

Santiago, diez de diciembre de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 11 de diciembre de 2012, a fojas 1, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha requerido a esta Magistratura Constitucional un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la causa sobre recurso de protección deducido por Ester Sepúlveda Guaico, en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua, de su asesor jurídico y del Contralor Regional de la VI Región, causa que se encuentra actualmente pendiente ante dicha Corte, bajo el Rol N° 1713-2012.

El precepto legal impugnado dispone, en su inciso primero, atingente en la especie, que:

“Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos económicos y sociales provinciales y consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados. En el caso de que estos últimos profesionales desempeñen a su vez el cargo de concejal, el alcalde deberá respetar la autonomía en el ejercicio de las funciones de los concejales, especialmente la facultad de fiscalización.”.

Como antecedentes de la gestión en que incide el requerimiento, conforme a los elementos documentales que

obran en autos, con fecha 5 de diciembre de 2012 Ester Sepúlveda Guaico dedujo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, en contra de Ana María Silva Gutiérrez, Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua; de Patrick Borgoño Valenzuela, asesor jurídico de la misma Municipalidad, y de Mario Quezada Fonseca, Contralor Regional de la VI Región, por cuanto ha recibido amenazas de los dos primeros, que estarían fundadas en el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en orden a que si asume en el cargo de concejal, será destituida de su cargo de auxiliar paramédico del consultorio municipal de Codegua, cargo en el cual fue nombrada en febrero de 2007, en forma indefinida.

Luego, en octubre de 2012, Ester Sepúlveda participó en las elecciones de concejales de la misma municipalidad, como independiente apoyada por el pacto *"El Cambio por Ti"*, resultando electa democráticamente, en circunstancias que al momento de deducir la protección seguía desempeñándose como funcionaria pública municipal, no profesional.

En la acción cautelar interpuesta, la recurrente agrega que, requerido pronunciamiento del Contralor Regional a instancias de la Alcaldesa, aquél, por oficio N° 3502, de noviembre de 2012, se pronunció en el sentido de que ambos cargos eran incompatibles de acuerdo al artículo 75 en comento.

Sostiene la recurrente de protección que la incompatibilidad entre sus cargos de auxiliar paramédico y de concejal, dispuesta por el artículo 75, impugnado, es contraria a los artículos 1° y 19, N°s 2°, 16°, 17°, 24° y 26°, de la Constitución Política y a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, agregando que este Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el mismo precepto legal, en su sentencia de inaplicabilidad Rol N° 1941.

En cuanto al conflicto constitucional planteado, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en su auto motivado, de 10 de diciembre de 2012, agregado a fojas 60 de autos, decretó orden de no innovar y solicitó a esta Magistratura Constitucional su pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades en la gestión pendiente, toda vez que el recurso de protección se refiere precisamente a la distinción que surge de dicho precepto legal, en relación a la incompatibilidad entre el cargo de concejal y un empleo en la corporación municipal, según si dicho empleo es o no de rango profesional, de modo que para el segundo no habría incompatibilidad y para el primero sí, sin que parezca advertirse la razón de tal distingo que excluya una colisión con el artículo 19, N° 2°, de la Constitución, máxime si se tiene en cuenta lo ya resuelto por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 1941.

La Primera Sala de esta Magistratura, a fojas 62, 115 y 140, respectivamente, admitió a trámite el requerimiento, lo declaró admisible y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión en que incide.

A fojas 123, se confirió a los órganos constitucionales interesados y a las partes de la gestión judicial pendiente el plazo de 20 días para formular observaciones sobre el fondo de la acción de inaplicabilidad de autos.

Con fecha 11 de febrero de 2013, a fojas 145, Patricia Arriagada Villouta, Contralor General de la República subrogante, formula dentro de plazo observaciones al requerimiento, instando por su rechazo en virtud de las siguientes consideraciones:

Señala, en primer término, que, en el marco de sus atribuciones constitucionales y legales, y solicitado su pronunciamiento por la Alcaldesa de Codegua, la Contraloría Regional del Libertador General Bernardo O

Higgins emitió el aludido oficio N° 3502, que concluía que si Ester Sepúlveda asumía el cargo de concejal no podía seguir desempeñándose como empleada municipal regida por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, por afectarle la causal de incompatibilidad del artículo 84, inciso primero, de la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, que dispone que *“todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular”*.

