

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 4118-17 DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017 SOBRE LA LEY DE PRESUPUESTOS DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO 2018 (LEY Nº 21.053)

ERNESTO SILVA MÉNDEZ

RESUMEN: El Tribunal Constitucional (TC) ha intervenido en diversas oportunidades en materia presupuestaria. El presupuesto 2018 contempla, sin embargo, una situación excepcional. Por primera vez el Congreso envía al Tribunal Constitucional para control preventivo y obligatorio la ley de presupuestos, pues en su contenido se incorporaron materias que serían propias de ley orgánica constitucional. Junto con analizar los planteamientos del legislativo, el TC actúa también de oficio invocando una reserva de constitucionalidad planteada por diputados durante el debate legislativo. Dicha reserva o cuestión de constitucionalidad no fue manifestada por el Congreso en su oficio al TC ni fueron acompañadas actas que dieran cuenta de la discusión. En efecto, fue el propio tribunal quien de oficio incorporó las actas del debate legislativo al expediente y actuó de oficio para evaluar la constitucionalidad de la disposición en debate. De esta forma se suscitaron tres materias para pronunciamiento del tribunal: definición de criterios de remuneración en el traspaso de funcionarios de honorarios a contrata en el Estado; regulación de la rendición de los gastos reservados; y criterios de difusión de los resultados de evaluaciones de logros de aprendizaje escolar. En su sentencia, y para los tres casos, el TC declara la inconstitucionalidad de al menos una parte de las disposiciones contenidas en el proyecto despachado por el Congreso. En las tres materias sentenciadas, la disposición presupuestaria revela un debate de política pública que excede el ámbito presupuestario y sería parte de debates asociados a legislación permanente. Pero de los tres aspectos analizados, el que resulta más interesante es aquel vinculado a las condiciones de remuneración para los funcionarios a honorarios que son traspasadas a suma alzada a contrata durante la vigencia de la ley, pues da cuenta de un debate pendiente y sin resolución sobre cómo debe proyectarse el empleo público hacia el futuro.

PALABRAS CLAVE: Ley de Presupuesto, Tribunal Constitucional, Congreso, Economía Política.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. Tramitación especial de la ley de presupuestos del sector público, 3. Tribunal Constitucional y las leyes de presupuesto, 4. Materias controvertidas y tramitación de la ley 21.053, 5. Actuación del Tribunal Constitucional, 6. Reflexiones y consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

La ley de presupuestos del sector público es uno de los temas más interesantes para las políticas públicas en Chile, pues en ella se reúnen anualmente aspectos políticos, económicos, jurídicos y de políticas públicas de vital importancia para el desarrollo del país. Su importancia no tiene relación solo con el Chile reciente, sino que ha sido una pieza angular para entender nuestra historia y nuestro ordenamiento institucional. Sin lugar a dudas el conflicto institucional (y posterior guerra civil) generado con la ley de presupuestos para el año 1891, ha hecho que la discusión presupuestaria sea un tema sensible y con una regulación muy especial, ordenada en la Constitución, y en la cual se establece la iniciativa

presidencial en la materia y un plazo especial para que el proyecto sea despachado por parte del Poder Legislativo, a riesgo de transformar en ley la propuesta presidencial en caso que el Congreso no despache la norma dentro de plazo.

Así como la ley de presupuestos es considerada un elemento central de las políticas públicas en Chile, el rol del Tribunal Constitucional en la deliberación de la sociedad chilena, ha sido y sigue siendo una materia de debate y cuestionamiento. Las recientes decisiones del TC en materias como la institucionalidad y atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)¹ y la nueva institucionalidad y políticas de educación superior incluyendo la gratuidad de la misma², han generado fuerte debate y polémica. Sin embargo, en materias asociadas a la Ley de Presupuestos, el rol del TC no ha generado igual nivel de debate y polémica. De hecho, la actividad del TC en materia de ley de presupuesto ha sido más bien acotada en los últimos años, pero no por ello menos importante, tal como analizaremos a continuación.

La discusión de la Ley de Presupuestos del sector público para el año 2018 incorporó una innovación en su tramitación. En efecto, fue la primera oportunidad en que el Congreso Nacional, aplicando el artículo 93, numeral 1º de la Constitución Política de la República, remitió al Tribunal Constitucional el Proyecto de Ley de Presupuestos del sector público para efectos de control preventivo y obligatorio³. Sometido dicho proyecto a su consideración, el Tribunal Constitucional analizó los puntos planteados por el legislativo, pero incorporó en su sentencia, actuando de oficio, un aspecto que no había sido mencionado en el oficio de la Cámara de Diputados⁴.

El Congreso remitió al Tribunal, para efectos de control preventivo obligatorio, dos normas del proyecto de ley de presupuestos. Se trata del artículo 28 de la ley y del párrafo tercero de la Glosa 04, asociada al Subtítulo 24 (Transferencias Corrientes), Ítem 03 (A Otras Entidades Públicas) Asignación 001 (Evaluación de Logros de Aprendizaje), del Programa 01 Capítulo 03 de la Partida 09, correspondiente al Ministerio de Educación. El Tribunal Constitucional se pronunció señalando que no corresponde revisar el numeral primero del artículo 28, pero sí se pronunció declarando la inconstitucionalidad de los párrafos primero, segundo y tercero del numeral 2 de dicho artículo. Asimismo, el TC declaró inconstitucional el párrafo tercero de la Glosa 04 antes referida. Pero el Tribunal fue más allá, y constató que en la tramitación legislativa se había hecho reserva de constitucionalidad respecto de disposiciones contenidas en el artículo 24 de la ley de presupuestos, relativa a la remuneración del personal que transitaba de un sistema de vinculación laboral (honorario) a otro (suma alzada a contrata) durante la vigencia de la ley. Sobre este punto, el TC declaró la inconstitucionalidad de la segunda parte del inciso primero del artículo 24 en la cual se establecía la forma en que se debía entender la mantención de la remuneración bruta en el traspaso de funcionarios de honorarios a suma alzada a contrata.

¹ Sentencia TC 4012/2017.

² Sentencia TC 4317/2018.

³ Ver considerando Nº 3 de la Sentencia del TC Rol 4118-17.

⁴ Oficio Nº 13.628 de la Cámara de Diputados de fecha 29 de noviembre de 2017.

El comentario se desarrolla a continuación de acuerdo a la siguiente estructura. En la segunda sección, se sintetiza la especial tramitación que la Constitución contempla para la ley de presupuestos y se resalta la importancia que esta norma tiene en la organización del Estado, en las finanzas públicas y en la definición y ejecución de las políticas públicas. En la tercera sección, se revisa el rol del Tribunal Constitucional en las leyes de presupuesto de los últimos años, en concreto, entre 2010 y la actualidad. La cuarta sección describe y comenta la tramitación y etapas de discusión que tuvo en el Congreso Nacional la ley de presupuestos 2018, Ley Nº 21.053, destacando los debates sobre aquellos puntos que fueron materia de revisión por parte del TC. La quinta sección se centra en describir y comentar la sentencia del Tribunal Constitucional para este caso, detallando tanto la resolución como las prevenciones y disidencia, y analizando algunas implicancias de este fallo para el futuro. Por último, en la sección final se plantean las conclusiones y consideraciones finales sobre esta sentencia del TC.

2. TRAMITACIÓN ESPECIAL DE LA LEY DE PRESUPUESTOS DEL SECTOR PÚBLICO

El presupuesto para el sector público para el año 2018 contempla gastos por \$48.420.851.956⁵. Esto implica a un tipo de cambio de \$600, que el gasto del sector público alcanzará para el año 2018 un monto cercano a los US\$80.000.000.000 (ochenta mil millones de dólares de los Estados Unidos de América). Para una economía como la chilena cuyo producto interno bruto para el año 2016 alcanzó los US\$247.000.000.000, lo que se analiza y decide en la ley de presupuestos de cada año es sin duda algo muy relevante.

Por tratarse de una materia de tanta relevancia, la Constitución chilena define un tratamiento especial para la formulación y votación de esta pieza anual de legislación⁶. En efecto, el artículo 67 del texto constitucional vigente señala:

“Artículo 67.- El proyecto de Ley de Presupuestos deberá ser presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional, a lo menos con tres meses de anterioridad a la fecha en que debe empezar a regir; y si el Congreso no lo despachare dentro de los sesenta días contados desde su presentación, regirá el proyecto presentado por el Presidente de la República.

El Congreso Nacional no podrá aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos; solo podrá reducir los gastos contenidos en el proyecto de Ley de Presupuestos, salvo los que estén establecidos por ley permanente.

La estimación del rendimiento de los recursos que consulta la Ley de Presupuestos y de los nuevos que establezca cualquiera otra iniciativa de ley, corresponderá exclusivamente al Presidente, previo informe de los organismos técnicos respectivos.

No podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la Nación sin que se indiquen, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto.

⁵ Monto actualizado a abril de 2018, consultado en <https://www.bcn.cl/presupuesto/periodo/2018>

⁶ Para una revisión histórica de las disposiciones constitucionales en materia presupuestaria, ver entre otros a Bronfman *et al.* (2013), Huneeus (1890) y Soto (2015).

Si la fuente de recursos otorgada por el Congreso fuere insuficiente para financiar cualquier nuevo gasto que se apruebe, el Presidente de la República, al promulgar la ley, previo informe favorable del servicio o institución a través del cual se recaude el nuevo ingreso, refrendado por la Contraloría General de la República, podrá reducir proporcionalmente todos los gastos, cualquiera sea su naturaleza”.

De la norma recién señalada destacan ciertos elementos del proceso de tramitación de la ley de presupuestos: (i) la iniciativa corresponde al Presidente; (ii) debe presentarse al Congreso los últimos días de septiembre de cada año; (iii) el Presidente tiene preeminencia, pues de no despacharse el proyecto dentro de cierto plazo, se entiende aprobada su iniciativa original; (iv) las facultades del Congreso en este proyecto son limitadas y acotadas.

La normativa constitucional que regula la tramitación del proyecto presupuestario se complementa con las disposiciones del artículo 19 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional⁷, que establece:

“Artículo 19°.- El proyecto de Ley de Presupuestos será informado exclusivamente por una comisión especial, que se integrará con el mismo número de diputados y de senadores que establezcan las normas reglamentarias que acuerden las Cámaras. Formarán parte de ella, en todo caso, los miembros de sus respectivas comisiones de hacienda. La comisión será presidida por el senador que ella elija de entre sus miembros y deberá quedar constituida dentro del mes de septiembre de cada año.

Esta comisión especial fijará en cada oportunidad sus normas de procedimiento y formará de su seno las subcomisiones que necesite para el estudio de las diversas partidas del proyecto, sin sujeción en ellas a la paridad de que trata el inciso anterior. Con todo, una vez concluida la labor que corresponde a la comisión especial constituida conforme a los incisos anteriores, esta podrá seguir funcionando para el solo efecto de realizar un seguimiento de la ejecución de la Ley de Presupuestos durante el respectivo ejercicio presupuestario, hasta que se constituya la siguiente comisión especial que deba informar un nuevo proyecto de Ley de Presupuestos.

Para los efectos de realizar el seguimiento, la comisión especial podrá solicitar, recibir, sistematizar y examinar la información relativa a la ejecución presupuestaria que sea proporcionada por el Ejecutivo de acuerdo a la ley, poner dicha información a disposición de las Cámaras o proporcionarla a la comisión especial que deba informar el siguiente proyecto de Ley de Presupuestos. Contará para ello con una unidad de asesoría presupuestaria. En caso alguno esta tarea podrá implicar ejercicio de funciones ejecutivas, o afectar las atribuciones propias del Poder Ejecutivo, o realizar actos de fiscalización.”

