

Santiago, tres de septiembre de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 6 de diciembre de 2012, el abogado ALFREDO BOETTIGER BACIGALUPO, en representación judicial de doña MARÍA CECILIA DÍAZ CUEVAS, ha deducido un requerimiento ante esta Magistratura Constitucional a fin de que declare la inaplicabilidad del artículo 15 de la Ley N° 18.020 y del inciso primero del artículo 151 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, por ser contrarios a lo dispuesto en los numerales 2° y 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

El artículo 15 de la Ley N° 18.020 dispone:

“Los trabajadores de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del decreto ley 2.200, de 1978, y sus disposiciones complementarias, que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233° del decreto con fuerza de ley 338, de 1960, incurrirán en causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización.”

Por su parte, el artículo 151 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, señala:

“El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable.

No se considerará para el cómputo de los seis meses señalado en el inciso anterior, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 115 de este Estatuto y el Título II, del Libro II, del Código del Trabajo.”.

La solicitud se plantea en el marco de la gestión pendiente que consiste en el juicio por despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones, caratulado "DÍAZ CUEVAS, MARÍA CECILIA, CON I. MUNICIPALIDAD DE CONCEPCIÓN", que se encuentra actualmente ante la Il. Corte de Apelaciones de Concepción, para conocer de recursos de nulidad, Rol I.C. 329-2012 Reforma Laboral, procedimiento que se encuentra suspendido por resolución de este Tribunal.

Como antecedente se señala que la actora se desempeñaba como asistente de la educación, conforme a la denominación que le asignó el artículo 1° N° 1 de la Ley 20.244, y prestó servicios como paraprofesor en el establecimiento Liceo de Niñas, dependiente de la Dirección de Educación Municipal de Concepción, desde el 9 de marzo del año 1996 hasta que fue desvinculada por Decreto Alcaldicio DEM-PER N°0472-12, que declaró vacante el cargo que servía, a partir del 27 de marzo del año 2012, invocando al efecto la letra a) del artículo 147 de la Ley 18.883, decreto que fue rectificado posteriormente por el DEM-PER 637-12, de 30 de marzo de ese mismo año, reemplazando la referida disposición por el artículo 151 de la Ley 18.834, impugnado en el presente requerimiento.

Sostiene la requirente que la cuestión debatida en la gestión pendiente discurre sobre la legalidad de la causal de despido invocada y si es jurídicamente lícito para el Alcalde declarar vacante el cargo por haber incurrido la trabajadora en la causal de caducidad prevista en el artículo 151 del Estatuto Administrativo; lo anterior, en razón de que la requirente se encuentra sujeta al régimen estatutario establecido en el artículo 4°, inciso primero, del D.F.L. N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, sustituido íntegramente por el artículo 15 de la Ley 18.196, publicada en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1982, que establece:

“El personal perteneciente al organismo o entidad del sector público que se haya traspasado o se traspase a la Administración Municipal y el que posteriormente se contrate para este servicio por la municipalidad, no será considerado dentro de la dotación fijada para el municipio respectivo. Dicho personal se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión aplicables al sector privado.”.

Agrega que el inciso segundo de dicho artículo refuerza el concepto al disponer:

“Al personal a que se refiere el inciso anterior, no le serán aplicables las normas de la legislación actual o futura que rijan las remuneraciones del sector público.”.

Y añade que en agosto del año 1996 se publicó la Ley N° 19.464, *“que estableció normas y concedió aumento de remuneraciones para personal no docente de los establecimientos educacionales que indicaba”* calidad que, como se ha señalado, poseía la demandante en la gestión pendiente, de conformidad con el artículo 1° N° 1 de la Ley N° 20.244, del año 2008. La ley antes aludida, en su artículo 4°, repetiría la referencia al régimen estatutario aplicable a estos trabajadores al señalar:

“El personal de asistentes de la educación, de los establecimientos educacionales administrados directamente por las municipalidades o por corporaciones privadas sin fines de lucro creadas por éstas, no obstante regirse por el Código del Trabajo, estará afecto en cuanto a permisos y licencias médicas, a las normas establecidas en la Ley N° 18.883 y sus remuneraciones se reajustarán en los mismos porcentajes y oportunidades en que se reajusten las remuneraciones del sector público, siendo dicho reajuste de cargo de su entidad empleadora.”.

Señala que, no obstante lo anterior, todos los fallos dictados en las causas conocidas por el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción han sido resueltos en contra de las

pretensiones de los trabajadores y los recursos de nulidad y de protección de que ha conocido la Corte de Apelaciones de Concepción han seguido igual suerte, por lo que estima es de presumir que los tribunales mantendrán dicho criterio interpretativo, dando validez a las normas invocadas por el municipio, aplicándolas a los casos sublite.

Transcribe más adelante el dictamen de la Contraloría General de la República N°20.662, de 5 de marzo del año 2011, que, en lo pertinente, establece que de conformidad con el artículo 4° de la Ley 19.464, los asistentes de la educación se rigen por las normas del Código del Trabajo, con excepción de las materias relativas a permisos y licencias médicas, que están afectas a las disposiciones de la Ley N°18.883.