Este pronunciamiento forma parte de las atribuciones dictaminadoras de la Contraloría, en cuanto implica interpretar normas que rigen al personal de la Administración del Estado y verificar la legalidad de los actos emitidos por las municipalidades, encontrándose en concordancia con la jurisprudencia uniforme de la Contraloría acerca de la incompatibilidad referida, contenida en varios otros dictámenes. En este sentido, atendido que la Ley N° 19.378, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal, no contempla normas sobre incompatibilidad de cargos, es necesaria la remisión al referido artículo 84 de la Ley N° 18.883, norma supletoria conforme al artículo 4° de la misma Ley N° 19.378 y que establece la incompatibilidad, de modo que, asumido el cargo de elección popular de concejal, no es posible seguir desempeñando en la misma entidad edilicia un empleo regido por el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

En segundo lugar, sostiene la Contraloría que corresponde rechazar el requerimiento de inaplicabilidad de autos, toda vez que el artículo 75 de la Ley Orgánica

Constitucional de Municipalidades, impugnado, no es aplicable ni decisivo para resolver la gestión pendiente en el recurso de protección. En efecto, el oficio N° 3502 de la Contraloría Regional, que resolvió la incompatibilidad sobre la base del artículo 84 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, alude a dicho artículo 75 únicamente en forma referencial y no decisoria, pues la eventual gestión pendiente en que podría recibir aplicación este último precepto legal es la declaración de incompatibilidad y de cesación en el cargo que pudiera afectar a un concejal conforme a la competencia del respectivo tribunal electoral regional, de acuerdo a los artículos 76 y 77 de la Ley N° 18.695, sin que tenga aplicación en el recurso de protección que constituye la gestión sub lite.

Lo anterior se ve corroborado en la sentencia de este Tribunal Constitucional Rol N° 1941, citada por la Corte requirente, pues este fallo incidía, precisamente, en una gestión sobre solicitud de remoción del concejal señor Paillaleve, pendiente ante el Tribunal Electoral Regional de la X Región, y confirma que corresponde a los tribunales electorales y no a la Contraloría pronunciarse acerca del alcance del artículo 75 impugnado. En consecuencia, una eventual declaración de inaplicabilidad de este precepto no afectará la resolución del recurso de protección pendiente ante la Corte de Rancagua, pues la recurrente mantendrá su incompatibilidad conforme al artículo 84 de la Ley N° 18.883.

A fojas 197, se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla.

A fojas 211, se tuvo como parte al Consejo de Defensa del Estado, quien asume la defensa de la Contraloría General de la República en autos, y se agregó a los antecedentes la presentación del Consejo en que, primero, se reitera lo sostenido por la Contraloría en orden a que el artículo 75 de la Ley Orgánica

Constitucional de Municipalidades no es norma *decisoria litis* en la gestión pendiente, por ser aplicable en la especie el artículo 84 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. En esta última norma se basó el acto administrativo de la Contraloría Regional recurrido de protección, pues, como también se dijo, en relación con el artículo 75, la competencia exclusiva la tienen los tribunales electorales regionales.

En segundo término y en subsidio, el Consejo de Defensa del Estado postula que el artículo 75 cuestionado se encuentra ajustado a la Constitución y no es contrario a la garantía de la igualdad ante la ley. En efecto, se trata de un precepto que no discrimina arbitrariamente, respeta el principio de proporcionalidad y se encuentra razonablemente justificado, desde que el fundamento de la norma es proteger la independencia de los concejales y el debido cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras, en concordancia con el artículo 119 de la Carta Fundamental.

La causa se agregó en la tabla de Pleno del día 9 de julio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Juan Pablo Bravo Retamal, por Ester Sepúlveda Guaico, y Alfredo Larreta Granger, por el Consejo de Defensa del Estado.

Y CONSIDERANDO:

CUESTIÓN SOMETIDA A ESTE TRIBUNAL.

PRIMERO: Que, acorde con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política, y según lo expuesto precedentemente, a fojas 1 y 60 de estos autos la Corte de Apelaciones de Rancagua ha presentado un requerimiento respecto del artículo 75, inciso primero, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, cuyo texto consolidado está contenido en el DFL N° 1, del Ministerio del

Interior, de 2006. El cual debe entenderse formulado en relación a la parte que a continuación se resalta:

“Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos económicos y sociales provinciales y consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados. En el caso de que estos últimos profesionales desempeñen a su vez el cargo de concejal, el alcalde deberá respetar la autonomía en el ejercicio de las funciones de los concejales, especialmente la facultad de fiscalización.”.

El problema radica en que dicha norma configura una causal cuyo efecto se traduce en la pérdida del cargo de concejal, previsto en el artículo 76 del mismo cuerpo jurídico, que dice así: “Los concejales cesarán en el ejercicio de sus cargos por las siguientes causales: f) Incurrir en una contravención grave al principio de la probidad administrativa o en alguna de las incompatibilidades previstas en el inciso primero del artículo anterior”;

PRECISIONES PREVIAS.

