

Dictamen N° E53864, de 2020
Contraloría General de la República

Resuelve consultas a propósito de las candidaturas de funcionarios públicos a convencionales constitucionales y sobre aspectos relativos a la estabilidad en sus empleos públicos, una vez proclamados como tales

Órgano	Contraloría General de la República
Clase de acto	Dictamen
Número de identificación	E53864N20
Fecha	23 de noviembre de 2020
Materia Específica	Incompatibilidad para ser candidato a convencional constitucional; uso de redes sociales particulares; permiso sin goce de remuneraciones; y, confianza legítima
Normativa aplicada	Art. 13, 51, 58, 130, 132, 134 y 141 de la Constitución Política; art. 19 y 62 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado; art. 28 de la Ley N° 19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral; y, Dictámenes N°s. 85700, de 2016, 28330, de 2017 y 6400, de 2018.
Contenido	<p>1. Presentaciones de doña Daniela Infante Henríquez por la que solicita un pronunciamiento acerca de si <i>(i)</i> le resultaría compatible ser candidata a convencional constitucional y empleada a contrata de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo y, por otra parte, <i>(ii)</i> sobre si puede utilizar las plataformas de redes sociales, fuera del horario laboral, con el propósito de manifestar sus opiniones y su interés por competir en tal cargo; y, de don Matías Silva Alliende acerca de si <i>(iii)</i> el otorgamiento del permiso sin goce de remuneraciones previsto en el art. 134 de la Constitución Política (CPR) es obligatorio o una facultad discrecional para el jefe superior del servicio a que pertenece el respectivo servidor y, luego, <i>(iv)</i> sobre si los funcionarios a contrata que opten por tal permiso les asiste el derecho a mantener la continuidad en el empleo bajo el concepto de confianza legítima fijado en el dictamen N° 85.700 de 2016 y de diversas sentencias de la Corte Suprema.</p> <p>2. El art. 132 inc. 3° de la CPR establece que aquellos investidos en los cargos públicos que indica cesarán en ellos por el solo ministerio de la CPR una vez que sus candidaturas a miembros de la Convención sean inscritas en el Registro Especial del art. 21 inc. 1° de la Ley N° 18.700 –sobre Votaciones Populares y Escrutinios-. Además, el inc. 1° establece que podrán ser candidatos todos quienes reúnan las condiciones del art. 13 de la CPR y, en el inc. 2°, que no les será aplicable ningún otro requisito, inhabilidad o prohibición que las establecidas en el epígrafe en que se inserta este precepto y en el art. 5° de la Ley N° 18.700. En consecuencia, a propósito de la consulta “<i>(i)</i>” no hay impedimentos para que los funcionarios públicos no consignados en el art. 132 inc. 3°, que se desempeñen en la Administración del Estado, puedan inscribir sus candidaturas a integrar la Convención.</p> <p>3. En cuanto a la solicitud “<i>(iii)</i>”, el ente contralor hace presente que, conforme al art. 134 inc. 2° “<i>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</i></p>



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". De esta manera, los funcionarios públicos no previstos en el art. 132 inc. 3º, atendida la excepción al art. 58 de la CPR, pueden 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, siendo obligatorio para la autoridad competente el concederlo una vez requerido pues, si fuere discrecional y decidiere no conferirlo, el funcionario se vería afectado por la incompatibilidad del art. 58, impidiéndole asumir como convencional, salvo que renuncie a su cargo en la Administración, lo que se opone al objeto de la norma constitucional: que tales servidores puedan integrar la Convención sin perder su cargo o empleo incentivando, así, la participación ciudadana.

Tal permiso, en tanto tiene un motivo específico que va más allá de las razones particulares del funcionario, a saber, haber sido convocado para representar en la Convención, y que no diferencia su régimen estatutario, constituye una franquicia con fisonomía propia y de naturaleza diversa al beneficio de los art. 108 y 110 de la Ley N° 18.834 (Estatuto Administrativo)

4. Luego, el ente contralor se refiere a la consulta "(iv)". Señala que los Dictámenes N°s. 85.700, de 2016 y 6.400, de 2018, entre otros, concluyen que, al menos, desde la segunda renovación de las contrataciones, por una extensión de tiempo que supere los 2 años, se genera para el servidor la legítima expectativa de que tal práctica se reiterará en el futuro por lo que, para adoptar una determinación diversa, es necesario que la autoridad emita un acto administrativo fundado, que detalle el razonamiento y los antecedentes de hecho y de derecho que avalen tal decisión. En la especie, en la medida que se cumpla con los requisitos fijados por aquella jurisprudencia administrativa, los funcionarios a contrata que hagan uso del permiso sin goce de remuneraciones serán afectados por el principio de confianza legítima.

5. Por último, en lo tocante a la solicitud de pronunciamiento "(ii)", la Contraloría General de la República hace presente que el art. 19 de la Ley N° 18.575 –y semejantemente el art. 28 de la Ley N° 19.884 (sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral)- señala que el personal de la Administración del Estado estará impedido de realizar cualquier actividad política dentro de la Administración, lo que, además, conforme a su art. 62 n° 4, contraviene la probidad administrativa. Por esto, el ente contralor trae a colación el Dictamen N° 28.330 de 2017, señalando que al margen del desempeño del cargo o empleo, los funcionarios públicos, en tanto ciudadanos, están habilitados para ejercer los derechos políticos consagrados en el art. 13 de la CPR, pudiendo emitir libremente sus opiniones políticas y realizar actividades de esa naturaleza, siempre que se desarrollen fuera de la jornada de trabajo y con recursos propios, lo que incluye la utilización de redes sociales a través de sus cuentas particulares.

Por Andrés Vergara Soto
Ayudante Cátedra Derecho Público