



Contraloría General de la República División de Coordinación e Información Jurídica

| | |
|----------|---------------------------|
| Dictamen | 070465N12 |
|----------|---------------------------|

[Texto completo](#)

N° 70.465 Fecha: 14-XI-2012

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Municipalidad de La Florida, solicitando un pronunciamiento respecto de la legalidad de diversas actuaciones de don Arturo Molina Zamora, director de control de esa entidad edilicia, por cuanto considera, por las razones que expone, que este se habría extralimitado en sus funciones, cuestionando decisiones de mérito tanto del alcalde como de la administradora municipal, entabando de esta manera el funcionamiento del municipio.

Requerido el señor Molina Zamora, ha informado respecto de cada uno de los asuntos cuestionados, concluyendo, en síntesis, que sus actuaciones se han ajustado a derecho y realizado con sujeción a las atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha encomendado.

En primer término, el municipio señala que solicitada la opinión del funcionario recurrido, por correo electrónico, en relación con el llamado a licitación para la "Adquisición de Canastas Alimenticias, Cenas de Navidad, La Florida, 2011", este efectuó una serie de consideraciones a fin de determinar la especie de contrato de que se trataba y el procedimiento y plazo de entrega de los alimentos, lo que estima improcedente por tratarse de asuntos de mérito.

Sobre el particular, es dable indicar que según lo disponen las letras a), b) y c) del artículo 29 de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, respectivamente y en lo que interesa, la unidad de control municipal tiene las funciones de realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad, con el objeto de fiscalizar la legalidad de su actuación; de controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal; y de representar al alcalde los actos municipales que estime ilegales, informando de ello al concejo, para cuyo objeto tendrá acceso a toda la información disponible.

En relación con lo anterior, resulta pertinente tener presente lo manifestado por la jurisprudencia administrativa de esta Entidad

Fiscalizadora contenida en el dictamen N° 6.643, de 2002, en el sentido que los directores de control pueden emitir válidamente opiniones o sugerencias en el marco de los asuntos que se someten a su conocimiento, siempre y cuando aquellas estén vinculadas directamente con las funciones que el legislador les ha conferido.

Ahora bien, de acuerdo a los antecedentes acompañados, y en conformidad con lo expresado por el señor Molina Zamora, las mencionadas consideraciones efectuadas por él no constituyeron un pronunciamiento de legalidad, sino solo sugerencias para la realización de un acertado procedimiento licitatorio, toda vez que se trató de una opinión previa al envío del respectivo decreto alcaldicio que convocara a la correspondiente licitación pública, emitida con ocasión de una solicitud que efectuara en ese sentido la administradora municipal, habiendo sido, con posterioridad, debidamente visado el decreto a través del cual se contrató, en definitiva, la adquisición de los productos en comento.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe manifestar que, en todo caso, no se advierte que el cuestionamiento efectuado por el director de control respecto a la factibilidad de entregar las canastas de navidad dentro de plazo y en condiciones sanitarias óptimas, haya sido improcedente, considerando que la falta de resguardo de dichos aspectos podría significar un detrimento al patrimonio municipal, materia en la que esa jefatura tiene directa injerencia, en virtud de las antes mencionadas atribuciones.

Luego, la municipalidad indica que el director de control -con fecha 4 de noviembre de 2011- habría objetado el acto administrativo mediante el cual se disponía dejar sin efecto el decreto alcaldicio N° 1.822, de 30 de mayo del mismo año, en la parte que adjudicaba la propuesta pública que indica, convocada para el arrendamiento de vehículos, a don Patricio Sepúlveda Garrido -por desistimiento de este-, para proceder a nombrar al segundo oferente calificado en ese procedimiento, argumentando que no correspondía hacerlo luego de transcurridos casi cinco meses desde dicha adjudicación; que no se tenían antecedentes de la forma en que se habría cumplido el contrato durante ese período; y que procedía aplicar las sanciones que resultaran pertinentes al contratista infractor y hacer efectivas las boletas de garantía correspondientes.

Agrega la autoridad edilicia recurrente, que la situación descrita fue debidamente analizada por la Dirección Jurídica de esa entidad, concluyendo que no adolecía de ilegalidad, por lo que no

correspondía que la unidad de control objetara el mencionado acto administrativo.