SEGUNDO: Que en sentencia Rol N° 1941 esta Magistratura razonó que, a la luz de la legislación administrativa chilena, las reglas sobre incompatibilidad de cargos tienen lugar cuando -dentro del Estado- se acumulan empleos o funciones públicos, y que al no poder desempeñarse simultáneamente por imposibilidad horaria o algún impedimento moral, fuerzan a su titular a abandonar el puesto anterior para conservar el nuevo.

De modo que, para lo que interesa, cabe distinguir dos situaciones distintas, reguladas por normas de

alcance y naturaleza diferentes, según la sucesión en que se ocupen los diversos cargos. Precisamente porque la normativa aplicable varía, según se trate de una persona que, siendo empleado municipal, gana un cupo como concejal, o se trate de quien es concejal y adquiere un cargo como funcionario de la municipalidad;

TERCERO: Que la primera situación, esto es cuando un empleado municipal adquiere durante su desempeño como tal la calidad de concejal, se encuentra regida por las prescripciones pertinentes del respectivo estatuto administrativo, como son las contenidas en los artículos 84 y 85 de la Ley N° 18.883, aplicables supletoriamente al personal afecto al Estatuto de la Atención Primaria de Salud Municipal, aprobado por la Ley N° 19.378 (artículo 4°).

La situación inversa, vale decir cuando un concejal accede a un cargo de empleado municipal, se rige por el artículo 125 de la Carta Fundamental, el cual dispone que "(l)as leyes orgánicas constitucionales respectivas establecerán las causales de cesación en los cargos de alcalde, consejero regional y concejal". Remisión que torna aplicable la Ley N° 18.695, único texto donde pueden encontrarse las causales que hacen procedente la expiración de funciones en el cargo de concejal: precisamente aquellas contempladas en sus artículos 75, inciso primero, y 76, letra f), relativas a la probidad administrativa y a la consiguiente incompatibilidad de cargos, derivada de la asunción de un nuevo y distinto empleo o función a prestar dentro del propio Estado;

CUARTO: Que la situación de doña Ester Pamela Sepúlveda Guaico se subsumiría en esa primera hipótesis, descrita en el párrafo primero del considerando anterior. Dado que, a partir de febrero de 2007, ocupa en el Consultorio de la Municipalidad de Codegua la plaza de auxiliar paramédico, técnico de nivel superior, siendo

después electa concejal de la misma entidad comunal en los comicios celebrados el 28 de octubre de 2012.

Por lo que le alcanzan las reglas de Ley N° 18.883, de 1989: tanto su artículo 84, relativo a la incompatibilidad de cargos, cuanto, asimismo, su artículo 85 siguiente, cuya letra c) permite el desempeño simultáneo de un cargo municipal con el ejercicio de un máximo de dos cargos de miembros de consejos o juntas directivas de organismos estatales. Sin que pueda entenderse -en concepto de este Tribunal- que la sustitución del "consejo" de desarrollo comunal por "concejo" municipal, efectuada por la Ley N° 19.130, de 1992, para otros efectos, relativos a la dirección edilicia superior, haya incidido para negar el beneficio estatutario que interesa en este caso;

QUINTO: Que, así entonces, aunque podría argüirse que el artículo 75 de la Ley N° 18.695 resulta ajeno a la cuestión, se estará, sin embargo, al hecho de que la propia Corte de Apelaciones requirente considera que dicho precepto podría aplicarse, para decidir el recurso de protección que constituye la gestión judicial pendiente en la especie.

Estimación que afianzan los pronunciamientos de la Contraloría General de la República acompañados en autos, según los cuales en el caso presente -así como en otros análogos- se aplica la Ley N° 18.883, aunque advirtiendo que ello es "sin perjuicio" de lo prescrito en los artículos 75 y 76, letra f), de la Ley N° 18.695 (fs. 6, 71, 76 y 146). Es más, en Dictamen N° 70.576, de 2009, dicha entidad fiscalizadora expresamente ha interpretado que el artículo 75 de la Ley N° 18.695 aparece "complementando" el artículo 84 de la Ley N° 18.883 (fs. 94).

En esta lógica, entonces, comoquiera que la antedicha incompatibilidad del artículo 75 de la Ley N° 18.695 pudiera hacerse extensiva a la persona antes

individualizada, este Tribunal se pronunciará sobre el mismo y acogerá el presente requerimiento de inaplicabilidad, por considerar que la norma refutada carece de suficiente justificación constitucional;

ANTECEDENTES LEGALES.

