contraloria.cl

Base de Dictámenes

Convención Constitucional, participación funcionarios públicos, requisitos, permiso sin goce de remuneraciones, personal a contrata. confianza legítima, uso de redes sociales privadas

NÚMERO DICTAMEN
E53864N20

FECHA DOCUMENTO
23-11-2020

NUEVO:
SI

REACTIVADO:
NO

RECONSIDERADO:
NO

RECONSIDERADO PARCIAL:
NO

ACLARADO:
NO

ALTERADO:
NO

APLICADO:
NO

CONFIRMADO:
NO

COMPLEMENTADO:
NO

CARÁCTER:
NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 85700/2016, 6400/2018, 28330/2017,

Acción	Dictamen	Año
Aplica	085700	2016
Aplica	006400	2018
Aplica	028330	2017

FUENTES LEGALES

POL art/134 inc/2 ley 21200 POL art/130 inc/fin POL art/141 inc/1 POL art/132 inc/1 POL art/132 inc/2 POL art/132 inc/3 POL art/134 inc/1 POL art/58 ley 18575 art/19 ley 18575 art/62 num/4 ley 19884 art/28 POL art/13

MATERIA

Funcionarios públicos que indica pueden ser candidatos a integrar la convención

constitucional. El otorgamiento de permiso sin goce de remuneraciones, previsto en el artículo 134, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en favor de los funcionarios proclamados convencionales constituyentes, es obligatorio para la autoridad respectiva.

DOCUMENTO COMPLETO

Nº E53864 Fecha: 23-XI-2020

Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora Daniela Infante Henríquez -quien se desempeña a honorarios en la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo y dice encontrarse finalizando el proceso de traspaso desde esa condición a la calidad jurídica de contrata-, solicitando un pronunciamiento que señale si estando en este último vínculo con la Administración y como encargada de un equipo de trabajo, le resultaría compatible ser candidata a integrar la Convención Constitucional que deberá redactar la nueva Constitución Política de la República.

Asimismo, consulta si puede, fuera de su horario laboral, utilizar las plataformas de redes sociales con el propósito de manifestar sus opiniones y su interés por competir para el apuntado cargo de elección popular.

Por su parte, y en presentación separada, don Matías Silva Alliende, en su calidad de miembro del partido político Revolución Democrática, consulta si el otorgamiento del permiso sin goce de remuneraciones, contemplado en el artículo 134 de la Constitución Política de la República para los funcionarios públicos que resulten elegidos integrantes de la Convención Constitucional, es obligatorio para el jefe superior del servicio al que pertenece el servidor o si ello constituye una facultad discrecional para este último.

Finalmente, requiere que se determine si a los funcionarios que opten por el aludido permiso sin goce de remuneraciones mientras sirvan la Convención Constitucional y que se encuentren a contrata les asiste el derecho de mantener la continuidad en el empleo, bajo el concepto de confianza legítima establecido en el dictamen Nº 85.700, de 2016, de este origen y diversas sentencias de la Corte Suprema.

En cuanto a la primera consulta planteada por el señor Silva Alliende, el Ministerio del Interior manifestó que, dado que el apuntado artículo 134 establece el beneficio de que se trata sin efectuar precisión alguna sobre la materia consultada, no correspondería estimar que el mismo tiene una naturaleza jurídica diversa a la del permiso sin goce de remuneraciones previsto en los artículos 108 y 110 del Estatuto Administrativo, cuyo otorgamiento, acorde al primero de dichos preceptos, constituye un acto discrecional por parte de la autoridad, toda vez que para su procedencia deben existir circunstancias especiales que los justifiquen, las que deben ser ponderadas por ella mediante resolución fundada.

Luego, requerido de informe al respecto, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia expresó que la reforma constitucional que incorporó la norma de que se trata vino a fortalecer la participación ciudadana en el proceso constitucional, y en dicho contexto puntualiza que, a diferencia del artículo 108 de la ley Nº 18.834 que utiliza la expresión “el funcionario podrá solicitar permiso sin goce de remuneraciones”, el precepto constitucional en comento previene que los servidores “podrán hacer uso de un permiso sin goce de remuneraciones”.

La Dirección de Presupuestos, por su parte, señaló que, de conformidad con la norma en cuestión, una vez ocurrida la proclamación del Tribunal Calificador de Elecciones, los funcionarios públicos pueden hacer uso de un permiso sin goce de remuneraciones siendo suficiente solo el cumplimiento de dicha condición.

En cuanto al segundo requerimiento efectuado por el señor Silva Alliende, las referidas entidades públicas sostuvieron, entre otras consideraciones, que la aplicación del principio de confianza legítima en el caso en cuestión dependerá de las particulares circunstancias que se presenten en el caso concreto.

