

**INFORME FINAL DEL ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE QUE PERMITA UNIFICAR CRITERIOS
EN EL DERECHO DE TUTELA LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO E IDENTIFICAR MECANISMOS QUE
PERMITAN HACER EFECTIVO ESTE ASPECTO DE LA LIBERTAD SINDICAL, DICIEMBRE 2015**

Enrique Rajevic M.¹

1. Breve descripción del procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales de los trabajadores².

a) Propósito de la tutela laboral.

La Ley N° 20.087, de 2006, introdujo en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo (en adelante, CT) un procedimiento de tutela laboral que ampara ciertos derechos fundamentales de los trabajadores consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuando resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador por la realización de actos o la adopción de medidas que limiten su pleno ejercicio *“sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial”* (artículo 485, inciso 3°, Código del Trabajo, en adelante CT).

La doctrina ha destacado que éste es un ejemplo de eficacia horizontal de derechos fundamentales o *Drittwirkung der Grundrechte* (así, p. ej., UGARTE C., 2006:2-7, MELIS V., 2010:11-30 y PARRA P., 2013), *“...la traducción procesal de la idea de la idea de la eficacia horizontal de este tipo de derechos... al interior del contrato de trabajo”* (UGARTE C., 2011:135). En esta línea la Corte Suprema ha señalado que esta acción de tutela *«...aparece como la culminación de un proceso tendiente a introducir reglas sustantivas, orientadas a explicitar y reforzar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, como las relativas a la prohibición de las discriminaciones (artículo 2° del Código del Trabajo) y las que consagraron la idea de ciudadanía laboral en la empresa (artículo 5° del mismo cuerpo legal), en cuanto se reconoce la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, en el seno de la relación de trabajo. En ese contexto y en busca de la vigencia efectiva en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, las normas de Tutela consagradas recientemente vienen a colmar ese vacío, al establecer una acción específica para salvaguardarlos, abriendo un espacio a lo que se ha denominado la “eficacia horizontal” de esa clase de derechos»*³.

b) Derechos protegidos.

El listado de derechos es el siguiente:

¹ Corresponde al Hito 8 (20.12.2015) de la Consultoría contratada por la Subsecretaría de Hacienda mediante la Orden de Compra N° 851556-6-SE15, “Aprueba contrato por estudios y asesoría técnica en materias referidas a empleo público para el cumplimiento del Protocolo y Acuerdo entre la Mesa del Sector Público y el Gobierno de Chile año 2015” (Res. Ex. N° 172/2015, de 05.06.2015). Originalmente era el hito 7, pero fue retrasado a solicitud del mandante para privilegiar el Hito 8 original que se requería con mayor urgencia.

² En esta parte sigo lo ya expresado en un informe elaborado en 2014 para la DIPRES para efectos de consolidar la información en un solo texto (Rajevic, 2014a).

³ Sentencia Rol N° 5.716-2015, de 01.12.2015, consid. 8°.

- a) La vida y a la integridad física y psíquica, *“siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral”* (art. 19 N° 1, inciso 1°, CPR);
- b) El respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador(a) y de su familia (art. 19 N° 4 CPR);
- c) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5 restringido a este aspecto);
- d) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos (art. 19 N° 6, inciso primero, CPR);
- e) La libertad de expresión, opinión e información sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (art. 19 N° 12, inciso 1°, CPR)
- f) La libertad de trabajo, su libre elección, su no prohibición infundada y la proscripción de exigencias de afiliación o desafiliación (art. 19 N° 16, CPR, restringido a estos aspectos).

El inciso 2° agrega que también *“...se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto”*. Con ello se agrega el derecho a la no discriminación, esto es, a no ser objeto de *“...distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”* (artículo 2°, inciso 4°, CT), excluidos los actos de discriminación realizados a través de ofertas de trabajo.

Adicionalmente, la acción puede emplearse en contra de *“las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”* (artículo 485, inciso 3°, CT), lo que la doctrina ha denominado *“garantía de indemnidad”* (GAMONAL C., 2007:21-22, MARZI M., 2010b:134, UGARTE C., 2011:143, MARTÍNEZ M., 2012 y VERGARA, 2013:74-5).

c) Procedimiento.