SEXO: Que, por de pronto, conviene tener presente una regla estatutaria común, consistente en permitir que un empleado público se desempeñe a la vez en otro cargo como miembro de un órgano pluripersonal, según admiten las leyes N°s 18.834 (artículo 87, letra c) y 18.883 (artículo 85, letra c).

Lo que se explica por la circunstancia de que tales cuerpos colegiados, insertos en la estructura de los sujetos jurídicos pertenecientes a la Administración del Estado, no suelen reunirse sino en las ocasiones que prevén sus estatutos, en sesiones ordinarias y extraordinarias especialmente convocadas al efecto, que se retribuyen con una dieta por asistencia mensual, de modo que este funcionamiento temporal es el que permite a sus miembros desarrollar otras funciones públicas, conjuntamente;

SÉPTIMO: Que, de otra parte, es útil considerar que al introducir la Ley N° 19.130 la incompatibilidad de que se trata en el citado artículo 75, ni en ella ni en los anales que dan cuenta de su gestación aparecen los motivos que se tuvieron en vista para establecerla. Tampoco en este proceso los órganos constitucionales interesados, a que se refiere el artículo 86, inciso segundo, de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, han estimado pertinente formular observaciones o presentar antecedentes, habiendo sido comunicados sobre el particular (fs. 126 a 128), por lo que no han aparecido nuevos antecedentes que conduzcan a este Tribunal a alterar la doctrina sustentada en la sentencia Rol N° 1941.

Correspondiendo mencionar que solamente con ocasión de dictarse la Ley N° 20.033 (Boletín 2.892-06), que hizo extensiva dicha incompatibilidad a las corporaciones y fundaciones en que participa la municipalidad, se dejó constancia de que ésta *“tiende a velar por la independencia de los concejales en su actuar, y en tal orden de consideraciones es mejor para el sistema que aquéllos no tengan vinculación salarial con el municipio del que forman parte”* (Cámara de Diputados, Primer Trámite Constitucional, informe de la Comisión de Gobierno Interior, Regionalización, Planificación y Desarrollo Social, 29 de julio de 2003, pág. 104);

OCTAVO: Que, empero, se omitió explicar en esa oportunidad por qué tal inconveniente dependencia salarial, para seguir siendo concejal, no se presentaría en el caso de los *“profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados”*, en beneficio de los cuales se formula una considerable *“excepción”*, que los faculta para mantener ambos cargos.

Dicha excepción, pues, al desconocer -sin atinentes fundamentos- aquello que constituiría la razón de ser de la norma, distorsiona íntegramente la prohibición puesta en general por el artículo 75 en cuestión. Al paso que, si la desigualdad entre quienes tienen un título profesional y quienes no poseen esta credencial puede ser atendible para otros menesteres estatutarios y legales, no se divisa razón para incorporarla en este ámbito, ya que ni la Constitución (artículo 124, inciso primero) ni la Ley N° 18.695 (artículo 73) exigen para ser elegido concejal contar con un determinado nivel de estudios superiores;

PROBIDAD E INCOMPATIBILIDADES.

NOVENO: Que, por cierto, la concreción del principio de probidad recogido actualmente en el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, exige una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de toda

función o cargo que se ejerza en la Administración del Estado, con preeminencia del interés general sobre el particular, de forma que todas las autoridades deben caracterizarse -en lo que importa- por lo razonable e imparcial de sus decisiones, acorde con los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.575 (STC roles N°s 1.413, considerandos 13° y 14°, y 1.941, considerando 8°).

Siendo de recordar que, como en el pasado se entendía que la tenencia de un cargo previo podía comprometer algún interés al ejercer un nuevo cargo público, tal dualidad implicaba el inmediato cese en el primero, por aplicación del artículo 162 del antiguo estatuto administrativo consagrado en el DFL N° 338, de 1960 (Dictámenes 58.805 y 68.821, ambos de 1966, de la Contraloría General de la República), tal como se dispuso -en su momento- para el caso de los regidores por la Ley N° 16.250 (artículo 36) y de los miembros del consejo de desarrollo comunal por la primitiva Ley N° 18.695 (artículo 73);

DÉCIMO: Que, en la actualidad, no obstante, un hipotético conflicto de intereses, representado por cualquier circunstancia que a las autoridades competentes les reste imparcialidad, sólo hace exigible de su parte una abstención o continencia, para participar en aquellas específicas decisiones o acuerdos donde pueda concurrir esa concreta inhabilidad, conforme se desprende de las leyes N°s 18.575 (artículo 62, N° 6) y 19.880 (artículo 12, inciso segundo, N° 5). Ello, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer que la infracción que dicha falta de abstención produzca, genere una sanción disciplinaria, la que puede llegar hasta la destitución. Por ejemplo, los consejeros del Banco Central, sujetos a cierto procedimiento, pueden ser objeto de remoción en caso de infringir la no intervención en ciertos asuntos. Lo mismo sucede con la infracción al principio de

probidad, que puede culminar en una sanción disciplinaria de destitución.