Agrega el dictamen referido que la remisión legal es de aplicación excepcional a permisos y licencias médicas, por lo que debe ser entendida de manera restringida, no pudiendo hacerse extensiva a otras disposiciones de dicho texto estatutario, señalando más adelante que la interesada del caso en cuestión ingresó a la Municipalidad regida por el Código del Trabajo, para cumplir las labores que desarrolló hasta el término de su relación laboral, por lo que no le son aplicables las normas estatutarias sobre expiración de funciones del antiguo Estatuto Administrativo, D.F.L. N° 338, de 1960, como sucede con el personal traspasado desde organismos o entidades del sector público a las municipalidades en virtud del artículo 4° del D.F.L. N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, que ordenó el traspaso del servicio de educación desde el sector público central al municipal.

En cuanto a la infracción constitucional denunciada, la parte requirente sostiene que la preceptiva aplicable al proceso de traspaso de la educación pública se fundó en la paridad de esfuerzos públicos y privados, que fue complementada con un sistema de financiamiento del Estado tanto para los sostenedores públicos como para los privados,

basado en el criterio de evitar discriminaciones arbitrarias establecidas por ley, así como bajo la inspiración del conocido principio del Estado empresario contenido en el N° 21° del artículo 19 de la Carta Fundamental. La idea, indica, era que la actividad quedara sujeta a las mismas normas, de modo que no se generara discriminación alguna.

Sin embargo, manifiesta, en el caso que motiva el presente requerimiento existiría una diferencia arbitraria entre los sostenedores municipales y los sostenedores privados, ya que los primeros pueden actuar con requisitos diferentes a los de estos últimos, puesto que, en la especie, al invocar la causal impugnada se deja sin aplicación el Código del Trabajo, que es el régimen estatutario que le corresponde a la trabajadora, con lo que los sostenedores municipales estarían en una condición de evidente ventaja, al quedar liberados de cumplir sus obligaciones indemnizatorias a causa de la terminación contractual, por los mismos hechos que los privados debieran solventar y pagar en idéntica situación.

En otras palabras, señala, el fundamento de la aplicación de la causal sólo procede en razón de la calidad del personal, ya que de ser sostenedor privado debiera aplicarse, para proceder al término de la relación laboral, la causal de necesidades de la empresa o de invalidez, previstas en los artículos 161 ó 161 bis del Código del Trabajo, respectivamente, lo que afecta la igualdad de emprendimiento de los agentes económicos y la equidad de la libre competencia por la interpretación que han hecho los tribunales de justicia.

Por otro lado, sostiene que la Ley N°18.020 no es de quórum calificado, por lo que no reúne la exigencia necesaria para establecer dicha facultad discriminatoria y privilegiada para el Estado.

En razón de lo anterior, la requirente estima vulnerados los numerales 2° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política por la aplicación de las normas impugnadas, motivo

por el que solicita se declare su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con costas.

Por resolución de fecha 2 de enero del año en curso, escrita a fojas 32 y siguientes, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y decretó la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide y, posteriormente, por resolución de fecha 17 del mismo mes de enero, escrita a fojas 205 y siguientes, lo declaró admisible con el voto en contra de los Ministros señores Fernández y Hernández, quienes fueron de parecer de declararlo inadmisibile por falta de fundamento razonable, al pretender un pronunciamiento sobre si la gestión pendiente debe resolverse conforme al Código del Trabajo o al Estatuto Administrativo, lo que envuelve un conflicto de interpretación de la ley y no de constitucionalidad.

Pasados los autos al Pleno, por resolución de fecha 21 de enero de 2013, escrita a fojas 211 y siguiente, el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, ordenó practicar las comunicaciones pertinentes a los órganos constitucionales interesados y a la I. Municipalidad de Concepción, en su calidad de parte en la gestión pendiente, para que formularan observaciones y acompañaran los antecedentes que estimaran pertinentes, trámite que no fue evacuado.

Por resolución de fecha 26 de febrero de 2013, escrita a fojas 219, se ordenó traer los autos en relación y la agregación de la causa al Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

Con fecha 11 de junio del año en curso se llevó a efecto la vista de la causa y, atendido que no se anunciaron abogados para alegar, previa la relación correspondiente, la causa quedó en estado de acuerdo.

CONSIDERANDO:**I. LA IMPUGNACIÓN.**

PRIMERO.- Que, en el marco de un juicio seguido ante un juzgado laboral, en contra de la Municipalidad de Concepción, por nulidad de despido, despido injustificado y pago de prestaciones, la requirente, no docente de la Municipalidad de Concepción, impugna dos preceptos. Por una parte, el artículo 15 de la Ley N° 18.020. Por la otra, el inciso primero del artículo 151 de la Ley N° 18.834.

El primero de los preceptos impugnados establece lo siguiente:

"ARTICULO 15.- Los trabajadores de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del decreto ley 2.200, de 1978, y sus disposiciones complementarias, que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233° del decreto con fuerza de ley 338, de 1960, incurrirán en causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización."

La segunda de las normas impugnadas señala:

"Artículo 151.- El Jefe superior del servicio podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable."

El origen del juicio laboral obedece a que la requirente trabajó para el municipio desde el 9 de marzo del año 1996, como auxiliar de párvulos en el Liceo de Niñas, en Concepción. En marzo del año 2012 dicho municipio declaró vacante su cargo por salud incompatible con el mismo, al haber hecho uso de licencias médicas por más de 256 días en los últimos dos años.