Las características centrales de este procedimiento son:

- Sujeto activo: El trabajador afectado, las organizaciones sindicales que invoquen un interés legítimo⁴ y la Inspección del Trabajo (artículo 486 CT), si bien tratándose de despidos con vulneración de estos derechos la acción sólo podrá ser interpuesta por el trabajador afectado (artículo 489 CT).
- Sujeto pasivo: El empleador, esto es, *“la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales del trabajador en virtud de un contrato de trabajo”* (art. 3° CT).
- Organismo que puede conocer: Las denuncias por vulneración de derechos fundamentales pueden presentarse en la Inspección del Trabajo (denuncia administrativa) o directamente ante el Juzgado del Trabajo competente (denuncia judicial). En este último caso debe ser por escrito, con patrocinio de abogado y dentro del plazo de 60 días hábiles contados

⁴ El precepto permite hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante a la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador *“...directamente o por intermedio de su organización de grado superior”*, con lo cual hay que entender que éstas tienen un interés legítimo. También podrían tenerlo otras que tengan un interés vinculado a sus funciones (UGARTE C., 2011:139).

desde que se produjo la vulneración del derecho o garantía que se alega (plazo que se suspende de optarse previamente por la denuncia administrativa mientras dure la tramitación de ésta hasta un tope de 90 días hábiles, artículo 486 CT).

- Peculiaridades en caso de despido: En los casos en que se reclame contra un despido la sentencia puede ordenar el pago de las indemnizaciones legales con recargo y, adicionalmente, condenar a una indemnización por una cantidad entre seis y once meses de la última remuneración mensual (artículo 489, inciso 3°, CT). Si el Tribunal declara que el despido es discriminatorio (por actos de discriminación cometidos por el empleador) y grave el trabajador puede optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya señaladas (artículo 489, inciso 43°, CT).
- Efecto Suspensivo: El juez puede suspender, en su primera resolución, los efectos del acto impugnado (artículo 492 CT).
- Carga de la prueba: Se aligera la carga de la prueba del trabajador denunciante conforme la regla del artículo 493 CT, pues con sólo acreditar "*indicios suficientes*" de vulneración pone de cargo del denunciado la necesidad de "*explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*" (sobre esto puede verse UGARTE C., 2009).

2. La irrupción de la tutela laboral en el empleo público y su profundización.

El ámbito obvio de aplicación de la tutela laboral es el de las relaciones laborales regidas por el Código del Trabajo. Sin embargo, tempranamente funcionarios públicos a contrata, esto es, regidos por el Estatuto Administrativo, interpusieron acciones de tutela en defensa de sus derechos alegando que, en este aspecto, procedía aplicar supletoriamente las reglas del Código del Trabajo. Conviene recordar que el artículo 1º del Código del Trabajo (CT, en adelante) dispone que aunque su normativa no se aplica a los funcionarios o trabajadores públicos que "*se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial*" (inc. 2º), como las Leyes N° 18.883 ó N° 18.884, aquéllos deben igualmente sujetarse a sus disposiciones "*en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos*" (inc. 3º).

La jurisprudencia inicial fue vacilante, como ya expliqué en un informe anterior (Rajevic, 2004a), pero tras siete sentencias de unificación de jurisprudencia en que la Corte Suprema rechazó esta aplicación supletoria terminó por acoger un recurso de unificación de jurisprudencia admitiendo dicha aplicación a un funcionario público en su sentencia Rol N° 10.972-2013, de 30.04.2014 ("*Bussenius contra Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud*"). Con esto, la Corte admite que la tutela laboral:

- No está regulada en el Estatuto Administrativo, esto es, existe un vacío legal; y
- Es compatible con el sistema de empleo a contrata del Estatuto Administrativo.

Con posterioridad, y muy recientemente, la cuarta sala de la Corte Suprema ha reiterado y ampliado este criterio en dos nuevas sentencias:

- La Sentencia Rol N° 5.716-2015, de 01.12.2015 (Ministros/as Blanco H., Muñoz S., Cerda F. y abogados/as integrantes Etcheberry C. y Prado P., este último con voto disidente), dictada en contra de la Subsecretaría de Prevención del Delito, que confirma la sentencia de primer grado que ordenaba reincorporar a un profesional grado 6 de dicha Subsecretaría, declarando que "*la relación entre el funcionario público y el Estado es una*

relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial” (consid. 15°), y citando el Mensaje Presidencial que dio origen a la Ley N° 20.087 recuerda que la aplicación de la tutela laboral deriva «...“del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas”, para lo cual ha de tenerse presente que “su vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos”»⁵; y

- La Sentencia Rol N° 4.150-2015, de 01.12.2015 (con igual integración y voto disidente que la anterior), dictada en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, confirmando la Sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el recurso de nulidad interpuesto por el demandante condenando al demandado, además de a la indemnización adicional del artículo 489 CT establecida en la sentencia de primer grado (seis meses de remuneración), al pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y al recargo legal del 30% de la indemnización por años de servicio, algo que no calzar bien con el modelo de empleo a contrata del Estatuto Administrativo. El recargo del 30% puede explicarse debido a que el funcionario exonerado era un directivo de segundo nivel jerárquico designado mediante el Sistema de Alta Dirección Pública (Director Regional de La Araucanía del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, a partir del 3 de julio de 2012), pero esto es más peculiar y preocupante dado que este tipo de cargos es de exclusiva confianza.