Cuando la Constitución obliga a una determinada legislación con un sentido determinado, en materia de conflictos de intereses, lo ha dicho expresamente. Así sucede con los conflictos de intereses entre la función pública y los intereses privados (artículo 8°, incisos tercero y cuarto).

De este modo, los concejales, en el ejercicio de sus cargos, únicamente se encuentran impedidos de intervenir en la fiscalización o cualquier otra determinación relativas a las unidades y servicios subalternos donde puedan laborar como funcionarios municipales;

ACCESO Y PERMANENCIA EN CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR.

DECIMOPRIMERO: Que la promoción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, incluido por el artículo 1°, inciso quinto, de la Constitución dentro de las Bases de la Institucionalidad, obviamente adquiere una significación concreta en la consolidación del país como república democrática, amén dispone el artículo 4° siguiente. Específicamente, en lo que hace a las condiciones legales para ser admitido y permanecer en los cargos de elección popular.

Esto es: la membresía en los órganos administrativos de generación electoral, como son los concejos comunales, según el artículo 119 constitucional, debe abrirse en función de hacerla accesible a todos quienes puedan materializar la participación de la comunidad local. Por lo que el establecimiento de incompatibilidades, que impiden incorporarse a tales cuerpos colegiados u obran como causales de expulsión de ellos, debe reservarse para operar en supuestos de derecho estricto, donde no existan otras opciones menos lesivas pero igualmente efectivas tendientes a cautelar el orden institucional y la plena vigencia del principio de probidad;

DECIMOSEGUNDO: Que en otras oportunidades este Tribunal se ha referido al derecho reconocido en el artículo 19, N° 17°, de la Constitución, que asegura la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que ella y las leyes impongan. Vinculándolo lógicamente con el artículo 38, inciso primero, de la misma Carta Suprema, cuando manda que la ley orgánica constitucional consagratoria de los principios básicos imperantes dentro de la Administración, debe asimismo garantizar la igualdad de oportunidades de ingreso a ella (STC roles N°s 375, 805, 1.170, 1.803 y 1.941).

A cuyo respecto se entiende que es válido requerir a las personas ciertas condiciones para aspirar a ser admitidas en una función pública, y aun para mantenerse en ella, sobre la base de factores vinculados a la idoneidad, el mérito y la disposición al trabajo. Pero sin que en estas exigencias pueda comprenderse el sacrificio innecesario de tener que abandonar un empleo en la medida que pueda compatibilizarse con el ejercicio de otro cargo;

DECIMOTERCERO: Que ejemplo de lo anterior es que a los propios funcionarios afectos al Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal se les reconoce la posibilidad de arrimar hasta el cargo de alcalde de la misma corporación edilicia, sin tener que dejar por ello su empleo titular.

Puesto que la Ley N° 19.378 dispuso que *“(1)os funcionarios regidos por esta ley, que fueron elegidos alcaldes en conformidad con lo dispuesto en la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, tendrán derecho a que se les conceda permiso sin goce de remuneraciones respecto de las funciones que estuvieren sirviendo en calidad de titulares, por todo el tiempo que comprenda su desempeño alcaldicio”* (artículo 17, inciso cuarto);

DECIMOCUARTO: Que, en síntesis, es anticonstitucional la norma cuya aplicación da por resultado que un concejal deba ser relevado de su cargo, por el hecho de venir ejerciendo un empleo adquirido con antelación en la misma entidad municipal.

Porque, en la forma como se ha explicado, ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 93, inciso primero, N° 6°, y undécimo, y demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE: QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1 y 60. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, a fojas 140, oficiándose al efecto.

El Ministro señor Gonzalo García Pino previene que concurre a la decisión contenida en la sentencia, pero en base a las consideraciones que se consignan a continuación:

1°. Que, para abordar la decisión del asunto sometido al Tribunal Constitucional resulta necesario precisar claramente el conflicto de constitucionalidad planteado por el requirente. La principal dimensión del razonamiento de esta sentencia está sostenida en cuestiones de legalidad como la naturaleza de las incompatibilidades y la identificación de su estatuto aplicable. Sin embargo, el requerimiento se funda en una infracción a la igualdad ante la ley y de interdicción de la discriminación, razón por la cual esta argumentación es plausible y así se declarará según se pasa a explicar;

