

DOCTRINA

La administrativización de las corporaciones municipales: Revisión a partir del Dictamen 160.316 del 2021 de la Contraloría General de la República

The administrativisation of municipal corporations: A review based on Opinion 160.316 of 2021 of the Office of the Comptroller General of the Republic

Jaime Rojas Opazo 

Abogado, Chile

RESUMEN A raíz del pronunciamiento de la Contraloría General de la República, contenido en el Dictamen 160.316 de 2021, se ha generado un avance en el proceso de administrativización de las corporaciones municipales. Lo anterior, por un lado, contribuye desde el punto de vista de la proyección y resguardo de los principios de transparencia, publicidad, probidad, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos; pero, por otro lado, genera ciertas dudas a partir de la laxitud con que interpreta sus competencias. En estricto sentido, el pronunciamiento de la entidad debió estar acompañado de un proceso de reforma legal que hubiese abierto la puerta para que iniciara un curso de fiscalización de las indicadas instituciones, en cuanto al funcionamiento interno, que fuere más allá del mero control del uso de los recursos de origen público.

PALABRAS CLAVE Administrativización, Contraloría General de la República, corporaciones municipales, fiscalización.

ABSTRACT As a result of the pronouncement of the Office of the Comptroller General of the Republic, contained in Opinion 160.316 of 2021, progress has been made in the process of administrativisation of the Municipal Corporations. This, on the one hand, contributes from the point of view of the projection and safeguarding of the principles of transparency, publicity, probity, effectiveness, and efficiency in the use of public resources, but, on the other hand, generates certain doubts based on the laxity of the interpretation of its competences. Strictly speaking, the pronouncement by the comptroller should have been accompanied by a process of legal reform, in different areas, which would have opened the door to initiate a process of auditing the institutions, in terms of their internal functioning, that would go beyond the mere control of the use of resources of public origin.

KEYWORDS Administrativisation, Comptroller General of the Republic, municipal corporations, auditing.

Introducción

De un tiempo a la fecha, las corporaciones municipales se han visto sometidas al proceso de fiscalización de la Contraloría General de la República, como si se tratara de un órgano perteneciente a la Administración del Estado. Algunos casos son respecto a título de juicios de cuentas, auditorías especiales, observaciones respecto de adquisiciones realizadas por corporaciones municipales, etcétera.

Dicho proceso, que podemos llamarle la administrativización de las corporaciones municipales, tiene impactos sumamente positivos —por ejemplo, la protección de importantes principios como son la transparencia, probidad, eficacia y eficiencia del uso de los recursos públicos—. No obstante, también presenta algunos problemas prácticos, que debiesen ser objeto del debate legislativo y público. Este el caso de la decisión del ente contralor de obligar a dichas entidades a cumplir con cierta normativa administrativa cuando sus textos no las mencionan expresamente.

Por lo anterior, particularmente con el pronunciamiento de la Contraloría en el Dictamen 160.316 de 2021, es importante hacer una revisión de lo que es una corporación municipal, su marco jurídico, cómo afecta realmente la decisión adoptada por la entidad fiscalizadora y sus implicancias jurídico-administrativas.

Para ello, en primer lugar, se explicará qué es una corporación municipal, su estructura, patrimonio, personal y marco jurídico. Luego, se revisarán casos en que la Contraloría ha decidido iniciar una fiscalización a algunas de estas entidades; ello, con el objeto de dar paso al comentario en particular del Dictamen 160.316 de 2021 y algunas decisiones legislativas que han derivado de su dictación. Finalmente, se revisarán otros aspectos emanados de dictámenes del ente contralor, respecto a la doctrina y jurisprudencia.

Las corporaciones municipales

Aspectos generales

Las corporaciones municipales son personas jurídicas de derecho privado, creadas en virtud del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063 de 1980 del Ministerio del Interior —que autorizó a las municipalidades a constituir este tipo de organizaciones de acuerdo con las normas del título XXXIII del libro I del Código Civil— con el objeto de que se administrara y operara lo relativo a la salud, educación y atención de menores, cuestiones traspasadas desde el gobierno central a los municipios durante la década de los ochenta.

Conforme lo indicado, estamos en presencia de corporaciones de derecho privado que se rigen, *a priori*, por las normas del derecho común; por tanto, se entiende que no forman parte de la Administración del Estado.

Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 18.695 se dispuso a acotar la norma, permitiendo a los municipios constituir o participar en corporaciones o fundaciones

de derecho privado sin fines de lucro destinadas a la promoción y difusión del arte, la cultura y el deporte, o el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional —con ocasión del control obligatorio de la futura Ley 18.685— señaló que la norma contenida en el proyecto de la Ley Orgánica de las Municipalidades, artículo 5 letra h), era inconstitucional, en cuanto confería a las municipalidades la atribución de constituir corporaciones y fundaciones de derecho privado sin fines de lucro para realizar cometidos relacionados con las materias referidas en el artículo 4, el que señala las funciones de la municipalidad, ya sean directamente o en conjunto con otros órganos de la Administración del Estado.¹

Conforme con ello, y teniendo presente la historia de las corporaciones municipales, podemos distinguir fácilmente dos tipos: unas creadas para la administración de los servicios traspasados de salud, educación y atención de menores que, no obstante, las modificaciones legales han podido subsistir; otras creadas con el objeto de promover y difundir arte, cultura y deporte, o fomento de obras de desarrollo local que actualmente sí pueden constituirse.

Finalmente, con la dictación de la Ley 20.500 se vuelve a cambiar la regulación de las corporaciones municipales al introducir modificaciones referidas al proceso de obtención de personalidad jurídica y al contenido de los estatutos de las personas jurídicas que se rigen por las normas del título XXXIII del libro I del Código Civil.

Una de las cuestiones más importantes de dicha modificación es la relativa al establecimiento de la obligatoriedad de llevar la contabilidad conforme los principios de contabilidad de aceptación general.

Estructura

De forma global, la estructura de las corporaciones municipales corresponderá a lo que señalen sus estatutos.

No obstante, el Decreto 462 de 1981 del Ministerio de Justicia indica en su artículo 15 inciso primero:

La corporación será administrada por un directorio compuesto de cuatro miembros cuyos cargos serán concejiles, además del presidente, que será el respectivo alcalde, quien ejercerá sus funciones por sí mismo o por intermedio de la persona que él lo estime conveniente.

Señala el artículo 16 inciso segundo del Decreto mencionado:

El presidente del directorio lo será también de la corporación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que este estatuto señala. En lo judicial, tendrá todas las facultades de ambos incisos del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo, para el ejercicio de las mismas, conferir poderes a uno o más directores o al secretario general a que se refiere el artículo 26.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 50-1988, 29 de febrero de 1988.

Respecto de la duración de los cargos, el artículo 17 inciso primero indica:

El miembro del directorio designado por el alcalde de la lista a que se refiere el inciso segundo del artículo 15 y los elegidos por la Asamblea General Ordinaria durarán dos años en el ejercicio de sus cargos y podrán ser reelegidos.

Muy importante, sumado a lo anterior, es destacar que el propio Decreto 462 se refiere a la figura del secretario general de la corporación municipal (artículos 26 y 27) y señala que es un funcionario nombrado por el directorio —cargo de exclusiva confianza— cuyas funciones dicen relación con la promoción, coordinación y dirección de la entidad.

Así, es posible indicar que la estructura tipo que establece el mencionado Decreto para las corporaciones municipales radica en un directorio, cuyo presidente es el alcalde de determinada municipalidad; un secretario general, nombrado por el directorio, y las direcciones que sean pertinentes de conformidad con los servicios que presta la corporación. Además, se añade una unidad a cargo del control interno y otra a cargo de la administración y finanzas.

Personal

El personal que presta funciones en las corporaciones municipales se vincula con la entidad mediante las normativas de los trabajadores privados, es decir, se rigen por las normas laborales y previsionales del sector privado, tal como se desprende del artículo 134 de la Ley 18.695 y como ha señalado en variadas oportunidades la Dirección del Trabajo, así como la Contraloría General de la República.

En efecto, esta última entidad ha indicado:

La facultad de interpretar, así como la de fiscalizar la aplicación de las normas de carácter laboral que rigen al personal que se desempeña en establecimientos educacionales administrados por corporaciones municipales a que se refiere el Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, como el de la especie, corresponde exclusivamente a la Dirección del Trabajo, toda vez que dichas entidades constituyen personas jurídicas de derecho privado, cuyo personal no tiene la calidad de funcionario municipal, situación que impide que la Contraloría General se pronuncie sobre la materia planteada (véase Dictamen 40.491 de 2011).

Ahora bien, se debe tener presente que aun cuando la relación laboral de quienes cumplen funciones para las corporaciones municipales se rige por las normas laborales del sector privado —Código del Trabajo—, no significa que no tenga un marco específico regulado, puesto que la propia Contraloría ha señalado:

Dentro del contexto de una relación de derecho público regida por el Código del Trabajo, solo pueden hacerse valer las estipulaciones que el órgano empleador ha pactado en términos formales y explícitos con el trabajador (véase Dictamen 31.953 de 2015).