En relación con lo planteado, y considerando la atribución contenida en el aludido artículo 29, letra c), de la ley N° 18.695, es dable sostener que, en términos generales, a la Dirección de Control le corresponde hacer presente a la máxima autoridad municipal aquellos actos que no se ajusten al ordenamiento jurídico.

En este contexto, cabe indicar, entonces, que sometido un asunto al análisis del director de control municipal, este se encuentra en la obligación legal de emitir un pronunciamiento sobre su legalidad -teniendo en consideración la situación de hecho y todos los antecedentes existentes sobre el particular-, sin que sea un obstáculo para ello el que otra unidad municipal se haya referido a la situación, como ocurrió en la especie.

Por lo demás, en el caso concreto de que se trata, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista y lo informado por la propia autoridad edilicia, se advierte que luego de haberse desistido del contrato el adjudicatario original, el municipio -sin mediar un acto formal debidamente fundamentado- contrató en forma directa los servicios del segundo oferente calificado en la licitación respectiva, esto es, al margen del procedimiento legal establecido al efecto -contenido en los artículos 5° y siguientes de la ley N° 19.886, que establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios-, incurriendo en un retraso de cuatro meses en la regularización de la situación, lo que provocó que las correspondientes boletas de garantía de seriedad de la oferta vencieran, por lo que las observaciones efectuadas al respecto por el director de control, resultan del todo pertinentes.

A su vez, la entidad recurrente cuestiona el hecho de que la autoridad de control en comento haya objetado la contratación directa, en lo que interesa, con el mencionado señor Patricio Sepúlveda Garrido, en el marco de otro procedimiento administrativo, por cuanto los argumentos planteados por el señor Molina Zamora -relativos a que la causal aducida por el municipio para justificar ese proceder, esto es, el retraso en un procedimiento de licitación para el arrendamiento de vehículos, amerita que además se inicie, en paralelo, un procedimiento administrativo para determinar las responsabilidades derivadas de tal retraso, y que no resulta atendible contratar a una persona que previamente ha incumplido otro compromiso con el municipio-, constituirían consideraciones de mérito.

En relación con lo anterior, cabe señalar que, no obstante que el proyecto de decreto en comento fue devuelto por el director de control sin su visación, haciendo uso de las atribuciones que le han sido conferidas, por considerar que no se ajustaba a derecho, no se advierte que el acto administrativo de que se trata adolezca de un vicio de legalidad.

En efecto, y tal como lo expresa el municipio, la decisión de incoar un procedimiento disciplinario corresponde privativamente a la máxima autoridad edilicia, como también la de contratar a una persona que no ha dado cumplimiento a sus obligaciones derivadas de otro convenio administrativo -en la medida en que dicha circunstancia no se contemple como requisito para participar en un procedimiento licitatorio, cuyo no es el caso, toda vez que, en la especie, se trataba de una contratación directa-, por lo que no se observa impedimento para que el municipio haya procedido a la aludida contratación.

Por otra parte, la autoridad edilicia indica que en el mes de junio de 2011, la administradora municipal solicitó al director de control que efectuara una "auditoría a los ingresos por concepto de multas de TAG", requerimiento que no habría sido atendido.

Señala el señor Molina Zamora al respecto, que la mencionada auditoría fue efectivamente iniciada, sin embargo, en atención a que la unidad de administración y finanzas -encargada de la recaudación de las multas de que se trata en virtud del artículo 43 bis de la ley N° 18.287, que establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local- no había implementado el respectivo procedimiento de cobro, no se pudo finalizar, por cuanto no existían antecedentes que validar.

Sobre el particular, cabe recordar que, según lo dispone el citado artículo 29, letra a), de la ley N° 18.695, a la unidad de control le corresponde realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad, con el objeto de fiscalizar la legalidad de su actuación.

Cabe agregar, al respecto, que la auditoría operativa es una técnica de control que permite el examen crítico y sistemático de todo o parte de la entidad, a fin de verificar la eficacia (logro de las metas), la eficiencia (uso óptimo de los recursos) y la economicidad (alcanzar los objetivos con el mínimo costo) de la gestión administrativa (aplica dictamen N° 25.737, de 1995, de este origen).