2°. Que, en ese sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua solicita que esta Magistratura declare la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad

del precepto legal contenido en el inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en la parte que señala *–“También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados”–* en la causa Rol N° 1713-2012, sobre recurso de protección deducido por doña Ester Sepúlveda Guaico en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua y de la Contraloría Regional de Libertador General Bernardo O’Higgins, seguida ante la misma Corte requirente;

3°. Que, por su parte, a fojas 60, la Corte afirma que atendido el mérito de los antecedentes, *“la distinción que surge del mencionado artículo, en cuanto a la incompatibilidad entre el cargo de concejal y el empleo en la corporación municipal, según si ese empleo es o no de rango profesional, de modo que para el segundo no habría incompatibilidad y para el primero sí, sin que parezca advertirse la razón de tal distingo que excluya una colisión del precepto con el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, máxime lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional con fecha 31 de enero del año en curso, en sus autos 1941-11-INA”;*

4°. Que, asimismo, según consta a fojas 44 y 45, doña Ester Sepúlveda Guaico dedujo recurso de protección ante la Corte requirente por estimar vulnerados los derechos asegurados en los artículos 1° y 19 N°s 2°, 16°, inciso segundo, 17°, 24° y 26° de la Constitución Política de la República, además de los artículos 23 N° 1°, letra c) y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos;

5°. Que, en lo que respecta a la competencia de esta Magistratura, la actora en el recurso de protección de que conoce la Corte de Apelaciones de Rancagua fundamenta

la transgresión de dichas normas constitucionales en la circunstancia de que al concederse, por el artículo 75 de la Ley N° 18.695 a un cierto grupo de personas (profesionales que ejercen cargos no directivos en servicios de salud municipalizados) un privilegio o beneficio que a otras personas (funcionarios profesionales que ejercen cargos directivos como también a los funcionarios no profesionales de los mismos servicios), se les ha negado, sin expresión de causa ni razón lógica, se ha incurrido en una discriminación arbitraria que impide a estas últimas ejercer el cargo de concejal, para el que han sido electas, manteniendo, a la vez, su cargo de funcionario municipal. Precisamente ésta es la razón por la cual la concejal Ester Sepúlveda Guaico interpuso recurso de protección en contra de la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua y de la Contraloría Regional de Libertador General Bernardo O'Higgins ante la Corte requirente;

6°. Que siendo, en consecuencia, la eventual infracción a la igualdad ante la ley el principal vicio de constitucionalidad aducido por el requirente resulta necesario centrar el pronunciamiento sobre él, sin perjuicio de tener presente que los demás vicios de constitucionalidad alegados se ordenan también a dicha argumentación;

7°. Que, sobre la base de lo expresado, es preciso recordar la jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal en torno al derecho a la igualdad ante la ley.

En ese orden de ideas, se ha afirmado que *“la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe*

indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador.” (Sentencia Rol 755/2008, considerando 28°).

Luego, el primer paso para determinar si existe una infracción a la igualdad ante la ley, en este caso concreto, consiste en analizar si existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, enseguida, analizar su fundamentación o razonabilidad (ver también sentencias roles N°s 790, 825, 829, 834 y 1340).”;

8°. Que, aplicando dichos criterios, debe recordarse que el precepto legal impugnado en esta oportunidad consagra una incompatibilidad entre los cargos de concejales y *“todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma Municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe”,* incompatibilidad que, en todo caso, no es absoluta, pues no afecta a quienes desempeñen **“cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados.”** Así, la mencionada incompatibilidad afecta tanto a quienes desempeñan cargos profesionales directivos en educación, salud o servicios municipalizados como al resto del personal municipal no

profesional. En este caso, la concejal afectada se desempeña como Auxiliar Paramédico categoría C, en el Consultorio Municipal de Codegua, y por tanto, se encuentra comprendida en el *“personal municipal no profesional”*, de conformidad con el artículo 5° de la Ley N° 19.378 -que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal-, y en concordancia con el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.157. El desempeño de este cargo fundamenta el pronunciamiento de la Contraloría Regional respecto a la incompatibilidad, y finalmente, la Ordenanza suscrita por la Alcaldesa de la Municipalidad de Codegua, según consta a fojas 5;

9°. Que, a la luz de lo expresado, resulta evidente que la norma legal reprochada consagra una diferencia de trato entre dos categorías de personas que se encuentran en una condición similar, pues todas ejercen cargos dentro de la Municipalidad -profesionales o no-. No obstante, sólo aquéllas que ejerzan **cargos profesionales no directivos** en educación, salud o servicios municipalizados no se encuentran afectos a la incompatibilidad establecida por el inciso primero del artículo 75 de la Ley N° 18.695, mientras que quienes ejerzan cualquier otro tipo de cargo municipal sí aparecen afectos a ella;

10°. Que, constatado que, en la especie, existe una diferencia de trato entre dos categorías similares de personas, es necesario examinar si dicha diferencia es razonable, esto es, si es idónea y necesaria, atendida la finalidad de la norma, y si, además, es proporcional. Este criterio ha sido sentado, especialmente en las sentencias roles 755/2008 y 790/2008, cuando se ha afirmado que *“la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la*

proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.”;

11°. Que la historia de las leyes que han modificado el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en lo referente a la incompatibilidad que se examina, no dan cuenta de una razón suficiente que justifique introducir diferencias, entre las distintas personas que se desempeñan en las municipalidades, en lo que se refiere al desempeño del cargo de concejal. Lo anterior resulta relevante, porque el texto primitivo del aludido artículo 75, establecía una incompatibilidad amplia que aludía a *“los funcionarios y trabajadores municipales”* sin distinción. La Ley N° 19.130 consagró, por primera vez, una excepción a dicha incompatibilidad vinculada a *“los cargos profesionales en educación, salud o servicios municipalizados”*, mientras que la Ley N° 20.033 circunscribió, aún más dicha excepción, haciéndola aplicable solamente a los cargos profesionales *“no directivos”* en educación, salud o servicios municipalizados. De este modo, las progresivas modificaciones que fue experimentando el artículo 75 de la Ley N° 18.695 tuvieron por objeto garantizar la máxima autonomía e independencia de los concejales, en especial, respecto de sus facultades fiscalizadoras sobre la gestión municipal.

Sin embargo, en la misma discusión parlamentaria de las referidas modificaciones pareció vislumbrarse que este imperativo debía cumplirse especialmente respecto de los cargos profesionales que se desempeñaran en la Municipalidad. Fue así como en el debate sostenido en la Cámara de Diputados, respecto de la Ley N° 20.033, la diputada informante del proyecto de ley, Eliana Caraball, precisó que *“se presentó una indicación de reemplazar en el segundo párrafo del inciso primero del artículo 75, la expresión (con excepción de los cargos) ‘profesionales en*

educación' por 'no profesionales de', indicación que fue aprobada por unanimidad", pero que luego no apareció en el proyecto definitivo (Historia de la Ley N° 20.033, p. 199). En otras palabras, el legislador no dejó constancia de por qué excepcionó de la incompatibilidad analizada sólo a los cargos profesionales no directivos de la Municipalidad en desmedro de todos los restantes.

12°. Que, desde esta perspectiva, y en concepto de quien previene, no es posible sostener que, en este caso, el legislador haya cumplido con los requisitos de idoneidad y necesidad de la diferencia introducida por el precepto legal cuestionado si el cumplimiento de la exigencia de probidad es inherente al ejercicio de toda función pública sin que aparezca justificado eximir de ella a quienes desempeñan determinado tipo de cargos como los profesionales no directivos en las Municipalidades;

13°. Que, igualmente, no puede estimarse que se haya dado cumplimiento por el legislador al requisito de proporcionalidad, pues el gravamen de no poder ejercer el cargo de concejal para el que la afectada ha sido electa, por no estar beneficiado por la exención a la incompatibilidad prevista en la norma analizada, coarta el ejercicio de un cargo público de elección popular -que, además, es una manifestación del ejercicio de la soberanía nacional- frente al propósito de proteger la independencia y objetividad de los concejales que, muy difícilmente, puede verse afectada por un paramédico que se desempeña en el Servicio de Salud Municipal. No existe, por tanto, ninguna equivalencia entre el gravamen que afecta al destinatario de la norma en este caso y la finalidad genérica que ella ha pretendido cautelar;

14°. Que, en base a lo expresado, la aplicación del párrafo impugnado del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, resulta contraria, a juicio de quien previene, al derecho a la igualdad ante

la ley consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Ley Fundamental;

15°. Que, como se sostuvo en el considerando 6°, los demás vicios de constitucionalidad se ordenan al juicio de igualdad de trato en el caso de autos. Esto es particularmente clave en el análisis de la supuesta incompatibilidad de cargos entre ser concejal de la comuna y paramédico del Servicio de Salud Municipal;

16°. Que el cargo de concejal, es un cargo de elección popular, de un plazo temporal de 4 años, que no implica un ejercicio laboral a tiempo completo, que está remunerado por una dieta por asistir efectivamente a las sesiones del Concejo Municipal, cuerpo colegiado del cual es parte, y, por tanto, completamente compatible con el desarrollo de otra labor;

17°. Que esta compatibilidad la ha reconocido el legislador en los siguientes términos del artículo 75, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: *“Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, a los concejales no les será aplicable la incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 86 de la Ley N° 18.834”*;

18°. Que, para una mayor comprensión de esta regla se transcribe el artículo 86, inciso primero, de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo, *Artículo 86.- Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular.”*;

19°. Que, por tanto, desaparecida la condición discriminatoria por el examen de igualdad de trato realizada, no existe la incompatibilidad aludida. Todo lo anterior, no obsta, a que el concejal debe cumplir con

los naturales deberes que exige el principio de probidad y el ejercicio de la facultad de fiscalización respecto del servicio en el que se desempeña. Todo ello, en consideración de un riguroso cumplimiento de los deberes de abstención que las leyes 18.575 (artículo 62, numeral 6°) y 19.880 (artículo 12, inciso 2°, numeral 5°) le imponen;

20°. Que, por otra parte, no parece afectada la garantía contenida en el artículo 19 N° 17° de la Constitución Política, pues, en principio, se cumpliría, en la especie, un requisito previsto en la ley -la incompatibilidad entre el cargo de concejal y el ejercicio de un cargo municipal-, para la admisión a las funciones y empleos públicos. Como se ha visto, la discriminación arbitraria que el cumplimiento de ese requisito legal supone es la que configura, en este caso concreto, una aplicación inconstitucional de la norma que el requirente ha reprochado en estos autos;

Acordada con el voto en contra de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Domingo Hernández Emparanza, quienes consideraron que el precepto legal impugnado en estos autos -el artículo 75 de la Ley N° 18.695- no resulta decisivo para la decisión del recurso de protección que pende ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, en base al mismo criterio sustentado en el voto de minoría de la resolución de admisibilidad que rola a fojas 118 de estos autos, lo que debe conducir al rechazo de la acción deducida. Se basan, especialmente, para sustentar esta conclusión en que, aun cuando la Corte de Apelaciones de Rancagua acogiese el recurso de protección *sub lite*, igualmente la requirente quedaría afecta a la incompatibilidad entre el cargo municipal que ejerce y el de concejal por efecto de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley N° 18.883 -que

aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales- y que no fue impugnado en esta sede. Tienen presente, para estos efectos, la jurisprudencia de este Tribunal recaída, entre otras, en las sentencias de inadmisibilidad roles N°s 1972 y 2193.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, quien estuvo por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad en virtud de las siguientes consideraciones:

1°. Que, para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del requerimiento de inaplicabilidad interpuesto, debe tenerse presente que ha sido el propio tribunal en que se sigue una gestión judicial -la Corte de Apelaciones de Rancagua- el que ha planteado la inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Si el tribunal que ha de resolver un litigio es el que solicita de esta Magistratura un pronunciamiento sobre la conformidad a la Constitución de un precepto legal que, de aplicarse en la gestión judicial de que aquel conoce, colisionaría con el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, no cabe sino aceptar que el precepto legal cuestionado tiene un carácter decisoria litis, pues ha sido el órgano jurisdiccional al que corresponde determinar el derecho aplicable quien ha solicitado que el Tribunal Constitucional ejerza la atribución que le confiere el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política;

2°. Que, en lo que interesa al caso que nos ocupa, el precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita establece la incompatibilidad entre el cargo de concejal y todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad en la que se es concejal, como también en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, exceptuándose únicamente de la

incompatibilidad los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados;

3°. Que, atendido lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Política, que contempla la existencia en cada municipalidad de un concejo, órgano encargado, entre otras, de funciones normativas y fiscalizadoras, no es difícil entender que la incompatibilidad que con carácter general establece el artículo 75, inciso primero, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, entre el cargo de concejal, por una parte, y los empleos, funciones o comisiones municipales, por otra, obedece al propósito de velar por la independencia de los concejales en su actuar, el que puede verse comprometido si obtienen ingresos y trabajan en la misma municipalidad o en las corporaciones o fundaciones en que ella participa;

4°. Que, existiendo un fundamento razonable para el establecimiento de la incompatibilidad antes indicada, ella no puede ser considerada contraria a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, la que prohíbe sólo la existencia de diferencias arbitrarias o carentes de justificación;

5°. Que, por las consideraciones expuestas, el Ministro que suscribe esta disidencia estima que el precepto legal impugnado no incurre en una diferenciación arbitraria y, por consiguiente, no infringe en su aplicación el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, la prevención el Ministro que la suscribe, la primera disidencia el Ministro señor Francisco Fernández Fredes y la segunda, su autor.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2377-12-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por sus Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, 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.

Se certifica que el Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicio en el exterior.

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