El tribunal laboral, por sentencia de 26 de noviembre de 2012, sólo aceptó parcialmente la demanda. Acogió respecto del pago de diferencias de remuneraciones. Pero rechazó la improcedencia del despido. En virtud de ello, la afectada presentó un recurso de nulidad, que es la gestión pendiente de estos autos;

SEGUNDO.- Que la requirente sostiene que ambos preceptos, de un lado, establecen un atentado contra el artículo 19 N° 21° de la Constitución. A su juicio, los sostenedores municipales tienen una ventaja respecto de los sostenedores privados, porque no están obligados a pagar una indemnización por término contractual en caso de que se termine la relación laboral por razones de salud. Por otra parte, se vulnera la igualdad ante la ley, porque no tiene derecho a una indemnización, que, ante iguales circunstancias fácticas, sí tienen los trabajadores particulares;

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NO DOCENTES.

TERCERO.- Que la requirente pertenece al personal denominado "no docente". Se denomina así a quienes cumplen con ciertos elementos caracterizadores que señala la Ley N° 19.464. Desde luego, se trata de personal asistente de la educación en los establecimientos educacionales. Enseguida, es personal que tiene contrato de trabajo. Y, finalmente, es un personal que cumple ciertas funciones. Estas funciones son de tres tipos. En primer lugar, está el personal de carácter profesional que no realiza labores docentes. En segundo lugar, el personal de paradorcencia. Y, finalmente, está el personal de servicios auxiliares;

CUARTO.- Que para entender adecuadamente la impugnación es imprescindible examinar el régimen jurídico que regula a los no docentes.

Comencemos por señalar que, como producto de la autorización para traspasar funciones administrativas del nivel central a los municipios, contenida en el D.L. N° 3063,

de 1979, varias tareas fueron asumidas por los municipios. Dichos traspasos fueron regulados por el D.F.L. N° 1/3063, de 1980. El traspaso de servicios podía tener el carácter de provisorio o definitivo, e implicaba la celebración de un convenio entre el Ministerio o entidad pública concernida y el respectivo municipio. En dicho convenio, se debía individualizar el servicio que la municipalidad asumía, los bienes que se traspasaban y la nómina del personal que se transfería. Dicho convenio debía aprobarse por decreto supremo. El artículo 4° del D.F.L. recién citado establecía que el personal traspasado *"se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión, aplicables al sector privado"*. Asimismo, *"no les serán aplicables las normas de la legislación actual o futura que rijan las remuneraciones del sector público."* En dicho personal se incluía a los no docentes.

En virtud de estas facultades, los municipios asumieron los consultorios o la red de atención primaria en salud, los establecimientos de educación básica y media, los cementerios y el cobro del impuesto territorial por las tesorerías municipales;

QUINTO.- Que, no obstante que el personal traspasado quedó sujeto a la legislación común aplicable al sector privado, con posterioridad el legislador dictó estatutos especiales para el personal docente y para el personal que se desempeña en consultorios.

El primero se encuentra regulado actualmente en el D.F.L. N° 1, Mineduc, 1996. El Estatuto Docente se aprobó por la Ley N° 19.070, del año 1991. En 1987, la Ley N° 18.602 todavía señalaba que la relación laboral de los docentes siempre se consideraba de derecho privado, salvo texto legal expreso; y que no se le aplicaba ninguna disposición relativa a los funcionarios o empleados públicos o municipales.

El Estatuto Docente define su ámbito de aplicación en base a dos variables. Por una parte, se aplica a los profesionales de la educación. Estos son definidos como *"las*

personas que posean título de profesor o educador, concedido por Escuelas Normales, Universidades o Institutos Profesionales. Asimismo se consideran todas las personas legalmente habilitadas para ejercer la función docente y las autorizadas para desempeñarla de acuerdo a las normas legales vigentes." (Artículo 2°). Por la otra, se aplica "a los profesionales de la educación que prestan servicios en los establecimientos de educación básica y media, de administración municipal o particular reconocida oficialmente, como asimismo en los de educación pre-básica subvencionados conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, así como en los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas sin fines de lucro, según lo dispuesto en el decreto ley N° 3.166, de 1980, como también quienes ocupan cargos directivos y técnico-pedagógicos en los departamentos de administración de educación municipal que por su naturaleza requieran ser servidos por profesionales de la educación." (Artículo 1°). Como se observa, no quedan comprendidos aquí los no docentes. Y no se aplica al personal docente el artículo 15 de la Ley N° 18.020 (dictamen 018707/92).

En materia de consultorios, la Ley N° 19.378 se aplica, fundamentalmente, a todo el personal que se desempeñe en los establecimientos municipales de atención primaria de salud. Estos son definidos como *"los consultorios generales urbanos y rurales, las postas rurales y cualquier otra clase de establecimientos de salud administrados por las municipalidades o las instituciones privadas sin fines de lucro que los administren en virtud de convenios celebrados con ellas." (Artículo 2°).*

Dichos estatutos regulan la relación laboral, la carrera funcionaria, así como los derechos y deberes del respectivo personal;

SEXTO.- Que, sin embargo, los trabajadores no docentes siguieron rigiéndose por el Código del Trabajo. Ello fue

reafirmado por la Ley N° 18.196, que en su artículo 5° estableció que dicho personal *“se regirá en todo por las normas laborales, de remuneraciones y de previsión aplicables al sector privado”*, sin que le sean aplicables *“las normas de la legislación actual o futura que rijan las remuneraciones del sector público”*.