Esta norma específica la operatoria misma del proceso de formulación de la ley y la forma en que este se desarrolla. En la práctica, la Comisión Especial Mixta de Presupuestos está integrada por 26 miembros, 13 diputados que integran la Comisión de Hacienda de la Cámara, y 13 senadores entre los que se incluye a los 5 integrantes de la Comisión de Hacienda del Senado. La práctica ha conducido a la elección del presidente de la Comisión de Hacienda del Senado como Presidente de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto. Para el análisis de las cerca de 30 partidas presupuestarias, la Comisión Especial Mixta de Presupuestos se divide

⁷ Ley N° 19.819, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 5 de febrero de 1990.

en 5 subcomisiones, integradas por 5 miembros cada una, a excepción de la Primera Subcomisión que se integra con 6 parlamentarios. Para efectos de conducir las reglas de debate y votación, la Comisión acuerda anualmente someter su procedimiento bajo la regulación del Reglamento del Senado. El trabajo de la Comisión Especial Mixta de Presupuesto y sus subcomisiones es una pieza relevante del proceso presupuestario, pero podría ser aún mayor, si el Congreso Nacional contara con herramientas más robustas de análisis y estudio de las finanzas públicas, del impacto de los planes y programas presupuestarios, y de la ejecución misma de los gastos contemplados en la ley. Hasta ahora, y tal como lo dispone el artículo antes mencionado, el Congreso Nacional cuenta con una Unidad de Asesoría Presupuestaria radicada en el Senado, pero que requiere más capacidades, información y recursos para ser una contraparte efectiva ante la Dirección de Presupuestos, en un ejercicio de información asimétrica como lo es hoy el Presupuesto del Sector Público, donde el Ejecutivo domina la información mientras que el Congreso –y con plazos perentorios– intenta dilucidar los aspectos relevantes para poder tomar decisiones.

En síntesis, nuestro ordenamiento jurídico contempla una regulación específica sobre la ley de presupuestos, diferente de la legislación general, en el cual se establece la preeminencia del Presidente de la República y en el cual se acotan tanto los plazos de tramitación como las atribuciones del parlamento. Es en este contexto que se produce la intervención del Tribunal Constitucional a través de la sentencia que motiva este comentario.

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS LEYES DE PRESUPUESTO

La tramitación de la Ley de Presupuestos para el año 2018 tuvo una particularidad, pues, como lo señaló el TC en el considerando tercero de su sentencia, *“...se trata de la primera oportunidad en que el Congreso Nacional remite la Ley de Presupuestos para su control preventivo y obligatorio en aplicación del artículo 93, numeral 1° de la Constitución”*.

Pero el hecho que sea la primera vez que el parlamento envía la Ley de Presupuestos para control preventivo y obligatorio no implica que sea la primera vez que el Tribunal se pronuncie sobre la Ley de Presupuestos. En efecto, si revisamos las leyes de presupuesto desde el año 2010 hasta la fecha (los últimos dos gobiernos, correspondientes a coaliciones políticas distintas), encontramos que la participación del Tribunal Constitucional ha sido necesaria en 4 oportunidades (incluyendo su reciente pronunciamiento de diciembre de 2017).

En el presupuesto del año 2010⁸ el Tribunal no interviene, pero sí lo hace en la tramitación de la Ley de Presupuestos para el año 2011⁹. El presupuesto 2011 corresponde al primer proyecto presupuestario presentado por el entonces gobierno del Presidente Sebastián Piñera, enfrentando un Congreso Nacional en el cual tenía una frágil mayoría en la Cámara de Diputados y claramente una minoría de votos en el Senado. Tres glosas presupuestarias aprobadas por iniciativa parlamentaria generaron un requerimiento de senadores oficialistas de ese entonces, demandando la inconstitucionalidad de las mismas.

⁸ Ley N°20.407 de 16 de diciembre de 2009.

⁹ Ley N°20.481, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 18 de diciembre de 2010.

La primera de las glosas incorporaba una disposición en el presupuesto del Ministerio del Interior señalando que la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) debía ser realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas –excluyendo cualquier otra posible institución– y señalando una forma específica en que debían asignarse los recursos de seguridad ciudadana hacia las comunas. La segunda glosa cuestionada –en este caso por estar supuestamente fuera de las ideas matrices del proyecto– se relacionaba a la información que el Congreso exigía al ejecutivo sobre la forma de implementación del cronograma de la iniciativa conducente a extender el descanso postnatal hasta seis meses. La tercera glosa, por su parte, también fue cuestionada por no ser parte de las ideas matrices del proyecto, y su contenido versaba con la futura ejecución de la promesa presidencial de eliminar el 7% de cotización de salud de los pensionados del país.

El TC acogió parcialmente el requerimiento¹⁰, declarando la inconstitucionalidad de la glosa relativa a la ENUSC por afectar la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, pero rechazó el requerimiento en el caso de las glosas relativas al postnatal y a la cotización del 7% de salud por no considerar que estuvieran fuera de las ideas matrices del proyecto de ley de presupuesto del sector público. De esta forma, el Tribunal Constitucional se pronunciaba respecto de ámbitos de la ley de presupuestos, ante el requerimiento planteado por parlamentarios oficialistas.

El presupuesto del año siguiente –2012¹¹– también es requerida la intervención del Tribunal Constitucional. Un grupo de parlamentarios –diputados de oposición en este caso– dedujeron un *“requerimiento de inconstitucionalidad en contra de las actuaciones del H. Senado durante la tramitación del Mensaje de S. E. el Presidente de la República, sobre Ley de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2012 (Boletín 7972-02), por exceder el marco fijado en la Constitución Política de la República”*¹². El requerimiento se fundaba en la facultad establecida en el Artículo 93, inciso primero, N° 3 de la Constitución, que permite al Tribunal Constitucional *“resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”*¹³. Los parlamentarios alegaban que el Senado había violado la Constitución al permitir incorporar al presupuesto fondos que habían sido rechazados en la Cámara de Diputados y respecto de los cuales no existía una indicación del Ejecutivo para reponerlos (Fondo para la Educación contenido en la Partida Tesoro Público). Sostenían que el procedimiento utilizado por el Senado violaba la Constitución y debía ser sancionado. El Tribunal, por razones desarrolladas en los considerandos de su sentencia¹⁴, simplemente no acogió a trámite el requerimiento, quedando a firme entonces, el proyecto de ley despachado por el Congreso.

¹⁰ Sentencia TC 1867/2010.

¹¹ Ley N°20.557 de 15 de diciembre de 2011.

¹² Requerimiento presentado por diputados en causa Rol 2136/2011.

¹³ Artículo 93, N° 3 CPE.

¹⁴ Sentencia TC 2136/2011.

Los presupuestos 2013¹⁵, 2014¹⁶ y 2015¹⁷ no fueron objeto de control o revisión por el Tribunal Constitucional. La única particularidad de estos años, sin embargo, está dada por el nivel de discrepancias en la tramitación del proyecto de ley del año 2013, el cual generó incluso la presentación de observaciones por parte del Presidente de la República¹⁸.

El presupuesto del año 2016¹⁹ –ya durante el segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet– refleja en su tramitación el nivel de debate y tensión en torno a la gratuidad en materia de educación superior. Mediante glosas presupuestarias –y no a través de una legislación propiamente tal– se reguló en la ley de presupuestos, los criterios para que las instituciones de educación superior chilena pudieran acceder a la gratuidad promovida por el gobierno. De esta forma, un debate político –conveniencia o no de la gratuidad en educación superior– era acompañado por un debate legislativo –si corresponde o no legislar temas permanentes a través de glosas presupuestarias esencialmente temporales y transitorias– y por un debate constitucional –posible discriminación arbitraria en la definición de criterios de acceso a la gratuidad–.

Los diputados opositores al gobierno de Michelle Bachelet demandaron la inconstitucionalidad de diversos aspectos de cuatro glosas presupuestarias, que abordaban en su conjunto una profunda reforma al sistema de educación superior, cuestión que con el paso de los años fue tratado en proyectos de ley permanentes²⁰. Los requirentes alegaron que las glosas cuestionadas desnaturalizaban el sentido de la ley de presupuestos, que excedían las ideas matrices del proyecto, y que afectaban garantías constitucionales como la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria.

El Tribunal²¹ acogió parcialmente el requerimiento. Rechazó²² la petición principal, es decir, que el contenido de las glosas impugnadas excede el contenido constitucional de la Ley de Presupuestos, pero acogió²³ la petición subsidiaria, relativa a la discriminación arbitraria derivada de los requisitos exigidos a las instituciones de educación superior para ser elegibles para acceder al programa de gratuidad. Esta decisión implicó una señal relevante –ya no sobre la ley de presupuesto– sino la forma en que se debía desarrollar hacia el futuro la

¹⁵ Ley N° 20.641 de 22 de diciembre de 2012.

¹⁶ Ley N° 20.713 de 18 de diciembre de 2013.

¹⁷ Ley N° 20.798 de 6 de diciembre de 2014.

¹⁸ Ver Historia de la Ley N° 20.641.

¹⁹ Ley N° 20.882 de 5 de diciembre de 2015.

²⁰ A la fecha de entrega de este comentario, aún no se publica la nueva legislación sobre educación superior que ya fue despachada por el Congreso Nacional y corregida por el Tribunal Constitucional.

²¹ Sentencia TC 2935/2015.

²² El rechazo se produjo como consecuencia de un empate de votos, el cual fue dirimido por el Presidente del TC.

²³ Acogió por mayoría de votos.

política de gratuidad en educación superior.

El año siguiente, en la ley de presupuestos para el 2017²⁴, el TC no tuvo participación alguna, y fue en la ley del año 2018 en el cual retomó su actividad. Tal como analizaremos a continuación, esta incluyó el control preventivo basado en el excepcional oficio enviado por el Congreso al TC, y su actuación de oficio, a raíz de la reserva de constitucionalidad esgrimida por parlamentarios durante el debate del proyecto en la sala de la Cámara de Diputados²⁵.

4. MATERIAS CONTROVERTIDAS Y TRAMITACIÓN DE LA LEY 21.053

a. Consideraciones generales

El Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2018²⁶ ingresó a tramitación al Congreso Nacional el sábado 30 de septiembre de 2017, en cumplimiento de las exigencias establecidas en la Constitución. Se inició así su anual tramitación, incluyendo su estudio por la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, sus subcomisiones, la revisión por parte de las Cámaras de origen y revisora, para luego ser enviado a S.E. el Presidente de la República para su etapa final de promulgación y publicación.

A lo largo del debate parlamentario fueron incorporadas diversas modificaciones al proyecto original. Algunas de ellas, en efecto, sufrieron modificaciones que incidieron en la decisión del Parlamento de enviar al TC un oficio para control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de la Ley de Presupuesto. Antes de iniciar el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional para este caso, resulta de interés revisar el texto original del mensaje del ejecutivo en aquellas materias que posteriormente fueron objeto de escrutinio constitucional.

Como se ha señalado previamente, son tres las materias respecto de las cuales se pronuncia el tribunal. Se refieren a los artículos 24 y 28 del articulado de la ley, y al párrafo tercero de la Glosa 04, asociada al Subtítulo 24 (Transferencias Corrientes), Ítem 03 (A Otras Entidades Públicas) Asignación 001 (Evaluación de Logros de Aprendizaje), del Programa 01 Capítulo 03 de la Partida 09, correspondiente al Ministerio de Educación.

En el caso del artículo 24, el mensaje del ejecutivo incluía la autorización para el traspaso de 8.000 personas desde la condición de honorario hacia la de suma alzada a contrata, pero no establecía de qué forma se entendía la mantención de la remuneración bruta. Esta especificación, incorporada en la tramitación del proyecto a través de una indicación parlamentaria, generó un debate que condujo a una reserva de constitucionalidad que fue

²⁴ Ley N°20.981 de 15 de diciembre de 2016.

