



UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

FACULTAD DE POSTGRADO.

MAGISTER EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN FINAL

***“FUNCIONARIOS MUNICIPALES Y EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL:
EL TÉRMINO ANTICIPADO O NO RENOVACIÓN DE LA CONTRATA COMO ACTO
DISCRIMINATORIO POR OPINIÓN POLÍTICA”***

AUTOR: Camilo Andrés Federico Vergara Vargas.

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

SANTIAGO – CHILE

2021

ÍNDICE.-

INTRODUCCIÓN.-	3
PRIMER CAPÍTULO. –	4
I. DISCRIMINACIÓN LABORAL.	4
a) Concepto y Elementos.	4
b) Estatuto jurídico antidiscriminatorio laboral en Chile.	9
c) Criterio Sospechoso: Discriminación por opinión política en el ámbito Municipal.	10
SEGUNDO CAPÍTULO. –	11
I. LA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.	11
a) Incompetencia de los tribunales del trabajo.	12
b) Competencia de los tribunales.	14
c) Ley 21.280: Fin de la disputa.	15
TERCER CAPÍTULO. –.....	16
I. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.	16
CONCLUSIÓN.-	21
BIBLIOGRAFÍA.-	22

INTRODUCCIÓN.-

La situación actual de nuestro país, en el ámbito de la discriminación, ha venido manifestando e imponiendo una serie de desafíos que impregnan el debate legal y social hoy en día. Uno de estos desafíos es la determinación judicial de la discriminación por opinión política, pues como he analizado en nuestra jurisprudencia, el que un funcionario municipal pertenezca a un partido político opuesto al del alcalde electo al momento de su despido, no es un indicio suficiente para determinar que un despido es “discriminatorio”, como se podría pensar. Ante este desafío, el autor desarrolla este trabajo de investigación final con el objetivo de ser un aporte en la caracterización de este complejo criterio sospechoso de discriminación, enfocando en su primera etapa, tanto la etimología como elementos de la discriminación por opinión política. Se aborda el ámbito jurídico laboral, que es probablemente la rama del derecho donde se pueden apreciar más situaciones de vulneración del principio de no discriminación y donde existe una regulación especial para el funcionario municipal, sin dejar de ser esta aseveración hasta hace un año, algo discutible desde el punto de vista del funcionario público, en especial el denominado “Contrata”.

En el primer capítulo, se analizará el concepto y elementos de la discriminación por opinión política, enfocando el análisis en el ámbito municipal. En el segundo capítulo se realizará un desarrollo sucinto respecto de las tesis de incompetencia y competencia de los juzgados laborales para conocer de la acción de tutela de derechos fundamentales y un análisis de la ley 21.280, que finalmente pone fin a la controversia en relación con la competencia de los juzgados laborales.

Para finalizar, el tercer capítulo contempla el análisis jurisprudencial desarrollando una síntesis en relación con los indicios más invocados para los efectos de tener por acreditada la transgresión al derecho fundamental de no discriminación por opinión política.

PRIMER CAPÍTULO. –

I. DISCRIMINACIÓN LABORAL.

a) Concepto y Elementos.

“La idea de discriminación, de distinción no es contraria a lo justo ni al derecho. Sin embargo, la discriminación arbitraria, carente de justificaciones y basada en prejuicios y en hechos que en definitiva suprimen la igualdad de oportunidades entre las personas sí constituyen un atentado a la dignidad del ser humano”¹.

Respecto del principio de no discriminación el profesor Eduardo Caamaño Rojo señala que “es uno de los principios tutelares de carácter fundamental del trabajo, que asegura la plena vigencia del principio de igualdad de trato prohibiendo toda exclusión o menoscabo en el trabajo, fundado en criterios de distinción de la capacidad e idoneidad del trabajador para la ejecución de una labor o prestación de un servicio determinado”².

Doctrinariamente podemos señalar un sin número de definiciones en relación al concepto de discriminación, por ejemplo, podemos entender por discriminación laboral como “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo o con ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, sexo, religión, sindicación, opinión política, o cualquier otro que se considere irracional o injustificado, y que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”³.

También se puede definir como “todas aquellas diferenciaciones, exclusiones o preferencias carentes de justificación o razonabilidad por basarse en criterios reprochables, como son, entre otros, la nacionalidad, el sexo o la religión de las personas,

¹ Caamaño Rojo Eduardo. *El derecho a la no discriminación en el empleo*, Editorial Lexis Nexis, primera edición, Santiago –Chile 2005, Pág. 20.

²Caamaño Rojo Eduardo. *La Defensa del Principio de No Discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral*. Revista Laboral Chilena N° 117, Mayo del año 2003, página 70.

³ Lizama, Luis y Ugarte, José Luis. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998, pág. 218-219.

son repudiadas y prohibidas por diferentes instrumentos internacionales y nacionales sobre derechos humanos”⁴.