Por tanto, la relación laboral de la corporación municipal con su personal se regirá estrictamente por lo señalado en el pertinente contrato de trabajo.

Patrimonio

El patrimonio de estas entidades se compone de:

- Fondos públicos recibidos desde el gobierno central, cuyo objeto es financiar los servicios de educación, salud y atención de menores traspasados, así como recursos transferidos desde la misma municipalidad. Conforme la normativa vigente, estos fondos pasan a ser propios de la corporación.
- Recursos privados generados por la propia entidad, como serían las cuotas que aporten socios cooperadores en la forma que dispongan los estatutos o aquellos que ingresen por medio de donaciones, herencias, legados que reciba, así como todo ingreso legal que le corresponda.

Se debe recordar que las corporaciones municipales creadas al alero del Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063 no pueden actuar con fines de lucro. Por ello, no deben obtener beneficios lucrativos —utilidades o beneficios— que se distribuyan entre sus socios. Lo anterior no obsta que estas entidades efectúen actividades económicas cuyo producto se destine íntegramente a los fines establecidos en los estatutos.

En esta materia es de especial interés la fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República, puesto que, tratándose de fondos públicos, se ha determinado que tiene competencia para auditar su utilización.

Uno de los puntos que genera atención en la actualidad dice relación con los conflictos de interés que pueden aparecer mediante los aportes que entidades privadas realicen a título de donación a las corporaciones municipales. Ejemplo de ello es el caso *Corporación municipal de Recoleta* que recibió un aporte de cincuenta millones de pesos por parte de la empresa Itelecom para realizar el Festival Womad 2019. Esto llevó a la Contraloría a realizar una auditoría especial (269/2021, 14 octubre de 2021).

Este ejemplo nos lleva a la obligación de referirnos al sistema de control y uso del financiamiento de las corporaciones municipales.

A priori debemos señalar que a lo largo de la existencia de las corporaciones municipales se ha sostenido que les es aplicable un estatuto jurídico distinto al de las entidades públicas en cuanto al control y uso de sus fondos, es decir, no se les aplicaría el Decreto Ley 1.263.

En este sentido, las corporaciones municipales quedan sujetas a cumplimiento de los principios de contabilidad de aceptación general, cuestión que emana del Código Civil, particularmente lo indicado por el artículo 557-2, a diferencia de los organismos públicos que deben someterse a las normas de contabilidad general de la nación impartidas y fiscalizadas por la Contraloría.

Conforme lo señalado, cabe preguntarse ¿por qué la Contraloría General de la República fiscaliza a las corporaciones municipales si su naturaleza corresponde a la de una persona jurídica de derecho privado?

Una primera respuesta la encontramos en el citado artículo 15 inciso primero del Decreto 462: el alcalde —quien actúa como presidente del directorio de la corporación municipal— es, a la vez, la máxima autoridad comunal, por tanto, le es aplicable la normativa fiscalizable por el ente contralor.

Una segunda respuesta aparece en lo relativo al traspaso de fondos públicos. Estos quedan sujetos a la fiscalización de la Contraloría respecto a su destino, uso y rendición,² por tanto, es mediante el proceso de auditoría que logra inmiscuirse el ente fiscalizador en la situación financiero-contable y presupuestaria de una corporación municipal. En particular, el artículo 136 de la Ley 18.695 expresa en su inciso primero:

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 6 y 25 de la Ley 10.336, la Contraloría General de la República fiscalizará las corporaciones, fundaciones o asociaciones municipales, cualquiera sea su naturaleza y aquellas constituidas en conformidad a este título, con arreglo al Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063, del año 1980, del Ministerio del Interior, o de acuerdo a cualquiera otra disposición legal, respecto del uso y destino de sus recursos, pudiendo disponer de toda la información que requiera para este efecto.

Conforme lo reseñado, es de suma importancia indicar que el manejo de las finanzas de una corporación municipal puede implicar responsabilidades al alcalde, pues actúa como presidente de la correspondiente corporación; en su condición de persona sujeta a las normas del derecho público, puede estar propenso a reproches administrativos por parte de la Contraloría, y en su condición de funcionario público de conformidad con el artículo 260 del Código Penal, puede quedar propenso a investigaciones penales por delitos de carácter funcionario.

La importancia de un recomendable manejo jurídico-administrativo de la corporación municipal está dada por las consecuencias de no tomar resguardos, pues puede generar una serie de situaciones jurídicamente delicadas.