3. Efectos de la aplicación de la tutela.

Las medidas reparatorias que el juez puede adoptar en estos casos pueden ser las siguientes:

- a) La reincorporación del trabajador, cuando así se ha solicitado⁶;
- b) La restitución al trabajador en pleno ejercicio del cargo que desempeñaba antes de la vulneración⁷;
- c) El pago de las remuneraciones que se habrían devengado desde el momento de la desvinculación y hasta la efectiva reincorporación⁸ o, de no producirse ésta, el fin del

⁵ Y agrega: «Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que deben considerarse “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador. / Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador -artículo 17 inciso 2°- y ha reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos».

⁶ Por ejemplo, sentencia del 2JLT de Santiago RIT T-118-2013, de 24.06.2013.

⁷ Por ejemplo, sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt RIT T-21-2014, de 09.12.2014.

⁸ Sentencia del 2JLT de Santiago RIT T-118-2013, de 24.06.2013.

periodo establecido en el acto administrativo de nombramiento, que usualmente corresponde al 31 de diciembre del año en curso⁹, como “lucro cesante”¹⁰;

- d) El pago de la indemnización sancionatoria del artículo 489 CT, que la prescribe para los casos en que la vulneración de derechos fundamentales se produce con ocasión del despido y que puede oscilar entre el equivalente a seis y once meses de la última remuneración mensual¹¹. Esta ha sido impuesta en más de una ocasión en el máximo legal, reflejando una especial severidad de los jueces contra el Estado como sujeto infractor. Así, por ejemplo, en un caso la multa se impuso de oficio y como “sucedáneo” del daño moral, “atendido la gravedad de que sea el propio órgano del estado de donde procede la vulneración”¹²; en otro, “como única forma de alertar a las autoridades públicas sobre la nula tolerancia que debe tenerse, en todos los ámbitos, incluido el jurisdiccional, respecto a los actos de discriminación, sobre todo si estos provienen de quien está obligado, más que nadie, a respetar el principio de legalidad”¹³;
- e) Indemnización sustitutiva del aviso previo¹⁴;
- f) Recargo legal del 30% de la indemnización por años de servicio pagada a un Directivo sujeto al Sistema de Alta Dirección Pública¹⁵;
- g) El pago de intereses sobre las indemnizaciones conforme el artículo 173 CT, esto es, la variación del IPC más el máximo interés permitido para operaciones reajustables¹⁶;

⁹ Sentencia del JLT de La Serena RIT T-34-2014, 28.11.2014 y sentencias del JLT de Temuco RIT-9-2011, de 10.05.2011 (anulada en alzada por incompetencia, lo que confirmó la SCS 8.680-2011, cfr. supra 2.3.a.4), y RIT 22-2010, de 02.11.2010 (que tras el rechazo de un recurso de nulidad en alzada la sentencia fue anulada por la SCSuprema Rol N° 1.972-2011 que declaró la incompetencia del juez laboral, cfr. supra 2.3.a.4).

¹⁰ El consid. 20° de la SJLT de Temuco RIT 22-2010 señala “La indemnización del lucro cesante aparece aquí como una medida reparadora adecuada, ya que de no haber mediado el cese anticipado e injustificado de las contrataciones de los actores, ellos tenían una expectativa razonable de haber obtenido el pago de sus remuneraciones hasta el 31 de diciembre de 2010...”.

¹¹ Sentencia del JLT de La Serena RIT T-34-2014, 28.11.2014, sentencia del JLT de Temuco RIT T-9-2011, de 10.05.2011 y sentencia del JLT de Valparaíso RIT T-36-2011, de 08.09.2011.

¹² Sentencia del JLT de Temuco RIT T-9-2011, de 10.05.2011. En este caso se demandó el lucro cesante y una indemnización por daño moral de \$50.000.000. La Corte estimó que “la denunciante ha sostenido que en caso de llegar a acogerse sería improcedente la solicitud de daño moral, este tribunal considera que en esta acción especial el daño moral se encuentra regulado al imponer una sanción indemnizatoria ya regulada entre 6 a 11 sueldos que requiere que se haya probado la vulneración para otorgarla que el señalar que esta proviene con “ocasión del despido” y que en este caso no existiría tal pues sería propio de un contrato de trabajo, esta es una cuestión más bien semántica, pues en justicia se está ante los mismos fundamentos fácticos y con las mismas consecuencias, restableciéndose la igualdad ante la ley con un orden mínimo básico que es el Código del Trabajo, por lo que se entiende que si procede, independientemente que las partes lo hayan solicitado o no pues es una sanción que viene asociada a la declaración de que efectivamente hubo vulneración. Sanción que se aplicara en su máximo atendido la gravedad de que sea el propio órgano del estado de donde procede la vulneración” (consid. 9°).

