

La crisis de la regulación del empleo público en Chile

Ideas para un nuevo modelo

Enrique Rajevic M.

Universidad Alberto Hurtado

Resumen /

Este trabajo expone sintéticamente el panorama del empleo público en Chile y sus bases normativas, destacando cómo los gobiernos no han aplicado el modelo de carrera que establece el Estatuto de 1989 —con la complicidad del Congreso— deformándolo sin generar un nuevo modelo que lo reemplace. Esto último se debe, probablemente, a que este proceso exigiría invertir mucho capital político y restaría poder, de concretarse, al Gobierno de turno. Hacerlo, sin embargo, resulta indispensable para contar con un Estado eficiente y probo, en que función pública profesional y política se distingan y relacionen sinérgicamente. Como contribución a este problema se propone un nuevo esquema abordando su institucionalidad, un nuevo modelo de carrera funcionaria, otras categorías de personal y una fórmula de transición para implementar estas ideas.

1 /

El panorama del empleo público en Chile

1.1. El modelo constitucional y su concreción en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y en el Estatuto Administrativo (1980 a 1989)

El modelo de empleo de la administración pública chilena viene del construido por los Estatutos Administrativos dictados bajo la vigencia de la Constitución de 1925, siguiendo su Art. 72 N° 8 y basados en la categoría del funcionario de planta, con estabilidad y derecho al ascenso.^[1] Se trató de un sistema desconocido por la dictadura militar, la cual declaró, a un día de su inicio, que todo el personal de las instituciones de la administración del Estado, con expresa excepción del de la Contraloría General de la República, tendría la calidad de “empleado interino”,^[2] algo que un lustro más tarde sería reforzado por el D. L. N° 2.345/1978, al permitir la remoción presidencial de cualquier funcionario que fuese necesario para “desburocratizar” la administración del Estado.^[3] A pesar

[1] El Estatuto de 1960 definía empleos de planta como “aquellos que se encuentran consultados en calidad de permanentes en la organización estable de un servicio, por mandato de la ley o de autoridad expresamente facultada para ello” (Art. 4° del D. F. L. N° 338/1960, D. O. 06.04.1960).

[2] Art. 1° D. L. N° 6/1973 (D. O. 12.09.1973).

[3] La norma faculta al ministro del Interior para proponer esta medida al Presidente de la República y entrega la decisión “al criterio exclusivo” presidencial. Cfr. Art. 5° D. L. N° 2.345/1978 (D. O. 20.10.1978). Véase, en sentido semejante, el D. L. N° 3.410/1980 (D. O. 28.05.1980).

de estas medidas, la misma dictadura postuló la reconstrucción del modelo en la Constitución de 1980, estableciendo en su Art. 38, contenido en el epígrafe “Bases generales de la Administración del Estado”, que una ley orgánica constitucional (es decir, una ley con mayoría reforzada^[4]) “... garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

Casi una década tomó desarrollar esta norma.^[5] El primer avance fue la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado o LOCBGAE de 1986,^[6] que estableció normas sobre la carrera funcionaria en sus Arts. 45 a 53 (actuales Arts. 43 a 51), pero sin mayores consecuencias inmediatas porque lo hizo en cuanto marco de los futuros Estatutos Administrativos del personal, o sea, sin aplicación directa (si bien derogó el Art. 5 del D. L. N° 2.345/1978). En 1989 se publicó la Ley N° 18.834 que aprobaba el Estatuto Administrativo (“EA”) general,^[7] a casi tres meses de las primeras elecciones democráticas celebradas tras el golpe de 1973 y cerca de un año después de la derrota plebiscitaria que abrió paso a esa elección. El nuevo estatuto reestableció la estabilidad funcional con carácter general a través de los cargos de planta de carrera. En otras palabras, la dictadura activó este atributo en sus horas postreras, como legado para el siguiente gobierno y en una versión bastante extrema, pues apenas reconocía como cargo de exclusiva confianza en los servicios públicos el de jefe superior –extremo

[4] Este tipo de leyes requieren “para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio” y deben, además, ser controladas preventivamente por el Tribunal Constitucional (Art. 66 CPR).

[5] En paralelo, “El D. L. N° 3.551/1980 extendió la exclusiva confianza por 4 años a los cargos de los escalafones tipo que exigieran un título profesional o técnico universitario hasta el grado 15, a los que la Ley N° 18.091 sumó los profesionales funcionarios regidos por la Ley N° 15.076 (o Ley Médica). El plazo, sin embargo, fue prorrogado por sucesivas leyes hasta el 05.08.1989” (Rajevic 2014).

[6] D. O. 05.12.1986. El texto refundido, coordinado y sistematizado de esta Ley fue fijado por el D. F. L. N° 1/19.653 (D. O. 17.11.2001).

[7] D. O. 23.09.1989. El texto refundido, coordinado y sistematizado de esta Ley fue fijado por el D. F. L. N° 29/2004, MINHAC (D. O. 16.03.2005).

que rápidamente moderaría la Ley N° 18.972, publicada el último día de la dictadura militar (D. O. 10.03.1990), al ampliar la categoría de exclusiva confianza hasta las jefaturas de departamento.^[8]

El Estatuto conceptualiza un modelo de empleo basado en plantas de personal por cada organismo público, que serían “el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución” (Art. 3 b) EA), esto es, el que cada una necesitaba para cumplir sus funciones legales. En cada organismo una ley especificaría escalafones, grados, cantidad de cupos por grado y requisitos, tal como ocurría antes (de hecho, el EA facultó al Ejecutivo para adecuar en seis meses las plantas y los escalafones establecidos a las categorías del nuevo sistema^[9]). Una pequeña parte de esos cargos sería de exclusiva confianza, vale decir, sujetos a la libre designación y remoción de la autoridad facultada para disponer su nombramiento (Art. 49, inc. final de la LOCBGAE), mientras que

[8] Los numerales 7, 8 y 10 del Art. 32 de la Carta Fundamental reconoce un espacio de funcionarios de exclusiva confianza presidencial, que incluye a ministros de Estado, subsecretarios, intendentes, gobernadores, embajadores, ministros diplomáticos, representantes ante organismos internacionales y a los demás funcionarios que la ley denomina como tales, determinando que los demás empleos civiles se proveerían y removerían en conformidad a lo que dispusiera la ley. Puede compararse el texto del Art. 7 original con el resultante de la reforma de 1990:

Texto original	Texto que establece la Ley N° 18.972
<p>“Artículo 7°.- Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento los siguientes:</p> <p>a) En los Ministerios, los cargos de Secretario Regional Ministerial y Jefe de División, y</p> <p>b) En los servicios públicos, el jefe superior, con excepción de los rectores de las instituciones de Educación Superior de carácter estatal, los que se regirán por sus propios estatutos orgánicos.”</p>	<p>“Artículo 7°.- Serán cargos de la exclusiva confianza del Presidente de la República o de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, los siguientes:</p> <p>a) En los Ministerios, además de los Secretarios Ministeriales Regionales, los cargos de jefe de división y jefe de departamento o sus equivalentes, cualquiera que sea su denominación, y</p> <p>b) En los servicios públicos, los jefes superiores de los servicios, los subdirectores, los directores regionales y los jefes de departamento o sus equivalentes, cualquiera que sea su denominación.”</p>

[9] Se trata del Art. 1 transitorio, que permitió adecuar, mediante uno o más decretos con fuerza de ley, las plantas preexistentes al nuevo sistema del Art. 5 del EA, contemplando el encasillamiento de rigor. También permitió establecer, del mismo modo, las que no hubiesen sido fijadas por ley. Todo ello se implementó mediante una masiva dictación de D.F.L., dictados por el ministerio del ramo y suscritos, además, por los ministros del Interior y de Hacienda.

la mayoría sería de carrera. En estos últimos se reduce notablemente la discrecionalidad de la autoridad en el ingreso, promoción y remoción (Art. 3 f) EA), siguiendo el mandato constitucional de fundar la carrera en principios de carácter técnico y profesional. Así, por ejemplo, el ingreso a esta calidad supone concurso público y la desvinculación solo puede ocurrir por razones voluntarias, desempeño deficiente, incumplimiento de obligaciones, pérdida de requisitos para ejercer la función, término del período legal por el cual se es designado o supresión legal del empleo. Para garantizar la estabilidad tanto el desempeño deficiente como el incumplimiento de obligaciones debían acreditarse a través del sistema de calificaciones o mediante una investigación o sumario administrativo (Art. 46 LOCBGAE).

El sistema contempló otras figuras que, inicialmente, parecían marginales. Primero, los funcionarios a contrata (Art. 10 EA), cargos provistos sin concurso pero sujetos a dos límites: (i) la anualidad presupuestaria, con posibilidad de prórroga, y (ii) el tope numérico del 20 por ciento del total de los cargos de la planta respectiva. Segundo, la contratación de personas naturales a honorarios (Art. 11 inc. 2 EA) para tareas accidentales y específicas, dentro del año calendario –pero renovables como la contrata–, que no se consideraban funcionarios y tampoco se debían proveer por concurso.

Existen otros estatutos especiales que este trabajo no aborda, como el de los funcionarios municipales o Ley N° 18.883, el de los funcionarios de la salud municipal o Ley N° 19.378, el de los profesionales de la educación o D. F. L. N° 1/1996 MINEDUC o el del personal de las Fuerzas Armadas o D. F. L. (G) N° 1 /1997. Todos estos siguen una estructura relativamente semejante a las que hemos descrito.

1.2. La destrucción del modelo: las prácticas del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial (1990-2017)

Hasta allí parecía cumplirse fielmente el propósito constitucional. Sin embargo, y como es bien sabido, en la práctica el modelo nunca operó de la forma prevista, básicamente por las siguientes razones:

- i) La inexistencia de una obligación legal de proveer prioritariamente la planta de carrera, lo que permite tener plantas subutilizadas permanentemente.

- ii) La liberación del límite del 20 por ciento para la contrata, primero en artículos transitorios y luego vía glosas presupuestarias, para permitir el crecimiento de esta categoría.
- iii) El establecimiento de una dotación máxima para cada servicio vía glosa presupuestaria, que normalmente excede con amplitud los cupos de la planta y que permite que esos cupos sean provistos conforme a las reglas de la contrata y no de la carrera, con lo que las plantas se tornan obsoletas y la dotación autorizada pasa a ser el verdadero límite cuantitativo de la contrata.
- iv) La utilización de la contratación a honorarios para atender labores habituales de los servicios y no solo labores accidentales o no habituales, transformando a esta categoría en un personal de carácter permanente que sirve de válvula de ajuste final. Ello, pues, hasta 2016 permitía exceder incluso la dotación autorizada en la Ley de Presupuestos, algo que variaría con la Ley de Presupuestos de 2017 que estableció, por primera vez, una “dotación máxima” de honorarios a través de glosas por cada servicio.
- v) La sucesiva renovación de contrata y honorarios que en los hechos los transforma en una especie de estamento que, sin gozar de estabilidad en términos jurídicos, se convierte en permanente.

A lo anterior hay que sumar la existencia de un número minoritario de servicios públicos en que el legislador adoptó, como estatuto de su personal, el Código del Trabajo aplicable al sector privado, como ocurre con el Consejo para la Transparencia^[10] o el Servicio Nacional de la Discapacidad.^[11]

La combinación de estos fenómenos llevó a que el personal de carrera, aquel que de acuerdo a la Constitución parecía el corazón del sistema, retrocediera dramáticamente hasta transformarse en una categoría minoritaria y en envejecimiento. El empleo público creció, pero centrado en la contrata y, en menor medida, en los honorarios, a tal punto que actualmente la carrera apenas se empina sobre la cuarta parte del empleo público, como puede verse en el Cuadro N° 1.

[10] Art. 43 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el Art. 1 de la Ley N° 20.285 (D. O. 20.08.2008).

[11] Art. 71 de la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (D. O. 10.02.2010).

CUADRO N° 1 / Personal civil del gobierno central ⁽¹⁾ según calidad jurídica

	1995	2000	2005	2010	2015
Planta	91.965	81.732	90.316	85.547	81.644
Contrata	33.415	57.655	73.938	113.823	150.979
Hono-G	407	47	64	9	9
Hono-SA ⁽²⁾	s/i	s/i	s/i	18.240	29.215
C. Trabajo	4.812 ⁽³⁾	3.317	2.835	3.714	4.104
TOTAL	130.599	142.751	167.153	221.333 ⁽⁴⁾	265.951

Notas:

- 1) Incluye administración central, Contraloría, Poder Judicial, Congreso y Ministerio Público. No incluye FFAA y de OS, empresas públicas ni sector municipal.
 - 2) Solo incluye administración central más Contraloría y jornada completa. En 2015 hubo 18.362 HSA sin jornada o con jornada parcial.
 - 3) Ese año solo se reportó en esta categoría a los jornales permanentes.
 - 4) El primer año con estadísticas oficiales de honorarios a suma alzada es 2006 (16.822).
- Fuente:** DIPRES (2005, 43; 2012, 35 y 199; 2016, 33 y 129).

El Cuadro N° 2 muestra los resultados si ajustamos las cifras a la administración pública en sentido estricto y las llevamos a porcentajes.

Esta mutación del modelo ha llevado a una serie de otras distorsiones, entre las que puede mencionarse el surgimiento de categorías *sui generis* como los agentes públicos (personas contratadas a honorarios que pueden desempeñar funciones públicas como si fueran funcionarios y tienen responsabilidad administrativa) o jefaturas a contrata, tanto en glosas presupuestarias como en leyes permanentes.

En este escenario se entiende que desde 2015 la Corte Suprema haya empezado a aplicar garantías del derecho laboral común al personal a contrata y los honorarios, contradiciendo sus líneas jurisprudenciales previas.^[12] Me refiero, tratándose del personal a contrata, a la admisión de las acciones de las tutelas laborales en su favor^[13] y, en el caso de las per-

[12] Rajevic, Textos legales, 15-16.

[13] Tras siete sentencias de unificación de jurisprudencia que rechazaron aplicar esta acción en favor de los funcionarios a contrata, la SCS Rol N° 10.972-2013, de 30.04.2014, acogió su aplicación por la supletoriedad del Código del Trabajo respecto de la legislación laboral común. Tres nuevas sentencias reiteran este criterio: Rol N° 5.716-2015, Rol N° 4.150-2015, ambas de 01.12.2015, y Rol N° 6.417-201.

