M.O.O.

Santiago 18 de enero de 2018

OFICIO N° 93-2018

Remite sentencia.

EXCELENTISIMO SEÑOR
PRESIDENTE DE LA CAMARA DE DIPUTADOS:

Remito a V.E. copia autorizada de la sentencia definitiva dictada por esta Magistratura con fecha 18 de enero en curso en el proceso **Rol N° 4232-18-CPR,** sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que fortalece el Servicio de Tesorerías, correspondiente al boletín N° 11446-05.

Dios guarde a V.E.

MARISOL PEÑA TORRES
Presidenta Subrogante

RODRIGO PICA FLORES
Secretario

A S.E. EL
PRESIDENTE DE LA H. CAMARA DE DIPUTADOS
DON FIDEL ESPINOZA SANDOVAL
HONORABLE CAMARA DE DIPUTADOS
PEDRO MONTT S/N°
VALPARAISO

Santiago, dieciocho de enero de dos mil dieciocho.

VISTOS

Y CONSIDERANDO:

I. PROYECTO DE LEY REMITIDO PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

PRIMERO. Que, por oficio N° 13.690, de fecha 4 de enero de 2018, ingresado a esta Magistratura con igual data, la Cámara de Diputados ha remitido copia autenticada del **proyecto de ley**, aprobado por el Congreso Nacional, **que Fortalece el Servicio de Tesorerías, correspondiente al Boletín N° 11146-05**, 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 los numerales 2, 3 y 4, del artículo 2 del proyecto de ley;

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;

II. NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDAS A CONTROL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDAD.

CUARTO. Que las disposiciones del proyecto de ley remitido para efectos de ser sometidas a control de constitucionalidad, son las que se indican a continuación:

*"**Artículo 2.-** El encasillamiento del personal a que se refiere el artículo anterior quedará sujeto a las*

condiciones que se establezcan en el o los decretos con fuerza de ley que fijen las nuevas Plantas del Servicio de Tesorerías, para lo cual se deberá considerar lo siguiente:

(…)

2. Una vez practicado el mecanismo anterior, los cargos que queden vacantes en las plantas de profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares se proveerán mediante concurso interno, en el que sólo podrán participar los funcionarios a contrata asimilados a las plantas respectivas, que en dicha calidad hayan desempeñado sin solución de continuidad durante al menos diez años en la institución, anteriores al 1 de enero de 2017. Dichos funcionarios serán encasillados en el mismo grado y estamento al que se encontraban asimilados al 1 de enero de 2017.

3. Si, una vez encasillado el personal conforme a las reglas anteriores, quedaren aún cargos vacantes, éstos se proveerán mediante concurso interno, en el que sólo podrá participar el personal a contrata del Servicio de Tesorerías asimilado a las plantas de profesionales, técnicos, administrativos y auxiliares, que se hayan desempeñado sin solución de continuidad en esa calidad durante al menos cinco años en la institución, anteriores al 1 de enero de 2017. Dichos funcionarios serán encasillados en el mismo grado y estamento al que se encontraban asimilados al 1 de enero de 2017.

4. En los concursos internos a que se refieren los numerales 2 y 3 sólo podrán participar los funcionarios a contrata asimilados a la respectiva planta, que se encuentren calificados en lista 1, de distinción, o en lista 2, buena, y que cumplan con los requisitos del cargo respectivo. El o los decretos con fuerza de ley a que se refiere el artículo anterior definirán los factores que, a lo menos, considerarán los concursos internos antes señalados. Además, el o los referidos decretos con fuerza de ley fijarán el grado en que podrán ser encasillados aquellos funcionarios a contrata que hubieren experimentado mejoramiento de grado remuneratorio en la época que determine dicho decreto con fuerza de ley. Con todo, aquellos funcionarios que hubieren experimentado mejoramiento de grado remuneratorio con posterioridad al 1 de enero de 2017 sólo podrán ser encasillados como máximo en el grado que detentaban con anterioridad a dicho mejoramiento.