En el antiguo Estatuto Administrativo (D.F.L. N° 338), este personal estaba regido por sus normas (artículo 242);

SÉPTIMO.- Que, no obstante regirse por el Código del Trabajo, diversas normas legales les han conferido ciertos derechos propios de los funcionarios regidos por estatutos típicos.

Así, en primer lugar, la Ley N° 18.020 les permitió el uso de las licencias médicas, con goce de remuneraciones. Pero estableció que caducaba el contrato, sin derecho a indemnización, cuando se declarare su salud irrecuperable.

En segundo lugar, la Ley N° 19.464 les atribuyó una serie de derechos propios de los funcionarios no sujetos al Código del Trabajo. Por de pronto, el goce de permisos y licencias médicas (artículo 4°). Enseguida, el que sus remuneraciones se reajusten en los mismos porcentajes y oportunidades en que se reajustan las remuneraciones del sector público (artículo 4°). También les entregó la posibilidad de crear asociaciones de funcionarios (artículo 6°). Asimismo, les otorgó ciertas asignaciones (artículo 12). También les permitió el derecho a negociar colectivamente (artículo 14).

En tercer lugar, la Ley N° 20.244 les concedió un bono para los que resulten calificados como de excelente desempeño (artículos 2° y 3°) y les entregó la posibilidad de optar a un retiro voluntario con una bonificación (artículo 12° transitorio);

OCTAVO.- Que en la década del noventa se intentó, mediante un proyecto de ley, establecer un estatuto especial para el personal no docente (boletín 1046-04, Mensaje del

Ejecutivo enviado al H. Congreso Nacional el 27 de julio de 1993). Sin embargo, ello no prosperó. Se consideró que era conveniente *"no crear más estatutos especiales, menos aún para la administración municipal, de por sí ya recargada ante la aplicación que debe efectuar de numerosas y diferentes normas producto de la gran cantidad de trabajadores que de ella dependen"* (Mensaje del Ejecutivo, Boletín N° 1741-04, que se transformó en la Ley 20.464);

NOVENO.- Que, de este modo, en la actualidad, el personal no docente se rige por el Código del Trabajo. Ese es su estatuto jurídico base. Sin embargo, por mandato del legislador, en algunos aspectos específicos, se le aplican normas propias de los funcionarios públicos afectos a un Estatuto Administrativo clásico.

Ello determina que este personal tenga un estatuto jurídico mixto;

DÉCIMO.- Que ello no implica que no sean funcionarios municipales. Lo que pasa es que no se rigen simplemente por el estatuto típico de los funcionarios municipales, sino por el Código del Trabajo. Así, por lo demás, lo ha resuelto la Contraloría General de la República (dictamen 009391/91). Este organismo introdujo el concepto de "noción institucional" de estatuto administrativo, que comprende cualquier cuerpo estatutario que rija las relaciones entre un órgano de la Administración y su personal (dictámenes 15412/1948; 27438/1957; 23482/1990). En esa noción, cabe perfectamente el Código del Trabajo;

III. LAS NORMAS IMPUGNADAS.

UNDÉCIMO.- Que, como ya se indicó, la requirente impugna dos normas. La primera -el artículo 15 de la Ley N° 18.020- establece que respecto del personal regido por el Código del Trabajo cuya salud sea declarada irrecuperable, su contrato caduca sin derecho a indemnización.

La referida norma hace referencia a dos normas ya derogadas. De un lado, hace referencia al D.L. N° 2200. Este

fue sustituido por el actual Código del Trabajo. Del otro, hace alusión al D.F.L. N° 338, del año 1960, que es el antiguo Estatuto Administrativo. Éste fue sustituido por la Ley N° 18.834 y, en materia municipal, por la Ley N° 18.883. Por lo mismo, hay una doble evolución. Una es aquella que tiene que ver con los equivalentes actuales del D.L. N° 2200 y del D.F.L. N° 338. Otra es la evolución de regulación que tienen las actuales normas. En este segundo sentido, la Contraloría General de la República ha entendido que el antiguo artículo 233 del D.F.L. N° 338 equivale al actual artículo 151 de la Ley N° 18.834 (dictamen 60614/2008), no siendo aplicable el artículo 152 del mismo cuerpo legal (dictamen 025341/2011). Asimismo, ha dicho que el antiguo artículo 233, letra c), del D.F.L. 388 equivale al actual artículo 148 de la Ley N° 18.883(dictamen 19.857/2013).

El precepto debe contextualizarse de la siguiente manera. En primer lugar, los funcionarios deben tener salud compatible con el desempeño del cargo (artículo 12, letra c), Ley N° 18.834; artículo 10, Ley N° 18.883). En segundo lugar, la salud incompatible puede declararse por la autoridad cuando la persona hace uso de una licencia médica, en los últimos dos años, por un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses (artículos 151, Ley N° 18.834, y 148, Ley N° 18.883).