CUADRO N° 2 / Personal civil del gobierno central ajustado (excluye Poder Judicial, Congreso y Ministerio Público)

	2000	2005	2010	2015
Planta	76.402 (56,0%)	80.303 (51,6%)	73.015 (35,3%)	69.125 (27,7%)
Contrata	56.569 (41,5%)	72.487 (46,6%)	111.725 (54,1%)	147.195 (59%)
Honorarios	47 (0,03%)	64 (0,04%)	18.249 (8,83%)	29.202 (11,7%)
C. Trabajo	3.301 (2,42%)	2.817 (1,80%)	3.693 (1,78%)	4.104 (1,6%)
TOTAL	136.319	155.671	206.682	249.626

Notas: Este cuadro atiende los siguientes parámetros:

i) A diferencia del Cuadro 1 en este se excluye al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Congreso Nacional para focalizar los datos de la pura administración pública, no solo porque los primeros sean otros “poderes” del Estado sino, sobre eso, porque los tres operan con lógicas y sistemas diferentes de los de la administración pública general (especialmente el Poder Judicial). De hecho, en 2015 casi el 77 por ciento de los 16.325 empleados que reúnen estas entidades era de planta, algo completamente diferente de lo que ocurre en la administración pública *stricto sensu*.

ii) Considerando la información disponible en los informes de DIPRES no es posible restar la información anterior respecto de 1995, de modo que el cuadro se inicia en 2000.

iii) Reunimos en una sola categoría a las personas contratadas a honorarios a grado y a suma alzada, dada la baja cantidad de los primeros y la identidad sustancial de su regulación.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los datos del Cuadro N° 1 y DIPRES (2010 y 2016).

sonas desvinculadas que tenían contratos a honorarios, a la aplicación de las garantías indemnizatorias del Código del Trabajo cuando se acredita subordinación y dependencia.^[14] A ello se suma un creciente control de la discrecionalidad en los términos anticipados de personal a contrata invo-

[14] Inicialmente la Corte Suprema rechazaba aplicar las normas de protección del Código del Trabajo a personas contratadas a honorarios, por mucho que la evidencia indicara permanencia, subordinación y dependencia, entendiéndose que la regulación del Art. 11 del EA excluía la supletoriedad de ese Código (por ejemplo, SCS Rol N° 5544/2011, de 27.06.2012, de unificación de jurisprudencia). Sin embargo, y en fallo dividido, la SCS Rol N° 11584-2014, de 01.04.2015, cambió este criterio y acogió un recurso de unificación de jurisprudencia señalando que en estos casos debían aplicarse supletoriamente las garantías de este Código, criterio que ha reiterado en las sentencias Rol N° 23.647-2014 y Rol 8002-2015.

cando necesidades del servicio,^[15] que antes se cumplía con la pura invocación de esta frase, pero que ahora requiere de la expresión de su motivo o fundamento concreto “como condición de mínima racionalidad”.^[16]

La Contraloría General de la República se ha sumado a esta tendencia en lo relativo al control de las desvinculaciones anticipadas de personal a contrata desde el Dictamen N° 23.518/ 2016,^[17] pero añadiendo una nueva hebra a propósito de las renovaciones de contrata. En efecto, a partir de su Dictamen N° 22.766/2016 estableció que si la administración había renovado una contrata por una segunda anualidad generaba en el funcionario público la confianza legítima de que la renovación se repetiría en el futuro,^[18] de manera que en esos casos solo se evitaría una nueva prórroga comunicando esta decisión, en forma fundada, 30 días antes del fin del año, en abierta alteración del tenor literal de la ley^[19] y con la anuencia de la Corte Suprema.^[20] El Oficio N° 85.700, de 28.11.2016, de la misma Contraloría General de la República, impartió instrucciones y estableció criterios complementarios para la aplicación de esta nueva jurisprudencia.^[21]

Conviene contemplar en este cuadro la posibilidad de sumar en el corto plazo a otro actor relevante en materia de control. El año pasado,

.....
[15] Este control se ha realizado aplicando el recurso de protección y, aunque la línea descrita se está asentando, como puede verse en las sentencias de la Corte Suprema Rol N° 24.701-2014, Rol N° 32.005-2014 y Rol N° 35.196-2016, dependiendo de la integración de su Tercera Sala todavía hay casos en que se reconoce esta facultad ampliamente (por ejemplo Rol N° 1913-2014 y Rol N° 30024-2014).

[16] SCS Rol N° 97.796-2016.

[17] Aplicando especialmente los Arts. 11, 16 y 41, inc. 4, de la Ley N° 19.880, de 2003, de Bases de los Procedimientos Administrativos, exige que estas desvinculaciones se realicen mediante actos administrativos fundados pues de lo contrario el acto puede “ser tachado de arbitrario y por ende, ilegítimo”.

[18] Posteriormente los Dictámenes N° 53.844/2016 y 65.020/2016 precisaron que si los vínculos carecen de regularidad (por ejemplo, son contratos sucesivos pero con plazos diferentes), no aplica la confianza legítima y solo habría una mera expectativa.

[19] El inc. 1 del Art. 10 del Estatuto Administrativo señala que estos empleos durarán solo hasta el 31 de diciembre de cada año, terminando quienes los sirvan en esa fecha, “salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos”.

[20] Este criterio ha sido confirmado en las SCS Rol N° 36.491-2015 y Rol N° 35.103-2017.

[21] Rajevic (2017, 15-16 y 456-464).

por primera vez, el Congreso Nacional remitió la Ley de Presupuestos para el control preventivo y obligatorio de dos de sus disposiciones, lo que dio origen a la STC Rol N° 4118-2017. Lo importante para nuestros efectos es que el Tribunal Constitucional:

- Señala que restringió su análisis a las materias que específicamente planteó el Congreso porque carecía de tiempo suficiente para revisar las materias del proyecto que pudieran “tener un alcance propio de ley orgánica constitucional”, ya que la Ley^[22] debía publicarse en 2017.
- Recuerda que la Ley de Presupuestos está rodeada de especiales garantías para asegurar su discusión oportuna, lo que exige que se ajuste estrictamente al marco que la Carta Fundamental señala “... y que no es otro que aprobar el cálculo de ingresos y la autorización de gastos para el año correspondiente” (cons. 20°). De excederse este ámbito “... estaríamos reconduciendo los modos de crear derecho a un legislador expedito, que afectaría todas las modalidades permanentes de formación de la ley, tengan o no tengan un quórum especial...” (cons. 30°), alterando las atribuciones normativas de los órganos del Estado involucrados en la formación de la ley.
- Cita la primera sentencia del TC chileno, de 1972, que prohibió modificar en la Ley de Presupuestos “leyes generales o especiales y leyes orgánicas de los Servicios de la Administración Pública del Estado”, ya que admitirlo llevaría a “alterar mediante una norma transitoria los mandatos de una ley permanente” (cons. 27°).

Destaco esta sentencia porque las glosas que liberan de cumplir el límite cuantitativo de las contrataciones debiesen considerarse como normas de rango orgánico constitucional (Art. 38 CPR) que, pese a su transitoriedad, alteran los mandatos de una ley permanente (EA). Luego, son firmes candidatas a ser anuladas por el TC si vuelve a enviarse el proyecto de Ley de Presupuestos para su control, lo que hace urgente reestablecer un sistema de empleo público coherente en sí mismo y con la CPR.

[22] Se trata de la Ley N° 21.053, publicada el 27.12.2017.

1.3. La ausencia de derechos colectivos

Por último, conviene señalar que en materia colectiva los trabajadores del sector público no tienen derecho a sindicarse, ni a negociar colectivamente ni a declararse en huelga, los dos primeros puntos por no admitirlo la ley y el último por mandato constitucional. En efecto, el Art. 84 i) del EA prohíbe “organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado...”, en tanto que el Art. 304, inc. 3 del Código del Trabajo, prohíbe la negociación colectiva “en las instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más del 50 por ciento por el Estado”.

Para suplir la falta de sindicatos la Ley N° 19.296 ^[23] creó una figura *sui generis*: las Asociaciones de Funcionarios Públicos, que pueden formar los funcionarios de planta y a contrata de cada institución (definición que excluye a las personas contratadas a honorarios). ^[24] Aun cuando la Ley no les permite negociar colectivamente, se han desarrollado de hecho procesos de negociación al punto de que el Gobierno se reúne con lo que se ha denominado la Mesa del Sector Público, que agrupa a quince organizaciones (entre ellas, la ANEF) afiliadas a la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), para discutir los reajustes anuales y otras materias relativas a las condiciones del empleo público.

Por otro lado, la Constitución prohíbe expresamente que se declaren en huelga los funcionarios del Estado y las municipalidades (Art. 19 N° 16, inc. final), lo que reitera el Art. 84 i) del EA, bajo la lógica del principio de continuidad de los servicios públicos (Art. 3, inc. 1, y Art. 28

.....
[23] D. O. 14.03.1994.

[24] Su Art. 1 reconoce “a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, y del Congreso Nacional el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas”. Se excluye de este derecho “... a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de este, [y] a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos”.

LOCBGAE), que incluso puede llegar a tener una tutela penal.^[25] Sin embargo, como es bien sabido la realidad es que los servicios públicos sí realizan paralizaciones. Un informe señala que 2015 “fue el año del retorno de los paros masivos y nacionales en el sector público”, pues sus movilizaciones fueron mayoritariamente de carácter multirregional o nacional y representaron nada menos que el 88,2 por ciento de los trabajadores involucrados en huelgas en todo el país (COES 2016, 23). Ante esta realidad el Dictamen N° 18.297/2016 de la Contraloría ha admitido la aplicación de descuentos de remuneraciones en estos casos, sin que medie la instrucción de un procedimiento sumario, “en la medida en que la omisión del ejercicio de las funciones pueda constatarse de una manera palmaria o manifiesta”.^[26]

Por último, este panorama no es consistente con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948); N° 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949); y N° 151, sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública (1978), todos ratificados por nuestro país.^[27]

2 /

Una propuesta de nuevo modelo de empleo público

Ante las ruinas del modelo de 1989 no queda sino construir uno nuevo. Las inconsistencias de los “trozos” superpuestos que han ido con-

[25] El Art. 11 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado (cuyo texto actualizado y refundido fue fijado por el D. S. N° 890/1975, Interior, D. O. 26.08.1975), sanciona con presidio o relegación “Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública (...) producido sin sujeción a las leyes y que produzca 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”. Con todo, la investigación de estos hechos solo puede iniciarse, conforme al Art. 26 de la misma Ley, “por denuncia o querrela del Ministerio del Interior, del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada”.

[26] Sobre este punto véase Román (2016).

[27] Cfr., Rajevic (2016 B).

figurando el sistema actual vulneran los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos en general, son disfuncionales para una buena gestión pública y parecen potencialmente ruinosos para el erario al generar un cuantioso régimen indemnizatorio. Hoy no estamos garantizando que el personal que trabaja para la administración pública sea reclutado atendiendo a su mérito y capacidad y prescindiendo de redes personales y consideraciones políticas. No se discute que la administración pública deba ser dirigida por el Gobierno, pero cosa distinta es que se identifique con él, pues persigue objetivos permanentes que trascienden la duración de este último. La siguiente propuesta revisa, primero, la institucionalidad a cargo de este tema, para luego abordar el régimen general de empleo y después algunas categorías especiales, terminando con los derechos colectivos de los trabajadores.

2.1. Institucionalidad

Un primer aspecto que debe ser abordado es el organismo encargado de las políticas de empleo público en Chile. Buena parte de los problemas descritos anteriormente tienen que ver con encararlas desde una perspectiva centrada en el presupuesto. No es casual que la verdadera fisonomía del empleo público se encuentre en la Ley de Presupuestos de cada año y no en la legislación permanente, que ha quedado desactivada en aspectos clave por aquella. A esto se añade que con gobiernos de cuatro años es difícil trazar una perspectiva de largo plazo en dichas materias, que por definición trascienden la frontera de cualquier gobierno. Por lo mismo, una primera reforma es generar para ellas una gobernanza con visión de largo plazo.

Tradicionalmente el organismo encargado de las políticas de personal de la administración pública ha sido la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda (DIPRES). Esta tiene a su favor la estabilidad de su personal y un profundo conocimiento del sector público, pero está lastrada por su atracción a la coyuntura inmediata, un enfoque predominantemente financiero y una necesaria identificación con el gobierno de turno.

También debe mencionarse el rol de la Dirección Nacional del Servicio Civil (DNSC), creada en 2003 por la Ley N° 19.882, pues tiene a

su cargo “la coordinación, supervisión y perfeccionamiento de las funciones de personal en los servicios de la administración civil del Estado”, debiendo “participar en el diseño de las políticas de administración de personal del sector público y colaborar con los servicios públicos en la aplicación descentralizada de las mismas, en el marco del proceso de modernización del Estado”, así como “promover reformas y medidas tendientes al mejoramiento de la gestión del personal del sector público” y “fomentar y apoyar la profesionalización y desarrollo de las unidades de personal o recursos humanos de los ministerios y servicios”.^[28] Sin embargo, la sola lectura de estas facultades da cuenta de su fragilidad resolutive.

Con todo, este panorama ha cambiado recientemente, pues la Ley N° 20.955, de 2016,^[29] que modificó la Ley N° 19.882, entrega importantes atribuciones nuevas a la DNSC, entre las que cabe destacar la de “impartir normas de aplicación general en materias de gestión y desarrollo de personas a los ministerios y sus servicios dependientes o relacionados a través de ellos, para su implementación descentralizada, tendientes a estandarizar materias relativas a reclutamiento y selección de personas, concursos de ingreso y promoción, programas de inducción, programas de capacitación, sistemas de promoción, sistema de calificaciones y otras materias referidas a buenas prácticas laborales”.^[30] Se trata, a diferencia de las primeras facultades, de una potente herramienta regulatoria y ya lo demuestra la primera de esas normas, dictada a fines de 2017, sobre gestión y desarrollo de personas,^[31] que exige, por ejemplo, “elaborar y aplicar procedimientos transparentes de reclutamiento y selección ba-

[28] Art.1 y Art. 2 a), b) y m) de su Ley Orgánica, aprobada por el Art. 26 de la Ley N° 19.882 (D. O. 23.06.2003).

[29] D. O. 20.10.2016.

