

ADJ.: Informe jurídico.

MAT.: Solicita pronunciamiento jurídico en materia de recursos públicos que gestiona el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, destinados al pago del Convencional Constituyente Sr. Rodrigo Rojas Vade en supuesto que indica.

SANTIAGO, 28 OCT 2021

A : SEÑOR JORGE BERMÚDEZ SOTO
CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

DE : MÁXIMO PAVEZ CANTILLANO
SUBSECRETARIO GENERAL DE LA PRESIDENCIA

1. Junto con saludar, mediante el presente oficio, solicito a Ud., un pronunciamiento en el ejercicio de sus facultades dictaminadoras, reconocidas en los artículos 98 de la Constitución Política de la República, y 1°, 5, 6 y 9 de la ley N° 10.336, en el marco del funcionamiento de la Convención Constitucional, y de las funciones de apoyo técnico, administrativo y financiero que esta Secretaría de Estado debe prestar a dicha Convención, a través de la Unidad de Secretaría Administrativa de la Convención Constitucional, conforme lo dispone el inciso final del artículo 133 de la Constitución Política de la República, en relación con el decreto supremo N° 4, de 11 de enero de 2021, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
2. Es del caso señalar que la Convención Constitucional no forma parte de los órganos de la Administración del Estado, y que el Organismo Contralor a la fecha se ha abstenido de intervenir respecto de sus actuaciones (dictámenes N°s E125153 y E134545, ambos de 2021). Sin embargo, el presupuesto de la Convención Constitucional se encuentra asignado a la gestión de esta Secretaría de Estado con motivo de las funciones que ha asumido, indicadas en el numeral anterior, la cual está bajo la fiscalización del Órgano Contralor, y sujeta a las normas que informan el gasto público.
3. En ese orden de cosas, el inciso final del artículo 134 de la Carta Fundamental establece que *“Los integrantes de la Convención, con excepción de los parlamentarios que la integren, recibirán una retribución mensual de 50 unidades tributarias mensuales, además de las asignaciones que se establezcan en el Reglamento de la Convención. Dichas asignaciones serán administradas por un comité externo que determine el mismo Reglamento”*.
4. Como es de público conocimiento, el señor Rodrigo Rojas Vade, con fecha 20 de septiembre de 2021, anunció su renuncia al cargo de Convencional Constituyente, dejando de ejercer todas las funciones propias de dicho cargo, situación que no se enmarca en las hipótesis de cesación del cargo de Convencional Constituyente que nuestra Constitución Política de la República contempla al establecer el procedimiento para redactar una nueva Constitución en sus artículos 130 y siguientes.
5. En ese contexto, este Ministerio, como entidad ejecutora de los recursos públicos destinados a la Convención Constitucional se encuentra frente a un aparente vacío normativo al momento de realizar el pago de la retribución que establece la carta magna, por cuanto don Rojas Vade, formalmente continúa ostentando el cargo de Convencional Constituyente, sin perjuicio de no ejercer las funciones que la Constitución Política de la República encomienda a dicho cargo.

6. Por lo antes expuesto, se requiere al Órgano de Control precisar el tenor del artículo 134 de la Carta Fundamental, respecto de la procedencia de la retribución que allí se indica, para el caso en comento.
7. En cumplimiento de lo dispuesto en el dictamen N°24.143, de 27 de marzo de 2015, de la Contraloría General de la República, se acompaña al presente oficio un informe jurídico fundado de la Unidad de Asesoría Jurídica Administrativa de este Ministerio con los antecedentes de hecho y de derecho necesarios para la debida y oportuna resolución del asunto respectivo.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,



MÁXIMO PAVEZ CANTILLANO
Subsecretario General de la Presidencia

Documento adjunto:

- Informe jurídico

ACC/NRV/MCC

DISTRIBUCION:

1. Contralor General de la República
2. MINSEGPRES (Gabinete Subsecretario)
3. MINSEGPRES (Unidad de Secretaría Administrativa de la Convención Constitucional)
4. MINSEGPRES (División Jurídico-Legislativa
– Unidad de Asesoría Jurídica Administrativa)
5. MINSEGPRES (Oficina de Partes)



INFORME JURÍDICO EXPLICATIVO UAJA. 25-10-2021

MINSEGPRES

En el marco del funcionamiento de la Convención Constitucional, y en cumplimiento de lo dispuesto en el dictamen N°24.143, de 27 de marzo de 2015, de la Contraloría General de la República, se acompaña el presente informe, a objeto de contextualizar la solicitud de un pronunciamiento jurídico dirigido al Ente de Control, con los antecedentes de hecho y de derecho que se pasan a exponer:

I. CONTEXTO NORMATIVO

1. La ley N° 21.200, publicada el 24 de diciembre de 2019, modificó el Capítulo XV de la Constitución Política de la República e incorporó el procedimiento para elaborar una nueva Carta Fundamental, lo que dio lugar a la instalación de la Convención Constitucional, órgano que no pertenece a la Administración del Estado integrado por los Convencionales Constituyentes.

En virtud de lo dispuesto por el inciso final del artículo 133 de la Constitución Política de la República, mediante el decreto supremo N° 4, de 11 de enero de 2021, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se determinó por S.E. el Presidente de la República, que este Ministerio es el órgano que debe prestar el apoyo técnico, administrativo y financiero para la instalación y funcionamiento de la Convención Constitucional.

Para dar cumplimiento a la aludida función, el mencionado decreto supremo creó la Unidad de Secretaría Administrativa de la Convención Constitucional, dependiente del Subsecretario General de la Presidencia, que tiene dentro de sus funciones, velar por la ejecución de los recursos que disponga la respectiva Ley de Presupuestos del Sector Público para el funcionamiento de la Convención Constitucional, en coordinación con la División de Administración General del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (artículo 2° del citado acto administrativo).

En este sentido, la ley N° 21.289, de Presupuestos del Sector Público correspondiente al año 2021, establece en el presupuesto del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Programa 08, denominado "Convención Constitucional", que tiene por objeto regular el financiamiento del apoyo técnico, administrativo y financiero que sea necesario para la instalación y funcionamiento de la Convención Constitucional.

2. En cuanto a las facultades de la Contraloría General de la República para pronunciarse acerca de las actuaciones de la Convención Constitucional, el Órgano de Control ha declarado su falta de competencia (dictamen N° E125153, de 2021).

Igualmente, requerido por esta Secretaría de Estado mediante el oficio N° 1.115, de 2021, para emitir un pronunciamiento en relación a la ejecución de los recursos destinados al funcionamiento de la Convención Constitucional, el Ente de Control manifestó que, atendido que la materia sobre la cual se consultó incide en aspectos relativos a las funciones que la Constitución Política de la República ha radicado en la Convención Constitucional, debía abstenerse de emitir, en esa oportunidad, el pronunciamiento requerido (Dictamen N° E134545 de 2021).

Con todo, el presupuesto de la Convención Constitucional se encuentra asignado a la gestión de esta Secretaría de Estado, la cual está bajo la fiscalización del Órgano Contralor, y sujeta al principio de juridicidad, que impone el sometimiento a la Constitución y a las normas dictadas conforme a esta, y en particular, a la legalidad del gasto¹, por lo que en el marco de la ejecución del referido presupuesto, esta Secretaría de Estado requiere un pronunciamiento del Ente Contralor, respecto de la procedencia del pago de la retribución mensual de los Convencionales Constituyentes, en aquellos supuestos en que no se dé cumplimiento alguno a la función que se les ha encomendado en tal calidad.