¹³ Sentencia del JLT de La Serena RIT T-34-2014, 28.11.2014, consid. 15°.

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de Reforma Laboral-228-2014, de 09.02.2015, confirmada por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4.150-2015, de 01.12.2015.

¹⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de Reforma Laboral-228-2014, de 09.02.2015, confirmada por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4.150-2015, de 01.12.2015.

¹⁶ Sentencia del 2JLT de Santiago RIT T-118-2013, de 24.06.2013, y sentencia del JLT de Temuco RIT T-9-2011, de 10.05.2011.

- h) El pago de una indemnización por el daño moral conforme al artículo 495 N° 3 CT entendiendo que este precepto¹⁷ abriría paso a este tipo de reparaciones en los casos de acoso sexual¹⁸;
- i) Medidas reparatorias no pecuniarias, como publicar la sentencia en la intranet corporativa¹⁹ o en un lugar visible y que permita su lectura (además de acceder al RIT y el nombre del denunciante)²⁰, colocar carteles en lugares visibles y emitir una circular informando la posibilidad de efectuar denuncias sobre vulneración de derechos fundamentales²¹ o realizar de un seminario sobre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el Convenio N° 151 OIT para todo el personal²².
- j) En algunos casos, condena en costas²³.

4. Algunas inconsistencias entre las medidas reparatorias aplicadas o potencialmente aplicables por los Tribunales y el modelo de empleo público del Estatuto Administrativo.

a) Aplicación de indemnizaciones sustitutivas del aviso previo:

¹⁷ El artículo 495 N° 3 señala que la sentencia del juez laboral debe contener, en su parte resolutive *“La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan...”*.

¹⁸ Así se resolvió en la sentencia del JLT de San Bernardo RIT T-19-2012, de 24.08.2012, que señala en su considerando 16° que *“...para el caso de los trabajadores del sector privado, la regulación de la causal de acoso sexual en el auto despido incluye la posibilidad de demandar el daño moral. En efecto, el artículo 171 inciso segundo del Código laboral, dice que al aplicar las causales de las letras a o b del artículo 160 –entre las que se encuentran las conductas de acoso sexual– se pueden demandar además las otras indemnizaciones a que se tiene derecho, siendo el único sentido en que la norma tendría efecto práctico el considerar las indemnizaciones de origen contractual, entre las que se encuentra el daño moral por incumplimiento. / ¿Puede haber una distinción razonable entre funcionarios públicos y trabajadores del sector privado que implique que éstos sí tienen derecho a ser indemnizados del daño moral sufrido y aquellos no? Ciertamente, no estamos ante un despido indirecto, pero es un hecho irrefutable que la legislación laboral ha evolucionado a la protección de los derechos fundamentales al interior de las empresas y a la integralidad de la reparación de los daños sufridos, de modo que no hay razón suficiente que impida sostener que los funcionarios públicos, como personas que pisan el suelo chileno, también tienen derecho a esa protección. / Siguiendo el artículo 1 inciso tercero del Código del Ramo y atendido que el Estatuto Administrativo no contiene una regulación expresa acerca del acoso sexual, la protección de los derechos fundamentales, la reparación de las consecuencias de los hechos vulneratorios y los procedimientos judiciales técnicamente adecuados para hacer de estas garantías una realidad (procedimiento de tutela con sus especialidades en materia de prueba, entre ellos) es plenamente aplicable la regulación que el Código del Trabajo da sobre el tema para resolver los conflictos que afecten a los funcionarios del Estado, y que sean sometidos al conocimiento de los Juzgados del Trabajo. / Por tanto, la indemnización del daño moral se impone en este caso como única respuesta satisfactoria a las preguntas planteadas”*.

¹⁹ Sentencia del 2JLT de Santiago RIT T-118-2013, de 24.06.2013.

²⁰ Sentencia del JLT de Valparaíso RIT T-36-2011, de 08.09.2011.

²¹ Sentencia del JLT de San Bernardo RIT T-19-2012, de 24.08.2012.

²² Sentencia del JLT de La Serena RIT T-34-2014, 28.11.2014.

²³ Sentencias del JLT de San Bernardo RIT T-19-2012, de 24.08.2012, y del JLT de Temuco RIT 22-2010, de 02.11.2010 (anulada por la SCSuprema Rol N° 1.972-2011, cfr. supra 2.3.a.4).

