

**Modifica la ley orgánica constitucional de municipalidades para eliminar incompatibilidad entre el cargo de concejal y los cargos profesionales y técnicos en educación que existen en el ámbito municipal**

**Boletín N°10374-06**

La ley 20.742 introdujo un conjunto de modificaciones en la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; la ley N° 18.883 que aprueba el Estatuto Administrativo para funcionarios municipales; el Decreto Ley N°3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales; la ley N°19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias y creó el Fondo Concursable de Formación de Funcionarios Municipales con el objeto de fortalecer la transparencia y probidad de las municipalidades, amén de crear diversos cargos en las mismas.

Entre las modificaciones introducidas en la ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, la letra a) del número 14, del artículo 1° del cuerpo legal en cuestión sustituyó el inciso primero del artículo 75 de la Ley de Municipalidades, disponiendo que los cargos de concejales, serán incompatibles, entre otras funciones, con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, entre las cuales se encuentran aquellas que prestan servicios de educación, incorporados a la actividad municipal en administración delegada.

La modificación en cuestión, incorporó entre las incompatibilidades con el cargo de concejal, a los funcionarios no directivos que se desempeñen en educación, al derogar tácitamente la excepción que contempla el vigente inciso primero del citado artículo 75 de la Ley de Municipalidades, en relación con los cargos profesionales no directivos que se desempeñan en educación, salud o servicios municipalizados.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de causa rol XXX, sostuvo en su considerando séptimo, que *“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)”.*

A su vez, en el considerando octavo del mismo fallo, señaló *“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”.*

Por otra parte, al referirse a la relación entre probidad e incompatibilidades, el Tribunal Constitucional estimó *“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 8º, 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” .*

A continuación, al analizar las normas sobre acceso y permanencia en cargos de elección popular, la Magistratura Constitucional estimó, en el considerando décimo primero del citado fallo, que *“la promoción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, incluido por el artículo 1º, 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 4º 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**".*

El propio Tribunal Constitucional se ha referido en numerosas oportunidades 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 con el artículo 38, inciso primero, de la Carta Fundamental, según el cual la ley orgánica constitucional que consagra los principios básicos 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).

En dichas oportunidades, el referido Tribunal ha considerado *"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, (P)ero 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"* (Considerando Décimo Segundo).

Ejemplifica esta conclusión, argumentando que a los propios funcionarios afectos al Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal se les reconoce la posibilidad de acceder al 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 *"(l)os funcionarios regidos por esta ley, que fueren 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).

De acuerdo con este razonamiento, el Tribunal Constitucional concluye que *"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, (P)orque, en la forma como se ha explicado, ambas funciones pueden cumplirse a cabalidad, sin afectar sus respectivos deberes ni el principio de probidad."*

Por otra parte, en la prevención del Ministro señor Gonzalo García Pino, el magistrado, aludiendo a una eventual transgresión al principio de igualdad que representaría el privilegio o beneficio que concedería 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) en perjuicio de otro (funcionarios profesionales que ejercen cargos directivos como también a los funcionarios

no profesionales de los mismos servicios), sostuvo, citando otras decisiones del Tribunal, *“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°).

Por lo tanto, agrega, para determinar si existe una infracción a la igualdad ante la ley respecto de este precepto, es necesario analizar si existe una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, enseguida, analizar su fundamentación o razonabilidad (sentencias roles N°s 790, 825, 829, 834 y 1340). 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.

El Ministro previniente concluye que *“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.”*.

Con todo, como sostiene el citado magistrado, aún constatado que 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, 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.”;*

A este respecto, la historia de las leyes que han modificado el artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en lo referente a la incompatibilidad en cuestión, no dan cuenta de las razones que justificarían introducir diferencias, entre las distintas personas que se desempeñan en las municipalidades, en lo que se refiere al desempeño del cargo de concejal.

El texto original del tantas veces citado 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.

Las sucesivas 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 discusión parlamentaria de las referidas modificaciones se hizo énfasis en que esta norma debía imponerse especialmente respecto de los cargos profesionales que se desempeñaran en la Municipalidad. En el debate sostenido en la Cámara de Diputados, respecto de la Ley N° 20.033, la diputada informante, Eliana Caraball, señaló 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 excepción de la incompatibilidad analizada sólo a los cargos profesionales no directivos de la Municipalidad en desmedro de todos los restantes.

En base a las consideraciones anteriores, el Ministro García Pino estimó que la aplicación del párrafo impugnado del artículo 75 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, resulta contraria al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República.

Al respecto, resulta esclarecedor su razonamiento en orden a ***“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”***.

A mayor abundamiento, el legislador ha establecido esta compatibilidad en el propio artículo 75, inciso final, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, al decir ***“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** , que a su vez prescribe 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.”*;

Por lo tanto, desaparecida la condición discriminatoria por el examen de igualdad de trato, no existe la incompatibilidad en cuestión, lo que, por cierto, no obsta, a que el concejal deba cumplir con los deberes que imponen el principio de probidad y el ejercicio de la facultad de fiscalización respecto del servicio en el que se desempeña, especialmente considerando los deberes de abstención que le imponen las leyes 18.575 (artículo 62, numeral 6°) y 19.880 (artículo 12, inciso 2°, numeral 5°).

Finalmente, el ingreso a tramitación en el Congreso Nacional del Proyecto de Ley que Crea el Sistema de Educación Pública y modifica otros cuerpos legales, signado con boletín número 10.368-04, hace de la mayor urgencia y prioridad la tramitación de la presente iniciativa pues, por aplicación de las normas del proyecto antes mencionado, la inhabilidad en cuestión quedará tácitamente derogada, pero sólo a partir de la entrada en vigencia del nuevo Sistema de Educación Pública, lo que constituye una discriminación arbitraria contra quienes, incurriendo en dicha inhabilidad aún vigente, quieran presentarse como candidatos a la próxima elección municipal, a celebrarse en octubre de 2016.

En efecto, el Artículo Trigésimo Segundo, transitorio, relativo a la planta de personal de la Dirección de Educación Pública y sus traspasos, faculta al Presidente de la República para que, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de entrada en vigencia de la ley, mediante uno o más decretos con fuerza de ley expedidos a través del Ministerio de Educación, suscritos también por el Ministro de Hacienda, fije la planta de personal de la Dirección de Educación Pública y determine la entrada en vigencia de la planta y del encasillamiento que practique. Por lo tanto, la desafectación de los funcionarios que actualmente tiene la calidad de municipales y que, por tanto, están afectos a la inhabilidad en cuestión, se producirá con posterioridad a la realización de las próximas elecciones de alcaldes y concejales, no existiendo ninguna razón de fondo para privar a estas personas de participar como candidato en dicho proceso.

Por estas consideraciones es que sometemos a la aprobación de esta Honorable Cámara de Diputados, el siguiente:

**PROYECTO DE LEY**

**ARTÍCULO ÚNICO.-** Introdúzcase la frase “con excepción de los cargos profesionales y técnicos no directivos, o directivos que no sean de exclusiva confianza del alcalde en educación”, entre la palabra “participe” y el punto a parte (.) del inciso primero del artículo 75 de la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, introducido por la letra a) del número 14, del artículo 1° de la Ley 20.742.

**DAVID SANDOVAL PLAZA**

**DIPUTADO**