2. Cabe señalar que la entidad contralora en su oportunidad determinó que la vía de fiscalizar a las corporaciones municipales estaba dada por la verificación del uso de sus recursos. Al respecto, el Dictamen 21.894 de 2015 expresa que «sobre la materia, cabe recordar que las corporaciones municipales creadas al amparo del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063, de 1980, del ex Ministerio del Interior, son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuya finalidad es administrar los servicios traspasados del área de educación, salud y de atención de menores, constituidas según las normas del título XXXIII del libro I del Código Civil, por lo que no forman parte de la Administración del Estado. Así, las facultades de esta entidad fiscalizadora se limitan al control de sus recursos financieros, de conformidad a lo establecido en los artículos 25 de la Ley 10.336 y 136 de la Ley 18.695, en términos de verificar su uso y destino».

Marco jurídico

La regulación o el marco jurídico que rodea el actuar de las corporaciones municipales es diverso y está contenido en distintas normas y criterios que ha ido adoptando la Contraloría General de la República para este efecto.

De esta manera, se entendía que el marco jurídico de estas entidades estaba compuesto por:

- Código Civil, título XXXIII del libro I.
- Decreto con Fuerza de Ley 1-3.063 de 1980, del Ministerio del Interior y sus pertinentes modificaciones.
- Decreto 462 de 1981, del Ministerio de Justicia, que aprueba el estatuto tipo al que podrán ceñirse.
- Decreto Ley 3.063 sobre Rentas Municipales, del Ministerio del Interior, modificado por el Decreto Ley 2.385 de 1996.
- Decreto 110 de 1976, del Ministerio de Justicia, que aprueba el Reglamento sobre concesiones de personalidad jurídica a corporaciones y fundaciones.
- Ley 20.500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.
- Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
- Resolución Exenta 1.830 de 2013, del Ministerio de Justicia, que fija el límite patrimonial para asociaciones y fundaciones que deben someterse al examen de auditores externos e imparte instrucciones.

Luego de la emisión del Dictamen 160.316 de 2021, el marco jurídico de las corporaciones se ha ampliado incorporándose:

- Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos
- Ley 19.886 sobre Compras Públicas
- Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública
- Ley 20.730 sobre Lobby
- Ley 20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Interés

Fiscalización de corporaciones municipales por parte de Contraloría General de la República

Indicábamos que el principal argumento de la entidad contralora para revisar el funcionamiento de las corporaciones municipales radica en lo preceptuado por el artículo 136 de la Ley 18.695. A raíz de ello, existen ciertos ejemplos que se deben tener presentes.

Caso Antofagasta

La alcaldesa de la Municipalidad de Antofagasta, Karen Rojo, fue suspendida de sus labores, debido a la presentación de acciones legales en su contra por conductas que supondrían la configuración de los delitos de fraude al fisco y negociación incompatible, a raíz de un mal manejo en contrataciones con patrimonio municipal.

Lo anterior significó la actuación de la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado.

Posteriormente, fue declarada inhabilitada para el ejercicio de cargos públicos a raíz de la sentencia del Tribunal Electoral Regional. Conforme con el proceso judicial de los tribunales penales fue condenada a cinco años de presidio efectivo por el delito de fraude al fisco cometido en contra de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Antofagasta.

Caso La Florida

La Contraloría General de la República detectó mal manejo de las finanzas de la Corporación Municipal de la Florida, en atención a la existencia de cheques protestados por falta de fondos, conciliaciones bancarias pendientes, déficit presupuestario y el no pago oportuno de cotizaciones previsionales.

Todo ello ha significado una serie de investigaciones de carácter especial por parte del ente contralor, así como el envío de antecedentes masivos al Consejo de Defensa del Estado y el Ministerio Público, por presuntos actos que podrían significar malversación de caudales públicos y fraude al fisco.

Caso Cerro Navia

La Corte de Apelaciones de Santiago, en 2011, ordenó el pago de cotizaciones previsionales declaradas y no enteradas. Lo anterior derivó en investigaciones especiales iniciadas por la Contraloría General de la República.

Dicho organismo decretó iniciar sumarios administrativos para determinar las responsabilidades correspondientes, con base en la ilegalidad del comportamiento del municipio.

Asimismo, se dispuso la remisión de antecedentes al Ministerio Público para que se realizaran las correspondientes investigaciones por comisión de presuntos delitos.