[30] Nuevo literal q) del Art. 2 de la Ley Orgánica de la DNSC. Otras facultades nuevas que destacan en la línea de lo planteado arriba son las siguientes: “r) Visar los reglamentos especiales de calificaciones de las instituciones señaladas en la letra anterior; s) Impartir a los ministerios y sus servicios dependientes o relacionados a través de ellos, normas de aplicación general para la elaboración de códigos de ética sobre conducta funcionaria; t) Difundir y promover el cumplimiento de las normas de probidad administrativa y transparencia en los ministerios y sus servicios dependientes o relacionados a través de ellos”.

[31] D. O. 10.11.2017.

sados en el mérito, idoneidad, inclusión e igualdad de oportunidades”, con una serie de características (Art. 13) que serán exigibles a las incorporaciones en la “calidad jurídica de contrata o Código del Trabajo, salvo que la autoridad, por resolución fundada, resuelva no aplicarlo, informando de ello a la Dirección Nacional del Servicio Civil” (Art. 14). La Ley añadió que la DNSC “... deberá velar por el cumplimiento de las normas que imparta e informar semestralmente a la Contraloría General de la República sobre el particular”,^[32] lo que transforma a este último organismo –con sus poderes fiscalizadores– en custodio de estas normativas cuya juridicidad, además, controla preventivamente a través de la toma de razón.

Es un signo auspicioso, aunque podría nuevamente verse frustrado por glosas presupuestarias que desnaturalicen las normas con matices, excepciones u otro tipo de condiciones.

Lo anterior podría evitarse, al menos en parte, con el recurso a una autoridad independiente al modo anglosajón, sea en versiones colegiadas como la *Civil Service Commission* de Reino Unido o la *Public Service Commission* de Canadá, o unipersonales como la *State Services Commission* de Nueva Zelanda.^[33] Esto, debido a que se trata de una fórmula que ya se ha usado en muchas otras materias, como lo testimonian el Consejo para la Transparencia o el Consejo Directivo del Servicio Electoral, aunque especialmente por la existencia dentro de la DNSC del Consejo de Alta Dirección Pública (CADP), que se asemeja a una autoridad independiente, pero cuyas potestades se restringen únicamente al Sistema de Alta Dirección Pública (SADP).

Sin embargo, sería indispensable hacer algunos ajustes en este organismo, ya que el Consejo: (i) carece de una institucionalidad de soporte robusta, pues la DNSC no depende del CADP sino de su director, funcionario de exclusiva confianza del Presidente de la República; (ii) no tiene competencias en materia de regulación del empleo público general, pues esas potestades incumben a la DNSC; y (iii) tiene una composición de cinco consejeros de los cuales uno es el director de la

[32] Parte final del nuevo literal q) del Art. 2 de la Ley Orgánica de la DNSC.

[33] Rajevic (2016 A).

DNSC, que como ya vimos es de confianza del Gobierno y preside el Consejo, mientras que los otros cuatro son designados por el Presidente de la República pero requieren ser ratificados por cuatro séptimos de los senadores en ejercicio. La dinámica política ha llevado a que esos cuatro cargos sean ejercidos por personas que representan, paritariamente, a gobierno y oposición, lo que permite al Poder Ejecutivo tener siempre la mayoría de este organismo.

En tal contexto se propone:

- i) Transformar al CADP en un Consejo del Servicio Civil, que con una mirada transversal y de largo plazo esté a cargo de la dirección y administración superior de la DNSC. Su presidente, además, dirigiría lo que hoy es el DNSC. Esto supondría mantener las competencias del consejo en el SADP y sumarles la supervisión de las normas y políticas de administración de personal del sector público.
- ii) Replicar en este Consejo la estructura del Consejo para la Transparencia, esto es, cuatro consejeros que de entre ellos eligen un presidente que tendrá voto dirimente, pero con los siguientes ajustes: (1) fijar la duración de la presidencia en tres años y no 18 meses, como tiene ese organismo, para dar mayor estabilidad al sistema; (2) exigir dedicación exclusiva al presidente del nuevo Consejo; (3) establecer un sistema de postulación al cargo de consejero con audiencias públicas (de manera que la propuesta presidencial al Senado deba fundarse en esos antecedentes), exigiendo a los candidatos experiencia y/o conocimientos de gestión pública y personal, con el objeto de evitar que la decisión termine siendo exclusivamente política; y (4) crear en lo que hoy es la DNSC un secretario ejecutivo para ejecutar los acuerdos, como cargo elegido por el nuevo Consejo.
- iii) Dar competencia a este Consejo para conocer de las reclamaciones que se interpongan en contra de los servicios públicos en materias relativas a la aplicación de las normas y políticas de administración de personal del sector público, en especial los que se refieran al respeto del principio del mérito en los procesos de reclutamiento y promoción.

Cabe señalar que el último punto supone un ajuste de las funciones del Consejo propuesto con las que posee la Contraloría General de la República.^[34] Una opción sería mantener en este último organismo la función de conocer de los reclamos referidos a las normas sobre administración de personal del sector público. Conviene recordar que en la reciente contienda de competencia formulada por la Contraloría ante el Tribunal Constitucional, este admitió en la STC Rol N° 3283-16 que la primera podía informar, de un modo generalmente obligatorio para toda la administración del Estado, acerca de la normativa aplicable a los funcionarios públicos (cons. 21°). Esto abona la tesis de mantener tal competencia en el ente contralor.

Sea el nuevo Consejo o la Contraloría el organismo que conozca de los reclamos, sería conveniente que se entregasen a uno otras potestades sancionatorias directas para el caso de incumplimientos graves, como se hizo en la Ley N° 20.285 con el Consejo para la Transparencia o, parcialmente, en la Ley N° 20.880 con la Contraloría. No hacerlo restaría eficacia al modelo.

2.2. Un nuevo régimen general para los funcionarios

2.2.1. El sistema de carrera

El segundo tema que debe abordarse es el sistema general de empleo público. Ya vimos que en la óptica del EA la matriz general era la del funcionario de carrera, pero que esta nunca se concretó. Si volvemos al mandato constitucional, el sistema de empleo público debe garantizar (Art. 38 inc. 1) tres cosas: (i) la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, (ii) la igualdad de

.....
[34] No hay que olvidar que actualmente Contraloría interpreta las normas sobre empleo público a través de dictámenes (Art. 6 inc. 1, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar (...) en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen”). Además, es competente para conocer de los reclamos que interpongan los funcionarios cuando se produzcan vicios de legalidad que afecten sus derechos estatutarios, así como las personas que postulan a un concurso público para ingresar a un cargo en la administración pública de acuerdo al Art. 160 del EA.

oportunidades para ingresar a ella y (iii) la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cabe señalar que en los modelos comparados de empleo público el sistema de carrera se entiende en oposición a los sistemas de empleo. El primero se ha desarrollado especialmente en Europa y garantiza una promoción reglada que fideliza al empleado, pero hace muy difícil –sino imposible– entrar a la función pública a mitad de la carrera profesional; el segundo tiene origen en Estados Unidos y se caracteriza por reclutar para puestos específicos sin garantizar el derecho a ascender. Se dice que la carrera tiende a promover los valores colectivos, pero presta menos atención a la responsabilidad y el desempeño individual (OCDE 2006, 195). Como sea, hay que relativizar la rigidez de estas definiciones pues resulta cada vez más complicado situar a los países en una u otra categoría y la propia OCDE admite que ninguno de sus integrantes constituye “... un caso puro de uno u otro modelo, y esta tendencia se agudiza con el tiempo, ya que suelen adoptar algunos procedimientos del otro sistema para poder mitigar las debilidades de su propio modelo” (OCDE 2006, 188 y 196).

2.2.2. Las plantas

Como se señaló anteriormente, la planta es el personal permanente que el legislador estimó necesario para que el servicio respectivo pudiera desarrollar la tarea que justificó su creación (“conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución”, Art. 3 b) del EA). La realidad da clara cuenta de que pretender que la ley pueda anticipar cabalmente esa cifra es imposible, y que si queremos contener el gasto público en personal no necesitamos de plantas, sino que basta asignar un tope en la dotación de cada servicio que fije la Ley de Presupuestos, herramienta mucho más dinámica. Esto explica que haya sido posible crear servicios públicos que carecen de planta, como el Consejo para la Transparencia.

Por lo anterior no parece necesario asociar el modelo de empleo público a la existencia de plantas. Lo importante es el régimen sustantivo del vínculo laboral que veremos a continuación, separando ingreso, desarrollo y término. Un nuevo modelo de carrera.

2.2.3. Ingreso a la calidad de funcionario de carrera

El primer punto de este modelo es que debe exigirse un proceso de selección competitivo y transparente para toda contratación de personas en la administración pública, de forma de resguardar el mérito y la capacidad e impedir discriminaciones arbitrarias. Si bien el EA reglamenta con cuidado el ingreso a los cargos de carrera en sus Arts. 17 y siguientes, la realidad es que apenas se celebran estos concursos. Las cifras muestran con elocuencia que el crecimiento del empleo se ha dado en las modalidades de contrata y honorarios, precisamente las que están exentas de procedimientos competitivos, de manera que podemos decir que la administración pública ha perdido frecuencia y habitualidad con este procedimiento que, por lo demás, es bastante engorroso.

Sería deseable aligerar los requisitos para simplificar el procedimiento y evitar reclamos o nulidades fundadas en vicios formales que no hayan influido en la decisión de fondo. Sería igualmente deseable recoger buenas prácticas y, más bien, establecer en la ley los elementos mínimos de un procedimiento de reclutamiento: perfiles de cargos, transparencia de las convocatorias, criterios de selección y resultados, objetividad y pertinencia de los instrumentos de evaluación a aplicar (procurando que apunten a competencias y no que sean simplemente memorísticos, salvo que esto sea indispensable), plazos mínimos entre la convocatoria y su cierre, trazabilidad de las decisiones, imparcialidad y decisiones colegiadas.

Cabe señalar que existe un instructivo del ministro de Hacienda de 2015, emitido siguiendo una recomendación de la llamada Comisión Engel, que ya ha hecho exigible el uso del portal www.empleospublicos.cl/ para todo proceso de selección de personal,^[35] pero en la práctica esto no ocurre. Es el tipo de cosas que difícilmente dejaría pasar sin reclamar ante la opinión pública un organismo colegiado independiente. Con todo, la ya mencionada norma de aplicación general en materia de gestión y desarrollo de personas de la DNSC^[36] debiera corregir este problema, especialmente porque la Contraloría deberá aplicarla al tomar razón o registrar los nombramientos.

[35] Oficio Ord. N° 1.320, de 15.05.2015.

[36] D. O. 10.11.2017.

2.2.4. Desarrollo en el empleo

La existencia de una carrera supone que los empleados tengan derecho a crecer laboralmente al interior de la institución o dentro del sector público. De manera que puede existir tanto movilidad vertical como horizontal. Para lograrlo se propone lo siguiente:

- i) Las dotaciones fijadas en la Ley de Presupuestos deberían establecer no solo el número de cargos, como ocurre hoy, sino también sus grados remuneratorios y escalafones.
- ii) Producida una vacante debiese activarse un concurso de promoción para permitir que alguien ascienda a ese grado, semejante al que hoy regula el EA pero simplificado en la línea propuesta a propósito del ingreso. Sería deseable que una parte minoritaria de las vacantes fuese cubierta mediante un concurso abierto a cualquier interesado (una de cada tres, por ejemplo), de modo de no cerrar el empleo público a quienes no entraron en él al iniciar su carrera profesional.
- iii) Podrían explorarse sistemas de movilidad horizontal dentro de una misma institución o entre funciones o servicios de análoga naturaleza; por ejemplo, funcionarios de servicios de salud, de municipalidades, etc., abriendo los concursos de promoción, o al menos una parte de los cupos que se generen, a todos los funcionarios. Sin embargo, sería preferible encomendar la definición de este sistema al Consejo del Servicio Civil que se propuso anteriormente.
- iv) Sería conveniente que el Consejo del Servicio Civil regulase los incentivos no monetarios que pueden entregarse. Viajes, capacitaciones o seminarios pueden ser mecanismos interesantes para incentivar el buen desempeño, siempre que se asignen de una manera que estimule la buena gestión y no sea percibida como arbitraria.
- v) Las calificaciones del personal se han revelado como inútiles desde hace mucho tiempo. Tradicionalmente servían para ascender de manera automática (vinculadas con la antigüedad) o, en teoría, para desvincular al personal de mal rendimiento. Nada de ello sucede en la realidad pues todo el personal está en lista de

excelencia.^[37] Esto aconseja transitar a sistemas de gestión de desempeño individual más livianos, en la línea de las “Conversaciones Significativas de Desempeño” que ha planteado Weissbluth (2016) y, si fuese posible, a sistemas de curvas de distribución obligatorias y estandarizadas para poder discriminar, como lo hizo el Servicio de Impuestos Internos en la década de los noventa (Weissbluth 2016, 6). Mientras las calificaciones no sean creíbles, su valor como herramienta de gestión será muy limitado.

2.2.5. Término de la relación de empleo

El último aspecto clave del vínculo del funcionario de carrera es cómo termina. En este punto parece indispensable impedir tanto la arbitrariedad de la autoridad (que puede dinamitar la moral funcionaria y la necesaria neutralidad política de la administración) como la sensación de inamovilidad de los funcionarios (que puede estropear la gestión). Uno y otro extremo son inconvenientes para el interés general.

Lo anterior hace que parezca necesario mantener la exigencia de procedimientos disciplinarios para proceder a la destitución de un funcionario por infracciones a sus deberes. Con todo, es necesario flexibilizar dichos procedimientos para evitar tanto su extensa duración (en perjuicio del buen ambiente laboral, muchas veces) como el consumo del siempre escaso tiempo funcionario que representan (un/a fiscal abogado/a, normalmente, y un/a actuario/a, además de los viajes, las declaraciones de otros funcionarios, etc.).