La norma es la consecuencia del estatuto mixto al que se encuentra sujeto el personal no docente. Por una parte, porque la regla general es que al personal no docente se le aplica el Código del Trabajo. Por lo mismo, el término de la relación laboral debe ajustarse a éste. Por la otra, porque tiene derecho a permisos y licencias, conforme a la Ley N° 18.883 (artículo 4°, Ley N° 19.464). Como consecuencia de eso, se le aplica la regulación que establece la declaración de salud irrecuperable en el desempeño del cargo. De ahí que esté expuesto a que se le caduque su contrato, sin derecho a indemnización (artículo 15, Ley N° 18.020), si su salud es considerada como incompatible con el desempeño del cargo.

Si se rigiera íntegramente por las normas del Código del Trabajo, no tendría el derecho a permisos y licencias en los términos de la Ley N°18.883 o de la Ley N°18.834, y cualquier despido vinculado a eso podría generar los efectos jurídicos que dicho cuerpo legal establece.

El propósito de la norma impugnada fue evitar el abuso de licencias médicas, concedidas sin causa que las justificara. Por falta de una adecuada regulación, se sostuvo, siguen en sus cargos quienes han perdido la salud compatible con la función o servicio que desempeñan (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia fidedigna, Ley N° 18.020);

DUODÉCIMO.- Que la otra norma que el requirente impugna es el artículo 151 del Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834). Esta norma equivale al artículo 148 de la Ley N° 18.883. Dicha equivalencia, como ya indicamos, ha sido ratificada por la Contraloría (dictamen 19.857/2013).

Esta norma ya estaba prevista en el artículo 233, letra c), del antiguo Estatuto Administrativo (D.F.L. N° 338/1960). Ahí se facultaba a la autoridad para pedir la renuncia no voluntaria al empleo "cuando, como consecuencia de haber sido su salud declarada irrecuperable, el empleado deba retirarse de la administración".

La norma permite que el Jefe Superior del Servicio pueda considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, y en consecuencia declarar la vacancia del cargo, hacer uso de licencia médica por más de seis meses en un lapso de dos años. Esta disposición no venía de esta manera en el texto original de la Ley N° 18.834. Su actual contenido fue introducido por la Ley N° 18.899. El texto primitivo no otorgaba la facultad al jefe de servicio para calificar la salud incompatible; se limitaba a definir cuándo había dicha salud incompatible.

Por ello, la sola circunstancia de hacer uso de seis meses de licencia durante dos años, no trae aparejada

necesariamente la declaración de vacancia, pues compete al Jefe de Servicio resolver si esta situación justifica o no su permanencia en actividad. La declaración de vacancia es una facultad privativa del jefe de servicio. Así lo ha resuelto la Contraloría (dictámenes 17480/92; 10664/95; 17419/96);

DECIMOTERCERO.- Que este Tribunal, siguiendo lo establecido en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, artículo 11, Ley N° 18.834), ha señalado que la licencia médica es un derecho de los funcionarios (STC 1801/2011). El régimen de las licencias forma parte del ámbito de la seguridad social, tendiente a permitir enfrentar adecuadamente las enfermedades (STC 1801/2011). La licencia permite reducir o ausentarse de la jornada laboral con derecho a remuneración (STC 1801/2011). Específicamente, sobre la declaración de salud incompatible, ha señalado tres cosas que interesa destacar aquí. Por de pronto, que en ello no se efectúa reproche alguno de antijuridicidad a la conducta del funcionario, sino, únicamente, se constata que ya no reúne un requisito indispensable para el cumplimiento de una función pública (STC 2024/2012). Enseguida, dicha declaración representa el ejercicio de una potestad administrativa, no jurisdiccional (STC 2024/2012). Finalmente, ha señalado que la eventual aplicación abusiva de esta potestad da lugar a los recursos que permite la ley (STC 2024/2012);

IV. NO SE AFECTA EL ARTÍCULO 19 N° 21° DE LA CONSTITUCIÓN.

DECIMOCUARTO.- Que la requirente sostiene que el hecho de que se la pueda despedir por tener más de seis meses de licencia en los dos últimos años, genera una discriminación respecto de los establecimientos educacionales privados. Sostiene que mientras los establecimientos educacionales municipales pueden despedir por esta causal sin derecho a indemnización, los privados deben pagarla;

DECIMOQUINTO.- Que, en consecuencia, el alegato de la requirente implica partir de la base de que los

establecimientos educacionales traspasados a los municipios se enmarcan dentro del artículo 19 N° 21° de la Constitución, lo cual está lejos de ser correcto;

DECIMOSEXTO.- Que, en efecto, cabe señalar, en primer lugar, que los establecimientos educacionales municipales no realizan una actividad empresarial, aunque pueden acogerse al beneficio de la subvención (artículo 4°, D.F.L. N° 2, Mineduc, 1996), ostentando la calidad de sostenedores. Los titulares del reconocimiento oficial pueden ser personas jurídicas de derecho público, como las municipalidades, y personas jurídicas de derecho privado, cuyo objeto social único sea la educación (artículo 46, letra a), Ley General de Educación). Una cosa es que los municipios puedan ser sostenedores y otra, que ejerzan una actividad lucrativa. Los municipios administran un servicio público que les fue traspasado por el gobierno central. En tal sentido, no llevan a cabo una actividad lucrativa. Su labor se enmarca dentro del derecho de la educación, pues al ser la educación básica y media obligatorias, el Estado o sus órganos deben tener los establecimientos necesarios para cumplir dicho mandato, sin perjuicio de la existencia de establecimientos privados, subvencionados o no;