Caso Recoleta

La investigación especial de Contraloría General de la República derivó en el inicio de sumarios administrativos, reparo y remisión de antecedentes al Ministerio Público por el no pago oportuno de cotizaciones previsionales que habían sido retenidas.

Asimismo, la auditoría especial de investigación de la Contraloría —por falta de rendición de gastos e ingresos de la corporación municipal— dispuso el inicio de un sumario y derivación de antecedentes al Ministerio Público.

Caso San Fernando

La auditoría y el examen de cuentas a los recursos destinados a la educación provenientes de la Municipalidad de San Fernando y el Ministerio de Educación derivaron en el reparo y pertinente juicio de cuentas e inicio de un sumario administrativo y remisión de antecedentes al Ministerio Público. Lo anterior para determinar la existencia de gastos no acreditados, pago de intereses, multas y reajustes respecto de cotizaciones previsionales declaradas y no pagadas, adquisiciones sin debida justificación, rendiciones de cuentas no correspondientes con montos recepcionados, entre otros tópicos.

Respecto de la materia, además, existe un proceso penal vigente con involucrados que están cumpliendo prisión preventiva.

Los casos señalados demuestran que para la Contraloría General de la República la fiscalización de las corporaciones municipales está, principalmente, dada por las cuestiones presupuestarias y contables.³

En efecto, la fuente legal que autorizaría al ente fiscalizador a inmiscuirse en la contabilidad de las corporaciones es la Constitución Política de la República (artículo 98), cuyo texto aparece de alguna forma replicado —en particular en lo dispuesto por el artículo 136 de la Ley 18.695—.

Lo anterior queda reforzado con lo dictaminado por el ente contralor, cuando ha señalado:

Procede la formulación de reparos en las personas jurídicas o entidades de derecho privado constituidas por las municipalidades, cualquiera sea su naturaleza, que administren o tenga a su cargo recursos de origen público (véase Dictamen 235.694 de 2022).

Por tanto, la Contraloría no solo puede examinar y observar el manejo financiero de las corporaciones municipales —en tanto se trate de recursos de origen público—, sino que también se atribuye la competencia para iniciar reparos y consecuentes juicios de cuentas, si existe un manejo indebido de dichos recursos.

En lo sucesivo, además, se dará cuenta que la fiscalización que pueda hacer la entidad de control respecto de las corporaciones municipales podrá abarcar otras esferas, relativas a la normativa incluida por el Dictamen 160.316 de 2021, particularmente respecto a la transparencia, lobby, procedimientos administrativos, compras y adquisiciones y probidad.⁴

Esto nos conduce a que ahora las corporaciones municipales no solo deben ceñirse

3. Es de suma relevancia indicar que existen otros casos de relevancia pública sobre la materia como son los asociados a la Municipalidad de Vitacura, a la Corporación Cultural de Las Condes, a la Corporación Municipal de Lo Barnechea, entre otros.

4. Respecto de dicha revisión, la propia Contraloría General de la República ha señalado, mediante el Dictamen 179.239 de 2022 que «la fiscalización de la aplicación y cumplimiento del impugnado pronunciamiento se efectuará de manera gradual, a fin de que las corporaciones municipales puedan llevar a cabo su implementación de la mejor manera posible».

a la normativa sobre el buen uso de los recursos públicos que les han sido traspasados, sino que deben acatar la normativa administrativa indicada, puesto que, de lo contrario, se abre un nuevo flanco de fiscalización por parte de la Contraloría, que ahora tendrá facultades para revisar las materias señaladas.

Hasta acá podemos dar cuenta que el tratamiento que se ha dado a las corporaciones municipales, por parte de la Contraloría, es el de personas jurídicas de derecho privado que administran recursos públicos, por tanto, podemos sostener que ha existido un proceso de semiadministrativización.

Sobre el Dictamen 160.316 de 2021

El Dictamen 160.316 apareció el 29 de noviembre de 2021. Lo anterior produjo el punto de mayor importancia respecto de la administrativización de las corporaciones municipales.

Hemos nombrado algunos casos en que la entidad contralora ha revisado el funcionamiento de ciertas corporaciones municipales en cuanto al uso de recursos de origen público. Los referidos casos tienen una ocurrencia previa a la aparición del Dictamen 160.316 de 2021, lo que permite sostener que el proceso de fiscalización a dichas entidades de derecho privado, que cumplen funciones públicas, ya estaba instalado en el ideario nacional.

Ahora bien, el pronunciamiento mencionado profundiza este proceso de fiscalización, puesto que ya no tratará solo del uso de recursos de origen público, sino que podrá referirse a aspectos administrativos propiamente tales, por ejemplo, cuestiones de procedimientos internos en general.

Es así como el Dictamen en cuestión indica que las corporaciones municipales deberán observar la Ley 20.285 sobre Transparencia, la Ley 20.730 sobre Lobby, la Ley 19.886 sobre Compras Públicas, la Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos y la Ley 20.880 sobre Probidad Administrativa.

El Dictamen comienza indicando:

Las corporaciones municipales en comento fueron constituidas para el cumplimiento de funciones municipales —que algunos órganos edilicios desarrollan directamente a través de sus departamentos—, y realizan sus actividades con financiamiento público. En consecuencia, las instituciones en referencia son entidades mediante las cuales las municipalidades ejercen atribuciones que la Carta Fundamental y el legislador les entregaron, particularmente, en los ámbitos de educación, salud y atención de menores, todas actividades de naturaleza jurídica pública.

Luego, agrega:

Es menester señalar que tales organismos colaboran en el cumplimiento de las funciones de las entidades edilicias, esto es, ejecutar obras, servicios y acciones en favor de la comuna, de manera de satisfacer de modo directo o inmediato una necesidad o interés de la población.

De esta forma, la Contraloría General de la República indica en forma expresa que las funciones que cumplen las corporaciones municipales son de carácter público y, por tanto, son expresión fiel del principio de servicialidad del Estado, puesto que están destinadas a satisfacer necesidades o intereses de la población. A partir de este criterio es que la entidad fiscalizadora justifica que se apliquen las indicadas normas, con el objeto de resguardar el interés público y cautelar que las actividades públicas que se ejercen a través de ellas se desarrollen sin irregularidades.

Respecto a las normas que las corporaciones municipales deberán observar, se señala:

a) Ley 19.880: se pronuncia en el sentido que, a pesar de tratarse de entidades de naturaleza privada, les es aplicable la ley, ya que su finalidad es la satisfacción de necesidades de la comunidad para lo que han sido dotadas de potestades públicas, siendo financiadas por recursos públicos.

El Dictamen estima que se trata entonces de entidades que son encasillables en el concepto de *órganos y servicios públicos* creados para el cumplimiento de funciones administrativas, conforme el artículo 2 de la mencionada ley.

b) Ley 19.886: con el Dictamen señalado se revierte la jurisprudencia respecto a que la normativa de compras públicas no le era aplicable a las corporaciones municipales.

El Dictamen argumenta que, cumpliendo labores públicas y desarrollando sus adquisiciones y contrataciones con fondos públicos, les corresponde ajustarse a la normativa de compras públicas, quedando entonces, sujetas a la fiscalización de la Contraloría.

c) Ley 20.285: se pronuncia en el sentido que las corporaciones municipales quedan obligadas a mantener en público los antecedentes que indica la ley. Ello, respecto a que estas organizaciones cumplen funciones públicas desarrolladas con fondos públicos.

Ahora bien, se debe tener presente que la Contraloría había mantenido un criterio particular sobre esta norma que sí era aplicable a las corporaciones municipales. Ya había dictaminado el ente contralor que las corporaciones municipales quedaban sujetas al cumplimiento y observancia del principio de transparencia y probidad, dejando de todas maneras su fiscalización fuera de la esfera de conocimiento del Consejo para la Transparencia.⁵

d) Ley 20.730: se establece que el artículo 4 de la ley permite incluir como sujetos pasivos de *lobby* a los directores y secretarios ejecutivos de las corporaciones municipales, puesto que ejercen acciones decisorias relevantes conforme regula la mentada normativa.

e) Ley 20.880: estima el ente contralor que los secretarios ejecutivos y directores de las corporaciones municipales deben presentar la Declaración de Intereses y Patrimonio, sea que reciban retribución por sus labores o no.

De esta forma, conforme a los criterios asentados, la Contraloría revierte una vasta doctrina que señalaba que algunas de las dichas normas no se aplicaban a las corporaciones municipales.

5. Para más información, véanse los Dictámenes 16.630 de 2018, 75.508 de 2010 y 80.975 de 2014.

Dicho lo anterior, se entiende que la mecánica actualizada de los criterios adoptados por la jurisprudencia de los tribunales de justicia como de la Contraloría responde a un entendimiento de la aplicación de normas de derecho público a las corporaciones municipales. Por esta razón es dable sostener que se ha construido una administrativización de dichos organismos; por ello, las normas de derecho administrativo, en este punto, se vuelven obligatorias de observar y aplicar.

Comentarios al Dictamen 160.316 de 2021

Valoramos el esfuerzo realizado por el ente contralor al respecto, lo que no obsta presentar algunos comentarios que van en la línea del entendimiento del derecho administrativo nacional.

A nuestro juicio, la observancia de las mencionadas normas debió haberse producido a través de las pertinentes reformas legales a cada texto, puesto que una de las características del derecho administrativo es la interpretación restrictiva de sus normas.

Al efecto, Pantoja (2007: 98) señala:

El derecho administrativo se caracteriza por estar constituido por normas que deben ser interpretadas restrictivamente; su alcance no admite ser establecido por vía extensiva o analógica.

Más allá de cumplir funciones públicas, las indicadas normas que mandata aplicar y observar Contraloría General de la República a través del mencionado Dictamen no se refieren a expresamente a las corporaciones municipales.

A modo de ejemplo, el artículo 1 inciso segundo de la Ley 19.886 indica:

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1 de la Ley 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

El artículo 1 inciso segundo de la Ley 18.575 dispone para estos efectos:

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

En este sentido, no menciona las corporaciones municipales, por tanto, haciendo una aplicación armónica de las leyes indicadas no sería válido el contenido de compras públicas a dichas entidades, ya que el legislador no las consideró destinatarias de su reglamentación.

Justamente, respecto de esta materia en particular el Congreso Nacional ha reaccionado, a través del Senado, con el proyecto de ley que establece la aplicación de la Ley

19.886 a las corporaciones municipales, proponiendo modificar el inciso tercero del artículo 1 en la siguiente forma:

Después de la frase: «Esta ley también será aplicable al Consejo Nacional de Televisión» luego del punto final (.) y agréguese a continuación el siguiente texto: «Las corporaciones municipales creadas al amparo del Decreto con Fuerza de Ley 1-3063 de 1979 del Ministerio del Interior o creadas bajo el amparo de las normas de derecho privado podrán someterse a lo regulado en la presente norma» (Boletín 15.311-06, 30 de agosto 2022, Primer Trámite Constitucional).

Esta reacción legislativa no puede pasar desapercibida, puesto que responde a dos cuestiones de gran relevancia. Por una parte, demuestra que el legislador entiende que para regular a las corporaciones municipales en determinadas materias es necesario reformar las normas vigentes y, por otra, consecuentemente, significa que esta interpretación laxa que ha tenido la Contraloría respecto de incorporar la normativa al marco jurídico de las corporaciones municipales —por medio del Dictamen— se aleja un tanto de los principios que gobiernan al derecho administrativo nacional.

En estricto sentido, a partir de la calificación de funciones públicas que ejecutan las indicadas entidades, la Contraloría ha decidido, por analogía, hacerlas observantes de las mencionadas normas, sin tener ello su debido relato en la legislación vigente.

Para estos efectos es necesario referirse a la interpretación de la ley. Para ello, se deben revisar las normas de derecho común, que Etcheberry (1999: 107-109) nos ayuda a comprender:

a) Principio de inteligibilidad: refiere a que cuando la ley menciona una cuestión es porque ha querido expresar algo y es posible llegar a entender lo que ha querido decir.

El artículo 1 inciso segundo de la Ley 19.886 señala el campo de aplicación de la norma. Asimismo, ocurre con el artículo 2 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; los artículos 3 y 4 de la Ley 20.730 que regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios; el artículo 2 de la Ley 19.880, y el artículo 4 de la Ley 20.880. Ninguna de las indicadas normas indica como destinatarias a las corporaciones municipales, recordando que estas no son consideradas órganos de la Administración del Estado ni se piensan en la categoría de servicios públicos, definición que consta en el artículo 28 de la Ley 18.575.

b) Principio de dispositividad: alcanza aspectos semejantes a los del artículo 1.562 del Código Civil y nos enseña que la ley debe tomarse en el sentido en que pueda producir efecto alguno sobre aquel que no produce efectos.

El artículo 19 del Código Civil dispone en su inciso primero «cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu».

Dicha norma de interpretación debe ser vista en conjunto con lo dispuesto por el artículo 23 del mismo cuerpo legal, que dispone:

Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Sumado a lo anterior, Pantoja (2007: 101) nos recuerda que el derecho administrativo es de aplicación formal, puesto que, las competencias de los órganos de la Administración del Estado emanan de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

En ese sentido, lo indicado permite sostener que el exceso de atribuciones que la Contraloría se adjudica para incorporar normativa a observar por parte de las corporaciones municipales podría significar una contravención al principio de juridicidad.

El artículo 6 de la Carta Fundamental expresa:

Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Sumado a ello, el artículo 7 de la Constitución reza:

Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

El principio de juridicidad ha sido definido por Soto Kloss (1996: 24) como la sujeción integral al derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar.

Por su parte, Cea Egaña (2008: 252) señala:

En virtud de tal principio se entiende que la atribución de cualquier competencia debe ser hecha de manera previa y expresa, limitada y otorgada con nitidez, nada más que por la Constitución o la ley.

Existiendo un campo claro de aplicación de las respectivas normas indicadas y no constando dentro de las destinatarias las corporaciones municipales, no queda más que concluir que estamos frente a un exceso de atribuciones por parte de la Contraloría, pues ha actuado en forma analógica integrando las normas vigentes a partir de la mera calificación de funciones públicas ejecutadas por las señaladas organizaciones, lo que no resulta suficiente ni válido para entender ajustado a derecho el Dictamen en cuestión, aunque ello no obsta celebrar el esfuerzo realizado. Ahora bien, no se justifica que se ignore el ordenamiento vigente y se incumplan los procedimientos legalmente establecidos. En este punto, es de suma relevancia tener presente que el artículo 63 nú-

mero 20 de la Constitución Política de la República dispone que «solo son materias de ley: toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico».

Se modifica el estatuto jurídico de las corporaciones municipales, obligándolas a observar, respetar y aplicar las leyes 19.880, 19.886, 20.285, 2.730 y 20.880.

Conclusiones

Existe un avance profundo en cuanto a darles un tratamiento administrativo a las corporaciones municipales, lo que, en general, debe celebrarse en pro del cumplimiento de las máximas de transparencia, probidad, publicidad, eficacia y eficiencia del uso de los recursos públicos.

Ahora bien, lo anterior no está exento de problemas, como hemos visto, ya que más allá de las oportunas y necesarias intensiones de la Contraloría General de la República hace falta una reforma legal que las acompañe para dar efectiva solución a los problemas que enfrenta la administración de las corporaciones municipales. No podemos quedarnos en las meras intenciones si ello conlleva presuntos problemas de legalidad, en la forma que se ha expuesto. El ente contralor debe ser el primero en cumplir a cabalidad el ordenamiento jurídico.

No es suficiente que la entidad contralora, por medio del Dictamen, considere que, por cumplir funciones públicas, las corporaciones deban observar la normativa a la que se ha hecho referencia, sino que las correspondientes leyes indicadas en el Dictamen 160.316 de 2021 deben ser modificadas, incorporando expresamente a las corporaciones municipales como destinatarias de ellas para evitar conflictos de legalidad.

Solo así podrá efectivamente darse validez a este proceso de administrativización de las corporaciones municipales que, se insiste, es necesario en pro del resguardo de la correcta ejecución de las funciones públicas.


Por ello, adquiere especial valor la reacción del Senado en cuanto a modificar el contenido de la Ley 19.886, incorporando a las anotadas organizaciones. No obstante, es necesario señalar que el concepto adecuado que debiese considerar la reforma es «deberán» y no «podrán», con el objeto de evitar futuros problemas de interpretación.

A la luz de los constantes reproches que se hace a la administración de las corporaciones municipales, este proceso se vuelve de toda necesidad, requiriendo así que nuestros legisladores adopten las medidas tendientes a incorporar a estas entidades a las distintas reglas administrativas vigentes con la finalidad que su fiscalización pueda ser acuciosa, desde la propia administración como desde la ciudadanía que ve cómo estas organizaciones han sido utilizadas para fines diferentes a los que fueron creadas, contribuyendo ello al desprestigio de nuestra institucionalidad —cuestión que, indeleblemente, nos lleva a un estadio de descontento social, el que de todas formas debemos superar si deseamos el progreso, la paz y el desarrollo del país—.

Referencias

- CEA EGAÑA, José Luis (2008). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Universidad Católica de Chile - Vicerrectoría de Asuntos Públicos.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999). *Derecho penal: Parte general. Tomo 1*. Santiago: Jurídica de Chile.
- PANTOJA, Rolando (2007). *El derecho administrativo: Concepto, características, sistematización y prospección*. Santiago: Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996). *Derecho administrativo: Bases fundamentales. Tomo 2: El principio de juridicidad*. Santiago: Jurídica de Chile.

Sobre el autor

JAIME ROJAS OPAZO es abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Andrés Bello y magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional Andrés Bello. Su correo electrónico es jrojasopazo@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0001-7401-9255>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io