En atención a lo anterior, es dable sostener que el aludido requerimiento a la unidad de control, no podía sino entenderse referido a una auditoría operativa en relación al procedimiento de

cobro de las multas de que se trata, a fin de fiscalizar la legalidad de la actuación de la unidad municipal a cargo de la materia, por lo que, en este contexto, no se advierte que el hecho de no haberse implementado ese procedimiento a esa fecha, por parte de la unidad de administración y finanzas del municipio, fuese un obstáculo para que la Dirección de Control realizara la mencionada auditoría y emitiera, en definitiva, un pronunciamiento sobre la materia, incluyendo entre los hallazgos la falta de implementación del procedimiento de cobro aludido.

En cuanto al cuestionamiento que hace la autoridad edilicia recurrente al director de control por haber representado en variadas ocasiones decretos de pago correspondientes a servicios prestados al municipio sin mediar un acto formal al efecto, a fin de evitar el enriquecimiento sin causa de esa entidad edilicia, es dable tener presente -en concordancia con lo manifestado por este Organismo de Fiscalización en el dictamen N° 36.588, de 2012, entre otros- lo dispuesto en el artículo 3° de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, aplicable a las municipalidades de conformidad con lo prescrito en el artículo 2° de ese cuerpo legal, en el sentido que las determinaciones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos, entendiéndose por estos las decisiones formales en las cuales se contienen las declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Cabe agregar, que según lo prescribe el artículo 12, inciso cuarto, de la ley N° 18.695, tales actos administrativos se denominan decretos alcaldicios cuando se trata de resoluciones emanadas de los alcaldes que versan sobre casos particulares.

Precisado lo anterior, es necesario considerar que en las situaciones en que no se ha formalizado legalmente una contratación en los términos anotados, si bien la Administración se encuentra en la obligación de dar curso a los pagos correspondientes a servicios en la medida en que estos se hayan efectivamente prestado y se haya manifestado formalmente la decisión de reconocerlos, ello no implica la validación de dichos servicios, sino que solo evita para la respectiva repartición pública, un enriquecimiento sin causa (aplica dictamen N° 42.311, de 2010, de este origen).

En este orden de ideas, cabe indicar que, en la especie, si bien los servicios prestados al municipio sin haber sido contratados a través

de los procedimientos legales respectivos adolecen de ilegalidad y, por lo tanto, las opiniones que en ese sentido haya expresado el director de control resultan acertadas, dicha jefatura se encontraba en el deber de dar curso a los actos administrativos que disponían los pagos correspondientes, siempre que, por cierto, se haya encontrado debidamente formalizada la decisión de reconocer los servicios prestados y acreditada la efectiva ejecución de los mismos, respecto de lo cual no se han acompañado suficientes antecedentes.

Por otra parte, la municipalidad recurrente manifiesta su desacuerdo con la práctica adoptada por la unidad de control en orden a exigir, previo a su visación, la conformidad del alcalde respecto de los decretos que disponen la instrucción de procedimientos disciplinarios.

Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo al citado artículo 29, letra c), de la ley N° 18.695, la facultad del director de control para representar actos municipales, se circunscribe solo a aquellos que estime ilegales.

En este sentido, no se advierte que sea necesaria la anuencia previa del alcalde al proyecto de decreto que dispone la instrucción de un procedimiento disciplinario, considerando que tratándose de una atribución exclusiva de esa autoridad, según lo establece expresamente el artículo 63, letra d), de la ley N° 18.695, aquel es quien debe suscribir ese acto administrativo, por lo que, solo en esa hipótesis surtirá efectos, debiendo hacer presente que, en todo caso, dicha exigencia no se encuentra prevista en la ley.

Finalmente, en lo concerniente a la actuación de la unidad de control en el marco de la licitación efectuada por el municipio para la construcción del Parque Tobalaba, que también impugna la entidad recurrente, cumple manifestar que este Organismo de Control ya se pronunció sobre el particular -con ocasión de una anterior consulta efectuada sobre la materia por el mismo municipio-, a través del dictamen N° 37.572, de 2012, cuya copia se adjunta.

Ramiro Mendoza Zúñiga

Contralor General de la República