DECIMOSÉPTIMO.- Que, en segundo lugar, la Ley Orgánica de Municipalidades distingue claramente lo que tiene que ver con la actividad empresarial del municipio (artículo 11), de la actividad vinculada a los servicios de salud, educación y demás incorporados a la gestión municipal (artículo 23). Estos últimos se gestionan como parte de las funciones propias del municipio. Por lo mismo, son configuradas como potestades o competencias propias de éste;

DECIMOCTAVO.- Que, en tercer lugar, en materia de asociación con privados, lo máximo que la ley ha permitido es la existencia de corporaciones municipales a cargo de la administración de los servicios traspasados (artículo 23, inciso final, Ley Orgánica de Municipalidades). Este Tribunal objetó en su momento la posibilidad de crear estas

corporaciones (STC 50/1988). Si bien la Constitución en la actualidad permite que los municipios creen o integren corporaciones o fundaciones de derecho privado sin fines de lucro, cuyo objeto sea la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento del desarrollo comunal y productivo (artículo 118), la propia Ley Orgánica de Municipalidades señala que *“entre los fines artísticos y culturales que se proponga la entidad, en ningún caso se comprenderán la administración y la operación de establecimientos educacionales o de atención de menores”* (artículo 131).

Por lo mismo, si no cabe la creación de este tipo de corporaciones, mal puede concebirse que los establecimientos municipales operen bajo lógica empresarial;

DECIMONOVENO.- Que, finalmente, el propio legislador tuvo que crear, en 1996, a través de la Ley N° 19.464, una subvención especial destinada a aumentar las remuneraciones del personal asistente de la educación;

VIGÉSIMO.- Que, por tanto, mal puede encuadrarse la actividad de los establecimientos educacionales que administran los municipios en el artículo 19 N° 21° de la Constitución;

V. NO SE AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

VIGESIMOPRIMERO.- Que la requirente sostiene, como segundo reproche, que las normas impugnadas afectan la igualdad ante la ley. Sostiene que mientras el resto de las trabajadoras que laboran para establecimientos educacionales privados, recibe indemnización, ella, por trabajar en un establecimiento educacional municipal, no;

VIGESIMOSEGUNDO.- Que en el alegato de la requirente en realidad no se plantea sólo una mera inaplicabilidad, sino que un cambio de régimen jurídico. Lo que pide es que después de haber disfrutado de las licencias como si fuera funcionaria, se le retorne al régimen del Código del Trabajo, para pedir una indemnización.

Para analizar el alegato de igualdad, debemos examinar las variables que este Tribunal ha definido para este propósito (STC 1365/2009; 1584/2010);

VIGESIMOTERCERO.- Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que efectivamente hay una diferencia entre el personal de ambos tipos de establecimientos. Mientras el personal no docente de los establecimientos educacionales privados se rige por el Código del Trabajo, el personal no docente de los establecimientos educacionales municipales tiene un régimen mixto. Su régimen general es el del Código del Trabajo; pero se le aplican algunas normas propias de los funcionarios públicos regidos por un sistema estatutario;

VIGESIMOCUARTO.- Que debemos examinar, en segundo lugar, si dicha distinción es razonable.

A la requirente se le caducó su contrato por uso de licencias por más de seis meses en los últimos dos años. El estatuto jurídico que rige al no docente en materia de licencia, es el que le dan el artículo 15 de la Ley N° 18.020 y el artículo 4° de la Ley N° 19.464. De este derecho de licencias médicas y permiso con goce de remuneraciones, no gozan los funcionarios privados.

Pero este derecho en materia de licencias nació condicionado, pues está sujeto a que no se haga uso del derecho a licencia por más de seis meses en los dos últimos años;

VIGESIMOQUINTO.- Que el trabajador no docente tiene derecho a todas las indemnizaciones que contempla el Código del Trabajo. Pero, en materia de licencia, no se rige por dicho Código, sino por normas especiales.

Mientras en el resto de sus derechos y obligaciones es igual que un trabajador no docente de un establecimiento educacional privado, en materia de licencia tiene un régimen jurídico distinto. Tiene derecho a licencia, con goce total de remuneraciones, pero se expone a que se caduque su

contrato, sin indemnización, si las licencias exceden de seis meses en dos años;

VIGESIMOSEXTO.- Que, asimismo, cabe considerar que en el Código del Trabajo existe una serie de situaciones que no dan lugar a indemnización(artículo 160). Por lo mismo, el legislador, dentro de ciertos límites, puede consagrar esta situación. De hecho, algunas de estas causales pueden asimilarse a la que se analiza;

VIGESIMOSÉPTIMO.- Que, además, la requirente omite compararse con el resto del personal que labora para un municipio, afecto a la Ley N° 18.883, que no tiene derecho a indemnización en el caso de que se den las causales de cesación en el cargo;

VIGESIMOCTAVO.- Que el distingo, entonces, es razonable, toda vez que mientras no exceda ese máximo de duración de las licencias, el trabajador no docente tiene un régimen más favorable si trabaja en un establecimiento municipal, que en uno privado. Y en relación a la indemnización, el Código del Trabajo contempla causales de despido sin indemnización, que perfectamente pueden homologarse a la salud incompatible;

VIGESIMONOVENO.- Que nos queda por examinar el tercer elemento del test de la igualdad, es decir, si ese régimen es intolerable para el afectado.