²⁵ .Aún cuando no presentaran requerimiento sobre la materia

²⁶ Boletín N°11.452-05.

conocida de oficio por el tribunal.

En el caso del artículo 28 de la ley, este no fue contemplado en el mensaje original, que consta solo de 27 artículos. El artículo 28 definitivo fue incorporado a través de una indicación del ejecutivo luego de una larga discusión en distintos trámites constitucionales sobre la forma en que se deben rendir y controlar los gastos reservados que disponen ciertas instituciones del país.

Por último, en el caso de la glosa en la partida del Ministerio de Educación, se trata de una incorporación por iniciativa parlamentaria (en el Senado) en el proceso de discusión de la ley para el año 2015, que una vez aprobada se mantuvo en los siguientes ejercicios presupuestarios sin variación.

b. Traspaso de personal a honorarios a suma alzada a contrata

Se ha transformado en una frase común y repetida el señalar que el Estado es el peor empleador de Chile. Más allá de los adjetivos que pretendan invocarse, los debates políticos y jurídicos de los últimos años dan cuenta que el empleo público es un tema controversial y pendiente de decisiones más de fondo.

El personal en el Estado chileno puede vincularse de distintas formas. La planta es la estructura más formal, pero también la más rígida. La suma alzada a contrata es un mecanismo de contratos anuales renovables, que en la práctica ha sido utilizado para asignar tareas permanentes a personas que no pueden o pudieron ser incorporados en un cargo de planta. Supuestamente los trabajadores a contrata debían ser una fracción limitada del personal (no más de 20% del total) pero en los hechos y a través de distintas excepciones legales ese porcentaje ha sido olvidado y superado. Las personas que prestan servicios a través de un contrato de honorarios, por su parte, representan a aquellas personas que enfrentan la mayor precariedad laboral en el Estado, y suelen desarrollar labores por períodos prolongados de tiempo, a pesar de la fragilidad de su vinculación jurídica.

La verdad sea dicha, la diversidad de formas de vinculación jurídica y laboral ha evolucionado de forma no prevista, pues el Estado ha crecido y no ha sido posible definir una regulación moderna de las relaciones laborales en el Estado. Las razones son diversas e incluyen la presión de las asociaciones de funcionarios públicos para no perder beneficios y privilegios existentes –especialmente la inamovilidad de los funcionarios estatales–, los diversos pronunciamientos de la Contraloría y la Corte Suprema sobre la situación jurídica de los trabajadores a contrata y a honorarios, y por los enormes costos fiscales de iniciar una reforma profunda en las relaciones laborales de los trabajadores del estado.

Por todo lo anterior, los cambios de los últimos años han sido concebidos como un proceso gradual de traspaso de personal desde honorarios a contrata. Para ello, se ha dispuesto en el articulado de la ley de presupuestos una autorización de una cantidad determinada (cerca de ocho mil) de funcionarios que pueden ser traspasados durante un año calendario. La discusión central ha estado vinculada a cuál debe ser la remuneración con la cual se traspasan los funcionarios a su nueva condición.

En el mensaje enviado por S.E. la Presidenta de la República al Congreso Nacional, se establecía un artículo 24 original que establecía:

“Artículo 24.– Fijase para el año 2018 en 8.000 el número máximo de personas que podrá modificar su calidad jurídica de honorario a suma alzada a contrata, asimilándose al grado de la planta legal del estamento que le corresponda cuya remuneración total le permita mantener su remuneración bruta.

Para efectuar los traspasos señalados, a partir del 1 de enero de 2018, a solicitud de los respectivos servicios e instituciones del Sector Público, la Dirección de Presupuestos podrá modificar el límite máximo de la dotación de personal fijada en las respectivas glosas presupuestarias, con cargo a una compensación equivalente en el número de personas contratadas a honorarios, fijado en las glosas presupuestarias correspondientes, asociadas a los Subtítulos 21 y 24.

Los ajustes derivados de la aplicación de este artículo serán establecidos por medio de decretos del Ministerio de Hacienda, dictados conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del decreto ley N° 1.263 de 1975, y deberán ser informados mensualmente, dentro de los treinta días siguientes al mes respectivo, a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos”.

Durante la tramitación del proyecto de ley, en la Comisión Especial Mixta de Presupuestos se presentaron dos indicaciones para modificar el texto original. Ambas fueron declaradas inadmisibles por la mesa de la comisión. Una de ellas guarda relación con el debate que nos interesa²⁷. Fue presentada por los diputados de gobierno Monsalve y Schilling –ambos socialistas– y proponía agregar al final del primer inciso del artículo 24 propuesto, a continuación del punto aparte que pasa a ser coma, un texto del siguiente tenor: “*sin considerar en el cómputo para estos efectos la asignación profesional y las asignaciones vinculadas al cumplimiento de metas de gestión, las que se regirán para todos sus efectos por la normativa general que las regule”.*

Con esta indicación que fue declarada inadmisibles, los parlamentarios buscaban incorporar al debate el efecto de las asignaciones que reciben los funcionarios públicos de planta y contrata al traspaso de los funcionarios a honorarios. Se trata de asignaciones que en la práctica son permanentes y respecto de las cuales los trabajadores del sector público las perciben como incorporadas a su remuneración. Por tratarse de una materia de iniciativa exclusiva presidencial, la indicación fue declarada inadmisibles y, por lo tanto, no considerada en esta etapa de la discusión.

Pero el debate sobre la materia no se limitó a esta etapa. En efecto, tanto en la discusión en la Cámara de Diputados como en el Senado, el punto fue revisado y debatido.

En el caso de la Cámara de Diputados, en su sesión N° 89 del miércoles 22 de noviembre, se reiteró la controversia sobre la remuneración aplicable en el traspaso de honorarios a contrata. Según consta en las actas correspondientes, diputados de la Nueva Mayoría presentaron indicación para incorporar al artículo 24 una indicación que obliga a mantener

²⁷ La otra, que no se relaciona de forma directa con el tema de este comentario, corresponde a un parlamentario de oposición, quien propuso incorporar un inciso final, nuevo del siguiente tenor: “Con todo, durante los dos primeros meses de 2018, los Ministerios y Servicios Públicos deberán abstenerse de tramitar traspaso de personal a la planta y a la contrata de las instituciones, así como de realizar modificaciones de grado dentro de sus escalas de remuneraciones. Dichos traspasos y modificaciones, únicamente podrán llevarse a cabo previa autorización individual y fundada de la Dirección de Presupuestos”.

el la remuneración líquida –no bruta– en el traspaso de los funcionarios hacia la contrata. Si bien la mesa de la Cámara declaró inadmisibles las indicaciones, los autores de la misma solicitaron se revisara la declaración de admisibilidad emitida por la mesa. Sometida a votación la admisibilidad, la sala en votación dividida revirtió la decisión de la mesa y procedió a declarar admisible la indicación de los diputados. Autorizada ya la posibilidad de pronunciarse sobre el texto propuesto, la sala de la Cámara por mayoría aprobó la indicación, modificándose, por tanto, el texto original del ejecutivo, de acuerdo al siguiente tenor:

*Artículo 23.- Fijase para el año 2018 en 8.000 el número máximo de personas que podrá modificar su calidad jurídica de honorario a suma alzada a contrata, asimilándose al grado de la planta legal del estamento que le corresponda cuya remuneración total le permita mantener su remuneración bruta. **Se entenderá que se mantiene la remuneración cuando el cambio de calidad jurídica de honorario a contrata implique que, una vez efectuados los descuentos legales obligatorios, el funcionario perciba una remuneración mensual equivalente a la que percibía de honorarios luego de efectuada la respectiva retención. Para efectuar este cálculo, solo se considerarán en la remuneración aquellas asignaciones del sector público que se otorguen de forma mensual.***

Para efectuar los traspasos señalados, a partir del 1 de enero de 2018, a solicitud de los respectivos servicios e instituciones del Sector Público, la Dirección de Presupuestos podrá modificar el límite máximo de la dotación de personal fijada en las respectivas glosas presupuestarias, con cargo a una compensación equivalente en el número de personas contratadas a honorarios, fijado en las glosas presupuestarias correspondientes, asociadas a los Subtítulos 21 y 24.

Los ajustes derivados de la aplicación de este artículo serán establecidos por medio de decretos del Ministerio de Hacienda, dictados conforme a lo dispuesto en el artículo 70 del decreto ley N° 1.263 de 1975, y deberán ser informados mensualmente, dentro de los treinta días siguientes al mes respectivo, a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos.

La diferencia entre el texto original y aquel aprobado por la Cámara se destaca en negrilla y subrayado. Su efecto es un aumento del gasto público y una modificación de la política de remuneraciones, pues establece que el traspaso de honorarios a contrata debe respetar los ingresos del trabajador después de hechos los descuentos previsionales correspondientes. De esta forma, en vez de establecer la mantención o equivalencia de la remuneración bruta, se establece como estándar de traspaso la remuneración líquida.

El fundamento de la indicación se desprende de la intervención del diputado Monsalve en la sala²⁸, quien señaló: *“Esto tiene que ver con la forma en que se calcula el total de ingresos de ese trabajador. El Ejecutivo ha hecho una interpretación al decir que el trabajador va a mantener el total de sus ingresos al considerar los ingresos brutos. Me explico, si un trabajador a honorarios gana 1.000.000 de pesos mensuales, su ingreso total anual es de 12.000.000 de pesos. Al pasar ese trabajador a contrata, el gobierno señala que va a garantizar esos 12.000.000 de pesos de ingresos; pero en los 12.000.000 de pesos incluye las asignaciones profesional y de desempeño, que son ingresos extra a los salarios de los trabajadores públicos...:”*. *“...Por eso, si queremos darle dignidad, el traspaso a contrata debe*

²⁸ En similar línea argumental intervinieron la diputada Sepúlveda, el diputado Chahín y el diputado Jiménez.

hacerse respetando sus ingresos líquidos”.

En la tramitación del proyecto de ley de presupuestos en el Senado –cámara revisora para estos efectos– el Ejecutivo presentó indicación para revertir los cambios hechos por la Cámara de Diputados al artículo relativo al traspaso del personal de honorarios hacia la contrata. Al debatirse el articulado, y según consta del acta de sesiones, intervinieron –entre otros– los senadores Harboe, Bianchi, Navarro y Chahuán, todos criticando las condiciones laborales de los trabajadores en el Estado.

El Ministro de Hacienda Nicolás Eyzaguirre, tomó la palabra para pronunciarse sobre la forma y fondo del debate:

“Señor Presidente, creo que en esta Sala no hay quien pudiera disputar la noción de que el asunto corresponde a una prerrogativa del Ejecutivo.

Pero quisiera explicar el punto, porque estos temas a veces se resuelven con un álgebra algo compleja, que permite malos entendidos. Si su empleador le paga honorarios por 100 y usted tiene que pagar sus leyes sociales –he conversado este asunto con las dirigentas–, su líquido no son 100, sino sus 100 menos las leyes sociales pagadas por usted. Si el empleador le mantiene los mismos 100 y le dice “ahora te voy a pagar yo las leyes sociales”, simplemente es otro agente quien las paga, pero el líquido no se ve afectado en lo absoluto. Solo se trata de una diferencia acerca de quién efectúa el importe por las leyes sociales.

Ahora, las dirigentas de funcionarios a honorarios tienen, sí, un punto que me comprometí a revisar: cuando se hace la analogía respecto de a cuál trabajo a contrata se asimila a una persona, se incorporan como parte de la renta los bonos. Si estos son a todo evento, evidentemente que forman parte del sueldo, habida cuenta de que los funcionarios a honorarios no los perciben. Pero si los bonos pudieran ser o no ser percibidos, hay que ver qué ocurre en caso de que no lo sean, porque eso significaría efectivamente un deterioro de la renta líquida.

Por último, se informa que hay muchos casos en que a los trabajadores a contrata se les ha ofrecido un líquido que no parece tener ninguna relación con el mero descuento de las leyes sociales, cuestión que obviamente me he comprometido a revisar. Pero, exceptuadas estas dos cuestiones que pueden ocurrir, que no son correctas, como descontar bonos que son eventuales o hacer una rebaja que excede el mero descuento por leyes sociales, nos parece que la fórmula para calcular un costo y un líquido igual es la correcta. Por tanto, si son 8 mil o 5 mil, no hace ninguna diferencia desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado, porque es un cambio en la calidad del contrato, no en el costo para el empleador. Gracias”.

Consistente con el planteamiento del Ministro, la indicación del ejecutivo buscaba eliminar la adición propuesta por la cámara y cuyo texto establecía: *“Se entenderá que se mantiene la remuneración cuando el cambio de calidad jurídica de honorario a contrata implique que, una vez efectuados los descuentos legales obligatorios, el funcionario perciba una remuneración mensual equivalente a la que percibía de honorarios luego de efectuada la respectiva retención. Para efectuar este cálculo, solo se considerarán en la remuneración aquellas asignaciones del sector público que se otorguen de forma mensual”.*

La indicación fue sometida a votación sin obtener la mayoría necesaria. En una primera votación, la abstención del senador Chahuán incidía en el resultado, siendo necesaria una segunda votación. En ella se produjo un empate de votos, que hizo necesario repetir la

votación. Repetida la votación, la Sala del Senado rechazó por 7 votos contra 6 la indicación del Ejecutivo, consolidándose de esta forma el texto aprobado en primer trámite por la Cámara de Diputados.

Sin embargo, y aun cuando no correspondía que la Cámara de Diputados se pronunciara en tercer trámite sobre el tema del traspaso de honorarios a contrata²⁹, sí se generó debate sobre el punto. El diputado Melero levantó el punto: *“Respecto de otra materia, por su intermedio, señor Presidente, quiero consultar al ministro de Hacienda sobre el nuevo artículo 24 del articulado permanente, que estableció que se entenderá que se mantiene la remuneración cuando se produce el cambio de calidad de jurídica de honorario a contrata, e implica que, una vez efectuados los descuentos legales obligatorios, el funcionario percibirá una remuneración mensual equivalente a la que perciban quienes están a honorarios. Es decir, se accedió a pagar el sueldo líquido. Eso me parece bien y de justicia. No obstante, quiero saber la forma en que se financiará. ¿Cuántos miles de millones de pesos costará la aprobación de dicho artículo? En la Cámara de Diputados no existen informes financieros al respecto y, por tanto, desconocemos cuánto significará al erario nacional pagar estas remuneraciones líquidas a quienes se traspasen de honorarios a contrata. Creo que es muy importante conocerlo. Reitero mi petición al ministro de Hacienda y al director de Presupuestos en el sentido de que informen qué significará este nuevo artículo 24 desde el punto de vista del gasto fiscal y cuál será la fuente de financiamiento. Adelanto que la ley establece que no se pueden aprobar partidas presupuestarias que no aclaren la forma en que se van a financiar. He dicho”*.

En la misma línea, el diputado De Mussy cuestionó la admisibilidad de lo aprobado y requirió la opinión del Ministro de Hacienda: *“Señor Presidente, por su intermedio, quiero hacer una consulta al ministro de Hacienda. De todas las indicaciones aprobadas la semana pasada en la Cámara de Diputados –estamos ciertos de que muchas de ellas adolecen del vicio de inconstitucionalidad– hubo una que también fue votada a favor en el Senado. Me refiero a la que concierne al traspaso de funcionarios de honorarios a contrata con mantención de sueldo líquido. Se trata de algo que a todos nos gustaría aprobar, pero sabemos que el gobierno no ha entregado los recursos para suplir la diferencia. ¿El ministro hizo algún tipo de reserva de constitucionalidad al respecto o cree que el gobierno está en disposición de efectuar traspasos entregando el total del sueldo líquido, y por ende, aumentar los recursos destinados a cotizaciones? ¿Dónde está la provisión de esos recursos? Asumo que las provisiones que aún están en discusión en virtud del reajuste del sector público no consideraban esta materia. No sé si hubo algún cambio entre la semana pasada y esta. He dicho”³⁰*.

La respuesta del ministro Eyzaguirre no se hizo esperar: *“Respecto del tema de honorarios y*

²⁹ No era parte de los temas a ser votados.

³⁰ Las intervenciones de los diputados Melero y De Mussy son citadas en la sentencia del TC para fundamentar que se hizo cuestión de constitucionalidad sobre el punto, generando una actuación de oficio por parte del TC. Cabe hacer presente, eso sí, que hubo otras cuestiones de constitucionalidad esgrimidas por el diputados de oposición como Patricio Melero respecto de indicaciones aprobadas en la Partida 50 del Tesoro Público, donde una mayoría parlamentaria revirtió la decisión de inadmisibilidad declarada por la Cámara de Diputados en varias disposiciones.

contratas, no nos parece correcto lo aprobado por este distinguido Parlamento, por cuanto, si una persona contratada a honorarios pasa a contrata con su mismo sueldo líquido, más los aportes sociales hechos por el empleador, en la práctica incrementa su remuneración en 17 por ciento, situación completamente injusta para quienes ya están en condición de contrata, por cuanto los asimilados desde honorarios a contrata quedarían con un sueldo 17 por ciento superior, aunque desempeñen la misma función. No tenemos recursos para eso; no los hemos provisionado. En consecuencia, ya no se podrá pasar más funcionarios a honorarios a la contrata, a riesgo de sacrificar la estabilidad por un incremento que, a nuestro modo de ver, no tiene justificación”.

Luego de criticar la decisión del Congreso, y de explicar los problemas de la medida, el ministro ofreció una posible solución a futuro: *“He conversado con dirigentes del personal a honorarios, y creo que hay un camino intermedio, cual es que temen –no sin algo de razón– que algunos de los bonos recibidos por el personal a contrata –que no son ciento por ciento seguros– se trabajen de un modo especial a los efectos de calcular el líquido. Por el contrario, si ese bono no se materializa, la persona que pasa de honorarios a contrata podría quedar peor que como estaba. En todo caso, me parece fundamental entender la diferencia que se produce en el sueldo líquido, pues quien paga las leyes sociales, en el caso de los honorarios, es el mismo trabajador, a diferencia de los funcionarios a contrata, a quien se las paga el empleador”.*

Considerando que ambas cámaras habían votado favorablemente la indicación parlamentaria –considerada originalmente inadmisibles– para definir el sueldo líquido como criterio de traspaso de honorarios a planta, la intervención del ministro no pasó de ser una constatación del problema, sin capacidad de ofrecer una solución durante la tramitación de la misma ley.

Es en estas condiciones, y con el texto modificado, que el Congreso Nacional, a través de oficio de la Cámara de Diputados enviado al Tribunal Constitucional, considera que esta nueva redacción afecta disposiciones orgánicas constitucionales y debe ser, por tanto, materia de control preventivo y obligatorio de constitucionalidad por parte del TC.

c. Regulación, control y rendición de los gastos reservados

La ley de presupuestos es una instancia donde la contingencia política resuena e interviene en el debate sobre los recursos públicos. El tema de los gastos reservados es un ejemplo concreto de ello. El año 2017 fue un año en que el fraude en Carabineros captó la atención de la opinión pública, del parlamento, del Ministerio Público, de la Contraloría, entre muchos actores relevantes. Uno de los puntos relevantes de la discusión estuvo relacionado con la definición, ejecución y control de los gastos reservados que tienen ciertas instituciones en el Estado. El mal uso de los gastos reservados motivó una serie de discusiones en el proceso de formulación de la ley de presupuestos, que terminaron en la incorporación de un nuevo artículo para regular la rendición de los mismos, y establecer el compromiso de promover una nueva legislación permanente hacia el futuro.

Ya en el debate de las subcomisiones presupuestarias se dieron las primeras señales. Así, al debatirse la partida de la Contraloría General de la República, se cuestionó la forma de revisión y rendición de los gastos reservados. Por su parte, al analizarse la partida de la

Presidencia de la República, los integrantes de dicha subcomisión votaron por rebajar al mínimo (\$1.000, mil pesos), los gastos reservados de la Presidencia.

Esta rebaja –que daba cuenta de un conflicto relevante– fue repuesta mediante indicación del ejecutivo en la Comisión Especial Mixta de Presupuestos. Sin embargo, el asunto no terminó ahí, pues la Comisión Especial Mixta de Presupuestos abrió profundo debate sobre los gastos reservados, alcanzando finalmente un acuerdo consistente en que el Ejecutivo presentaría una indicación que reflejara el espíritu de lo debatido.

Así, y como consta en las actas de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, S.E. Vicepresidente de la República presentó indicación del siguiente tenor:

“Artículo 28.- Para el año 2018 los gastos que autoriza la ley 19.863 se sujetarán a las siguientes reglas complementarias:

1) Los Ministerios y entidades a que se refiere el artículo 3 de la ley N° 19.863 identificarán mediante decreto fundado de carácter reservado las unidades operativas que requerirán, para su operación, el uso de los gastos que en él se señalan. Los jefes de dichas unidades deberán rendir cuenta de manera reservada de la utilización de dichos recursos al ministro respectivo semestralmente y con carácter secreto.

2) De los gastos reservados se rendirá cuenta semestral, en forma secreta, a la Contraloría General de la República, directamente a través del Contralor General, considerando una desagregación por rubros que permita ilustrar a este sobre el contenido fundamental de dichos gastos, debiendo acompañarse una declaración jurada que acredite que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6 de la ley N° 19.863.

El examen y juzgamiento de las cuentas corresponderá al Contralor General de la República, quien lo efectuará expresando al Presidente de la República, de manera secreta, su opinión sobre el destino otorgado a estos gastos. La autoridad fiscalizadora conservará, en todo caso, la responsabilidad que le corresponde por la mantención del secreto.

Esta regla se aplicará en reemplazo del artículo 4 de la ley N° 19.863.

3) En sesión secreta especialmente convocada al efecto el Contralor General de la República informará a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sobre el uso de los gastos a que se refiere este artículo”.

La indicación del ejecutivo fue aprobada en todas sus partes pero con distintos niveles de acuerdo. En efecto, su encabezado y sus numerales primero y segundo fueron aprobados por la unanimidad de los integrantes de la comisión, mientras que el numeral tercero fue aprobado por una estrecha mayoría. Puesto en votación el numeral tercero, en una primera instancia obtuvo 8 votos a favor, 7 en contra y 1 abstención. Dado que la abstención incidía en el resultado, se procedió a reiterar la votación, obteniéndose en esta segunda instancia 8 votos favorables y 7 votos en contra. Quedó, de esta forma, aprobado el texto en todas sus partes en el informe de la Comisión.

En la tramitación en la Cámara de Diputados, tras la explicación del Ministro de Hacienda sobre el acuerdo alcanzado en la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, se aprobó la indicación presupuesta con una amplia mayoría³¹. El ministro Eyzaguirre señaló que

³¹ El texto fue aprobado por 69 votos a favor y 5 en contra. No hubo abstenciones.

“...Respecto de la rendición de los gastos reservados, efectivamente tuvimos una larga discusión en la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, y hubo un avance por todos reconocido, por lo menos en dicha comisión. Se adquirió un compromiso que figura en la indicación, respecto de que esto no solo va a ser considerado en el proyecto de ley de presupuestos en estudio, sino que va a ser enviada, en una fecha que está determinada en la indicación, la iniciativa que convertirá en la ley permanente en esta materia. En segundo lugar, escuché decir “dónde se ha visto”. No solo en la inmensa mayoría, sino en todos los países de la OCDE existen gastos reservados por concepto de seguridad interna, externa o de decisiones estratégicas. En ese sentido, lo que estamos haciendo acá es llegar a un nivel de transparencia elevado en comparación con lo que ocurre en otras partes del mundo. Efectivamente, hemos borrado la agregación de la rendición, que será pormenorizada hasta el punto en que no viole su obvio secreto, que es propio de su naturaleza. Es un avance muy grande respecto de lo que teníamos”.