Por otra parte, en el ámbito de protección internacional, el convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, define como discriminación en el trabajo “cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo”.

De estas definiciones, podemos distinguir, en primer lugar, las etapas de la discriminación laboral. Estas etapas de discriminación laboral también han sido recogidas por nuestra jurisprudencia al analizar las demandas de tutelas laborales por discriminación política. El legislador, “al regular la acción de tutela de derechos fundamentales, ha precisado dos momentos en los que tiene lugar esta acción, el primero de ellos durante la vigencia de la relación laboral y, el segundo, una vez terminada, con lo que debe entenderse que se distingue actos de vulneración que tienen lugar durante la vigencia del contrato de trabajo, por un lado, y por el otro, cuando la vulneración se produce con ocasión del despido”⁵. Además, actualmente la doctrina ha sostenido paulatinamente que la discriminación laboral también se puede dar de manera pre-ocupacional, es decir, que “la acción de tutela laboral que consagra nuestra legislación laboral es plenamente procedente respecto de los actos de discriminación que se produzcan durante una entrevista de selección de personal, esto es, durante una etapa precontractual”⁶. Esta tesis se basa en “una interpretación armónica y coherente de las distintas normas legales, constitucionales e internacionales que se refieren a este tema”, al estatuto de responsabilidad contractual que correspondería aplicar a los daños generados al postulante a un empleo que negocia con el empleador, y al principio de buena fe”⁷.

En cuanto a los elementos, se recogerá de manera sintetizada la clasificación realizada por el profesor Ugarte, y que es guía para la mayoría de los fallos analizados

⁴ Caamaño Rojo Eduardo. Op. Cit. Pág. 47.

⁵ Resolución de fecha 27/08/2013, en causa rol: T-39-2013 del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco.

⁶ Iturriaga Delgado, Camilo, “*Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral*”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol. IV N° 1, Santiago, 2006, pp. 54 y ss.

⁷ Ibídem, p. 66.

por el autor de este trabajo de investigación final. El profesor Ugarte ha distinguido elementos propios de la discriminación laboral y que serían condición necesaria para que estemos frente a un caso de discriminación laboral, esto a raíz de que no toda diferencia de trato realizada por el empleador se traducirá, obligatoriamente, en una discriminación, puesto que “la noción de igualdad denota en la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de forma tal de excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto disparidades de trato razonables”⁸. Debido a esto deben presentarse conjuntamente los siguientes elementos, para que dicha diferencia sea ilícita, a saber:

1. Un trato laboral diferenciado entre personas sustancialmente iguales:

El profesor Ugarte afirma que “la conducta empresarial que trata distintos a trabajadores situados en posiciones diferentes, no logra configurar ningún tipo de discriminación laboral”. La noción de igualdad denota la necesidad de tratamiento normativo en identidad de condiciones, de tal forma excluir preferencias o exclusiones arbitrarias, aceptando por tanto las disparidades de trato que sean razonables. “Todas las personas, en circunstancias similares, estén afectas a los mismos derechos o prohibiciones, en definitiva, a un mismo estatuto jurídico”⁹.

El profesor Caamaño sostiene que “la discriminación es un concepto valórico determinado que importa la idea de un tratamiento desigual injustificado, que carece de fundamentación objetiva y razonable que permita entender por qué y la finalidad de la desigualdad. “Así la discriminación es una conducta que implica distinguir a dos personas a base de un criterio elegido por el agente y que es calificado como injustificado o arbitrario.”¹⁰

2. Que ese trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido:

Este segundo elemento, necesario para la configuración de la discriminación en la relación laboral, está referido a que la medida en contra del trabajador debe encontrarse

⁸ Dictamen ordinario 2210/035 de 08/06/2009, Dirección del Trabajo.

⁹ Dictamen N°3704/134 de 11/08/2004, Dirección del Trabajo.

¹⁰ Caamaño Rojo, Eduardo, *El derecho a la no discriminación en el empleo*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pág. 49.

motivada en un criterio sospechoso o prohibido. Esto se plasma en la incorporación en nuestra legislación de un catálogo de situaciones respecto de las cuales, toda diferenciación resulta discriminatoria (raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social), “no puede agotarse en una formulación cerrada, impidiendo la calificación de discriminatorias de otras desigualdades de trato que no obedezcan necesariamente a la enumeración legal o respecto de las cuales su encuadre en ellas sea dificultoso o dudoso”¹¹. Existe amplio consenso en relación con que los criterios que integran el listado no son los únicos prohibidos o sancionables. En lo que no existe consenso en la doctrina, es en determinar cómo o sobre qué criterios se construirá la prohibición o sospecha que es exigida como presupuesto conceptual de la discriminación.

Se vuelve relevante entonces, intentar explicar cuál modelo antidiscriminatorio es el que se impone en nuestro país, habida consideración de la aparente contradicción entre el artículo 2° del Código del Trabajo en relación con la norma constitucional del artículo 19, número 16, inciso tercero. ¿Qué ocurre con categorías no contempladas en el artículo 2° del Código del Trabajo?