La provisión de cargos vacantes de los concursos internos a que se refieren los numerales 2 y 3 se efectuará en orden decreciente de acuerdo al puntaje obtenido por los postulantes. En caso de producirse empate, los funcionarios serán designados conforme al resultado de la última calificación obtenida. En el evento de mantenerse esta igualdad decidirá el Tesorero General.".

III. NORMA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA QUE ESTABLECE EL ÁMBITO DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL RELACIONADA CON EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO.

QUINTO. Que el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental, prescribe que:

*"**Artículo 38.** 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.".*

IV. NORMAS DEL PROYECTO QUE REVISTEN NATURALEZA DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL.

SEXTO. Que, de acuerdo a lo expuesto en el considerando segundo de esta sentencia, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las **normas consultadas** del proyecto de ley remitido, que estén comprendidas dentro de las materias que el Constituyente ha reservado a una ley orgánica constitucional;

Artículo 2, numerales 2, 3 y 4 del proyecto de ley.

SÉPTIMO. Que, las recién indicadas disposiciones del proyecto de ley remitido a examen preventivo de constitucionalidad, regulan materias que son propias de la **ley orgánica constitucional de que trata el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política.**

Los preceptos en análisis norman cuestiones atingentes al proceso que se encontrarán afectos, una vez encasillados los funcionarios de la planta actual del Servicio de Tesorerías por el solo ministerio de la ley (conforme se reseña en el numeral 11 del artículo 2), los funcionarios en calidad de contrata que cuenten con diez o más años de antigüedad en dicha situación jurídica al

día 1 de enero de 2017, en el mismo estamento y grado vigente a igual fecha, para luego reseñar una etapa siguiente en que podrán participar funcionarios que ostenten cinco años de tal calidad.

La normativa refiere que en dicho procedimiento sólo podrán participar los funcionarios a contrata asimilados a la respectiva planta que cuenten con una determinada calificación, entregando regulaciones relativas, también, a la forma de proveer los cargos en los anotados concursos internos que deberán efectuarse;

OCTAVO. Que, conforme fuera establecido recientemente por esta Magistratura en la STC Rol N° 3232, c. 7°, la normativa que innova en el sistema de provisión de cargos públicos, creando nuevos procedimientos de concursos internos a dicho efecto, en el evento de producirse vacantes luego del encasillamiento, implica una alteración a la normativa que de manera general ha sido establecida en los artículos 44 y 45 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo Texto Coordinado, Refundido y Sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 2000, D.O. de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, por lo que la regulación en examen sigue necesariamente el carácter orgánico constitucional y así debe ser declarado en estos autos. STC Rol N° 3232, c. 7

Asimismo, y conforme fuera razonado en la STC Rol N° 2836, c. 11°, analizando la que se transformaría en la Ley N° 20.853, de 2015, el anotado artículo 44 del cuerpo orgánico constitucional recién indicado, consagra la necesaria realización de concurso público para el ingreso a la Administración Pública en calidad de titular, norma que fuera calificada con dicha especial naturaleza jurídica en la STC Rol N° 389. Este criterio fue reafirmado en la STC Rol N° 375, c. 44°, al fallar respecto de la futura Ley N° 19.882, de 2003. Por lo anterior, ante la innovación introducida por el legislador, se ha modificado la regla general de nuestro ordenamiento jurídico, lo que debe seguir el carácter orgánico constitucional (en igual sentido, STC Rol N° 1059, c. 6°). STC Rol N° 2836, c. 11 STC Rol N° 1059, c. 6

V. NORMAS ORGÁNICAS CONSTITUCIONALES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONFORMES CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

NOVENO. Que, las disposiciones contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2, del proyecto de ley, son conformes con la Constitución Política.

VI. CUMPLIMIENTO DE LOS QUÓRUM DE APROBACIÓN DE LAS NORMAS DEL PROYECTO DE LEY EN EXAMEN.

DÉCIMO. Que, de los antecedentes tenidos a la vista, consta que las normas sobre las cuales este Tribunal emite pronunciamiento, fueron aprobadas, en ambas Cámaras del Congreso Nacional, con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 38, inciso primero; 66, inciso segundo; y, 93, inciso primero, N° 1°, todos 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 DECLARA:

Que, las disposiciones contenidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2, del proyecto de ley, son conformes con la Constitución Política.

DISIDENCIAS

Los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva estiman que la declaración orgánica constitucional de las normas consultadas por el Congreso Nacional, que constan en el oficio remisor, por las siguientes consideraciones:

1°: Que, conforme lo declarara la mayoría en la sentencia dictada en estos autos, se considera que los numerales 2, 3 y 4 del proyecto de ley remitido por la Cámara de Diputados, son propios de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 38, inciso primero, de la Constitución Política, toda vez que establecen un concurso interno, en circunstancias que la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, exige un concurso público para ingresar a un cargo en calidad de titular, por lo que implicaría una alteración a la regla general que rige nuestro ordenamiento jurídico (c. 8°);

2°: Que disentimos de dicho razonamiento por dos razones en derecho, profundamente vinculadas entre sí en cuanto a la forma en que se encuentra estructurado el proyecto de ley.

Así, se tiene que el numeral 4 del artículo 2 consultado, establece que será el decreto con fuerza de ley a que se refiere el artículo anterior (artículo 11 del proyecto), el que definirá los factores que, a lo menos, considerarán los concursos internos que refiere el proyecto para la provisión de cargos luego de efectuado el proceso de encasillamiento de que trata el numeral 1 del artículo 2. De esta forma, el legislador ha derivado a la potestad del Presidente de la República para que, en el ejercicio de lo previsto en el artículo 64 constitucional, dicte un decreto con fuerza de ley en que se regulen las materias atingentes no sólo a la forma de provisionar los nuevos cargos del Servicio de Tesorerías, sino que, también, para dictar todas las normas necesarias para su adecuada estructuración y funcionamiento" (artículo 1, numeral 1 del proyecto de ley);

3°: Que, conforme lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y siguiendo estrechamente lo preceptuado en el artículo 64, inciso segundo, de la Carta Fundamental, el ámbito del decreto con fuerza de ley impone la imposibilidad de delegación de facultades legislativas sobre materias propias de ley orgánica constitucional (STC Rol N° 192, c. 7°). Así y siguiendo una interpretación conforme, por ejemplo, se estimó contraria a la Carta Fundamental la normativa que derivó al Presidente de la República la determinación del número de jueces que se desempeñarán en juzgados de

garantía o tribunales de juicio oral en lo penal, dado que ello trata de materias referidas a la ley orgánica constitucional del artículo 77, inciso primero, de la Constitución (STC Rol N° 336, cc. 20).

De esta forma, al entregar al decreto con fuerza de ley la regulación de las cuestiones necesarias para la fijación de plantas en el Servicio de Tesorerías, y la dictación de todas las normas necesarias para su adecuada estructuración y funcionamiento, se está necesariamente en presencia de legislación común, regla general en nuestro ordenamiento jurídico, en que las leyes orgánicas constitucionales son excepcionales y deben regular sólo lo medular de ciertas instituciones (así, a vía ejemplar, STC Roles N°s 160, 255 y 260).

4°. Que, finalmente, es dable reiterar que lo medular es que el ingreso a la Administración Pública se efectúe por concurso. En las normas en examen éste existe, sólo que se trata de un concurso interno.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Cristián Letelier Aguilar concurren a la sentencia de estos autos en cuanto a la declaración orgánica constitucional de las disposiciones precedentemente indicadas, pero disienten de su conformidad con la Constitución Política, por las siguientes razones:

a. SENTIDO Y EFECTO DE LAS NORMAS.

1°. Que, como punto de partida, cabe considerar que las disposiciones consultadas, en estricto rigor, no tratan sobre un procedimiento de "encasillamiento" de personal. Lo anterior resulta claro, pues dicho acto de nombramiento colectivo o pluripersonal, como lo ha caracterizado la Contraloría General de la República (Dictamen N° 55.056 de 1965), se encuentra normado en el artículo 2, numeral 1, del proyecto de ley controlado.