En la discusión en el Senado –en el segundo trámite constitucional– se introdujo una modificación al texto proveniente de la Cámara. En concreto, la discusión se centró en el numeral 3 del artículo, que trata sobre la forma en que el Contralor debe reportar al Congreso Nacional sobre los gastos reservados.

Hubo distintas posiciones al respecto. Mantener el texto de la Cámara era una opción. Una segunda alternativa –propuesta por el Senador García– consistía en reemplazar el informe del Contralor a fin de que no fuera a la Comisión Especial Mixta de Presupuestos sino a los Presidentes de las Corporaciones, todo ello con el fin de resguardar la confidencialidad de la información. Una tercera alternativa, propugnada por quienes consideran que el secreto de estos gastos es fundamental, consistía en liberar al Contralor del deber de reportar información desagregada al Congreso.

El Senador García, junto con promover la idea de simplificar el informe del Contralor estableciendo que debía hacerse solo ante los presidentes de las corporaciones, y no ante la comisión presupuestaria, levantó un punto que será importante más adelante en la discusión sobre el pronunciamiento del TC. El senador señaló que *“basta con que se informe de manera secreta tanto al Presidente del Senado como al Presidente de la Cámara. En esos términos yo me inclinaría por aprobar la norma. Dicho lo anterior, creo también que está de más el inciso final del numeral 2, que dice: “Esta regla se aplicará en reemplazo del artículo 4 de la ley Nº19.863.”. Si estamos estableciendo una modalidad distinta a cómo se rinden los gastos reservados, se entiende que reemplaza la disposición vigente. Desde el punto de vista de técnica legislativa, es bastante extraño. Pero eso pediría también votación separada para el inciso segundo del numeral 2 del artículo 27.”* El senador García levantaba así el conflicto de regular a través de una norma presupuestaria una materia contenida en una ley permanente, cuestión respecto de la cual la historia reciente muestra abundante debate y pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

La votación del Senado zanjó el tema aprobando el artículo proveniente de la Cámara, pero solo parcialmente. El artículo –a excepción de su numeral 3– fue aprobado por 25 votos a favor y uno en contra. El numeral 3, por su parte, fue rechazado por 13 votos en contra y 12 votos a favor.

Dada las diferencias entre la Cámara y el Senado, correspondió que en tercer trámite constitucional la Cámara se pronunciara sobre las diferencias con el Senado, aprobando o rechazando sus planteamientos. En lo que respecta al artículo sobre los gastos reservados, la Cámara decidió rechazar la propuesta del Senado, siendo necesario –por tanto– conformar una comisión mixta para resolver las discrepancias entre ambas corporaciones.

Constituida la comisión mixta para resolver todos los puntos de divergencia, abordó el asunto de los gastos reservados proponiendo como solución el texto aprobado por el Senado, es decir, aquel que eliminaba el numeral 3 relativo al reporte del Contralor al Congreso Nacional.

Tanto la Cámara como el Senado validaron la propuesta de la Comisión Mixta en este punto, definiéndose como texto definitivo aquel votado en el Senado.

Dado que tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado se constató que los preceptos regulados por esta norma afectaban materias propias de ley orgánica constitucional, se procedió a oficiar al TC este asunto para su control de constitucionalidad preventivo y obligatorio.

d. Difusión de los resultados de mediciones de logros de aprendizaje

Fue en la discusión de la Ley de Presupuestos del año 2015 cuando se incorporó –a través de una enmienda del Senado– una modificación en una de las glosas de la partida correspondiente al ministerio de Educación. A efectos de regular la ejecución de los recursos en la Agencia de Educación, se estableció una norma que establece que los resultados de las mediciones de aprendizaje solo podrán informarse en cifras agregadas de carácter nacional, regional, provincial o comunal referidas a la totalidad de los establecimientos educacionales para el nivel y territorio de que se trate y en informes específicos dirigidos a cada establecimiento que consignan los contenidos deficitarios respectivos.

Esta indicación se hacía cargo de un debate que venía dándose desde hace ya varios años, cuando en el primer gobierno del Presidente Piñera se inició la distribución de información de resultados educacionales a nivel de establecimiento educacional, con el objetivo de informar a los padres del desempeño del colegio de sus hijos, y de los resultados de otros establecimientos en las cercanías de su domicilio. Se buscaba de esta forma entregar información para efectos de fortalecer la libertad de opción de los padres.

Los opositores a la medida señalaban que la distribución de resultados a nivel de establecimiento podía producir efectos no deseados. El primero de ellos era la posible estigmatización de los colegios con desempeño deficiente y la generación de un ambiente negativo y pesimista en la comunidad escolar. El segundo era relativo a la libertad de elección. Los opositores a esta forma de distribuir la información cuestionaban que en muchos casos, aun cuando los padres conocieran los malos resultados del colegio de sus hijos, no tenían opciones mejores de cambio, pues los resultados eran similares en un radio geográfico cercano o bien simplemente no había opciones mejores.

Esta disputa, referida a un tema de fondo sobre política educacional, se buscó zanjar a través de una indicación en la ley de presupuestos del año 2015, tal como se ha dado cuenta.

La indicación así aprobada, se mantuvo en los presupuestos siguientes, incluido el proyecto de ley para el año 2018. En efecto, el párrafo tercero de la Glosa 04, asociada al Subtítulo 24

(Transferencias Corrientes), Ítem 03 (A Otras Entidades Públicas), Asignación 001 (Evaluación de Logros de Aprendizaje), del Programa 01 del Capítulo 03 de la Partida 09 del Ministerio de Educación, establece: *“Los resultados de las mediciones que se realicen por esta asignación y de aquellas, que habiendo sido rendidas no hayan sido difundidas a la fecha de publicación de esta ley, solo podrán informarse en cifras agregadas de carácter nacional, regional, provincial o comunal referidas a la totalidad de los establecimientos educacionales para el nivel y territorio de que se trate y en informes específicos dirigidos a cada establecimiento que consigne los contenidos deficitarios respectivos”*.

La revisión de la tramitación del presupuesto 2018 indica que este texto no fue objeto de modificaciones. Por el contrario, el texto incluido en el mensaje presidencial es idéntico al texto despachado por el Congreso, y enviado al TC para control preventivo de constitucionalidad³².

5. ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a. El oficio de la cámara de diputados

Finalizadas todas las etapas de la tramitación antes descritas sobre las materias controvertidas, el Congreso Nacional procedió a oficiar con fecha 29 de noviembre de 2017 tanto al Presidente de la República como al Tribunal Constitucional. En el caso del oficio dirigido a la Presidenta de la República³³, este fue enviado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución, requiriendo se pronuncie si hará observaciones al texto aprobado. El ejecutivo respondió negativamente con fecha 30 de noviembre³⁴.

Pero la verdadera novedad tuvo lugar con el Oficio N°13.628 que el Poder Legislativo envió al Tribunal Constitucional. Por primera vez el legislativo envía al Tribunal Constitucional para control preventivo y obligatorio el Proyecto de Ley de Presupuesto para el Sector Público, pues la redacción final del proyecto de ley contenía –a juicio del parlamento– disposiciones orgánicas constitucionales que requerían un control constitucional preventivo en base a lo dispuesto por el numeral 1 del inciso primero del artículo 93 de la Constitución.

El inciso segundo del artículo 93 de la Constitución establece que respecto de las materias que requieren control preventivo de constitucionalidad por tratar normas orgánico-constitucionales, *“...la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto*

³² Tal vez un elemento curioso de esta glosa está dado por el hecho que al revisar la partida presupuestaria correspondiente en el sitio web de la Dirección de Presupuestos, aún se consigna el texto despachado por el Congreso, sin incluir la corrección que implicó su eliminación por parte del Tribunal Constitucional. La explicación para esta particularidad estaría dada por el hecho de que al momento de publicarse la Ley de Presupuestos en el *Diario Oficial*, se habría transcrito la sentencia del TC en la publicación, debiendo asumirse que con dicha publicación se consagra la eliminación. No parece una explicación convincente, pues debiera ser corregida la partida presupuestaria publicada en el sitio web de la Dirección de Presupuestos, dando cuenta del texto definitivo tras el pronunciamiento del TC. Tal vez esta curiosidad o anomalía sirva para ilustrar la inconveniencia de regular a través de glosas de la ley de presupuestos, materias que abordar temáticas de legislación permanente.

³³ Oficio N°13.626 de la Cámara de Diputados.

³⁴ Oficio N°314-365 de la Presidenta de la República.

respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso.”. En consecuencia, la Cámara de Diputados –cámara de origen en la Ley de Presupuestos– en su oficio al TC de fecha 29 de noviembre indicó “... que el proyecto quedó totalmente tramitado por el Congreso Nacional el día de hoy, al recibirse el oficio N°314-365, cuya copia se adjunta, mediante el cual S.E. la Presidenta de la República manifiesta a esta Corporación que ha resuelto no hacer uso de la facultad que le confiere el inciso primero del artículo 73 de la Carta Fundamental”.

El documento continúa señalando que *“En virtud de lo dispuesto en el N° 1º del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política de la República, corresponde a ese Excmo. Tribunal ejercer el control de constitucionalidad respecto del artículo 28 y del párrafo tercero de la Glosa 04, asociada al Subtítulo 24 (Transferencias Corrientes), Ítem 03 (A Otras Entidades Públicas), Asignación 001 (Evaluación de Logros de Aprendizaje), del Programa 01 del Capítulo 03 de la Partida 09, correspondiente al Ministerio de Educación”.*

Continúa el referido oficio con la transcripción del articulado del proyecto de ley, para terminar con ciertas consideraciones finales. La primera describe los quórum de votación de las materias enviadas a control y la tramitación que tuvieron en el debate legislativo, constatando que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 66, inciso segundo de la CPE. La segunda constata que la Presidenta decidió no hacer ejercicio de su derecho a veto del proyecto. La tercera –y última– informa que no se acompañan actas de la discusión legislativa *“por no haberse suscitado cuestión de constitucionalidad”.*

Este último punto es materia de conflicto, toda vez que –tal como se ha dado cuenta previamente en este comentario– sí se hicieron reservas de constitucionalidad sobre una materia no mencionada por el Congreso en su oficio, concretamente, el artículo 24 del proyecto de ley de presupuestos relativo al traspaso de personal de honorarios a contrata manteniendo su remuneración.

b. El pronunciamiento del tribunal

1. Las materias abordadas

El TC individualiza las materias sometidas a su control por ser orgánicas constitucionales a juicio de la Cámara –artículo 28 y párrafo de la Glosa antes individualizada–, pero agrega³⁵ que a pesar que la Cámara de Diputados solo ha remitido dos materias a control preventivo, *“este Tribunal examinará, según lo indicará, exclusivamente y de un modo adicional, aquella norma respecto de la cual se suscitó reserva de constitucionalidad, según se precisará más adelante. De este modo, el Tribunal no se pronunciará de oficio respecto de otra norma alguna”.* El TC se refiere al inciso primero del artículo 24, aquel que define la forma de computar la remuneración en el traspaso de personal honorarios a contrata.

De esta forma, el Tribunal Constitucional actúa de oficio para pronunciarse sobre un aspecto de la constitucionalidad de la ley de presupuesto. Sobre este particular, es interesante puntualizar tres aspectos. El primero de ellos es recordar que la Cámara no acompañó actas de las sesiones al oficio enviado al TC por considerar que no se habían suscitado cuestiones

³⁵ Considerando Sexto.

de constitucionalidad, evidenciando, por tanto, una contradicción con la evaluación que el Tribunal hace de los hechos. La segunda, es que durante la tramitación de la ley de presupuestos hubo más de una cuestión de constitucionalidad esgrimida a lo largo del debate –tal como se ha señalado antes en este comentario– pero el TC consideró que solo este aspecto ameritaba su actuación de oficio. El tercer punto, y respecto del cual no tenemos información pública disponible para dilucidar la interrogante, es preguntarse cómo se enteró el TC de la existencia de esta reserva de constitucionalidad en particular como para haber actuado de oficio acompañando las actas al expediente de tramitación³⁶.

No sabemos quién tomó la iniciativa para analizar este asunto ni quién promovió que se acompañaran las actas de la Cámara al proceso, pero sí sabemos que este punto entró a la discusión y pasó a ser una materia de análisis y pronunciamiento del TC.

2. Especificación de las normas que revisten carácter orgánico constitucional

Si bien el oficio de la Cámara de diputados hace referencia al artículo 28 para control de constitucionalidad, en virtud del N°1 del inciso primero del artículo 93 de la CPE, lo cierto es que la visión del TC fue bastante más restringida.

Solo los párrafos primero, segundo y tercero del N° 2 del artículo 28 del proyecto son considerados orgánico constitucionales por parte del TC, descartando en cambio que tengan dicha naturaleza las materias reguladas por el N°1 y por el inciso final del mencionado artículo 24³⁷.

El tribunal explica que la normativa abordada en el proyecto de ley de presupuestos afecta materias que de acuerdo a los artículos 98 y 99 de la CPE deben ser reguladas por ley orgánica constitucional. En efecto, el TC señala que la propuesta legal modifica el contenido del artículo 4º de la Ley N°19.863, estableciendo una rendición de gastos reservados en forma semestral y no anual como lo dispone la norma vigente. Señala, además, que el texto otorga al Contralor una facultad de juzgamiento de cuentas en materia de gastos reservados, cuestión que modifica el diseño existente. Ambos elementos, a juicio del TC, afectan materias que son propias de legislación orgánica constitucional.

El tribunal invoca la STC Rol N°366, considerandos 9 y 10, y la STC Rol N°796, considerando 8º para argumentar que el TC ha sostenido que las modificaciones al artículo 4º de la Ley 19.863 Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República –cuestión que sucede en este caso también– *“incide directamente en las atribuciones que la Carta Fundamental ha reservado a órgano contralor y que deben ser normadas en un cuerpo orgánico constitucional, criterio que será mantenido en esta oportunidad al reformar un*

³⁶ El oficio de la Cámara de Diputados está fechado el 29 de noviembre. No se acompañan actas tal como se ha indicado. Sin embargo, el día 17 de diciembre a las 17 horas se acompañan al expediente las actas correspondientes a la sesión 91ª del lunes 27 de noviembre de la Cámara de Diputados. ¿Cómo llegó esta acta a ser acompañada al proceso? ¿Quién tomó la iniciativa? ¿Puede que el silencio del ejecutivo en este tema se canalizara a través de un planteamiento informal al TC para generar una actuación de oficio?

³⁷ El numeral primero correspondería a materias propias de ley de quórum calificado, mientras que el inciso final del numeral 2º corresponde a ley simple.

cuerpo normativo que ostenta dicha naturaleza jurídica.”³⁸. Agrega que no existe inconveniente que las funciones de la Contraloría puedan estar en cuerpos normativos diversos a su ley orgánica, “siendo requisito para su validez seguir el carácter orgánico constitucional”³⁹.

En materia educacional, por otra parte, el TC coincide con la Cámara en la calificación orgánica constitucional de la glosa presupuestaria en la partida del Ministerio de Educación que dispone la forma en que deben difundirse los resultados de las evaluaciones. El tribunal declara que la texto en análisis regula materias que son orgánico constitucionales de acuerdo al artículo 19 N°11, inciso quinto de la Carta Fundamental⁴⁰.

La ley N°20.370, General de Educación, regula en su artículo 37 los deberes de información respecto de los logros de aprendizaje. Tal como lo hiciera en su sentencia STC Rol N°1363, el TC considera que los contenidos de dicho artículo abordan materias orgánica constitucionales. La glosa, por su parte, define una restricción en la forma en que deben darse a conocer los resultados, afectando, por lo tanto, el contenido permanente de la materia regulada por la ley General de Educación⁴¹. Por ello, el TC coincide que el texto debe ser parte de un examen de constitucionalidad preventivo y obligatorio.

En el caso del artículo 24, aquel en que decide actuar de oficio, junto con recordar la reserva de constitucionalidad hecha por los diputados Melero y De Mussy, el TC fundamenta en el carácter orgánico constitucional de la norma invocando para tal efecto el artículo 38 de la CPR, que requiere norma de dicho estándar para regular la organización básica de la administración pública, garantizar la carrera funcionaria, y los principios de carácter técnico y profesional en que debe fundarse. El traspaso de honorarios a contrata, y la definición de remuneración de los mismos, involucraría disposiciones al amparo del artículo 38 de la Constitución antes mencionado.

3. El pronunciamiento

3.1. Inconstitucionalidad de la Glosa educacional por transgredir los artículos 67 y 69 de la CPR⁴²

A juicio del Tribunal Constitucional, el párrafo tercero de la glosa en cuestión regula “*con carácter permanente materias referidas a la actuación de la Agencia de la Calidad de la Educación, consagrada en el artículo 37 de la Ley General de Educación, en el contexto del proyecto de ley de presupuestos del sector público para el año 2018*”.

El tribunal estima que es contrario al artículo 67 del texto constitucional el regular a través

³⁸ Sentencia TC 4118/2017 considerando décimo tercero.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Considerando Décimo cuarto.

⁴¹ Ver Considerandos Décimo quinto y Décimo sexto.

⁴² Considerandos N°19 a N° 34.

de la ley de presupuestos –norma que tiene un carácter especial y transitorio– una materia que debe ser regulada en norma permanente. Así, sostiene que existe una larga tradición de pronunciamientos del Tribunal⁴³ que constatan que el contenido de la ley de presupuestos debe ceñirse a sus ideas matrices, definidas en torno al cálculo de los ingresos y la autorización de los gastos para el año calendario correspondiente. Así, y sobre ese marco, pueden incluirse normas o disposiciones sobre la ejecución presupuestaria y la administración financiera, pero solo en la medida en que guarden relación directa con las ideas matrices del proyecto, esto es, el cálculo de ingresos y la autorización de gastos⁴⁴.

En su considerando vigésimo séptimo de su sentencia, e invocando la conocida Sentencia N°1 de 1972⁴⁵, el TC señala que el verdadero test formal de los contenidos de la ley de presupuestos opera por dos vías. La primera es que las ideas matrices se ven afectadas cuando se tratan materias que no corresponden a cálculo de ingresos o autorización de gastos. La segunda, por su parte, establece que son parte de las ideas matrices los temas de administración financiera y ejecución de gastos variables, *“en la medida que no se modifiquen leyes generales o especiales y leyes orgánicas de los Servicios de Administración Pública del Estado”*.

En el fondo, el test formal que el TC realiza a la ley de presupuestos no se limita a revisar la conformidad de sus disposiciones con el cálculo de ingresos y ejecución de gastos, sino a asegurarse que no se utilice una norma transitoria para modificar mandatos de una ley permanente. Recordemos que el párrafo tercero de la Glosa 04, asociada al Subtítulo 24 (Transferencias Corrientes), Ítem 03 (A Otras Entidades Públicas), Asignación 001 (Evaluación de Logros de Aprendizaje), del Programa 01 del Capítulo 03 de la Partida 09 del Ministerio de Educación, establecía: *“Los resultados de las mediciones que se realicen por esta asignación y de aquellas, que habiendo sido rendidas no hayan sido difundidas a la fecha de publicación de esta ley, solo podrán informarse en cifras agregadas de carácter nacional, regional, provincial o comunal referidas a la totalidad de los establecimientos educacionales para el nivel y territorio de que se trate y en informes específicos dirigidos a cada establecimiento que consigne los contenidos deficitarios respectivos”*. Esta norma incluye claramente una regulación permanente de una materia que cuenta ya con una disposición legal pertinente –artículo 37 de la Ley General de Educación norma que es además, una disposición orgánica constitucional. A juicio del TC, si la regulación contenida en la norma presupuestaria fuera transitoria, el inconveniente desaparecería. El problema se produce por pretender normar de forma permanente una temática que tiene ya disposición legal permanente y específica en un cuerpo legal propio y que es además orgánico constitucional.

El Tribunal Constitucional concluye que las ideas matrices que inspiran la glosa presupuestaria en análisis son diferentes a las ideas matrices del presupuesto, que como hemos señalado se limita a temas de ingresos y gastos, y a regulaciones financieras transitorias. En concordancia, el TC declara la inconstitucionalidad del párrafo

⁴³ Desde la Sentencia TC N°1/1972.

⁴⁴ Ver Sentencia TC N°1005, considerando 12.

⁴⁵ Sentencia TC N°1/1972, considerando 28.

correspondiente de la glosa presupuestaria por existir un vicio de forma que afecta los artículos 67 y 69 de la CPR y que pasa a llevar las ideas matrices de la ley de presupuesto.

3.2. Inconstitucionalidad del tratamiento de los gastos reservados por regular materias de ley permanente

Similar a lo señalado en el caso de la glosa educacional, en el asunto relativo al control y reporte de los gastos reservados, el TC considera que a pesar de estar asociado a una materia presupuestaria, *“en cuando su fundamento está asociado a una materia eminentemente presupuestaria como es la ejecución de los gastos reservados”*⁴⁶, afecta de igual forma las ideas matrices del proyecto, dado que *“en cuanto al deber de respetar el contenido de una ley permanente, va más allá, al reflejar que se “reemplaza” un artículo de la Ley N°19.863 y, por la referencia del inciso final del artículo 28, que mandata al Presidente de la República para enviar un “proyecto de ley que incorpore modificaciones permanentes a la ley N°19.863”*⁴⁷.

El razonamiento del Tribunal Constitucional es el siguiente: el artículo 28 busca regular mediante una norma especial y transitoria –la ley de presupuestos– una materia permanente y cuyo estatuto está definido en una ley orgánica constitucional. Dicho ejercicio constituye, a juicio del tribunal, un vicio que amerita la declaración de inconstitucionalidad, mandando la eliminación de los párrafos correspondientes del numeral 2 del artículo 28.

Concluye el tribunal en su considerando Trigésimo octavo, que *“Esta objeción formal de inconstitucionalidad, por ende, no importa un enjuiciamiento al mérito de la norma, ámbito de plena libertad legislativa, sino que al modo en que se formó esta ley. Lo anterior no implica que por la vía de una ley especial o general pueda ser regulada la materia, sino que, simplemente, esta no es la vía para hacerlo. Esto configura un vicio de inconstitucionalidad y así se declarará”*.

*3.3. Inconstitucionalidad de la forma de definir la remuneración en el traspaso de personal de honorarios a contrata*⁴⁸

La forma en que el TC se introduce a esta materia ya genera interés, dado que apunta que *“consta en estos autos que se suscitaron diversas cuestiones de constitucionalidad en la tramitación del proyecto de ley enviado a examen preventivo”*⁴⁹. Agrega que *“se encuentra acompañada al expediente constitucional copia del acta de la Sesión 91”*, sin especificar cómo se incorporó dicha acta al proceso. La Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, establece en el inciso final de su artículo 48 que *“si durante la discusión del*

⁴⁶ Considerando Trigésimo sexto.

⁴⁷ Considerando Trigésimo séptimo.

⁴⁸ Ver considerandos Trigésimo noveno y siguientes.

⁴⁹ Al respecto, la prevención de la Ministra Marisol Peña no considera que estas cuestiones alcancen el estándar que el TC ha exigido para las reservas de constitucionalidad que analiza.

proyecto o del tratado se hubiere suscitado cuestión de constitucionalidad de uno o más de sus preceptos, deberán enviarse al Tribunal, además, las actas de las sesiones, de sala o comisión, o el oficio del Presidente de la República, en su caso, donde conste la cuestión de constitucionalidad debatida o representada”. Se suma a esta disposición lo señalado en el inciso quinto del artículo 49 que especifica la forma en que el TC debe pronunciarse en estas situaciones.

Cabe recordar que en el oficio de la Cámara de Diputados se había señalado expresamente que no se acompañaban actas toda vez que no se habían levantado cuestiones de constitucionalidad en el debate presupuestario. De alguna forma –que no conocemos– el TC se informa de esta disputa relativa al artículo 24 de la ley de presupuestos y decide pronunciarse sobre el tema⁵⁰.

Si bien se hace una mención en la sección final de este trabajo, cabe preguntarse en este punto si el silencio del ejecutivo en una materia tan trascendente y financieramente relevante como la definición de la remuneración de traspaso de honorarios a planta, pudo haber gatillado una reacción de oficio del tribunal, o bien alguna forma de comunicación informal para promover la acción oficiosa por parte del TC. A esta altura, solo se trata de especulaciones porque el único hecho concreto es que el tribunal de oficio incorporó el acta de la sesión 91 de la Cámara de Diputados y procedió a conocer sobre la cuestión de constitucionalidad de parte del artículo 24 de la ley de presupuestos.

El debate ya citado y el intercambio de opiniones entre los diputados con el Ministro de Hacienda⁵¹, hizo patente que el traspaso de personal desde su condición de honorarios a suma alzada a contrata, implicaba al menos dos aspectos operativos importantes. El primero, es que por indicación parlamentaria y contra la opinión del Ejecutivo, el congreso definió el sueldo líquido –ya no el bruto– como el estándar para el traspaso del personal. El segundo, como consecuencia del anterior, se refiere al aumento del gasto público en el caso de concretarse el traspaso de los hasta 8.000 funcionarios contemplados en la norma. Es tal el posible efecto en el gasto, que el ministro de hacienda indicó que en las condiciones definidas en el texto final aprobado por el Congreso era poco viable realizar los traspasos, pues el ejecutivo no cuenta con los recursos para financiar la mantención del sueldo líquido, que exigiría al Estado el pago de las cotizaciones previsionales del actual personal a honorarios en el caso de traspasarse a contrata.

Junto con reafirmar que el asunto en cuestión trata materias propias de ley orgánica constitucional en virtud del artículo 38 de la Constitución, el TC especifica que un aspecto relevante son los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse la carrera funcionaria en la administración pública. Al revisar el texto aprobado por el parlamento, el

⁵⁰ Nos encontramos en una situación en que el Congreso considera que no existieron cuestiones de constitucionalidad en el debate, mientras que el Tribunal Constitucional considera lo contrario. Dos posibles explicaciones: que se trate de una omisión del parlamento en el entendido que el Congreso no se hubiera percatado de los cuestionamientos de constitucionalidad, o bien que la Cámara de Diputados comparta lo señalado en la prevención de la Ministra Peña, es decir, que los cuestionamientos no tenían la entidad suficiente para gatillar una acción del TC ante una reserva. Este punto debiera ser objeto de mayor estudio y análisis hacia el futuro.

⁵¹ Consignado en el considerando trigésimo noveno de la sentencia.

TC considera que la disposición del inciso primero que permite el traspaso de hasta 8.000 funcionarios es materia propia del ámbito del legislador, y, por tanto, no hace cuestión de ello.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional cuestiona la forma en que se realiza la asimilación de grados en los traspasos de personal desde honorarios hacia la contrata, porque al regular la asimilación, se produce una definición de remuneración.

Este punto, la definición de remuneración, sus escalas de sueldos e incentivos, son materia regulada por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Por tanto, el Tribunal Constitucional configura un principio de la administración del Estado de aquellos referidos en el artículo 38 del texto constitucional, el “principio remunerativo”.

Amparado en este principio, el remunerativo, el Tribunal constata que el artículo 24 de la ley de presupuestos ofrece no solo una, sino dos formas de concretar este principio. La primera definición hace referencia a la “renta bruta” como principio y la segunda definición hace referencia a la “renta líquida”.

Es interesante destacar que el TC se manifiesta indiferente sobre cuál es la definición adecuada. Pero no se manifiesta indiferente respecto de la forma en que dichas definiciones y contenidos fueron sancionados. Señala que *“esta Magistratura no hace objeción sobre el mérito de la decisión. Puede ser una remuneración bruta, líquida o mixta. Pero no es posible guiar esta decisión legislativa conforme a criterios que dejan de ser técnicos al modificar sus parámetros objetivos de determinación por la pluralidad y contraposición de principios aplicables”*⁵².

Si el TC es indiferente ante el contenido del principio remunerativo, y si es incompatible la existencia simultánea de ambos principios en una norma, ¿qué criterio utilizar para discernir? El Tribunal Constitucional recurre a la forma en que se concretó cada uno de los principios para tomar un camino y fundamentar su decisión. El TC constata que la diferencia de principios se explica por el origen de las normas. Cuando se hace referencia al sueldo bruto, corresponde *“con una norma que fue presentada, dentro del proyecto de ley de presupuestos, como una de iniciativa exclusiva del Presidente de la República de conformidad con los artículos 65 y 67 de la Constitución”*. Se trata, entonces, de una norma que cumple con las formas constitucionales requeridas por nuestro ordenamiento jurídico. El principio remunerativo expresado a través del sueldo líquido, contenido en la segunda parte de este inciso, tuvo en cambio un origen distinto. El Tribunal señala que *“la segunda parte obedece a una indicación parlamentaria la que fue declarada inadmisibile por la Mesa de la Cámara, pero repuesta y votada por una mayoría parlamentaria, convirtiéndose en una regla antinómica a la primera”*. A continuación, somete a test de constitucionalidad la disposición incorporada a través de una indicación parlamentaria, y concluye que esta vulnera la Constitución y en particular la iniciativa exclusiva presidencial, toda vez que *“no cumple con los requisitos dispuestos en el numeral 4º e incisos tercero y final del artículo 65 de la Constitución... “declarando que se ha incurrido en un vicio formal de procedimiento que genera la inconstitucionalidad.*

⁵² Considerando Cuadragésimo sexto.

Así, y actuando de oficio, el TC toma dos definiciones respecto del artículo 24. Dispone que la expresión “cuya remuneración total le permita mantener su remuneración bruta” es conforme a la Constitución pues se enmarca en la iniciativa presidencial y en las materias que pueden ser tratadas en la ley de presupuestos. En cambio, declara la inconstitucionalidad –por afectar los artículos 65 y 67 de la CPR– y sanciona su eliminación de la ley, de la segunda parte del inciso primero del artículo 24 que establecía: “*Se entenderá que se mantiene la remuneración cuando el cambio de calidad jurídica de honorario a contrata implique que, una vez efectuados los descuentos legales obligatorios, el funcionario perciba una remuneración mensual equivalente a la que percibía de honorarios luego de efectuada la respectiva retención. Para efectuar este cálculo, solo se considerarán en la remuneración aquellas asignaciones del sector público que se otorguen de forma mensual*”.

c. Prevenciones y disidencia

1. Prevenciones

Dos prevenciones fueron consignadas en la sentencia del tribunal. La primera de ellas corresponde a los ministros Aróstica, Romero, Brahm, Letelier y Vásquez y tiene relación con la inconstitucionalidad declarada respecto del artículo 24. Concurren a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, pero solo por las dos razones específicas. La primera es que consideran que la frase “*cuya remuneración total le permita mantener su remuneración bruta*” contenida en el inciso primero del artículo 24 sería orgánica constitucional, y que su problema de constitucionalidad estaría dado por afectar el principio administrativo de que “a funciones análogas, que importen responsabilidades y se ejerzan en condiciones similares, se les asignen iguales retribuciones y demás beneficios económicos”⁵³. Al obligar a mantener la remuneración en el traspaso de honorarios a planta, se establecería un privilegio para ciertos funcionarios quienes asegurarían una remuneración independiente de la función que les corresponda realizar. Podría darse que personal a honorarios traspasado a contrata siga realizando las mismas labores que realizaba, pero sea asimilado a un grado superior, obteniendo una remuneración que vulnera el principio general de homologación antes mencionado⁵⁴.

La segunda razón para concordar con la declaración de inconstitucionalidad señala que cuando el artículo 24 de la ley de presupuesto especifica que “*se entenderá que se mantiene la remuneración cuando...*”, afecta la Constitución solo por ser “*consecuencia necesaria o complemento indispensable de lo anterior*”⁵⁵, es decir, del hecho de afectar el principio de que a funciones equivalentes se asignen beneficios equivalentes. Los ministros que previenen que es un error declarar la inconstitucionalidad fundado en haberse vulnerado la iniciativa exclusiva presidencial al incorporar a través de una indicación el texto cuestionado. Consideran que dicha interpretación es dudosa pues el texto sería meramente interpretativo

⁵³ Artículo 50 Ley N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

⁵⁴ Numeral 1 de la prevención de los ministros Aróstica, Romero, Brahm, Letelier y Vásquez.

⁵⁵ Numeral 2 de la misma prevención.

y no tendría la entidad suficiente como para afectar la iniciativa del Presidente. Por ello, sostienen, la fuente de inconstitucionalidad de esta norma se encontraría en la vulneración del principio administrativo de igualdad de beneficios ante condiciones equivalentes.

La Ministra Peña introdujo una segunda prevención, también referida al artículo 24, es decir, a aquella materia en el que el TC actuó de oficio. En ella, la magistrada señala que comparte el deber de revisión de la norma, pero no por las razones indicadas por la mayoría. Señala que este artículo debe ser objeto de control preventivo por afectar normas orgánicas constitucionales, pero no comparte que haya sido conocido a raíz de la supuesta reserva de constitucionalidad mencionada previamente.

La ministra –en su prevención– recuerda el estándar que deben tener las reservas de constitucionalidad durante la tramitación de un proyecto de ley para ser consideradas por el TC. Invocando que ya se ha transformado en doctrina debidamente asentada⁵⁶, señala que la reserva exige *“que se indique, en forma precisa, la infracción de determinada norma de la Carta Fundamental sin que puedan admitirse, con tal carácter, observaciones genéricas como aquella de que da cuenta la intervención consignada en el aludido considerando”*. A juicio de la ministra Peña, el TC equivocó la valoración hecha sobre las declaraciones de parlamentarios durante la discusión del presupuesto, pues a su juicio no cumplen con el estándar suficiente para sostener que existe una reserva de constitucionalidad que amerite pronunciamiento del Tribunal. De esta forma, considera que la norma debió revisarse por afectar una disposición orgánica constitucional y no en virtud de la reserva.

2. Disidencia

La disidencia fue planteada por el Ministro Cristián Letelier, quien sostuvo que todo el artículo 28 del proyecto de ley de presupuesto debía ser considerado orgánico constitucional, y, por lo tanto, objeto de control preventivo. De esta forma discrepa con el planteamiento de la mayoría que consideró el numeral primero como texto de quórum calificado y el inciso final del numeral segundo como ley simple.

6. REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este texto se ha descrito y analizado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Presupuestos para el año 2018. Al concluir este comentario, se plantean algunas reflexiones y consideraciones finales.

a) El presupuesto como instancia utilizada para tratar materias permanentes en una norma transitoria

Las tres materias analizadas por el TC en su sentencia comparten al menos un elemento: el contenido impugnado en cada uno de los casos aborda materias de legislación permanente a través de una disposición presupuestaria, que se caracteriza por ser esencialmente

⁵⁶ La Ministra menciona las STC N° 2231 c. 18°, STC N° 224 c. 17°, y STC N° 2191 c. 27°.

transitoria.

Esta observación, que podría parecer una sorpresa para algunos, tiene mucho sentido en la dinámica misma del ejercicio parlamentario y la discusión política.

El debate presupuestario es la oportunidad anual donde el parlamento puede analizar los recursos y prioridades de política pública en todos los ámbitos que abarca la acción estatal. Es, a su vez, una instancia para hacer valer prioridades y puntos de vista. Considerando la fuerza de la iniciativa exclusiva presidencial y la limitación de la iniciativa parlamentaria, el proceso y dinámica presupuestaria constituye una oportunidad en que los legisladores negocian con el ejecutivo, ejercen su presión y buscan que se incluyan en las prioridades del gasto público aquellos temas que consideran relevantes.

En muchos casos, el debate de una partida presupuestaria –que abarca el gasto anual de un determinado ministerio o repartición– es un debate sobre los fundamentos de la política pública en dicha área o sector específico. Así lo hemos visto en los últimos años en iniciativas emblemáticas como la política contra la extrema pobreza –ingreso ético familiar–, o el financiamiento de la educación superior –gratuidad hasta el sexto decil de la población–. En esos, y en muchos otros casos que no se concretaron en ley, lo que sucede es que la ley de presupuestos se utiliza como herramienta para introducir temáticas permanentes en una legislación cuyos costos de transacción para producir cambios parecerían ser más bajos que una legislación normal.

Los temas materia de este pronunciamiento del TC son claramente asuntos de legislación permanente y no transitoria. Lo es la regulación de los criterios de difusión de los resultados de evaluaciones estandarizadas, lo es el reporte y rendición de los gastos reservados, y lo es también la remuneración y estatuto laboral de los funcionarios públicos.

En todas estas materias, el conflicto surge en parte porque el legislativo busca respuestas a temas o problemas permanentes para los cuales no dispone de herramientas legislativas en las cuales pueda incidir. Lo que hace, entonces, es hacer un uso inadecuado de la legislación presupuestaria dada su frecuencia anual, su velocidad de tramitación, y de la necesidad de los gobiernos de sumar apoyos para despacharla en tiempo y forma adecuados.

Una reflexión general sobre este punto lleva a pensar que mientras más temas sean percibidos como pendientes y sin solución, mayor será la tendencia del parlamento a utilizar las mayorías parlamentarias en la ley de presupuesto para incluir materias permanentes en esta legislación especial y transitoria.

b) El silencio del ejecutivo ante la vulneración de la iniciativa exclusiva presidencial

El traspaso de funcionarios desde honorarios a suma alzada a contrata y el plan anual definido hace ya cuatro años para ello, son solo una muestra de la precariedad de la regulación laboral en torno al Estado. Según da cuenta la Dirección de Presupuestos, el tema del empleo público ha evolucionado de forma inorgánica y compleja.

Por ello, y más allá de la infracción a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en este caso al definir el criterio de la remuneración líquida como estándar de traspaso hacia la contrata, es entendible la intención de los parlamentarios de producir cambios en el asunto.

Lo que no es entendible, a mi juicio, es la pasividad del gobierno que terminó funciones en marzo de 2018, pues no ejerció todas las acciones correspondientes para resguardar la iniciativa presidencial vulnerada por la acción de la mayoría parlamentaria. Si el ejecutivo no defiende sus prerrogativas ejerciendo los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico, es poco probable que en el futuro los parlamentarios se vean inhibidos de infringir las limitaciones que la Constitución establece para su rol en el proceso de formulación y votación de la ley de presupuestos. Dicho de otra forma, si el Presidente no resguarda sus prerrogativas ante actuaciones del Congreso que los ministros consideran inconstitucionales, entonces no se puede esperar que el parlamento se autolimita en su tarea legislativa.

A mi juicio, este es un asunto delicado pues el Congreso ha dado señales crecientes de abuso de las mayorías para declarar como admisibles asuntos que no lo son por vulnerar prerrogativas presidenciales. El efecto indirecto de este silencio presidencial es provocar la activación de oficio del TC para resguardar el ordenamiento jurídico. De persistirse en la lógica de la omisión o inactividad presidencial, la tarea del TC se verá aumentada en materia de control presupuestario, algo que no ha sido la regla común de las últimas décadas.

Algunos dirán que la razón del ejecutivo para no hacer valer sus derechos con más fuerza estaría dado porque la temática en cuestión –remuneraciones de los funcionarios públicos– es un tema muy sensible y costoso para los gobiernos, toda vez que la acción del ejecutivo en este caso habría implicado corregir el principio remunerativo devolviéndolo a su estándar de remuneración bruta y no líquida, afectando de esa forma los intereses de los funcionarios.

Este argumento, si bien entendible desde el punto de la economía política y la captura de los grupos de interés, no es en ningún caso una razón que justifique la pasividad del ejecutivo como la que hemos observado.

c) El inadecuado uso de las mayorías parlamentarias para revertir declaraciones de inadmisibilidad de indicaciones

Si bien la sentencia del tribunal constitucional declara la infracción a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República solo en el caso del artículo 24 relativo al traspaso de personal de honorario a contrata, su importancia es –a mi juicio– fundamental.

Pude constatar a lo largo de ocho años de trabajo en las comisiones presupuestarias cómo se ha ido perdiendo lenta pero sostenidamente, el respeto por las disposiciones constitucionales que regulan las atribuciones del Congreso y del Presidente de la República en el proceso presupuestario. En efecto, cada vez son más –y más polémicas– las materias promovidas en indicaciones parlamentarias que habiendo sido declaradas inadmisibles, vuelven a transformarse en textos válidos por la votación que realiza una mayoría de la comisión o de la sala respectiva.

Durante muchos años de vigencia de la actual Constitución, los gobiernos de turno tenían mayorías parlamentarias que les permitían evitar o reducir al máximo el riesgo de aprobación de indicaciones inadmisibles.

Sin embargo, en los últimos años hemos observado dos fenómenos que requieren atención y estudio. Por una parte, hemos enfrentado momentos de lo que en la literatura norteamericana se conoce como “gobierno dividido”, es decir, el ejecutivo está en manos de

una coalición mientras que la mayoría del Congreso está en manos de otra. Así, el Congreso usa sus mayorías para incidir en los resultados de política, intentando cambiar la agenda del ejecutivo, aun cuando ello implique vulnerar mediante una votación de mayoría el texto y espíritu de la Constitución. Por otra parte, y con el reemplazo del sistema electoral binominal por uno proporcional, estamos ya observando un proceso de fraccionamiento de la política, que puede conducir incluso a mayorías inestables y cambiantes en el Congreso que afecten la predictibilidad y estabilidad en el respeto a las normas que regulan el funcionamiento institucional.

Todo esto puede generar un efecto no deseado por muchos, pero necesario para mantener en su cauce el ordenamiento institucional. El uso abusivo de mayorías parlamentarias para vulnerar la Constitución y pasar a llevar la iniciativa exclusiva presidencial, puede inducir a un nivel de actividad mayor y permanente del TC, enfrentando y revirtiendo decisiones adoptadas anualmente por el Congreso durante el ejercicio de discusión y votación de la ley de presupuesto. Los expertos deben mirar con atención este asunto y analizar la evolución que tenga el actuar del Congreso, el Presidente y el Tribunal Constitucional en el proceso anual de la ley de presupuesto.

d) El desafío de redefinir el estatuto laboral de los funcionarios públicos

Un tema final para este comentario dice relación con el enorme desafío que plantea la regulación del estatuto laboral de los funcionarios públicos. Claro está en este punto el pronunciamiento del TC, que declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 24 de la ley, promovido por una indicación parlamentaria. Pero ello no debe hacernos olvidar el punto de fondo sobre la política pública de empleo en el Estado.

Según la Dirección de Presupuestos al año 2017, entre personal a honorarios, contrata y planta se alcanza la suma de 307.649 funcionarios. De estos, cerca de 43.000 corresponden a funcionarios a honorarios, más de 180.000 corresponden a contrata, y el diferencial incluye a la planta. De acuerdo a estas cifras, una mayoría del personal estatal se encuentra al amparo de la suma alzada a contrata.

Sin lugar a dudas, hemos sido testigos de un crecimiento inorgánico en el empleo estatal, con costos y efectos que no han sido adecuadamente dimensionados. El Estado chileno requiere una revisión y definición nueva del estatuto laboral de los funcionarios públicos, consistente con los desafíos de respeto de los derechos laborales, pero también consistente con los requerimientos de flexibilidad, adaptabilidad y excelencia en el servicio público hacia el futuro.

A los problemas suscitados por el crecimiento inorgánico antes mencionados, se suman los fallos de la Corte Suprema y los pronunciamientos de la Contraloría General, que, en su conjunto, han dado un nuevo marco jurídico –en algunos casos pretendiendo reemplazar incluso al legislador– al estatuto de los funcionarios a honorarios y a contrata.

Por todo lo anterior, y sin perjuicio de la correcta acción preventiva del Tribunal Constitucional en esta ley de presupuestos, se requiere abordar con rigor y celeridad los desafíos del empleo público en el Estado chileno. No hacerlo puede no solo implicar oportunidades perdidas en eficiencia y modernidad al servicio de los ciudadanos y de los propios trabajadores, sino generar nuevos conflictos que requieran un rol activo del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BRONFMAN, Alan; CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo (2013). Derecho Parlamentario Chileno, Funciones y Atribuciones del Congreso Nacional. LegalPublishing.

Constitución Política de la República de Chile.

Mensaje Ley de Presupuesto 2018, boletín 11.452-05.

Informe Comisión Especial Mixta de Presupuestos para la Ley de Presupuestos del año 2018.

HUNNEUS, Jorge (1890). La Constitución ante el Congreso. Santiago de Chile, Imprenta de Los Tiempos.

Ley N° 20.407 de 16 de diciembre de 2009 de Presupuesto del Sector Público para el 2010.

Ley N° 20.481 de 19 de diciembre de 2010 de Presupuesto del Sector Público para el 2011.

Ley N° 20.557 de 15 de diciembre de 2011 de Presupuesto del Sector Público para el 2012.

Ley N° 20.641 de 22 de diciembre de 2012 de Presupuesto del Sector Público para el 2013.

Ley N° 20.713 de 18 de diciembre de 2013 de Presupuesto del Sector Público para el 2014.

Ley N° 20.798 de 6 de diciembre de 2014 de Presupuesto del Sector Público para el 2015.

Ley N° 20.882 de 5 de diciembre de 2015 de Presupuesto del Sector Público para el 2016.

Ley N° 20.981 de 15 de diciembre de 2016 de Presupuesto del Sector Público para el 2017.

Ley 21.053 de fecha 27 diciembre 2017 de Presupuesto del Sector Público para el 2018.

Ley Nº 19.819, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases General de la Administración del Estado.

Oficio N° 13.628 de 29 de noviembre de 2017 de la Cámara de Diputados al Tribunal Constitucional.

Reglamento de la Cámara de Diputados.

Reglamento del Senado.

Sentencia TC 2017 Rol 4118-17.

Sentencia TC 2015 Rol 2935-15.

Sentencia TC 2011 Rol 2136-11.

Sentencia TC 2010 Rol 1867-10.

Sentencia TC Rol 4012-17.

Sentencia TC Rol 2935-15.

Sentencia TC Rol 4317-18.

Soto, Sebastián (2015). Congreso Nacional y Proceso Legislativo Teoría y Práctica. Thompson Reuters, Santiago, Chile.