Para la mayor parte de la doctrina chilena se estatuye un modelo de sospecha abierto, en que cualquier criterio, aún sin estar enumerado como hace el artículo 2° del Código del Trabajo, es sospechoso y está sujeto a un escrutinio calificado, con excepción de la capacidad e idoneidad personal¹². No cabe duda que cualquier distinción de trato que se base en un criterio que no corresponda a la capacidad o idoneidad personal debe ser considerada discriminatoria¹³. En este modelo de sospecha abierta los únicos motivos lícitos para fundar una distinción de trato son la capacidad o idoneidad personal, cualquier

¹¹ Dictamen 3704/134 de 11/08/2004, Dirección del Trabajo.

¹² Gamonal C., Sergio, *Fundamentos de derecho laboral*, 5ª edición actualizada Santiago, Der ediciones limitada, 2020 página 99.

¹³ Lizama y Ugarte, op. cit., nota 3, página 239.

otro motivo es prohibido, por lo tanto, “el trabajador tiene derecho a que no se le discrimine por causas ajenas a su capacidad o idoneidad para el cargo y función”¹⁴.

Otra parte de la doctrina difiere de esta interpretación, como el profesor Gamonal, quien estima “más pertinente un sistema de sospecha cerrado, que permite centrar el reproche discriminatorio en los grupos o colectivos en desventaja. En este orden de ideas, tiene más fuerza el artículo 2° del Código del Trabajo, entendido como un precepto legal que regula la garantía constitucional y le da sentido”¹⁵.

Respecto a la debilidad del sistema cerrado, esto es, que ocurre respecto de un criterio sospechoso no considerado, el profesor gamonal señala que “una diferencia arbitraria de este tipo también afecta a la libertad de trabajo de las víctimas de estas arbitrariedades y podrán por ello ser protegidos por el derecho. Con todo, reformas recientes han agregado numerosos nuevos criterios sospechosos al artículo 2° inciso cuarto, lo que permite subsanar las debilidades de la sospecha cerrada”¹⁶.

3. Que no exista una justificación razonable que legitime la diferencia.

Cabe preguntarse, ¿Cualquier discriminación laboral- ya sea en base a un criterio sospechoso, o no- será antijurídica? La respuesta debe ser negativa. No toda discriminación laboral es reprochable desde un punto de vista jurídico, puesto que la medida discriminatoria puede estar legítimamente justificada. Para determinar esta situación, “debemos someter la decisión del empleador, en el caso de autos, el despido del denunciante, al test de proporcionalidad, esto es, un examen de admisibilidad de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado- constricción del derecho fundamental- y el fin deseado-ejercicio del propio derecho. “En función de la utilización del principio de proporcionalidad, diremos que una medida limitadora o restrictiva de un derecho fundamental, resulta constitucionalmente justificada, cuando: 1. Persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2. Constituya un medio

¹⁴ Irureta, Pedro. *Constitución y orden público laboral*. Colección Investigaciones Jurídicas, 2006, página 87.

¹⁵ Op, cit. nota 12.

¹⁶ Ibídem.

idóneo para alcanzarlo; 3. Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4. Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida. De la afirmación precedente, se desprende que el principio de proporcionalidad, en cuanto a su estructura, admite una clasificación en tres subprincipios: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*¹⁷.

b) Estatuto jurídico antidiscriminatorio laboral en Chile.

La regulación antidiscriminatoria en nuestra legislación tiene consagración tanto en instrumentos internacionales, como en la Constitución Política de la Republica y en el Código del trabajo. Para los efectos de este trabajo, se enfocará un análisis concentrado de la normativa Constitucional y del Código del Trabajo.

Nuestra Constitución Política de la Republica establece y protege en términos generales y amplios el derecho de no discriminación, consagrando el principio de igualdad y no discriminación arbitraria, tanto en su artículo 1°, como en el artículo 19 N° 2, que establece la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias¹⁸. Por otro lado, en su artículo 19 N° 16 prescribe *“La libertad de trabajo y su protección”*, y *específicamente, en su inciso segundo dispone que: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad o límites de edad para determinados casos”*.

La prohibición de discriminación arbitraria en el ámbito laboral se encuentra consagrada en el artículo 2°, inciso tercero del Código del Trabajo, que dispone que, “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. El inciso cuarto precisa que “los actos de discriminación son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia

¹⁷ Resolución de fecha 22/10/2012, en causa rol: T-33-2012 del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

¹⁸ Constitución Política de la República, artículo 19 N°2.

personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Además, el artículo 62 bis del Código del Trabajo dispone que: “el empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad responsabilidad y productividad.

c) Criterio Sospechoso: Discriminación por opinión política en el ámbito Municipal.

Discriminación por opinión política son aquellas distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de opinión política, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. La discriminación por ideología y opinión política es una de las categorías que motivó la mayor cantidad de acciones en nuestros tribunales de justicia, lo que se ve exacerbado en periodos posteriores a las elecciones municipales. Es menester precisar que en todos los fallos analizados en que se invocó esta categoría o criterio sospechoso, se trató de demandantes, funcionarios públicos municipales, cuyo vínculo con las Municipalidades era a través de “contratas”. Al contrario de lo que se podría pensar, nuestros tribunales no reconocen como un indicio potente el que un funcionario municipal pertenezca a un partido político opuesto al del alcalde electo al momento de su despido, siendo este indicio, el más invocado por los denunciante. Existe una problemática recurrente y de larga data, analizada en todos los fallos, relativa a la desvinculación del funcionario municipal a “contrata” en atención a su afinidad política respecto del alcalde de turno. En conformidad al estatuto administrativo, los cargo a contrata son de naturaleza eminentemente transitoria, y tendrán la duración que en ellos se consigne, no pudiendo extenderse, en cualquier caso, más allá del 31 de diciembre de cada año. Por lo tanto, en el ámbito municipal, existe una dotación de personal que, prestando servicios en esta calidad, pueden ser desvinculados por el alcalde cuando este considere - discrecionalmente- que sus servicios no son necesarios.

Esta facultad legal, sin perjuicio de tener un fundamento evidente de eficacia y eficiencia, en muchas oportunidades da a lugar a múltiples arbitrariedades, y que alcanzan su mayor notoriedad al momento de asumir el nuevo alcalde electo. Se profundizará sobre este tema en el capítulo de análisis jurisprudencial.

SEGUNDO CAPÍTULO. –

I. LA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Si bien es cierto que existe una diferencia y separación entre el Derecho del Trabajo y la función pública, esta última ha ido cediendo poco a poco terreno como consecuencia de la expansión que se ha efectuado de diversas instituciones desarrolladas por el derecho del trabajo al excluido campo de la función pública.

Este fenómeno es denominado como *laboralización de la función pública* y “Se trata, como su nombre lo indica, de la aplicación de instituciones propias del derecho del trabajo al ámbito de la función pública. Ahora, esta laboralización puede ser de carácter parcial (laboralización débil) o total (laboralización fuerte)”¹⁹. El proceso de expansión del derecho del trabajo hacia el empleo público se manifiesta de diversas maneras, por ejemplo, el Código del Trabajo opera como norma de carácter supletoria, en todo lo no regulado por el estatuto que rija funcionarios públicos. Además, la aplicación de normativa protectora de maternidad y paternidad.

Como consecuencia de la expansión sostenida del empleo municipal bajo la modalidad a contrata entre los años 2019 y 2020²⁰, el foco estará puesto en la aplicación del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales, institución del derecho del trabajo, a los funcionarios municipales a contrata como mecanismo de protección de sus derechos fundamentales. A raíz de la precariedad de la contrata como modalidad de contratación y la insuficiente protección que entrega la norma estatutaria a este personal

¹⁹ Varas Marchant, Karla, *La laboralización de la función pública. Reflexiones a propósito del debate sobre la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los trabajadores públicos*. Revista de derecho número 56, pág. 187.

²⁰ Datos obtenidos desde SINMIN.

municipal, han sido los tribunales de justicia que construyeron líneas jurisprudenciales que hicieron aplicable el procedimiento de tutela al personal a contrata.

A continuación, se expondrá de manera breve la evolución jurisprudencial en relación con la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los trabajadores públicos y, por lo tanto, al personal municipal a contrata.

a) Incompetencia de los tribunales del trabajo.

La aplicación a los funcionarios públicos de la acción de tutela de derechos fundamentales consagrada en el Código del Trabajo no fue un tema pacífico en el ámbito jurisprudencial, pese a que, poco a poco, se impuso la tesis que se pronunciaba positivamente. Esta discusión fue zanjada con la publicación en el Diario Oficial, el día 9 de noviembre de 2020, de la Ley N° 21.280.

Desde que se introdujo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en la normativa laboral, y hasta antes del 2014, fueron numerosas las ocasiones en que se pretendió la aplicación de las disposiciones del Código del Trabajo en situaciones en que funcionarios públicos estimaron que habían sido vulnerados sus derechos fundamentales. Sin embargo, en gran parte de ellas, los tribunales del trabajo declinaban pronunciarse sobre la materia por razones de falta de competencia, teniendo como fundamento que esta clase de trabajadores se encuentra sujeta a un estatuto jurídico especial y por lo tanto, no le sería aplicable la legislación laboral.

Un ejemplo de lo anterior, fue el caso resuelto por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, en el cual debía decidir respecto de una acción de tutela incoada por funcionarios de la FENATS, quienes alegaban la vulneración de sus derechos al trabajo y a la integridad psíquica. La magistrada en dicha oportunidad entendió que, por tratarse de funcionarios públicos, y al tenor de lo dispuesto en los artículos 420 y 447 del Código del Trabajo, carecía de competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido, por lo que no dio curso a la demanda²¹.

²¹ Resolución de fecha 07/07/2009, en causa rol: T-26-2009 del Juzgado de Letras y Trabajo de Valparaíso.

Otro caso fue el resuelto por el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en donde conociendo de una acción de tutela interpuesta por un funcionario público del Servicio de Registro Civil e identificación de Chile, el magistrado Ramon Barria Cárcamo, mediante resolución de 20 de enero de 2012, decretó no dar curso a la demanda, amparado en lo dispuesto en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 7° de la Constitución política de la República, declarándose incompetente el tribunal para conocer de la acción de tutela. Da como argumentos, que si bien reconoce que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Código del Trabajo, no se aprecia una incompatibilidad de las normas sobre protección de derechos constitucionales y el estatuto de los funcionarios de la administración pública, no es menos cierto que la supletoriedad del Código del Trabajo no puede ser entendida de manera ilimitada, ya que en relación con el procedimiento propiamente tal, y especialmente, las reglas de competencia, cabe tener presente el carácter de orden público que revisten las normas referidas²². Similar argumento esgrimió la magistrada suplente del primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, doña Daniela González Martínez, que, al conocer de una acción de tutela incoada por 2 funcionarios municipales a contrata en contra de la Ilustre Municipalidad de la Florida por término anticipado de sus contrataciones por motivos de discriminación política, por sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011, se declaró absolutamente incompetente para conocer del asunto ventilado en autos. Concluye señalando que el procedimiento laboral, dentro del ordenamiento jurídico procesal nacional, no es el proceso de carácter supletorio por antonomasia, por lo que menos lo sería el procedimiento de tutela de derechos fundamentales regulado en el Código del Trabajo²³.

Finalmente, esta postura de incompetencia adoptada en un comienzo por los Tribunales del Trabajo y confirmadas por las Cortes de Apelaciones del país, empezó a ser revertida por las respectivas Cortes de apelaciones, que conociendo de los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones que declaraban la incompetencia de los Tribunales del Trabajo, adoptaron la postura de aplicar supletoriamente el Código

²² Resolución de fecha 20/01/2012, en causa rol: T-14-2012 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

²³ Resolución de fecha 23/12/2011, en causa rol: T-385-2011 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

del Trabajo, esto bajo argumento de que la acción de tutela no se encuentra regulada en ninguno de los estatutos que rigen al personal del Estado y como el objeto es proteger los derechos fundamentales de que son titulares todos los ciudadanos y que el Estado debe respetar la Constitución Política de la República, no existe incompatibilidad para aplicar la acción de tutela²⁴.

b) Competencia de los tribunales.

Si bien existen diversos fallos de tribunales del trabajo en los cuales se rechazan las excepciones de incompetencia interpuestas por las Municipalidades denunciadas, el panorama judicial de los funcionarios municipales a contrata ha sido incierto. La línea jurisprudencial de competencia de los tribunales del trabajo por aplicación supletoria del Código del Trabajo ha sido zigzagueante.

No fue hasta mayo de 2013 que la tesis de incompetencia sufre la fractura que abrirá el camino para que, al año siguiente, dos fallos de unificación de jurisprudencia asentarán el criterio, a mi parecer correcto, de la plena competencia de los tribunales del trabajo para conocer y sustanciar el procedimiento de tutela laboral incoado por funcionarios públicos. Si bien el fallo de unificación reitera el criterio de incompetencia, es el voto de minoría del ministro Lamberto Cisternas el que contiene los argumentos que sustentan la tesis de competencia²⁵, y sumado a esto el cambio en la composición de la Cuarta Sala Laboral, abrieron el camino para provocar el giro trascendental en la actitud adoptada por la Excelentísima Corte Suprema en esta materia, lo que desembocará en el rotundo fallo de abril de 2014 en que la Corte Suprema reconoció por primera vez la plena competencia de los tribunales laborales para pronunciarse sobre los procedimientos de tutela invocados por funcionarios públicos.

Así, a partir de la sentencia rol 10.972-2013 el criterio adoptado por la Corte Suprema fue el de plena competencia de los tribunales del trabajo para conocer acciones de tutela

²⁴ Véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de fecha 4/02/2010 en causa rol 1-2010, caratulada "Pinto con Dirección General de Aeronáutica Civil, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 12/09/2012 en causa rol 334-2011, caratulada "Torrealba con Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

²⁵ Resolución de fecha 06/05/2013, en causa rol: 9381-2012, Corte Suprema. Voto de minoría ministro Lamberto Cisternas.

de derechos fundamentales iniciados por trabajadores públicos. La Corte Suprema en el voto de mayoría enfatizó que, para hablar de una efectiva vigilancia de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral, no basta con su reconocimiento material, sino que, deben reconocerse mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.