El artículo 2, en sus numerales 2, 3 y 4, regulan la provisión de aquellos cargos que queden vacantes en el Servicio de Tesorerías una vez practicado el proceso de encasillamiento anterior. Aquellos preceptos modifican 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. No está demás advertir que dicho

Ley N° 18.834, aprob

precepto contenido en la Ley N° 18.834 fue declarado orgánico constitucional por esta Magistratura en sentencia Rol N° 375-2003 (considerandos 40° y 55°).

Siendo así, las modificaciones 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, por lo que estos Ministros previenen conforme a dicha declaración de la sentencia, en tal sentido;

2°: Que, precisado lo anterior, corresponde observar que los consultados numerales 2, 3 y 4 del artículo 2, disponen que tales cargos vacantes deberán completarse tras un previo "*concurso interno*", donde pueden participar los funcionarios "*a contrata*" asimilados a las planteas respectivas, que en dicha situación se hayan desempeñado sin solución de continuidad durante al menos diez (numeral 2) o cinco años (numeral 3) en la institución, al día 1 de enero de 2017, los que serán encasillados en el mismo grado y estamento al que se encontraban asimilados a dicha fecha.

Desde la perspectiva de sus efectos, resulta claro para estos Ministros que la regulación contenida por el proyecto, al contemplar un "concurso interno" impide que pueda tener lugar -a falta de candidatos idóneos- un "concurso público" abierto a terceros ajenos al Servicio de Tesorerías. Como veremos en seguida, aquello resulta inconstitucional.

b. Inconstitucionalidad de los preceptos.

3°: Que, bajo el párrafo "Bases Generales de la Administración del Estado", el artículo 38 de la Carta Fundamental dispuso -en lo que a efectos del presente voto interesa- que una ley orgánica constitucional "*garantizará la carrera funcionaria*", a un tiempo que "*asegurará la igualdad de oportunidades de ingreso a ella*" (inciso primero).

La norma citada, entonces, ordenó que en toda la Administración del Estado han de regir ambas garantías a la vez: la carrera funcionaria y la igualdad de oportunidades de ingreso a ella -sin que pretexto de fortalecer a una se pueda anular o privar de eficacia a la otra, puesto que, acorde con la regla sobre regla sobre

imperatividad plena e inmediata recogida en el artículo 6° de la Constitución, sus preceptos "obligan" en toda su completitud a los órganos estatales (inciso segundo).

Cabe hacer presente que al margen de lo anterior sólo quedan los cargos de exclusiva confianza, en los casos permitidos por la Constitución (artículo 32, N° 10), y sin perjuicio de que los organismos regidos por leyes orgánicas constitucionales lo hagan por leyes de quórum calificado -por mandato de la propia Carta Fundamental- puedan encontrar en ellas reglas distintas sobre el particular. Ninguno de estos supuestos concurre en el presente proyecto de ley;

4°: Que, de la mano de lo razonado en el motivo que precede, las normas del proyecto y el efecto que aquellas produce, explicado en el motivo 2°, no se avienen con lo prescrito por el artículo 38 de la Carta Fundamental, por cuanto no resguardan: i) la igualdad de oportunidades de ingreso a ella y, ii) la carrera funcionaria. Derechos que, a la par de estar señalados expresamente en el precepto constitucional antedicho, son refrendados los artículos 44 y 45 de la Ley N°18.575, respectivamente;

5°: Que, asimismo, el hecho de que la normativa en examen restrinja la postulación a dichos concursos internos sólo a la persona "*a contrata*", conlleva la necesaria exclusión de los funcionarios de planta a la postulación para acceder a dichos cargos, cuestión inconciliable con la noción de carrera funcionaria, a la par que altera el artículo 15, letra b), de la Ley N° 18.834, de un modo que no se ajusta a la Constitución. Lo anterior, pues se está en presencia de un procedimiento que constituye un vehículo excepcional de regularización destinado a incorporar en los cargos permanentes ahora asignados al Servicio de Tesorerías, a aquellos servidores que -desempeñando cargos transitorios- ya venían ejerciendo como tales, pero minando la participación tanto de terceros ajenos al respectivo servicio como a funcionarios de planta que podrían desempeñar el cargo que la ley permite concursar internamente únicamente a los funcionarios a contrata a los que se ha aludido en el motivo 2° del presente voto;