En primer lugar, acerca de las consultas relativas a los funcionarios públicos que pretendan conformar el referido órgano colegiado, cabe señalar que la ley Nº 21.200 incorporó un nuevo epígrafe al Capítulo XV de la Carta Fundamental, denominado "Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República", agregando los artículos 130 a 143 que lo integran.

Así, de conformidad con el inciso final del mencionado artículo 130, si en el plebiscito nacional que dicha norma regula, la ciudadanía hubiere aprobado elaborar una Nueva Constitución, el Presidente de la República deberá convocar, en el tiempo y modo que señala, a elección de los miembros de la Convención Mixta Constitucional o Convención Constitucional, según corresponda.

Luego, y en atención a que en la consulta del pasado 25 de octubre la ciudadanía decidió que la nueva Constitución deberá ser redactada y aprobada por una Convención Constitucional, es preciso indicar que el artículo 141, inciso primero, de la Carta Fundamental dispone que el mencionado órgano colegiado estará integrado "por 155 ciudadanos electos especialmente para estos efectos", añadiendo, su artículo 131, inciso segundo, que "A los integrantes de la Convención se les llamará Convencionales Constituyentes".

Enseguida, el artículo 132 previene, en su inciso primero, que "Podrán ser candidatos a la Convención aquellos ciudadanos que reúnan las condiciones contempladas en el artículo 13 de la Constitución", agregando, su inciso segundo, que "No será aplicable a los candidatos a esta elección ningún otro requisito, inhabilidad o prohibición, salvo las establecidas en este epígrafe y con excepción de las normas sobre afiliación e independencia de las candidaturas establecidas en el artículo 5, incisos cuarto y sexto" de la ley Nº 18.700, orgánica constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios.

El inciso tercero del mismo precepto agrega, en lo que interesa, que los Ministros de Estado, los intendentes, los gobernadores, los alcaldes, los consejeros regionales, los concejales, los subsecretarios, los secretarios regionales ministeriales, los jefes de servicio, los miembros del Consejo del Banco Central, los miembros del Consejo del Servicio Electoral, los miembros y funcionarios de los diferentes escalafones del Poder Judicial, del Ministerio Público, de la Contraloría General de la República, así como los del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del Tribunal de Contratación Pública, del Tribunal Calificador de Elecciones y de los tribunales electorales regionales; los consejeros del Consejo para la Transparencia, y los miembros activos de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que declaren sus candidaturas a miembros de la Convención, cesarán en sus cargos por el solo ministerio de la Constitución, desde el momento en que sus candidaturas sean inscritas en el Registro

Especial a que hace referencia el inciso primero del artículo 21 de la ley Nº 18.700.

A su turno, el artículo 134, inciso primero, establece que "A los integrantes de la Convención les será aplicable lo establecido en los artículos 51, con excepción de los incisos primero y segundo; 58, 59, 60 y 61" de la Constitución Política.

Pues bien, en cuanto a la consulta efectuada por la señora Infante Henríquez respecto de si, sirviendo el empleo a contrata que indica, podría ser candidata a conformar la aludida Convención Constitucional, cabe señalar que de la normativa transcrita es posible apreciar que -salvo las autoridades que el inciso tercero del artículo 132 señala, entre ellos, los ministros y subsecretarios; y los miembros o servidores de las entidades que el mismo precepto contempla-, no se advierte impedimento para que el resto de los funcionarios públicos que se desempeñan en un órgano de la Administración del Estado, como es la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, pueda, a su vez, inscribir su candidatura en el registro especial a que alude el inciso primero del artículo 21 de la ley Nº 18.700, dando cumplimiento, por cierto, a los demás requisitos contemplados en la normativa pertinente.

Luego, en relación a lo planteado por el señor Silva Alliende en torno a si resulta obligatorio o discrecional para el jefe de servicio, o la autoridad que corresponda, acceder al permiso sin goce de remuneraciones consagrado en el artículo 134, inciso segundo, se debe tener presente que según dicho precepto "A contar de la proclamación del Tribunal Calificador de Elecciones, los funcionarios públicos, con excepción de los mencionados en el inciso tercero del artículo 132, así como los trabajadores de las empresas del Estado, podrán hacer uso de un permiso sin goce de remuneraciones mientras sirvan a la Convención, en cuyo caso no les serán aplicables lo señalado en el inciso primero del artículo 58 de la Constitución".

En razón de la última norma citada, el cargo de miembro de la Convención Constitucional es incompatible "con todo empleo o comisión retribuidos con fondos del Fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza. Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter de la enseñanza superior, media y especial".

Dicha incompatibilidad nace para los funcionarios públicos -no previstos en el apuntado artículo 132, inciso tercero, quienes deben cesar al momento de la inscripción de su candidatura-, una vez que ellos tienen la calidad de integrantes del referido órgano colegiado, y no antes.

