



Santiago, veintidós de septiembre de dos mil quince.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, por oficio N° 198/SEC/2015, de 25 de agosto de 2015 -ingresado a esta Magistratura el día 26 del mismo mes y año-, el Senado remite copia debidamente autenticada del **proyecto de ley**, aprobado por el Congreso Nacional, **que fija normas sobre planta de personal del Ministerio de Educación**, con el objeto de que este Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el **control de constitucionalidad respecto de las normas del mismo que sean propias de ley orgánica constitucional**;



SEGUNDO.- Que el N° 1° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: "*Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;*";

TERCERO: Que, de acuerdo al precepto invocado en el considerando anterior, corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre las normas del proyecto de ley remitido que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

CUARTO: Que conforme consta de los antecedentes remitidos, durante la tramitación del proyecto en primer trámite constitucional, en el Senado, así como en segundo trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, las



disposiciones contenidas en los **incisos segundo y tercero del artículo 5°** fueron calificadas como propias de ley orgánica constitucional de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Constitución Política de la República, y fueron aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con el quórum exigido al efecto por el artículo 66 de la Carta Fundamental;

QUINTO: Que el artículo 5° del proyecto de ley remitido, dispone:

"Artículo 5°.- El proceso de encasillamiento que se origine por aplicación del artículo 1° se regirá por las normas establecidas en el artículo 15 del decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, promulgado el año 2004 y publicado el año 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y por lo dispuesto en los incisos siguientes.

Una vez practicado lo establecido en la letra h) del artículo 15 del citado decreto con fuerza de ley, si quedaren cargos vacantes, éstos se proveerán previo concurso interno en el que podrán participar funcionarios auxiliares y administrativos a contrata, que se encuentren asimilados a la respectiva planta y siempre que se hayan desempeñado en tal calidad durante, a lo menos, 5 años antes del encasillamiento, continuos o discontinuos, y cumplan con los requisitos respectivos. Los postulantes requerirán estar calificados en Lista N° 1, de Distinción, o en Lista N° 2, Buena.

Una vez practicado lo dispuesto en las letras a), b) y e) del artículo 15 del mencionado decreto con fuerza de ley, respecto





del encasillamiento en los cargos de la planta de personal de profesionales, si quedaren aún cargos vacantes en dicha planta, éstos se proveerán previo concurso interno en el que podrán participar los funcionarios titulares de las plantas de técnicos, administrativos y auxiliares que cumplan con los requisitos respectivos de la planta de profesionales y acrediten estar cumpliendo funciones profesionales en el Ministerio de Educación a lo menos por un año, lo que será certificado por su jefatura directa. También podrán participar de estos concursos los funcionarios a contrata asimilados a las plantas de técnicos, administrativos y auxiliares, siempre que se hayan desempeñado en tal calidad durante, a lo menos, 5 años antes del encasillamiento, continuos o discontinuos, y, además, cumplan con los requisitos antes señalados. Los postulantes requerirán estar calificados en Lista N° 1, de Distinción, o en Lista N° 2, Buena.



En la convocatoria de los concursos señalados en los incisos segundo y tercero de este artículo deberán considerarse a lo menos los factores de experiencia calificada y evaluación de desempeño. La Subsecretaría de Educación determinará previamente y establecerá la forma en que ellos serán ponderados, lo que deberá ser informado a los funcionarios en el llamado a concurso, el que deberá publicarse a lo menos en la página web de la institución.

La provisión de las vacantes señaladas en los incisos segundo y tercero de este artículo se efectuará en orden decreciente, según el puntaje obtenido por los postulantes. En caso de producirse empate, los funcionarios



serán designados conforme al resultado de la última calificación obtenida y, en el evento de mantenerse esta igualdad, decidirá el Subsecretario de Educación.