No consideramos que dicho régimen sea gravoso. En primer lugar, porque la norma no opera automáticamente, pues es necesario que la autoridad municipal califique que la salud del trabajador se ha vuelto irrecuperable, para que pueda declarar la vacancia. Recordemos que el Estatuto Administrativo contenido en la Ley N° 18.834, en su texto original, no contemplaba esta posibilidad.

En segundo lugar, en todas las otras causales de despido el trabajador puede alegar la indemnización, en la medida que el Código del Trabajo la contemple. Por eso, el artículo 15 de la Ley N° 18.020 es una norma complementaria y compatible con el Código del Trabajo. De este modo, el trabajador no

docente está expuesto a dos tipos de causales de despido: las que contempla el Código del Trabajo y la señalada en la norma impugnada.

En tercer lugar, el plazo de licencias válidas es considerable: seis meses de ausencia del trabajo en dos años. Es decir, tiene que haber trabajado 18 meses de los 24. Tiene que haber estado fuera medio año. Después de ese plazo, la ley entiende que el funcionario no está en condiciones de seguir prestando de manera personal y continua su trabajo, que ha perdido la salud compatible con el cargo.

En cuarto lugar, la ausencia de indemnización se ve compensada con la existencia del derecho a usar la licencia, con pleno goce de remuneraciones. Es decir, la norma tiene una cara positiva; pero también tiene una cara negativa. No se puede pedir la aplicación de las normas más favorables y rechazar las menos favorables.

Finalmente, hay que considerar que la Contraloría General de la República ha interpretado que no cabe hacer uso de esta facultad si el afectado inició sus trámites de jubilación por invalidez (dictámenes 48742/09; 013255/2011). Y que no opera respecto de licencias maternales ni por licencias no laborales (dictamen 039049/2012), tal como lo establece el inciso segundo del artículo 151 de la Ley N° 18.834.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, N°s 2° y 21°, y 93, N° 6°, de la Carta Fundamental, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

Que se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1.

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada por resolución de fojas 32 y siguientes. Ofíciase al efecto a la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción.

No se condena en costas a la requirente por estimarse que tuvo motivos plausibles para deducir su acción.

Acordado el rechazo del presente requerimiento con la prevención de la señora Ministra Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, fundado en las siguientes consideraciones de forma:

1° Que la causa se origina en la desvinculación de doña María Cecilia Díaz Cuevas de sus funciones de asistente de la educación como paraprofesor en el Liceo de Niñas, establecimiento dependiente de la I. Municipalidad de Concepción. Mediante sendos decretos alcaldicios se especificaron las razones que justificaban el despido, invocándose, en definitiva, el artículo 151 de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, que dispone la facultad del Jefe Superior del Servicio para considerar como salud incompatible con el cargo el haber hecho uso de licencias médicas por un lapso superior a seis meses en los últimos dos años;

2° Que la gestión pendiente consiste en un juicio laboral sobre despido injustificado, nulidad del despido y cobro de prestaciones, Rol I.C. 0-329/2012, caratulado "Díaz Cuevas, María Cecilia, con I. Municipalidad de Concepción";

3° Que las normas impugnadas por la requirente son el aludido artículo 151 de la Ley 18.834 y el artículo 15 de la Ley 18.020, que establece el estatuto funcionario de los trabajadores de la Administración Civil del Estado que se rigen por las normas del Decreto Ley N° 2.200, y sus disposiciones complementarias, que se encuentren en la situación prevista en la letra c) del artículo 233 del Decreto con Fuerza de Ley N° 338, de 1960, incurriendo en la causal de caducidad del contrato sin derecho a indemnización, cuando por consecuencia de haber sido su salud declarada irrecuperable, el empleado deba retirarse de la Administración del Estado;

4° Que la naturaleza del requerimiento de inaplicabilidad exige dejar sin efecto la disposición de una norma legal, para un caso particular, cuando es manifiesta su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, basada en fundamentos que se derivan del Texto Fundamental. Por lo mismo, no es resorte de esta Magistratura verificar el efecto contrario, esto es, identificar cuál es la norma aplicable en un conflicto interpretativo de colisión entre normas de igual rango infraconstitucional;