3. En efecto, el artículo 134 inciso final de la carta fundamental, prescribe que *“los integrantes de la Convención, con excepción de los parlamentarios que la integren, recibirán una retribución mensual de 50 unidades tributarias mensuales, además de las asignaciones que se establezcan en el Reglamento de la Convención. Dichas asignaciones serán administradas por un comité externo que determine el mismo Reglamento”*.

La citada norma constitucional trata únicamente el monto que recibirá por concepto de retribución cada Convencional Constituyente, sin regular las distintas situaciones que se pueden presentar.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 134 de la Constitución Política señala 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”*. Dichos preceptos conciernen al Congreso Nacional y, en lo que interesa, el artículo 60 establece que *“Los diputados y senadores podrán renunciar a sus cargos cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional”*.

4. Dado que el funcionamiento interno de la Convención quedó entregado a dicho órgano autónomo, éste se ha auto regulado a través de los diversos instrumentos que ha emitido, entre ellos, el reglamento general de la Convención Constitucional, que establece en el Título II, el Estatuto de los Convencionales Constituyentes, y en su artículo 23 los deberes de cada Convencional Constituyente, a saber:

1. *Asistir a las sesiones del Pleno, y de las comisiones o subcomisiones a que pertenezca, a menos que invoque un motivo justificado;*
2. *Dedicarse a la función de convencional constituyente con apego al Reglamento de Ética;*
- 3.

¹ Consagrado en los artículos 6°, 7°, 98 y 100 del Texto Constitucional; en el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en el artículo 56 de la ley N° 10.336; en el decreto ley N° 1.263, de 1975, y en su reglamentación complementaria, y que obliga a atenerse a las normas que regulan el egreso y la inversión de los fondos públicos.



Participar en las actividades inherentes a su cargo, dentro y fuera de las dependencias de la Convención Constitucional; 4. Abstenerse de realizar actos que sean incompatibles con la función que desempeñan; 5. Permitir y fomentar la libre discusión y decisión en las sesiones de Pleno, comisión o subcomisión; 6. Abstenerse de recibir pagos, apoyos o cualquier otro tipo de incentivo en beneficio de intereses particulares; 7. Cumplir con las obligaciones establecidas en la ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de Intereses, que correspondan; 8. Cumplir con las obligaciones establecidas en la ley N° 20.730 que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios; 9. Cumplir con los protocolos sanitarios; 10. Informar a la Mesa Directiva la identificación de sus asesores o asesoras. El registro de asesoras y asesores deberá publicarse en el sitio web oficial de la Convención Constitucional; 11. Tratarse unos a otros con consideración y respeto; 12. Mantener vínculos permanentes con la base social del país, en especial con quienes residan en el distrito por el que fueron elegidas o elegidos; 13. Dar cumplimiento a todas las normas internas que emita la Convención Constitucional; 14. Advertir oportunamente los conflictos de interés que pudieren afectar el desempeño de su función, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Ética, y 15. Las demás previstas en los reglamentos.

Con todo, en el Reglamento de la Convención Constitucional no se advierten las consecuencias del incumplimiento de los deberes antes anotados.

II. PLANTEAMIENTO Y ANÁLISIS DEL PROBLEMA

1. El contexto normativo antes precisado podría reflejar un vacío que requiere ser integrado, pues ni la Carta Fundamental ni las normas dictadas por la Convención Constitucional prevén expresamente la situación de aquellos convencionales que manifiestan su voluntad de hacer dejación de sus cargos por causales diversas a las establecidas en el artículo 60 de la Constitución Política de la República.

Cabe indicar que constituye un hecho de público conocimiento que el señor Rodrigo Rojas Vade, con fecha 20 de septiembre de 2021, anunció su renuncia al cargo de Convencional Constituyente, dejando de ejercer todas las funciones propias de dicho cargo.

2. Ahora bien, el análisis del inciso final del artículo 134 de la Carta Fundamental debe ser realizado a partir de su contexto, que ilustra y da coherencia a su sentido².