Respecto de la situación de los funcionarios públicos, la Corte sostuvo que, si bien el inciso segundo del artículo 1 del Código del Trabajo los excluye de su ámbito de aplicación, el inciso tercero se prevé la posibilidad de que “a los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente les sean aplicables las normas del Código del Trabajo”, si concurren los siguientes requisitos copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueran contrarias a estos últimos. Constatando la Corte Suprema que ambos requisitos copulativos establecidos en el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo han sido satisfechos, “concluye que no resulta existir inconveniente para la aplicación supletoria de las normas que se consagran en el párrafo 6° del Título I del Libro V del referido cuerpo legal, respecto de la tutela de derechos fundamentales, a los funcionarios que se encuentran sujetos al Estatuto Administrativo. Por último, la Corte Suprema expone que “no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos”.

Respecto de los funcionarios públicos a contrata, este criterio fue confirmado en el sentido que estos pueden denunciar la afectación de sus derechos constitucionales ocurrida con ocasión de su relación funcionaria mediante el procedimiento de tutela laboral que establece el Código del Trabajo²⁶.

c) Ley 21.280: Fin de la disputa.

La larga disputa entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en relación con la incompetencia o competencia de los tribunales del trabajo para conocer y sustanciar acciones de tutelas incoadas por funcionarios públicos, fue zanjada el día 9 de noviembre de 2020, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial la ley 21.280.

²⁶ Resolución de fecha 18/08/2016, en causa rol: 6417-2016, Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema.

Esta ley determina el sentido y alcance del artículo 485 del Código del Trabajo, haciendo aplicable a todos los trabajadores, incluidos a los que señala el inciso segundo del artículo 1 del Código del Trabajo, esto es, funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada del Poder Judicial y el Congreso Nacional. También les será aplicable a los trabajadores que se desempeñen en el Servicio Electoral, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría y Banco Central. Así como también a los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad²⁷. Es aplicable además a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o aquellas en que este tenga aportes, así como también a aquellos que sus propias leyes declaren autónomos.

TERCER CAPÍTULO. –

I. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

El empleo a contrata confiere al alcalde notables dosis de discrecionalidad respecto de la terminación de las funciones de los empleados municipales, toda vez que la contrata es un cargo provisto sin concurso público y que puede ser removido sin necesidad de una investigación o sumario administrativo previo.

Los funcionarios municipales a contrata cesan en sus funciones de dos formas; por la no renovación de su contrata o por término anticipado de la misma. Estas dos figuras de cesación de funciones, unido a la precariedad propia del empleo a contrata, han configurado una herramienta de abuso por parte de los alcaldes para vulnerar los derechos fundamentales de los funcionarios municipales.

Lo anterior se acentúa en época de elecciones municipales, cuando se produce un cambio de administración comunal, siendo electo un alcalde de tendencia política distinta a la administración saliente. Ejemplo de lo anterior fue el caso resuelto por el juzgado de letras y garantía de Coelemu, en donde conociendo de una acción de Tutela intentada por funcionarios municipales a contrata, el juez Cristian Coloma Fuentes dio por

²⁷ Resolución de fecha 22/11/2021, en causa rol: 31.766-2021. Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema.

acreditados los indicios de discriminación por opinión política, estableciendo que el ingreso de los funcionarios al municipio se produjo bajo la administración de un alcalde distinto al de la época de la no renovación de sus contratas y coincide que dicho alcalde es de pensamiento político distinto a los funcionarios denunciadores. El sentenciador además argumenta que los denunciadores apoyaron públicamente al anterior alcalde y participaron activamente en su campaña política para las elecciones municipales²⁸. A similar conclusión arriba doña María Teresa Quiroz, jueza del segundo juzgado de letras del trabajo de Santiago, quien conociendo de una acción de tutela intentada por un grupo de funcionarios municipales a contrata, da por acreditado como indicio de discriminación por opinión política el hecho de que los denunciadores se desempeñaron durante varios periodos consecutivos en la municipalidad denunciada, bajo la administración del alcalde saliente con quienes tenían afinidad política, y cuyos términos anticipados de contrata se produce durante la administración del nuevo alcalde²⁹.

Todo lo indicado anteriormente es el caldo de cultivo perfecto, regularmente la nueva administración municipal disfraza la discriminación por opinión política hacia los funcionarios municipales a contrata de la antigua administración, afines políticamente al alcalde saliente, bajo decretos alcaldicios, actos administrativamente legales, dirigidos a la no renovación o termino anticipado de sus funciones.

Es respecto al decreto alcaldicio y la fundamentación de este, donde se encuentra el segundo indicio de discriminación por opinión política, del cual los tribunales de nuestro país se han basado para fundamentar la existencia de esta transgresión de los derechos fundamentales de los funcionarios a contrata. En los casos en que existe discriminación por opinión política, el decreto alcaldicio de no renovación o término anticipado de la contrata, acto que desde el punto de vista administrativo es válido, es utilizado como camuflaje para el acto discriminatorio. Este acto discriminatorio es denominado como discriminación laboral indirecta.

²⁸ Resolución de fecha 26/10/2018, en causa rol: T-3-2018 del Primer Juzgado de Letras y Garantía de Coelemu.

²⁹ Resolución de fecha 02/02/2018, en causa rol: T-724-2018 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

Esta consiste en que, bajo la apariencia de un acto formal y aparentemente neutro (Decreto Alcaldicio), se derivan diferencia de trato, arbitrarias, produciendo resultados desventajosos para algunos y para otros no³⁰. La diferencia de trato radica en este caso en la afinidad política con el alcalde entrante.

Íntimamente relacionado a lo expuesto anteriormente, se encuentra un tercer indicio común en los fallos analizados y que dice relación además con el principio de la confianza legítima. Este principio surge a raíz de una importante modificación de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a partir del dictamen N° 22766 del 24 de marzo de 2016, estableciendo que, si la administración a través de sus actuaciones ha renovado una contrata de manera recurrente, ello genera en el funcionario la “confianza legítima” (expectativa y creencia que no se cambiará una práctica reiterada) de que ello se repita en lo sucesivo, al ser comportamiento habitual del servicio. Tanto este dictamen como el N° 23518 de 29 de marzo de 2016 imponen una obligación al alcalde al momento de no renovar una contrata o poner término anticipado a la misma, la de explicar y explicitar las razones que fundamentan la decisión adoptada.

En esta línea, don Cristian Coloma Fuentes, conociendo de la acción de tutela interpuesta por funcionarios municipales, argumenta para acoger esta acción, que a los denunciantes les es aplicable el principio de confianza legítima, como consecuencia de sus sucesivas renovaciones, lo que genera a los funcionarios municipales la expectativa de sus renovaciones, por lo que no resultó procedente que la administración pueda cambiar su práctica. La expectativa es consecuencia de la conducta de la propia municipalidad. Lo anterior, argumenta el sentenciador, no anula la potestad legal del municipio para no renovar la contrata, pero le impone la carga de motivar el cambio de criterio. Finalmente, el juez concluye que el decreto alcaldicio no contiene razones específicas que se hayan tomado en consideración para la no renovación de la contrata, lo que se traduce en un acto discriminatorio por opinión política, puesto que la decisión

³⁰ Caamaño Rojo, Eduardo. “*La discriminación laboral indirecta*”. Revista de Derecho, 12 (2), año 2001 67-81, .

de no renovación de la contrata por no ser necesarios sus servicios resulta inconsistente³¹.

Similar línea argumentativa sigue don Pablo Rodríguez Bustos, juez del segundo juzgado de letras del trabajo de Santiago, quien conociendo de una acción de tutela intentada por funcionarios municipales en contra de la municipalidad de Hualpén, la acoge, señalando que el tribunal al sostener que los denunciantes dieron por acreditados los indicios de discriminación por opinión política, la denunciada no pudo dar razones suficientes de su actuar, puesto que solo justificó la no renovación de la contrata por temas presupuestarios, no obstante quedó acreditado en la causa que en julio, existieron múltiples contrataciones en el municipio desde la llegada del nuevo alcalde³².

Una de las líneas argumentativas más interesantes respecto a los dos indicios desarrollados anteriormente, es desarrollado por la jueza Valeria Garrido Cabrera del juzgado de letras del trabajo de Concepción, quien conociendo de una acción de tutela interpuesta por funcionarios municipales a contrata en contra de la Municipalidad de Hualpén, acoge dicha acción dando por acreditados indicios de discriminación política que coinciden con los fallos anteriormente analizados, esto es, que los denunciantes apoyaron al candidato a alcalde con quien tenían afinidad política, que estos prestaron servicios durante años para la municipalidad y que sus desvinculaciones coinciden al asumir la nueva administración de tendencia política opuesta a los actores. Para fundamentar su decisión, la jueza comienza a realizar un desarrollo del dictamen 22766 de 24 de marzo de 2016 de la Contraloría General de la República en relación con el principio de confianza legítima contrastándolo con el dictamen 23518 del 29 de marzo de 2016, también de la Contraloría General de la República, esto en relación a la atribución que tiene la autoridad administrativa para poner término anticipado a la contrata y que para que dicha decisión sea legítima y no arbitraria, el acto debe explicitar las razones que fundamentan esa medida. A continuación, expone que el argumento de la

³¹ Resolución de fecha 26/10/2018, en causa rol: T-3-2018 del Primer Juzgado de Letras y Garantía de Coelemu.

³² Resolución de fecha 16/04/2018, en causa rol: t-1394-2017 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

municipalidad, de que las desvinculaciones obedecían a un exceso en el porcentaje de contrata respecto del presupuesto disponible, es desvirtuado por el hecho de que en el mismo periodo fueron contratados 53 funcionarios, de los cuales, algunos de ellos asumieron las funciones de los denunciantes. En base a lo expuesto, el municipio no pudo acreditar los fundamentos de su decisión los que pretendían legitimar un acto contrario a derecho, tratando de encubrir una discriminación por opinión política dada la cercanía de los demandantes con la administración anterior. Finaliza señalando que, al carecer el decreto alcaldicio de fundamentos reales para no renovar la contrata de los denunciantes, el acto no obedece más que al arbitrio del alcalde, siendo este un acto que atenta al derecho fundamental de no discriminación arbitraria de los denunciantes³³.

Las tres líneas argumentativas desarrolladas por el autor, en relación con los indicios, son las principales y más utilizadas y desarrolladas por los tribunales de justicia, en todos los fallos analizados, para los efectos de acoger la acción de tutela incoada por los funcionarios municipales a contrata. Debido a la semejanza en las líneas argumentativas de los fallos analizados, se priorizó aquellas que a juicio del autor resultaron más útiles para los efectos de dar coherencia al desarrollo de este tercer capítulo³⁴.

³³ Resolución de fecha 06/09/2017, en causa rol: T-77-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción.

³⁴ Los otros fallos analizados fueron: Resolución de fecha 22/08/2017, en causa rol: T-8-2017 del Juzgado de Letras del Trabajo de Linares. Resolución de fecha 22/11/2021, en causa rol: T-8-2021 del Juzgado de Letras del Trabajo de Vallenar. Resolución de fecha 20/04/2021, en causa rol: T-11-2021 del Juzgado de Letras del Trabajo de Rengo. Resolución de fecha 27/05/2021, en causa rol: T-15-2021 del Juzgado de Letras del Trabajo de Rengo. Resolución de fecha 13/05/2021, en causa rol: T-16-2021 del Juzgado de Letras del Trabajo de Rengo.

CONCLUSIÓN.-

Es una realidad, que, durante los cambios de administración municipal, se producen despidos en cantidades importantes cuando asume un alcalde de tendencia política distinta al alcalde saliente. Muchos de estos despidos son denominados como “persecuciones políticas”, pero que tanta realidad existe detrás de esta afirmación. Lo cierto es que en base al desarrollo del primer capítulo y del tercero, en los fallos analizados queda de manifiesto que, la no renovación o término anticipado de las contratas, tienen como fundamento oculto, disimulado, una persecución política.

Alcaldes que no dudan en utilizar de manera arbitraria una facultad discrecional concedida por ley, para poder “limpiar” los departamentos municipales y poder contratar a funcionarios afines a sus tendencias y objetivos políticos. En estas pugnas internas, quienes son mas perjudicados son los funcionarios municipales a contrata.

Dentro de todo, tanto la Contraloría General de la Republica a través de los dictámenes mencionados, como la Excelentísima Corte Suprema a través de la sentencia de 16 de octubre de 2018 en causa rol 16847, han establecido un mecanismo que sirve de contra peso a la facultad del alcalde de poner término anticipado o de no renovar las contratas, desarrollando para esto el principio de la “Confianza Legítima”.

Si bien es un primer paso, aún creo que debiesen existir otro tipo de reconocimiento de derechos laborales a las contratas que sirvieran de disuasivo a la hora de tomar la decisión de desvincular a los funcionarios municipales, como por ejemplo, reconocer sus derechos a una indemnización por años de servicios, indemnización por falta de aviso previo y recargos legales. Hoy en día esa puerta sigue estando cerrada, como lo reafirmo nuestra Excelentísima Corte Suprema en resolución de fecha 25 de noviembre de 2021, en causa rol 2823-2020. Pero estamos en una época de cambios sociales, y espero que, en un futuro no muy lejano, también sea una época de cambios en los derechos laborales de los funcionarios municipales a contrata.

BIBLIOGRAFÍA. -

1. Caamaño Rojo, Eduardo. *El derecho a la no discriminación en el empleo*, Editorial Lexis Nexis, primera edición, Santiago –Chile 2005.
2. Caamaño Rojo, Eduardo. *La Defensa del Principio de No Discriminación por razones de sexo en el periodo anterior al nacimiento de la relación laboral*. Revista Laboral Chilena N° 117.
3. Caamaño Rojo, Eduardo. 2001. *La discriminación laboral indirecta*. Revista de Derecho
4. Gamonal C., Sergio (2020), *Fundamentos de derecho laboral*, 5ª edición actualizada Santiago, Der ediciones limitada.
5. Iturriaga Delgado (2016), Camilo, “*Los actos de discriminación en las entrevistas de trabajo y la acción de tutela laboral*”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Vol. IV N° 1.
6. Irureta, Pedro. *Constitución y orden público laboral*. Colección Investigaciones Jurídicas, 2006.
7. Lizama, Luis y Ugarte, José Luis. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1998.
8. Varas Marchant, Karla, *La laboralización de la función pública. Reflexiones a propósito del debate sobre la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los trabajadores públicos*. Revista de derecho número 56.