Conociendo de un recurso de nulidad la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia confirmada por la Corte Suprema²⁴, otorga esta indemnización (revocando en esto el criterio de primer grado) aplicando el artículo 489 CT, norma según la cual de acogerse una denuncia de vulneración de derechos fundamentales producida con ocasión del despido, *“el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168...”*²⁵ (inciso 3°). La Corte señala que al exigir el artículo 495 N° 3 CT que las sentencias de este tipo de procesos contengan *“La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales... incluidas las indemnizaciones que procedan”* (el destacado es nuestro), omitir una indemnización que correspondía otorgar justifica anular la sentencia y reemplazarla, toda vez que el artículo 495 N° 3 CT *“constituye una norma imperativa que el juez no puede soslayar para el caso de hacer lugar a la denuncia”* (consid. 21°).

Esta interpretación debe verse con cuidado. La indemnización sustitutiva del aviso previo a que alude el artículo 489 CT aplica cuando el empleador termina el contrato de trabajo invocando *“las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio”* (causal del inciso 1° del artículo 161), caso en que el inciso 4° del artículo 162 CT le exige dar aviso al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación, pudiendo eximirse de esa anticipación pagando al trabajador *“una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada”*.

La interpretación de la Corte de Apelaciones de Temuco es que el pago de esta indemnización deriva de *“una norma obligatoria e insoslayable”* (consid. 22°). Esto tiene todo el sentido en la lógica del CT que exige dar estos avisos si el despido no se funda en una causal imputable al trabajador. Pero es cuestionable en el caso del EA que no los contempla. En buena parte esto es así porque la facultad para poner término a una contrata anticipadamente invocando la ya sacramental cláusula *“o mientras sean necesarios sus servicios”* no tiene consagración legal. Dicho de otro modo, si un empleado a contrata es desvinculado anticipadamente sin vulneración de sus derechos fundamentales no tiene derecho a esa indemnización, mientras que en el mundo del CT el trabajador despedido por necesidades de la empresa sin vulneración de sus derechos fundamentales sí gozaría de ella. Por lo mismo no parece que se cumpla con el requisito de no ser contraria al Estatuto aplicable, como exige el artículo 1°, inc. 3°, CT, por mucho que desde una perspectiva de justicia material se entienda esta postura.

Tratándose de empleos de exclusiva confianza el CT contempla una indemnización sustitutiva del aviso previo en el inciso 2° del artículo 161, de modo que no parece que proceda otorgarla aplicando otra norma (el inciso 4° del artículo 162) como hizo la Corte de Apelaciones con la ratificación de la Corte Suprema. Por lo demás, dado que el artículo quincuagésimo octavo de la Ley N° 19.882 previó expresamente las garantías en caso de cese anticipado. Siendo así no hay un vacío legal que admita la supletoriedad del CT (en los términos de su artículo 1°, inciso 3°) sino que, por el contrario, una regulación específica diferente que la Corte no respeta²⁶.

²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de Reforma Laboral-228-2014, de 09.02.2015, confirmada por la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4.150-2015, de 01.12.2015.

²⁵ Y añade: *“...y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual”*.

²⁶ El artículo quincuagésimo octavo señala: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, los altos directivos públicos tendrán en materia de remoción la calidad de empleados de la exclusiva confianza de la autoridad facultada para disponer su nombramiento. / Cuando el cese de funciones se produzca por petición*

b) Aplicación de indemnizaciones por años de servicio a personal a contrata.

Lo indicado en el apartado anterior abre una inquietud obvia. En la sentencia anterior las Cortes nos dicen que de acogerse una denuncia de vulneración de derechos fundamentales producida con ocasión del despido debe siempre aplicarse el artículo 489 CT, esto es, que el juez ordene *“el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168...”* (inciso 3°). Si es así, entonces parece que también habría que pagar la indemnización por años de servicio que es la que prescribe el artículo 163.

El caso en que las Cortes de Temuco y Suprema aplicaron esta lógica no parece muy complejo al referirse a un directivo adscrito al segundo nivel jerárquico del SADP, pues en tal caso procede una indemnización de este tipo en virtud del expreso tenor del artículo quincuagésimo octavo de la Ley N° 19.882. Pero, si universalizamos la lógica, podría entenderse que procede tal como ocurrió con la indemnización sustitutiva del aviso previo.

c) Recargo de las indemnizaciones por años de servicio.

Como ya hemos explicado el artículo 489, inciso 3°, CT ordena al juez aplicar, tratándose de la indemnización por años de servicio *“el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168...”*, que oscila entre un 30% y un 80%.

En esta materia cabe aplicar la misma reflexión del apartado anterior. Adicionalmente, parece haber otra incorrección, y es que el recargo aplicado en el caso en comento fue de un 30%, lo que atendido el tenor del artículo 168 a) CT procedería *“si se hubiere dado término (a la relación laboral) por aplicación improcedente del artículo 161”*. Pero tratándose de un cargo de exclusiva confianza no puede haber una aplicación improcedente de esa naturaleza, dado que la definición de este tipo de cargos es quedar sujeto *“a la libre designación y remoción... de la autoridad facultada para disponer el nombramiento”* (artículo 49, inciso final, LBGAE). De nuevo nos enfrentamos a una institución que no es compatible con la naturaleza de la regulación estatutaria.

d) Exigencia de renovar contratas: Consideración de la falta de prórroga como una omisión vulneratoria de derechos fundamentales.