Es así que la calidad de Convencional Constituyente es más que un simple título cuya mera ostentación envuelva el pago de la retribución y de las asignaciones adicionales.

La calidad de Convencional Constituyente, como uno de 155 ciudadanos electos especialmente para integrar la Convención Constitucional, conlleva el ineludible ejercicio de una función pública, determinada y asignada por la propia Carta Fundamental, cual es la redacción de la nueva Constitución.

² En cuanto a las normas de interpretación establecidas en el Código Civil, dichas disposiciones manifiestan principios generales del derecho trasversales del Ordenamiento Jurídico. En ese sentido, su artículo 22 inciso primero prescribe "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".



3. Por su parte, el principio de juridicidad, que forma parte de las bases estructurales de la Administración, exige que la actuación administrativa se someta al ordenamiento jurídico desde la Constitución, como regla habilitante para actuar, y también como un límite o restricción a esa actuación³.

Así, la juridicidad implica no solo el sometimiento de la Administración a la Constitución y a la ley formal, sino que también a normas del ordenamiento externo, de subsistemas infraconstitucionales, y a principios generales que positivizados o no, forman parte del ordenamiento jurídico⁴.

En ese sentido, cabe considerar el principio general de que nadie debe enriquecerse a costa ajena sin causa, cuyo contenido axiológico es tan fuerte que informa íntegramente el Ordenamiento Jurídico⁵.

Dicho postulado de derecho ha sido recogido por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que en razón del principio retributivo de dar a cada uno lo que le corresponde, ha ordenado en diversas oportunidades, una contraprestación para el desempeño de una labor que, de no enterarse, produciría un enriquecimiento sin causa para la Administración (dictámenes N°s 38.146, de 2007, y 36.294, de 2009).

En efecto, el Ente Superior de Control, utilizando un criterio de interpretación finalista de la norma, ha señalado que:

“...ante el vacío existente en las normas respectivas y no obstante no poseer la calidad de concejales, resulta procedente, en virtud de una interpretación finalista, que los mencionados funcionarios tengan derecho a percibir una dieta mensual por la asistencia a las sesiones en las que deben ejercer las atribuciones que la ley les ha encomendado, en los términos del artículo 88 de la referida ley N° 18.695, atendida la excepcionalidad de su doble labor en la particular situación presentada en la especie, estipendio que, por ende, debe adicionarse a la remuneración que perciben como retribución por el ejercicio de sus funciones habituales en cuanto funcionarios municipales. (Dictamen N° 36.294, de 2009).

Para que proceda la aplicación del principio en análisis, deben producirse tanto enriquecimientos y empobrecimientos de patrimonios sin causa, como el antecedente jurídico que justifique el beneficio obtenido⁶, y el perjuicio sufrido el que como previamente se analizó, no concierne a la sola ostentación de un título, sino al ejercicio de una función inherente a aquél.

Es así como el pago de la anotada retribución realizado a quien manifestó la voluntad de no ejercer la función que por mandato constitucional se le ha encomendado, y que actualmente no ha realizado ninguna actividad en orden a cumplir con dicha función, podría significar un desembolso injustificado para el Estado.

4. Ahora bien, a efectos de una eventual integración normativa, corresponde indagar en las normas de derecho público y determinar si procede extender la aplicación de las normas especiales a situaciones no previstas por el

³ Se le ha llamado también principio de legalidad, pero la juridicidad es un término más adecuado, ya que dice relación con la sumisión al Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, en tanto que la legalidad conduce solo a la ley. Ver REYES, JORGE, «El principio de juridicidad y la modernidad», *Revista Chilena de Derecho*, número especial (1998), p. 85.

⁴ MUÑOZ, SANTIAGO, *Tratado de Derecho Administrativo y Público General II*, Iustel, Madrid, 2006, p. 405.

⁵ Abeliuk, René, *Las Obligaciones*. T. 1, Editorial Jurídica, 2009, p. 192.