Sin embargo, el artículo 134 en comento, consagra una excepción a la incompatibilidad contemplada en el referido artículo 58, lo que permite que los funcionarios públicos que señala puedan mantener su empleo en la medida que hagan uso de un permiso sin goce de remuneraciones por el tiempo que formen parte de la Convención Constitucional.

En tal orden de consideraciones, es posible advertir que, una vez proclamado el funcionario público como convencional constituyente, es obligatorio para la autoridad competente conceder el permiso de que se trata una vez requerido por aquel, pues si quedara entregado a su discrecionalidad y esta decidiera no conferirlo, el servidor se vería afectado por la señalada incompatibilidad del artículo 58, lo que le impediría asumir el cargo de elección popular, salvo que renunciara a su empleo en la Administración, resultado que se opone al objeto de la norma constitucional en comento, cual es, precisamente, que tales servidores puedan integrar la Convención Constitucional sin perder su cargo o empleo,

incentivando así la participación ciudadana en la misma.

Lo señalado precedentemente indica que el permiso sin goce de remuneraciones que consagra el apuntado artículo 134, inciso segundo, constituye una franquicia con fisonomía propia y de naturaleza diversa al beneficio contemplado en los artículos 108 y 110 de la ley Nº 18.834, pues su otorgamiento procede por un motivo específico que va más allá de las razones particulares del funcionario, cual es, el haber sido convocado por la ciudadanía para ejercer su representación en la mencionada instancia popular.

Adicionalmente, se debe tener presente que el permiso en comento está establecido en favor de todos los funcionarios públicos que se encuentren en las condiciones que el citado artículo 134, inciso segundo, prevé, sin importar su régimen estatutario, por lo que si se admitiera la aplicación del artículo 108 del Estatuto Administrativo -que dispone que el otorgamiento del beneficio es discrecional para la autoridad-, ello procedería únicamente respecto de aquellos servidores a quienes les resulta aplicable tal preceptiva, pero no respecto de los funcionarios públicos sujetos a otras regulaciones especiales, caso, en el cual, se produciría una situación de desigualdad entre aquellos y estos, pues los últimos no se verían sometidos a la decisión de la superioridad respectiva para hacer uso de la prerrogativa que la Carta Fundamental contempla en su favor.

Enseguida, y en cuanto a si los servidores a contrata que opten por hacer uso del señalado permiso constitucional pueden invocar el principio de la confianza legítima a fin de mantener su continuidad en el empleo, corresponde recordar que los dictámenes Nos 85.700, de 2016, y 6.400, de 2018, entre otros, concluyeron que las reiteradas renovaciones de las contratas -desde la segunda al menos-, por una extensión de tiempo que supere los dos años, genera en los servidores que se desempeñan sujetos a esa modalidad, la legítima expectativa de que dicha práctica será reiterada en el futuro, de modo que para adoptar una determinación diversa es menester que la autoridad emita un acto administrativo que explicite los fundamentos que avalan tal decisión, detallando el razonamiento y los antecedentes de hecho y de derecho en que se sustenta.

En tal contexto, se debe puntualizar que a los funcionarios a contrata que hagan uso del señalado permiso sin goce de remuneraciones, les será aplicable el principio de la confianza legítima sustentado en la anotada jurisprudencia administrativa, en la medida que cumplan con los requisitos que ella misma contempla al efecto, lo que deberá ser evaluado caso a caso.

Finalmente, respecto del uso de las redes sociales por parte de los funcionarios públicos a fin de manifestar sus opiniones e interés por competir para el cargo de convencional constituyente, cabe tener presente que el artículo 19 de ley Nº 18.575 señala que el personal que integra la Administración del Estado "estará impedido de realizar cualquier actividad política dentro de la Administración".

Por su parte, el Nº 4 del artículo 62 del señalado cuerpo legal advierte que contraviene especialmente la probidad administrativa el "Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales".

En el mismo sentido, el artículo 28 de la ley Nº 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral previene que "Los funcionarios públicos no podrán realizar actividad política dentro del horario dedicado a la Administración del Estado, ni usar su

actividad política dentro del horario dedicado a la Administración del Estado, ni usar su autoridad, cargo o bienes de la institución para fines ajenos a sus funciones".

Por lo tanto, y tal como lo sostuvo el dictamen Nº 28.330, de 2017 -que impartió instrucciones con motivo de las elecciones de Presidente de la República, senadores, diputados y consejeros regionales del pasado 19 de noviembre de 2017-, al margen del desempeño del cargo o empleo, los funcionarios públicos, en su calidad de ciudadanos, se encuentran habilitados para ejercer los derechos políticos consagrados en el artículo 13 de la Carta Fundamental, pudiendo emitir libremente sus opiniones en materias políticas y realizar actividades de esa naturaleza, siempre que las desarrollen fuera de la jornada de trabajo y con recursos propios, lo que incluye, por cierto, la utilización de redes sociales a través de sus cuentas de carácter privado.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMÚDEZ SOTO

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS