

# LA ASESORIA JURIDICA EN EL MUNICIPIO CHILENO

## S U M A R I O

- I. Fundamento. II. Naturaleza de la asesoría jurídica municipal.
- III. La asesoría jurídica en el municipio chileno.

### I. F U N D A M E N T O

El ordenamiento jurídico determina las bases legales de todo régimen municipal<sup>1</sup>, y no podría ser de otro modo ya que la administración se encuentra ligada al Derecho por el principio de la legalidad administrativa, y es en virtud de este principio que debe existir una compatibilidad o conformidad de la Administración con el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>; y si consideramos que el Municipio es un órgano descentralizado del Estado, tenemos que este principio de la legalidad administrativa es igualmente válida e importante para la actividad municipal.

La legalidad de la administración —como expresa García de Enterría— no es una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición de organización burocrática y racionalizada, sino que también “una técnica de garantizar la libertad”, ya que “toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o le impida hacer lo que la ley le permite, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano”<sup>3</sup>.

Siendo el Municipio un órgano descentralizado del Estado, le es plenamente aplicable el principio de la legalidad administrativa, y es justamente en este punto donde adquiere un relieve de suma importancia la labor de los asesores letrados de los Municipios,

<sup>1</sup>A. Valdebenito I., *Evolución jurídica del régimen municipal chileno*. Edt. Jurídica de Chile. Santiago. 1973,19.

<sup>2</sup>J. E. Palma, *Consideraciones sobre el contenido del principio de la legalidad administrativa*, en Anuario de derecho administrativo (Chile) vol. 1 (1975/76) 154.

<sup>3</sup>E. García de Enterría, *Sobre los derechos públicos subjetivos*, en ADA cit. 67ss.

ejercida a través de sus Departamentos Jurídicos, ya que su misión es contribuir a encauzar jurídicamente el quehacer municipal, de suyo tan complejo.

Corresponde pues al asesor jurídico municipal, señalar al alicalde y a los funcionarios municipales los límites entre las atribuciones regladas y las discrecionales, e indicar cuando un acto puede o no hacerse, desde el punto de vista legal. Esta es una labor difícil y a veces incomprendida, ya que como dice el municipalista Carlos Mouchet: "Quizás no falten funcionarios que miren con fastidio a los letrados, por considerar que con sus exigencias y dudas legales ponen obstáculos para una desembarazada acción administrativa, olvidando que las normas reguladoras de la actuación de los agentes del Estado no sólo protegen a éste sino también a aquéllos"<sup>4</sup>.

Es, pues, este principio de la legalidad administrativa, el que trae por consecuencia que los municipios deban contar con una adecuada asesoría jurídica, que es tanto más necesaria, si se considera que el campo de acción de las municipalidades abarca distintas materias de la más diversa índole, que rebasan el ámbito estricto del derecho administrativo, y comprenden tópicos propios del derecho tributario, derecho urbanístico, etc. En las grandes ciudades el quehacer municipal se torna aún más dinámico y los problemas adquieren magnitudes importantes, abarcando puntos que tocan no solamente a la defensa de los intereses municipales, sino que, además, a la asesoría en lo relativo al desarrollo socio-económico de la comuna, considerado como un proceso integral, y en el cual el municipio debe jugar un factor preponderante.

## II. NATURALEZA DE LA ASESORIA JURIDICA MUNICIPAL

Al tenor de las disposiciones que fijan la normativa de la asesoría jurídica municipal, se llega a la conclusión de que la labor que desarrollan los Departamentos Jurídicos municipales forman parte de la llamada "administración consultiva" y se traduce en una actividad preparatoria de la manifestación activa de la Administración. Marichhoff sostiene al respecto, que dada la natura-

<sup>4</sup>C. Mouchet, *Funciones de los órganos estatales de asesoramiento jurídico*, trabajo presentado al 1er. Encuentro Nacional de Asesores Letrados de Municipios — Buenos Aires, octubre 1970.

leza de los órganos consultivos, sus dictámenes "a) no tienen fuerza ejecutoria, pues no son "actos administrativos" stricto sensu; b) no constituyen un acto jurídico; no obligan al órgano ejecutivo. Si el dictamen fuere acogido por el órgano ejecutivo, la substancia de dicho dictamen se tornará obligatoria, pero no por obra del dictamen en sí, sino como consecuencia del acto administrativo que emita la Administración Activa aceptando dicho dictamen"<sup>5</sup>.

De lo anterior se desprende que los dictámenes que emita un organismo consultivo, como son los Departamentos Jurídicos municipales, no crean ninguna relación de derecho, aún en el supuesto en que el organismo ejecutivo tenga el deber de consultarlo, como ocurre en nuestra legislación positiva en el caso contemplado en el art. 30 letra b) del DL 1289 sobre Ley Orgánica de Municipios y Administración Comunal,<sup>6</sup> y es por eso que Sayagués Laso sostiene en forma coincidente con los pareceres a que nos hemos referido, que "la opinión que expresa el órgano consultante no es un acto administrativo, sino meramente un juicio que no obliga al órgano que debe dictar el acto. Por la misma naturaleza no constituye un elemento integrante del acto, sino una formalidad previa..."<sup>7</sup>

La circunstancia de que la labor de los Departamentos Jurídicos municipales sea eminentemente consultiva, no significa restarles en modo alguno importancia a su cometido, como ya hemos destacado. A este respecto nos hemos limitado a dejar constancia de la naturaleza jurídica que tiene este asesoramiento.

Hemos dicho que el asesoramiento en estudio es eminentemente consultivo y que no crea una relación de derecho, siendo naturalmente de suma importancia, porque aún cuando sea consultivo contribuye a orientar la actividad municipal en el ámbito de la legalidad. Es interesante examinar a continuación si estos dictámenes tienen un carácter público o reservado. Estimamos que por regla general estos informes deben ser reservados, pues usualmente tienen un sentido limitado al campo interno de la administración municipal, y por otra parte su publicidad anticipada en forma indiscriminada, implicaría emitir un criterio que el alcalde o las autoridades

<sup>5</sup>M. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (5 vol). Abeledo-Perrot. Buenos Aires, vol. 1 (1965) 94ss.

<sup>6</sup>Diario Oficial 14.1.1976.

<sup>7</sup>E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo* (2 vol.). Bianchi. Montevideo, II (1959) 444.

municipales puedan en definitiva no compartir, corriéndose además el peligro de que pudieran ser esgrimidos por particulares en contra de la propia administración municipal.

Lo anterior no obsta a que determinados dictámenes que, en razón de su contenido, se prestan para la elaboración de una doctrina o contribuyan a la formación de una jurisprudencia administrativa sean susceptibles de ser publicados. Pero será el alcalde, como Superintendente de los Servicios Municipales y Jefe Superior de la Municipalidad, el que decidirá la publicidad que se le otorgue a dichos informes jurídicos.

Lo que se ha dicho respecto de los dictámenes, es extensivo a los propios abogados municipales, quienes deben guardar la debida reserva de sus actuaciones funcionarias. En nuestro país les es plenamente aplicable a los abogados municipales la norma del art. 155 del Estatuto Administrativo (D.F.L. 338, de 1960), que consagra este principio respecto de los funcionarios en general. Pero además, creemos que aparte de esta reserva general que debe guardar el abogado como cualquier otro funcionario, ello se acentúa aún más en su caso, ya que en la profesión de abogado el secreto profesional es de su esencia, y el asesor jurídico municipal actúa como abogado al servicio del municipio, al cual le debe su lealtad.

### III. LA ASESORIA JURIDICA EN EL MUNICIPIO CHILENO

En la historia del municipio chileno nos encontramos desde sus inicios, con la preocupación constante de las autoridades edilicias de no apartarse del ordenamiento jurídico.

Es así que durante la colonia, los cabildos —antecesores de nuestras actuales municipales— contaban dentro de sus funcionarios con el Procurador de la ciudad, que la representaba legalmente ante el cabildo “para conseguir su derecho y justicia, y las demás pretensiones que por bien tuvieren”<sup>8</sup>.

Si estudiamos las actas del Cabildo de Santiago, veremos que el Procurador de la ciudad desempeñaba un rol preponderante y de mucha relevancia. Sin embargo, el Cabildo contaba además con un

<sup>8</sup>Recopilación de Leyes de Indias, ley 1, tít. II, lib. IV.

asesor letrado, que a veces era un funcionario de la Real Audiencia, que solía desempeñar ambos cargos<sup>9</sup>.

Con el transcurso del tiempo se confunde el cargo de Procurador de la Ciudad, con el de asesor letrado, y es así que este cargo de Procurador de la Ciudad que aparece creado con el primer Cabildo en Chile, esto es con el Cabildo de Santiago el año 1541, es reemplazado por el de Procurador Municipal, en la ley orgánica de municipalidades de 1854, que le otorga el carácter de asesor letrado, señalándole como principales deberes el de representar y defender a la municipalidad en juicio y fiscalizar la percepción e inversión de las rentas municipales, y velar por la conducta de los empleados municipales.

En el régimen municipal vigente bajo nuestro anterior sistema institucional, a los abogados municipales les correspondía una labor importantísima dentro de la vida del municipio, ya que no sólo asesoraban al alcalde y demás funcionarios municipales, sino cumplían análoga labor con las corporaciones edilicias. Las obligaciones y deberes de los abogados municipales se encontraban contenidas en los arts. 98, 99 y 101 de la ley 11860<sup>10</sup>, y consistían funda-

<sup>9</sup>En el Acta del Cabildo de Santiago de 13.8.1706 aparece que don José Fajardo que se desempeñaba como asesor letrado de dicho Cabildo, era a su vez abogado de la Real Audiencia, y en el Acta de la sesión de 16.12.1707 se deja constancia que "se acordó por los dichos señores —refiriéndose a los miembros del Cabildo— por propuesta que hizo el señor General don Agustín Carrillo de Córdova, Corregidor y Justicia Mayor de esta ciudad, que al licenciado don José Fajardo Asesor de este Ilustre Cabildo, por el trabajo de asistir a todos los Cabildos y asimismo de sentenciar las causas, se le aumenten cincuenta pesos más, pareciendo conveniente y justo a los señores de la Real Audiencia y que para ello el señor Procurador General con testimonio de lo acordado, se hizo presente en dicha Real Audiencia para que pesadas las razones que mueven a este Ilustre Cabildo se determine si se podrá y convendrá aumentar los dichos cincuenta pesos más para que este Ilustre Cabildo proceda a la determinación". (*Actas del Cabildo de Santiago*, Imp. Universitaria, Santiago de Chile, 1935, tomo xxv, 49 y 139).

<sup>10</sup>La primera LOM bajo nuestro régimen independiente es la de 8.11.1854, dictándose otra posterior el 12.9.1887, y luego otra el 22.12.1891 denominada *ley de la comuna autónoma*. En este siglo, el DL 740 de 7.12.1925, y las L 5357, 6245, 6587, 6827, 7196, 7756; 7767 y 8121, refundidas por ns (Interior) 5655 de 14.11.1945; posteriormente fue dictada la L 11.860 de 14.9.1955, que con algunas modificaciones rigió el sistema municipal chileno hasta la dictación del DL 1289, ley orgánica de municipios y administración comunal (14.1.1976).

mentalmente en defender en juicio a la municipalidad y al alcalde, informar en derecho todos los asuntos legales y administrativos que la municipalidad o el alcalde les solicitaran, e intervenir en los sumarios administrativos que el alcalde ordenare instruir, correspondiéndoles, en aquellas municipalidades cuyos alcaldes fueren designados por el Presidente de la República, asistir a las sesiones de la corporación con derecho a voz, pero no a voto, siendo su deber representar las ilegalidades de que adoleciera algún proyecto, ya sea para pedir su rechazo o su aplazamiento, debiendo esclarecer los puntos legales que la corporación, o algunos de sus miembros, pidiere<sup>11</sup>.

En la actualidad, en el DL 1.289, ya referido, que fijó el texto de la nueva LOM los arts. 8º 12 letra d), 29 y 30, se refieren a la asesoría jurídica municipal, en términos semejantes a los contenidos en la anterior legislación, eso sí que con algunas novedades, como por ejemplo la norma de la letra d) del art. 12 que permite al alcalde delegar de modo general y permanente la representación judicial de la municipalidad en el abogado jefe municipal. Igualmente, es novedosa la disposición del art. 30 letra b) inc. 2º, en virtud de la cual le corresponde al Departamento de Control representar al alcalde los actos municipales cuando los estime ilegales, pudiendo suspender la ejecución de los mismos. Sin embargo, dicho Departamento de Control les dará curso a estos actos motivo de la representación, si el alcalde efectúa reiteración por escrito, previo informe del Departamento Jurídico. Nótese al respecto que la ley no exige que el informe jurídico sea favorable, sino que basta que se emita dicho informe.

En el DL 1.289 aparece un tanto disminuída la labor que se le asigna al Departamento Jurídico, ya que no aparece en él ninguna norma que haga obligatoria su asesoría respecto del Consejo de Desarrollo Comunal, estatuído en el art. 15 de este cuerpo legal, y que ha venido a sustituir, aunque en débil medida, a la antigua Corporación Edilicia. Es así, que se expresa en dicho art. 15 que asistirán a las sesiones de este Consejo, con derecho a voz el Secretario Municipal de Planificación y Coordinación "y los Jefes de

<sup>11</sup>Sobre los deberes de los abogados municipales vid. T. Puig C., *Personalidad de derecho público de la municipalidad* (Memoria de prueba). Santiago, 1965.

Departamentos Municipales y de otros servicios públicos que determine el Alcalde”, de modo que queda a criterio del Alcalde incluir o no al Abogado-Jefe dentro de los Jefes Municipales que asistan a tal Consejo, en circunstancias que estimamos que el abogado municipal por derecho propio debería integrar tal Consejo, en su calidad de asesor letrado del municipio.

Las funciones que la nueva LOM encomienda al Departamento Jurídico, están básicamente contenidas en su art. 29, y se refieren a “iniciar y defender los juicios en que la Municipalidad sea parte o tenga interés” todo ello a requerimiento del alcalde, y, además, “informar en derecho todos los asuntos legales que los órganos municipales le planteen, orientarlos periódicamente respecto de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes y formar y conservar al día los títulos de los bienes raíces municipales”.

Nuestro país está viviendo un profundo cambio institucional, en el cual se aspira a la elaboración de normas positivas adecuadas a esta nueva época. Difícil es la tarea para el jurista municipal, pues debe colaborar en la elaboración del nuevo derecho positivo, pero sin descuidar su obligación de señalar la vigencia del anterior en tanto no sea abrogado o modificado. La transformación que ha tenido el derecho municipal en nuestro país ha sido profunda, pues se ha cambiado toda la estructura del régimen municipal, dejándose de mano órganos como la Corporación Edilicia, que ha desaparecido, modificándose los procedimientos, y prácticamente cambiándose toda la normativa municipal. Por vía de ejemplo podemos citar que en los últimos tres años se ha dictado una nueva LOM, una nueva Ley General de Construcciones y Urbanización, se ha derogado el Estatuto de los Empleados Municipales (que se rigen ahora por el Estatuto Administrativo) y se estudia una nueva Ley de Rentas Municipales, etc. Toda la legislación municipal está cambiando y queda aún mucha tarea por realizar. La misma LOM tiene que ser implementada con diversos reglamentos aún en estudio. En esta tarea le corresponde a los juristas municipales un papel preponderante, no sólo en colaborar en la elaboración de las nuevas normas, para que se adapten a las exigencias del momento, sino para velar posteriormente por su correcta interpretación y fiel aplicación.

La importancia que tiene la labor que realiza el abogado municipal, y que hemos querido destacar en estas breves notas, nos

hacen concluir que debe existir una doble preocupación al respecto por parte de las autoridades, y que debe traducirse por una parte, en la estabilidad que deben tener estos asesores jurídicos, para que puedan realizar con independencia de criterio y con acopio de experiencia su tarea, y por otra parte, el deber del Estado de preocuparse de la formación especializada de estos profesionales, con una adecuada capacitación, y para lo cual ya se ha contemplado en el futuro la existencia del Instituto Municipal, que colaborará en el perfeccionamiento de los funcionarios municipales, y entre los cuales deberá contemplarse en forma especial a los abogados municipales, por el importante rol que desempeñan.<sup>12 13 14.</sup>

Abreviaturas usadas: L ley, DFL decreto con fuerza de ley, DL decreto ley, LOM ley orgánica de municipalidades.

<sup>12</sup>En nuestro país el abogado municipal es un funcionario de carrera, que pertenece a la planta permanente del respectivo municipio. La municipalidad de Santiago tiene organizado desde muy antiguo un excelente departamento jurídico, con una valiosa biblioteca, ficheros adecuados, etc.

<sup>13</sup>En general en los países hispánicos del continente americano no existen garantías de estabilidad para estos funcionarios (vid. F. Albi, *Derecho municipal comparado del mundo hispánico*). Aguilar. Madrid. 1955, 325.

<sup>14</sup>Sobre la organización de los departamentos legales en las ciudades de Estados Unidos de Norteamérica vid. W. B. Munro, *Municipal Administration*. New York. 1935, cap. vi, 76 ss.