⁶ Abeliuk, René, *Las Obligaciones*. T. 1, Editorial Jurídica, 2009, p. 196.



legislador, mediante una *interpretación analógica*⁷, pues en aquellas normas especiales se refleja una *ratio legis*, esto es, una igualdad de fundamento, que contiene un principio que informa la ley que regula el caso semejante⁸. En efecto, ante la ausencia de norma aplicable, la analogía utiliza un principio lógico que conduce a integrar el vacío que presente la norma con lo prescrito para supuestos similares o afines siempre que la *ratio legis* pueda extenderse en función de la naturaleza de la materia o institución⁹. Por ello debe necesariamente comprobarse si el fundamento de la disposición que regula el caso semejante puede extenderse hasta comprender el caso en cuestión.

En ese orden, la Contraloría General de la República se ha referido al pago de retribuciones en cargos de elección popular:

- Respecto de los consejeros regionales, ha manifestado en sus dictámenes:

“como compensación a su deber de cumplir las funciones que la ley les asigna como miembros del CORE, los consejeros regionales tienen derecho a percibir el pago de una dieta mensual de 20 unidades tributarias mensuales por la asistencia a la totalidad de las sesiones del consejo que efectivamente sean celebradas en el mes correspondiente, disminuyéndose aquella proporcionalmente según el número de inasistencias del consejero.

Acorde con lo anterior, no es procedente pagar la dieta de aquellos consejeros que habiendo asistido a una sesión a la cual fueron legalmente convocados, ésta en definitiva no pudo celebrarse por faltar el quórum legalmente requerido para tal efecto.

En este contexto, la jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, contenida, entre otros, en el dictamen N° 44.758, de 2008, establece que el pago de dicha retribución total o proporcional, según sea el caso, procederá en la medida que se cumpla con tres requisitos copulativos: a) que se celebre la respectiva sesión, b) que el consejero asista, y c) que este se encuentre presente durante todo su desarrollo, hasta su término.

Ahora bien, en cuanto a la actuación de los consejeros que no concurren a las sesiones a las que han sido legalmente convocados, como lo manifiesta la intendenta en sus presentaciones, cabe hacer presente que, la asistencia a las sesiones del CORE que aquellos integran es una de las principales obligaciones inherentes a sus cargos (aplica criterio contenido en el dictamen N° 80.076, de 2012, de este origen). Dictamen 1964, de 2019.

- En relación con la normativa municipal, el Ente Superior de Fiscalización señaló:

“Pues bien, como puede advertirse de las normas citadas, la ley ha previsto tres razones que habilitan para no considerar las inasistencias a sesiones del concejo para efectos de la percepción de la dieta, a saber, aquellas fundadas en razones médicas o de salud, en el fallecimiento de los parientes que indica o en un cometido expresamente autorizado por el concejo”. Dictamen N°46.873, de 2016.

III. PETICIONES CONCRETAS OBJETO DE LA CONSULTA FORMULADA A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Los antecedentes de hecho y de derecho antes expuestos determinan el contenido de la consulta formulada al Ente Contralor, a efectos de que, en el ejercicio de sus facultades dictaminadoras, reconocidas en los artículos 98 de la Constitución Política de la República, y 1°, 5, 6 y 9 de la ley N° 10.336, emita un pronunciamiento jurídico

⁷ BARROS, ENRIQUE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2020, pp. 529 y 556.

⁸ DE CASTRO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, pp. 480-481; NAWIASKY, HANS, *Teoría general del Derecho*, trad. de J. Zafra, 2ª ed., Ediciones Rialp, Madrid, 1962, p. 204.

⁹ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*, Editorial Reus, Madrid, 2016, p.108.



acerca de si corresponde el pago de la retribución mensual a que hace referencia el artículo 134 inciso final de la Constitución Política de la República, a quien no ejerce la función de Convencional Constituyente.