6°: Que, como hemos considerado en otras ocasiones, corresponde añadir que la participación del 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;

7°: Que el numeral 4 del mismo artículo 2 regula los concursos internos anteriormente indicados, ordenando que tales certámenes sean resueltos sobre la base de a lo menos los factores de experiencia calificada y evaluación de desempeño, cuya ponderación se entregará a lo que establezca el decreto con fuerza de ley que a dicho respecto dictará el Presidente de la República (artículo 1 del proyecto de ley en examen).

Esta disposición, entonces, complementa los numerales 2 y 3 que le anteceden, de un modo inseparable con ellos, por lo que unos y otros poseen igual naturaleza orgánica constitucional.

Éste numeral 4 resulta también inconstitucional, porque al aludir sólo a esos dos factores como elementos de ponderación, omite 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.

Ello torna 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.

8°: Que, en este sentido, no debe perderse de vista lo razonado por estos Ministros con propósito de la Sentencia Rol N° 2836. Razonamientos que resultan plenamente aplicables en la especie y que demuestran la inconstitucionalidad de los preceptos sobre los que versa esta disidencia, en orden a que:

"la Constitución, en sus artículos 19, N° 17, y 38, inciso primero, lo mismo que diversos acuerdos internacionales ratificados por Chile en materia de derechos fundamentales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25, letra c) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23, N° 1, letra c), propugnan la concesión de una oportunidad o chance real para acceder a las funciones públicas. Lo que supone exigir requisitos de ingreso que sólo pueden decir relación con los méritos y la idoneidad personal de los candidatos, sin que el cumplimiento y satisfacción de los mismos puedan quedar supeditados a la voluntad omnímoda o meramente potestativa de la autoridad llamada a hacer el nombramiento. No cabe, por ende, establecer entre los requisitos para postular una condición que depende de la sola discrecionalidad del jerarca con poder para designar, como es poseer la calidad de "empleados a contrata", desde que la permanencia de estas personas en dichos cargos termina a fin de cada año o en cualquier momento, "mientras sean necesarios sus servicios", dependiendo de la apreciación unilateral que efectúe la autoridad. En este caso el Proyecto de Ley, pues, impone una condición o requisito que *impide el libre ejercicio del derecho a acceder a un cargo público*, dado que satisfacer tal exigencia depende de la sola voluntad de un superior, contraviniendo así los numerales 17 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental" (Disidencia en STC Rol N° 2836, motivo 13°);

8°. Que, en fin, en mérito de las anteriores consideraciones, estos Ministros consideran que las normas del proyecto, ya singularizadas, resultan incompatibles con la Constitución, al infringir los numerales 17 y 26 del artículo 19, como también el inciso primero del artículo 38 de la Constitución Política, norma de singular importancia, en tanto compele al legislador orgánico constitucional garantizar la carrera funcionaria y los principios técnico y profesional en que debe fundarse, imponiendo a aquel la obligación de asegurar "la igualdad de oportunidades de ingreso a ella", cuestión que como se ha visto, esto, es claramente coartada por la regulación contenida en los preceptos objeto de la presente disidencia.

Redactaron la sentencia las señoras y los señores Ministros que la suscriben.

Comuníquese a la Cámara de Diputados, regístrese y archívese.

Rol N° 4232-18-CPR.

SRA. PEÑA

SR. GARCÍA

SR. HERNÁNDEZ

SR. ROMERO

SRA. BRAHM

SR. LETELIER

SR. POZO

SR. VÁSQUEZ

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta (s), Ministra señora Marisol Peña Torres, y los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

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