, sobre sus trabajadores.

Es por ello que los cambios sustantivos que deben ser introducidos al modelo de relaciones colectivas del trabajo público son los siguientes:

1. Garantizar en nuestra Constitución Política el derecho de negociación colectiva con alcance universal, es decir, aplicable a organizaciones sindicales públicas y privadas.
2. Consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal (trabajadores públicos y privados), admitiendo posibles restricciones –pero nunca la prohibición– en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto del término.
3. Consagrar un modelo de relaciones colectivas en el Estado con un carácter de promoción y respeto de la libertad sindical.
4. Redefinir el modelo de empleo público en Chile con participación directa de las organizaciones de trabajadores públicos, a fin de avanzar hacia un modelo de respeto de derechos, donde los trabajadores puedan incidir en la determinación de sus condiciones de trabajo.
5. Robustecer las garantías de acceso al empleo público a fin de eliminar los factores y favores políticos que están detrás de la contratación de un gran número de trabajadores.
6. Restringir las renovaciones sucesivas de contratos con el propósito de establecer límites temporales, luego de los cuales se entenderá que tal contratación pasa a ser indefinida.
7. Uniformar la regulación del trabajo al interior del Estado a fin de eliminar las diversas categorías de trabajadores que actualmente existen.