En lo no previsto en los incisos cuarto y quinto anteriores, estos concursos se regularán, en lo que sea pertinente, por las normas del Párrafo 1° del Título II del decreto con fuerza de ley N° 29, del Ministerio de Hacienda, promulgado el año 2004 y publicado el año 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.”;

SEXTO: Que el inciso primero del artículo 38 de la Constitución Política, prescribe:

“Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.”;



SÉPTIMO: Que las disposiciones contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 5° del proyecto remitido no revisten carácter orgánico constitucional, pues versan sobre los encasillamientos de los funcionarios del Ministerio de Educación en la planta que será fijada por uno o más decretos con fuerza de ley -de conformidad al artículo 1° del mismo proyecto-, asunto que ya ha sido declarado como propio de ley simple por esta Magistratura en sus sentencias roles N°s 2836 y 1150;



OCTAVO: Que consta en autos que no se suscitó cuestión de constitucionalidad durante la tramitación del proyecto.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto por los artículos 38, inciso primero, y 93, inciso primero, N° 1°, e inciso segundo, de la Constitución Política de la República, y lo prescrito en los artículos 48 a 51 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE RESUELVE:

Que este Tribunal Constitucional no emite pronunciamiento, en examen preventivo de constitucionalidad, respecto de los incisos segundo y tercero del artículo 5° del proyecto de ley remitido, por no versar sobre materias propias de ley orgánica constitucional.



Acordada la sentencia con el voto dirimente del Presidente del Tribunal, señor Carlos Carmona Santander, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, letra g), de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Acordada la sentencia con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres, quien estuvo por declarar los incisos segundo y tercero del artículo 5° del proyecto de ley consultado, como propios de ley orgánica constitucional, porque las normas legales sobre encasillamiento tienen el carácter de ley orgánica constitucional cuando alteran lo dispuesto en los artículos 44 y 45, inciso final, de la Ley N° 18.575. En otras palabras, cuando los encasillamientos se instauran



para proveer cargos de planta que no existían, o cuando se trata de proveer cargos vacantes mediante un concurso interno -como prescriben los dos incisos consultados-, resulta evidente que se altera la regla general de ingreso a los cargos de planta que debe efectuarse por concurso público conforme a las citadas normas de la Ley N° 18.575.

Habiendo estimado como propias de ley orgánica constitucional las normas contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 5° del proyecto, esta Ministra disidente considera que tales preceptos se ajustan a la Constitución Política.

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señor Iván Aróstica Maldonado, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristián Letelier Aguilar, quienes estuvieron por considerar que los incisos segundo y tercero del artículo 5° del proyecto examinado son propios de ley orgánica constitucional, y ambos conformes con la Carta Fundamental en el entendido que indican; sin perjuicio de revestir igual carácter el inciso cuarto del precepto citado, pero inconstitucional. Todo ello por las razones que indican a continuación:

1°) Que el inciso segundo del artículo 5° examinado, no trata sobre "encasillamiento" de personal, puesto que este acto de nombramiento colectivo o pluripersonal -según caracteriza desde antiguo la Contraloría General (Dictamen 55.056 de 1965)- se encuentra normado en el artículo 1° del Proyecto de Ley controlado.

El mencionado inciso segundo del artículo 5° regula la provisión de aquellos cargos que queden vacantes en las plantas de Administrativos y Auxiliares, una vez practicado el proceso de encasillamiento anterior. Modificando, a este efecto, algunos aspectos de la regla





general prevista para dicha situación en el artículo 15, letra b), de la Ley N° 18.834, aprobatorio del Estatuto Administrativo aplicable a los Ministerios, precepto que fue declarado orgánico constitucional por esta Magistratura, en sentencia Rol N° 375-2003 (considerandos 40° y 59°).

Por ende, la modificación que introduce el proyecto a tal norma estatutaria de rango orgánico constitucional, presenta la misma calidad, acorde con el artículo 66, inciso segundo, de la Carta Fundamental;

2°) Que, precisado lo anterior, corresponde observar que el referido inciso segundo del artículo 5° dispone que tales cargos vacantes deben completarse tras un previo "concurso interno", donde pueden participar los funcionarios auxiliares y administrativos "a contrata" que cumplan los demás requisitos que dicha norma señala.