[37] Puntajes máximos en la lista 1, por años 2004-2010:

Año	% Puntaje máximo de lista 1	% Lista 1
2004	55,44	97,67
2005	59,43	98,08
2006	55,49	98,47
2007	57,12	98,74
2008	57,18	98,45
2009	56,35	98,52
2010	49,52	97,07

Fuente: SEDP Servicio Civil (Dirección Nacional del Servicio Civil 2012, 26)

Al mismo tiempo, es preciso establecer una cláusula más flexible para desvincular personal cuando lo requieran las necesidades del servicio, evitando la arbitrariedad. El modelo más simple para estos efectos es el de las Superintendencias de Medio Ambiente (Ley N° 20.417/2010) y Educación (Ley N° 20.529/2011) que permiten declarar la vacancia por “necesidades de la Superintendencia”, con indemnización de un mes por año, con tope de seis, en una decisión del jefe superior del servicio que solo puede adoptar una vez al año, fundado en el buen, oportuno y eficiente funcionamiento del servicio y sobre la base de un informe de los directivos de segundo nivel jerárquico. Sin embargo, no se entiende bien por qué en este caso existe un techo de seis meses si el Código del Trabajo, en el Art. 163, limita la indemnización análoga a 330 días de remuneración, es decir, 11 años.^[38]

La última propuesta requiere, correlativamente, de una instancia de reclamo imparcial para definir la justificación del despido, que podría ser la Contraloría General de la República o los Tribunales Laborales, definiendo qué ocurre cuando se determina que el despido es injustificado. No se propone un sistema de desahucio pagado, incompatible con las exigencias de racionalidad que requiere la actuación de las autoridades públicas, sino que, en estos casos, el funcionario podría optar por ser reincorporado en vez de indemnizado (podría, por ejemplo, aplicarse la norma del Art. 120 del EA para reparar el lucro cesante si correspondiera y establecer una reparación prudencial del daño moral).

2.2.6. Aplicación supletoria del Código del Trabajo y tutela laboral

De optarse por un modelo como el descrito parece plausible la aplicación supletoria del Código del Trabajo. Con todo, sería deseable en una reforma clarificar la modalidad de aplicación de la tutela laboral, introducida en los Arts. 485 y siguientes de este Código por la Ley N° 20.087, de 2006, pues existen aspectos que no están debidamente

[38] Me refiero a la de la causal del Art. 161 del mismo Código, esto es, la invocación de “las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores”.

regulados. Entre ellos, el rol de las Asociaciones de Funcionarios, las facultades de la Dirección del Trabajo o de la Contraloría General de la República para denunciar una vulneración de derechos fundamentales de un órgano de la administración pública ante el tribunal competente, para hacerse parte en el juicio e informar al Tribunal, o la responsabilidad civil y administrativa del autor de la vulneración.

2.3. *Categorías especiales*

Propuesta esta “nueva carrera administrativa”, se reportan otras categorías de empleo paralelas que convendría también reconocer.

2.3.1. Personal de exclusiva confianza

Ya explicamos la naturaleza de este personal, que corresponde a quienes colaboran directamente en el diseño de políticas públicas y, por lo mismo, quedan “... sujetos a la libre designación y remoción del Presidente de la República o de la autoridad facultada para disponer el nombramiento”.^[39] La Constitución define un reducido grupo de cargos sujetos a este régimen: los ministros de Estado, los subsecretarios, los gobernadores regionales, los gobernadores provinciales, los embajadores, los ministros diplomáticos y los representantes ante organismos internacionales (Art. 32 N° 7 y N° 8), y agrega que corresponde a la ley definir el resto de funcionarios que tendrán esta calidad (Art. 32 N° 10).

El Art. 7 del EA completa este listado con los cargos de planta de la Presidencia de la República, los secretarios regionales ministeriales y los jefes de división o jefaturas de niveles equivalentes o superiores en los ministerios y los jefes superiores de servicios, subdirectores y directores regionales o jefaturas de niveles equivalentes o superiores en los servicios públicos.

Este listado parece razonable. A él debiesen sumarse los jefes de departamento de las divisiones estratégicas de los ministerios (pues es difícil ejercer ese tipo de cargo sin tener sintonía con el Gobierno) y una nueva categoría: la cuota de asesores que defina la Ley de Presupuestos

[39] Art. 49 inc. final, LOCBGAE.

para los ministros y jefes superiores de servicio, con la peculiaridad de que su calidad de funcionario se extinguiría automáticamente al cesar la autoridad que lo nombró.

Distinguir esta capa de asesores temporales de carácter técnico-político tiene la ventaja de identificarlos en relación con el resto de los funcionarios, pues, a diferencia de estos, el factor clave para ser reclutados no es la capacidad e idoneidad profesional (por mucho que la tengan), sino su afinidad con la autoridad. De allí que deban cesar con ella^[40] y que el Congreso, anualmente, deba definir transparentemente su número.

Por último, debiesen suprimirse las plantas compuestas íntegramente por personal de exclusiva confianza, como ocurre actualmente con la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y Comisión de Mercado Financiero. Podrían mantenerse en la Presidencia de la República, pero en los demás casos parece inadmisibles un régimen de empleo que carezca por completo de estabilidad funcionaria.

2.3.2. Altos directivos públicos

Esta es una capa especial de la exclusiva confianza, porque en rigor no están sujetos a libre designación, ya que la autoridad a cargo del nombramiento solo puede seleccionar a personas que estén en la nómina de tres o cuatro personas propuestas por el CADP o el Comité de Selección.

Con todo, y aunque el tema de la Alta Dirección merece un análisis particular, se recomienda establecer que los cargos de menor exposición política sujetos a este sistema no puedan ser removidos sin acuerdo del CADP, para minimizar la alta rotación que presentan hasta el momento, lo que lesiona la buena gestión. Ello complementaría las medidas adoptadas por la Ley N° 20.955, medidas que, yendo en la dirección correcta, son aún insuficientes.

Por otro lado, podría incluirse en este Sistema ADP con estabilidad relativa a las jefaturas de división ministeriales que no sean propias del respectivo “giro del negocio” –las estratégicas–, de manera de institucio-

[40] Así ocurre con el “personal eventual” español, los “asesores especiales” de Reino Unido y el *ministerial staff* de Canadá (Rajevic 2016A).

nalizarlas. No se ve por qué el/la jefe/a de la división administrativa y de personal de un ministerio, o el/la de su división jurídica deban cambiar si lo hace el/la ministro/a.

2.3.3. Tercer nivel jerárquico

También debiese mantenerse este peculiar grupo de funcionarios de carrera, salvo, como ya se dijo, en las divisiones ministeriales estratégicas. Es preciso, además, concursar todos los cargos de tercer nivel jerárquico que no han sido provistos conforme a la ley en un plazo determinado, algo que también prevé el Art. 24 de la norma de aplicación general en materia de gestión y desarrollo de personas de la DNSC^[41] (parece difícil entender que aún existan casos en que esto no ha ocurrido desde 2003). Debiese, por último, modificarse la regla que solo permite abrir la terna o quina de candidatos a personas externas “a la planta del ministerio o servicio que realice el concurso”, cuando no existan postulantes idóneos para completarla que cumplan con esa condición (Art. 8 b) del EA), lo que restringe severamente las posibilidades del personal a contrata y perteneciente a otras entidades, reduciendo el universo de postulantes. Bastaría reservar una parte de los cupos para los funcionarios de planta del mismo servicio, por ejemplo un tercio de la nómina propuesta.

2.3.4. Personal temporal

Las perversiones del empleo a contrata no deben hacernos perder de vista que es conveniente dar una válvula acotada a la autoridad para que pueda contratar personal directamente, ante situaciones imprevistas y urgentes, respetando en lo posible los principios de igualdad y mérito. Se propone considerar una categoría de personal temporal bajo las siguientes cautelas:

- i) Plazo máximo de duración de un año, tras el cual deberán concursarse los empleos sin que pueda considerarse como factor la experiencia adquirida mediante el nombramiento directo.

[41] D. O. 10.11.2017.

- ii) Necesidad de indicar expresamente en la resolución de nombramiento las razones que justifican proceder a este tipo de contrataciones.
- iii) Establecer la extinción automática del vínculo cuando cese la causa que dio lugar al nombramiento.

La infracción de tales normas (por ejemplo, usar este sistema no habiendo una situación imprevista y urgente) daría lugar a la desvinculación y a una sanción para el jefe superior del servicio que sería aplicada directamente por la institución a cargo del sistema (Consejo del Servicio Civil o Contraloría), previa instrucción de un sumario.

2.3.5. Personal laboral

Parece muy discutible que tenga sentido esta categoría si se adoptan las medidas anteriores. Con todo, podría aceptarse si se le aplican los procedimientos de ingreso, desarrollo y desvinculación del personal de carrera. Dicho de otra manera, el uso del Código del Trabajo no puede ser obstáculo para reclutar de forma transparente y competitiva, o para objetivizar los sistemas de gestión del desempeño, pero sí servir como cuerpo supletorio de estos principios.

2.3.6. Personal a honorarios

No se ve obstáculo para mantener esta categoría, pero con un límite intransable: no desarrollar actividades bajo subordinación o dependencia, pues en tal caso se trataría de “funcionarios encubiertos” que, además, no estarían bajo el sistema de protección social.

En caso de contratarse a una persona vulnerando estas normas procedería su desvinculación y un sumario contra el jefe de servicio, investigando y aplicando directamente la sanción aquella institución a cargo del sistema (Consejo del Servicio Civil o Contraloría).

2.4. *Derechos colectivos*^[42]

Un último aspecto del nuevo régimen de empleo público es reconocer el derecho de los funcionarios y las personas que presten servicios habi-

[42] En esta parte sigo las ideas expuestas en Rajevic (2016b).

tuales a la administración pública, bajo subordinación y dependencia, a sindicalizarse, negociar colectivamente y declararse en huelga,^[43] por ajustarse al marco de los tratados internacionales suscritos por Chile, por un criterio de realidad y por la necesidad de ajustar aspectos que a falta de regulación terminan generando daños injustificados a los usuarios de los servicios públicos.

Así, debieran reconocerse diversos y excluyentes niveles posibles de negociación (nacional, sectorial y por organismo), materias excluidas de la negociación, periodicidad no coincidente con los ciclos electorales y con una duración mínima de los acuerdos, arbitraje obligatorio cuando el proceso se prolongue exageradamente y principios que enmarquen el proceso, como los de competencia, transparencia y cobertura presupuestaria.

La huelga debiese regularse en su oportunidad, en sus procedimientos de adopción (incluyendo aviso previo a la autoridad y la comunidad afectada), los organismos excluidos, la prohibición de reemplazo y el sistema de determinación de servicios mínimos, los descuentos por días no trabajados y el arbitraje obligatorio. Esto, desde luego, supondría una modificación constitucional.^[44]

3 / Propuesta de transición hacia el régimen propuesto

Finalmente, es preciso explicar cómo se aplicaría este régimen al personal actualmente en funciones:

- i) Los funcionarios de carrera no se verían afectados por las reformas planteadas, atendido que constituyen un número muy acotado, salvo que quisieran optar a un concurso de promoción.
- ii) El personal a contrata con, al menos, dos renovaciones anuales debiese incluirse directamente en el nuevo sistema de carrera,

[43] Salvo las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, entendiendo que son cuerpos no deliberantes y que tienen el monopolio del uso de las armas.

[44] El óptimo sería incluir una disposición transitoria relativamente extensa que señale las características básicas que tendrían en estos casos la negociación colectiva y la huelga, de manera que puedan operar incluso mientras el legislador no las regule.

ganando estabilidad y certeza jurídica. Dada la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría, esto parece lo más apropiado. Ello no quita que pudiese estimarse que sus servicios no son necesarios fundándose en un informe de los altos directivos nombrados por ADP de segundo nivel jerárquico, como ya se explicó, y pagando las indemnizaciones correlativas.

- iii) Tratándose de personal a contrata que no hubiese completado un año ni hubiese sido contratado mediante un concurso que cumpla los nuevos estándares, debiese extinguirse la relación llamando, si es necesario, a un concurso. Si, en cambio, el reclutamiento se hubiera ajustado a los nuevos parámetros, podría optarse por regularizar al funcionario en la nueva carrera.
- iv) También debiese ofrecerse al personal a honorarios bajo subordinación, y con más de un año de desempeño, la opción de sumarse al nuevo sistema. Es muy discutible, dada la jurisprudencia de la Corte Suprema, que aquellos pudiesen ser desvinculados sin indemnizaciones.
- v) No debiera admitirse el ingreso directo al nuevo sistema de carrera en el caso del personal a contrata o a honorarios que estuviese desempeñando funciones de confianza para la autoridad, a menos que hubiese enterado más de un periodo presidencial en ellas. Me refiero a jefes de gabinete, asesores ministeriales o personas que desempeñasen otras funciones análogas o de exclusiva confianza.
- vi) En cuanto al personal sujeto al Código del Trabajo, mantendría la situación que tiene, a título de situación en extinción, con la salvedad de aplicarle las nuevas normas sobre gestión del desempeño y la posibilidad de concursar a cargos de la nueva carrera, pasando a ella en caso de ser seleccionado.
- vii) Finalmente, tratándose de las plantas compuestas solo de personal de exclusiva confianza operaría del mismo modo que en el caso de las contrataciones, distinguiendo según llevase en el servicio menos o más de un año para sumarlo a la nueva carrera.

Referencias /

COES o Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social (2016). “Informe Anual de Huelgas Laborales 2015”. Santiago de Chile.

Dirección Nacional del Servicio Civil (2012). “Gestión del Desempeño en Servicios Públicos”. Santiago de Chile.

DIPRES (2016). “Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2006-2015”.

___ (2012). “Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2002-2011”.

___ (2010). “Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2000-2009”.

___ (2005). “Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 1995-2004”.

OCDE (2006). *La modernización del Estado: el camino a seguir*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Rajevic, M. E. & Dirección Nacional del Servicio Civil (2017). *Textos legales sobre gestión de personas y empleo público en Chile*. Santiago de Chile.

Rajevic, M. E. (2016 A): “Informe final del estudio comparado de sistemas de contratación y modelos de empleo público de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OECD”. Programa de Modernización del Sector Público, Ministerio de Hacienda.

___ (2016 B). “Estudio comparado acerca de la institucionalización de modalidades eficaces de negociación colectiva en el sector público”. Programa de Modernización del Sector Público, Ministerio de Hacienda.

___ (2014). “La precarización del empleo público en Chile y el mito de la carrera funcionaria”. Ponencia presentada en el 5° Encuentro Anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Santiago de Chile.

Román, C. C. (2016). “Dictamen N° 18.297 de 2016 de la Contraloría General de la República ¿“Rompehuelgas” en la Administración del Estado?”. *Revista de Derecho Público* 84: 157-175.

Waissbluth, M. (2016). “Gestión de unidades de recursos humanos en los servicios públicos”. Programa Modernización del Sector Público, Ministerio de Hacienda.