Este último punto hipotético hasta el momento no ha prosperado cuando ha sido planteado, hasta donde hemos indagado²⁷, lo que parece correcto dado que no es compatible con el sistema de las contratas previstas en el Estatuto aplicable, lo que de cara al artículo 1°, inc. 3°, CT impide aplicar supletoriamente este Código.

5. Otros puntos que es preciso abordar para la unificación de criterios en el derecho de tutela laboral en el sector público.

de renuncia, antes de concluir el plazo de nombramiento o de su renovación, y no concurra una causal derivada de su responsabilidad administrativa, civil o penal, o cuando dicho cese se produzca por el término del periodo de nombramiento sin que este sea renovado, el alto directivo tendrá derecho a gozar de la indemnización contemplada en el artículo 148 de la ley N°18.834”.

²⁷ Por ejemplo, fue rechazado en la sentencia del JLT de Valparaíso RIT T-63-2013, de 07.11.2013.

En esta materia se estima que el listado de aspectos que requiere de definiciones para los funcionarios públicos es el siguiente:

- a) Listado de los derechos fundamentales que podrían verse afectados;
- b) Forma o casos en que operaría la garantía de indemnidad;
- c) Posibilidad de que las Asociaciones de Funcionarios que invoquen un interés legítimo puedan ejercer este derecho. En este caso operaría la limitación de los sindicatos, este es, no poder hacerlo en los casos de despidos;
- d) Facultades de la Dirección del Trabajo o la Contraloría General de la República para denunciar una vulneración de derechos fundamentales de un órgano de la Administración Pública ante el tribunal competente, hacerse parte en el juicio e informar al Tribunal;
- e) Aclarar que la tutela sólo operaría en los casos de término anticipado de la contrata y no en los casos en que ésta no se renueve, dado que aceptarla en los casos en que esto último ocurre se opondría a los principios que informan el cuerpo estatutario cuyo silencio se suple;
- f) Ajustar la indemnización al máximo derecho que tiene el empleado a contrata, esto es, los meses de remuneración que resten hasta que termine el periodo por el que fue contratado, dado que carece del derecho a ser prorrogado en el cargo;
- g) Responsabilidad civil y administrativa del autor de la vulneración en casos de condena (especialmente si incluye costas); y
- h) Aplicación de la tutela para reclamar derechos de fuente infralegal, como los derivados de oficios o códigos de buenas prácticas.

En este estado de avance revisaremos someramente cada uno de estos temas.

5.1. Listado de los derechos fundamentales que podrían verse afectados.

En este punto se estima que conviene mantener el mismo grupo de derechos. Con todo, convendría dar una mirada más cuidadosa a los siguientes:

- a) La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada: Ajustar con las disposiciones referidas a la publicidad de la información. Sería preferible regular expresamente cuándo pueden las jefaturas acceder a correos laborales de sus subordinados. Dado que es un tema que ha sido revisado profusamente con la aplicación de la Ley de Transparencia merece una revisión más en detalle para dar seguridad jurídica. Convendría analizarlo a la luz de la moción Boletín 7686-07 que aborda este tema, actualmente en segundo trámite constitucional.
- b) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, atendido que el Estado debe mantener una neutralidad religiosa;
- c) La libertad de expresión, opinión e información sin censura previa, atendida la estructura jerárquica de la Administración Pública.

- d) El derecho a la no discriminación por motivos de opinión política tratándose de personal de exclusiva confianza, pues en este caso la cesación de funciones puede deberse legítimamente a este hecho.

Cabe destacar que la sentencia de primera instancia²⁸ referida al caso de alta dirección pública rechazó —correctamente— la alegación de que la remoción en un cargo de esta naturaleza, esto es, uno de exclusiva confianza, pudiese afectar la libertad de trabajo y el derecho a no ser discriminado por razones políticas. Esto debiese quedar completamente claro de legislarse en esta materia. Sin perjuicio de ello, el juez acogió la tutela entendiendo que el derecho fundamental afectado era la honra del trabajador, debido a la forma y oportunidad de la remoción y a la falta de justificación de la demandada en el curso del juicio²⁹.

Del mismo modo, convendría dilucidar expresamente cuál es el margen de libertad de expresión y opinión compatible con la subordinación derivada de la jerarquía administrativa y si existen sectores, como el militar, en que se justifiquen algunas limitaciones mayores.