Siendo de entender, en primer término, que el aludido "concurso interno" no obsta a que pueda tener lugar -a falta de candidatos idóneos- un "concurso público" abierto a terceros ajenos al Ministerio de Educación. Esto, a fin de compatibilizar la plena vigencia de aquellas dos Bases generales de la Administración del Estado de que trata el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, cuales son la igualdad de oportunidades de ingreso a ella y la carrera funcionaria, derechos ambos reiterados en los artículos 44 y 45 de la Ley N° 18.575, respectivamente;

3°) Que, el hecho de que el citado inciso segundo restrinja la postulación a dichos concursos internos sólo al personal "a contrata", excluyendo a los funcionarios de planta, altera el citado artículo 15, letra b), de la Ley N° 18.834, de un modo que se ajusta a la Constitución sólo en el entendido que este procedimiento constituye un vehículo excepcional de regularización, destinado a incorporar en los cargos permanentes ahora asignados al Ministerio de Educación a aquellos servidores que -sin





desempeñar realmente cargos transitorios- ya venían ejerciendo como tales.

Correspondiendo hacer presente que, en todo caso, la participación de personal a contrata en concursos internos de promoción, sólo resulta legítima cuando su ingreso al organismo o institución ha sido consecuencia de un precedente concurso público, de antecedentes o de oposición. Habida cuenta que este proceso abierto de selección sólo se pide para la provisión de plazas de carrera en calidad de titular, vale decir para cargos de planta (Dictámenes 34.752, de 2010; 63.292, de 2011; 49.422. de 2012; 39.470 y 53.302, de 2015, de Contraloría General de la República, entre otros), en circunstancias que el nombramiento previo concurso con amplia participación, debería entenderse como una regla general, derivada del principio de probidad consagrado por el artículo 8°, inciso primero, de la Carta Fundamental;

4°) Que, conforme al mismo criterio expresado en el considerando 1° de esta disidencia, es asimismo orgánico constitucional el inciso tercero del artículo 5° del proyecto en estudio, que versa sobre los cargos que queden disponibles -luego de terminado el encasillamiento- en la planta de Profesionales. A cuyo propósito prevé un concurso interno en el que pueden optar los funcionarios de planta y a contrata pertenecientes a los estamentos de Técnicos, Administrativos y Auxiliares de la individualizada Secretaría de Estado.

Por lo mismo, procede formular igual alcance que el planteado en el párrafo segundo del considerando 2° anterior, en el sentido de que dicho concurso interno no excluye la posibilidad de abrir un concurso público, cuando aquél debe ser declarado desierto por falta de postulantes idóneos;

5°) Que el inciso cuarto del mismo artículo 5° regula los concursos internos anteriormente indicados,





ordenando que tales certámenes sean preparados por la Subsecretaría de Educación, sobre la base de a lo menos los factores de experiencia calificada y evaluación de desempeño, cuya ponderación se entrega a lo que establezcan las bases elaboradas por esa misma repartición.

Esta disposición, entonces, complementa los incisos segundo y tercero que le anteceden, de un modo inseparable con ellos, por lo que unos y otros poseen igual naturaleza orgánica constitucional.

Amén de ser éste inconstitucional, porque al aludir sólo a esos dos factores como elementos de ponderación, omitiendo otros de común exigencia en este tipo de procedimientos -como los estudios y cursos de formación y las aptitudes específicas para desempeñar la función a que se aspira-, en la práctica, puede condicionar la evaluación de méritos de los candidatos e impedir que el concurso se declare fallido por falta de postulantes idóneos. Haciendo ilusoria la igualdad de oportunidades de ingreso a la Administración que a otras personas, ajenas a ella, les reconocen los artículos 19, numerales 17 y 26, y 38, inciso primero, de la Constitución.



Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben, la primera disidencia, la Ministra señora Marisol Peña Torres, y la segunda disidencia, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.



Comuníquese al Senado, regístrese y archívese.

Roll N° 2889-15-CPR.

[Signature]
Sr. Carmona

[Signature]
Sr. Aróstica

[Signature]
Sr. Romero



[Signature]
Sra. Brahm

[Signature]
Sr. Letelier

[Signature]
Sr. Pozo

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Domingo Hernández Emparanza concurrieron al acuerdo y fallo, pero no firman por encontrarse con licencia, la primera, y haciendo uso de su feriado, el segundo.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

[Signature]