5° Que, justamente, el propósito del requerimiento en el presente proceso constitucional es señalar la concurrencia de las reglas aplicables en este caso laboral. A lo largo del requerimiento se sostiene la voluntad de encontrar la regla *decisoria litis* en la interpretación de la norma legalmente aplicable al caso. Así, por ejemplo, se deduce, a juicio de la requirente, que el objetivo de la I. Municipalidad de Concepción, al contestar la demanda en el juicio laboral, sería que ésta pretenda dejar *“sin aplicación al Código del Trabajo, aceptando que esta causal exógena a dicho cuerpo legal se encuentra bajo las facultades del Alcalde y, por consecuencia, la recurrente quedaría sin las indemnizaciones que conforme a su régimen estatutario - el Código del Trabajo- les correspondería”* (fs 4 vta.). Asimismo, y fundamentando que se trataría de normas legales que vulneran los principios del Estado Empresario recogidos en el artículo 19, numeral 21°, de la Constitución, la requirente sostiene que *“la cláusula de legislación común o sistema de derecho común que en principio rige el actuar de las actividades económicas públicas, constituye asimismo una adecuada medida regulatoria, pues busca garantizar que la operación de empresas públicas y privadas en el mercado se realice en igualdad de condiciones, vulnerada por la aplicación de los artículos 15 de la Ley N° 18.020 y 151 de la Ley 18.834”* (fs. 5 y 5 vta.);

6° Que es facultad de los jueces de fondo, en sede laboral en este caso, determinar la naturaleza del estatuto

funcionario aplicable, la concurrencia de la causal de despido, su adecuada calificación y, en general, todos los derechos que se deduzcan de la interpretación de los contratos a la realidad de los hechos de la causa. Por tanto, no se puede deducir del presente rechazo al requerimiento ninguna estimación o desestimación de alguno de los elementos que determinan el presente conflicto normativo. Éste se encuentra, definitivamente, en la órbita de la esfera del juez ordinario, sin necesidad de recurrir a una inaplicabilidad de algún precepto legal;

7° Que, por tanto, rechazamos el presente requerimiento por tratarse de un conflicto de interpretación jurídica de leyes. La calificación de este caso como un asunto de mera legalidad tiene características que es necesario precisar. Primero, se trata de un conflicto en donde todas las opciones interpretativas están disponibles para el juez de fondo. Por tanto, asumir que un asunto es de estricta legalidad importa no ejercer el criterio de una interpretación conforme a la Constitución, excluyendo otras posibles interpretaciones inconstitucionales, puesto que todas se manifiestan en el mismo nivel. Segundo, que para que opere el mecanismo de inaplicabilidad hay que probar que se produce un efecto inconstitucional, que puede ser resuelto mediante la inaplicabilidad de un precepto legal, siempre que se funde en una vulneración clara de una norma constitucional. En este caso, una fundamentación sostenida en el estatuto del Estado Empresario, adaptado a la situación jurídica de un establecimiento municipal de educación, implica un principio de débil conexión del caso al texto constitucional. Y, por último, porque esta Magistratura, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, está igualmente sometida a los exigentes parámetros que se deducen de la aplicación de los diversos test con los que resuelve los asuntos sometidos a su decisión. La calificación de un asunto como cuestión de mera legalidad implica que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal no es el mecanismo

idóneo, necesario y proporcional para la resolución del caso y que puede encontrar en las vías de interpretación ordinaria la solución justa aplicable al mismo.

Se previene que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al fallo, con excepción de lo argumentado en su acápite IV, relativo al artículo 19 N°21 de la Constitución, en razón de lo siguiente:

1°. Que, en síntesis, el fallo sostiene, en la parte sobre la cual se difiere, que *“mal puede encuadrarse la actividad de los establecimientos educacionales que administran los municipios en el artículo 19 N°21° de la Constitución”* (considerando vigésimo). En efecto, se plantea que los establecimientos educacionales municipales no realizan una actividad empresarial, sino que administran un servicio público que no implica actividad lucrativa alguna (considerando decimosexto);

2°. Que, a diferencia de lo manifestado por el fallo, según lo recién expuesto, este Ministro previene que los establecimientos educacionales municipales sí realizan una actividad económica y, al mismo tiempo, una actividad empresarial. La existencia de una actividad económica ocurre, como en la especie, en la medida en que se ofrezcan bienes o servicios en el mercado, independiente de si se trata de una actividad lucrativa o no, o de cuál sea la naturaleza jurídica de la entidad. En el mismo sentido, una actividad empresarial o emprendimiento constituye una actividad económica, la cual se realiza no ya como persona natural, sino bajo alguna forma jurídica;

3°. Que, no obstante lo manifestado precedentemente, este Ministro sostiene que, en este caso, no se infringe el artículo 19 N°21° de la Constitución, aunque por razones diferentes de las esgrimidas en el fallo;

4°. Que la parte requirente argumenta que los establecimientos educacionales municipales, a diferencia de lo señalado en la segunda parte del inciso segundo del

artículo 19 N°21° de la Constitución, no se encuentran sujetos a las mismas reglas que los establecimientos privados, lo cual le afecta negativamente, constituyendo, por ende, una vulneración a la aludida garantía constitucional. Sin embargo, y más allá de cualquier otra consideración, este Ministro sostiene que no se vulnera el artículo 19 N°21° de la Carta Fundamental, ya que el interés de la actora en este requerimiento de inaplicabilidad no puede identificarse con el de la entidad para la cual presta servicios, quien sería, si es que fuese el caso, la agraviada por la supuesta vulneración constitucional.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la primera prevención, el Ministro señor Gonzalo García Pino, y la segunda, su autor.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2370-12-INA.

Sra. Peña

Sr. Vodanovic

Sr. Fernández

Sr. Carmona

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Snake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

CERTIFICO: Que el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado no firma, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse enfermo.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