5.2. Forma o casos en que operaría la garantía de indemnidad.

Esta garantía opera contra “las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales” (artículo 485, inciso 3°, CT). Convendría ajustarla con las disposiciones de la Ley N° 20.205, cuya modificación ha sido propuesta en el Informe Engel y parcialmente recogida en uno de los Mensajes ingresados debido al informe, contenido en el Boletín N° 10.140. Dicho de otro modo, la interposición de una acción de este tipo debiese importar un grado de protección para quien las interponga (y también una sanción en caso de acciones temerarias o infundadas).

5.3. Posibilidad de que las Asociaciones de Funcionarios que invoquen un interés legítimo puedan presentar acciones de tutela. En este caso operaría la limitación de los sindicatos, este es, no poder hacerlo en los casos de despidos.

El artículo 486 CT permite a las organizaciones sindicales que, *“invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral... requerir su tutela por la vía de este procedimiento”*. Si el trabajador afectado incoa la acción *“la organización sindical a la cual se*

²⁸ Sentencia del JLT de Temuco RIT T-55-2014, de 24.09.2014.

²⁹ “Que acreditada la existencia de indicios suficientes y verosímiles de vulneración de derechos fundamentales del actor de su derecho a la honra, correspondía a la demandada acreditar que su actuar y la medida adoptada en cuanto a la forma y oportunidad en que fue ejercida, obedeció a fundamentos razonables, proporcionales y necesarios de manera de destruir la sospecha de haber producido este a causa de la vulneración de derechos fundamentales del actor y específicamente, su derecho a la honra. A cuyo respecto la parte demandada nada dijo respecto de la forma y oportunidad en que ejerció esta facultad de remover al actor de su cargo, limitándose a sostener su fundamento en la disposición legal que lo habilita para ejercerla, no apareciendo racional, proporcional ni mucho menos necesaria, dicha medida en forma extemporánea una vez transcurrido un mes desde que publicitara y comunicara públicamente la designación del nuevo Director Regional del Servicio, ni mucho menos la forma en que se verificó su salida del cargo, después de dos meses, en que el cargo estaba duplicado con un director en ejercicio y otro nombrado” (consid. 16°).

encuentre afiliado, directamente o por intermedio de su organización de grado superior, podrá hacerse parte en el juicio como tercero coadyuvante". Por último, "la organización sindical a la cual se encuentre afiliado el trabajador cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, podrá interponer denuncia, y actuará en tal caso como parte principal". El art. 489, inciso 1°, CT es la norma que restringe la legitimación activa para interponer tutelas en caso de despidos "exclusivamente al trabajador afectado".

Debe resolverse si extender esta facultad a las Asociaciones de Funcionarios de manera que puedan deducir directamente acciones, con la limitación señalada, o actuar como terceros coadyuvantes, pues el art. 486 CT habla de "organización sindical", término que no es equivalente a "Asociación de Funcionarios". Se recomienda proceder en tal sentido, toda vez que esta atribución parece del todo compatible con las tareas que desarrollan tales Asociaciones.

5.4. Facultades de la Dirección del Trabajo o la Contraloría General de la República para denunciar una vulneración de derechos fundamentales de un órgano de la Administración Pública ante el tribunal competente, hacerse parte en el juicio e informar al Tribunal.

El art. 486, inc. 5°, CT, dispone que *"Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente"*. Esta denuncia sirve para que el Tribunal inicie la tramitación y la Inspección puede hacerse parte en el juicio que por esta causa se entable. El ejercicio de estas atribuciones, sin embargo, no asegura la imparcialidad tratándose de órganos de la Administración Pública dado que el Director del Trabajo es de exclusiva confianza presidencial.

Del mismo modo, la exigencia de llevar a cabo en estos casos, en forma previa a la denuncia, *"una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas"* no parece asegurar suficientemente la imparcialidad del organismo.

Por último, en los demás casos el CT dispone que la Inspección del Trabajo, *"a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados"* y siempre podrá *"hacerse parte en el proceso"* (art. 486, inc. 4°). Nuevamente se trata de facultades que se acomodan con dificultad a la naturaleza orgánica de la Inspección.

En este contexto se proponen dos alternativas respecto de estas atribuciones: i) descartar su existencia, con lo que la tutela operaría sin el apoyo de esta instancia administrativa, o ii) entregárselas a un órgano genuinamente autónomo como la Contraloría General de la República.

5.5. Aclarar que la tutela sólo operaría en los casos de término anticipado de la contrata y no en los casos en que ésta no se renueve, dado que aceptarla en los casos en que esto último ocurre se opondría a los principios que informan el cuerpo estatutario cuyo silencio se suple.

Para el personal estatutario el CT tiene un "valor supletorio" (Art. 1° CT), lo que significa que no se aplica a los funcionarios o trabajadores públicos que *"se encuentren sometidos por ley a un*

estatuto especial” (inc. 2º), salvo “*en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos*” (inc. 3º). CGR agrega que esta aplicación no debe contrariar principios que informan el cuerpo estatutario cuyo silencio se suple.

Pues bien, como ya vimos esto exige aclarar que los casos de no renovación están fuera de este mecanismo, dado que esa es la estructura del empleo a contrata. La única hipótesis en que podría revisarse es en la protección del denunciante de buena fe, ya explicada más arriba, pues de lo contrario el sistema es inoperante.

5.6. Ajustar la indemnización al máximo derecho que tiene el empleado a contrata, esto es, los meses de remuneración que resten hasta que termine el periodo por el que fue contratado, dado que carece del derecho a ser prorrogado en el cargo.

En los casos en que se reclame contra un despido la sentencia puede ordenar el pago de las indemnizaciones legales con recargo y, adicionalmente, condenar a una indemnización por una cantidad entre seis y once meses de la última remuneración mensual (artículo 489, inciso 3º, CT). Dado que la contrata no tiene indemnización, como ya lo hemos explicado más arriba, esta última es la única indemnización aplicable.

Por otro lado, se ha planteado que la indemnización no podría exceder del monto correspondiente a los meses de duración que restan de la contrata, pues lo contrario equivaldría a reconocer un derecho que nunca se tuvo. En contra puede plantearse que esto también pasa en el caso del CT, pues la persona afectada percibe en forma separada las indemnizaciones a que tiene derecho conforme a los artículos 160 y ss. CT. Así, esta indemnización sería, pura y simplemente, una sanción.

5.7. Responsabilidad civil y administrativa del autor de la vulneración en casos de condena (especialmente si incluye costas).

Si el Estado paga una indemnización (y una condena en costas, en su caso) por un acto que vulnera los derechos fundamentales es necesario que se instruya un proceso sumarial para determinar las eventuales responsabilidades administrativas del autor. Lo contrario sería admitir una inconsistencia jurídica y hacer que toda la colectividad repare un daño que, en definitiva, debe soportar la persona responsable. Incluso, debe revisarse la aplicación del juicio de cuentas, cuando proceda.

Cabe señalar que en materia de transparencia la aplicación de multas directas a los jefes superiores de servicio ha sido esencial para la eficacia de la Ley, aunque en la práctica sean muy infrecuentes. Esto supone, por cierto, que un organismo autónomo las aplique, pues los potenciales responsables serán jefaturas lo que dificultaría las investigaciones por falta de funcionarios con el grado adecuado y por los probables conflictos de intereses de los jefes superiores, erosionada la credibilidad del mecanismo.

5.8. Aplicación de la tutela para reclamar derechos de fuente infralegal, como los derivados de oficios o códigos de buenas prácticas.

Es importante tener en cuenta, por último, que los derechos fundamentales pueden verse enriquecidos o complementados por instrumentos de rango infralegal. Así, por ejemplo, el dictamen de Contraloría 69.301/2014, de 08.09.2014, exige a un servicio prorrogar dos empleos a contrata que se habían extendido solo hasta el 31 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2014 o mientras sus servicios resulten necesarios, debido a que el servicio les había comunicado previamente que sus desempeños continuarían hasta el 31 de diciembre. Según CGR “los peticionarios se formaron la legítima convicción de que sus servicios se mantendrían hasta el 31 de diciembre de 2014 o mientras sus labores fuesen necesarias, situación que, de acuerdo con el criterio expuesto, entre otros, en el dictamen N° 25.045, de 2012, de este origen, es vinculante para la autoridad, cuyo accionar debe respetar el principio de seguridad o certeza jurídica”. Este es un ejemplo de como una acción administrativa podría tener consecuencias a nivel de una tutela laboral.

Otro ejemplo en este sentido es el Oficio Circular N° 44, de 28.11.2012, un instructivo que el Ministro de Hacienda envió a los Jefes de Servicios Públicos sobre el proceso de renovación del personal a contrata, o los Códigos de Buenas Prácticas.

6. Estrategia legislativa.

Considerando el universo de funcionarios públicos se sugieren las siguientes opciones:

- a) Un proyecto de ley que modifique la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo General), la Ley N° 18.883 (Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales) y las leyes que regulan los demás estatutos especiales (Estatuto Docente, Estatuto de Salud Primaria y Atención Municipal, etc.), al estilo de los artículos 2° y 3° de la Ley N° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual;
- b) Un proyecto de ley que expresamente disponga la aplicabilidad del procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales regulado en el Párrafo 6° del Título I del Libro V, del Código del Trabajo, a todo el personal del sector público a los diferentes estatutos; o
- c) Un proyecto de ley que agregue al CT un artículo con las especialidades de la tutela laboral en el sector público.