



MUN, corporaciones municipales, trabajos paralelos, probidad administrativa, responsabilidad administrativa

NÚMERO DICTAMEN

041579N17

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

27-11-2017

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

aplica dictámenes 63234/2013, 32410/2017, 80975/2014, 58727/2009, 960/2016, 328/2016, 23929/2015

Acción_	Dictamen	Año	Enlace documento	al
Aplica	63234	2013	Abrir	
Aplica	32410	2017	Abrir	
Aplica	80975	2014	Abrir	
Aplica	58727	2009	Abrir	
Aplica	960	2016	Abrir	
Aplica	328	2016	Abrir	
Aplica	23929	2015	Abrir	

FUENTES LEGALES

dfl 1/3063/80 inter art/12, ley 10336 art/6, ley 10336 art/16 inc/2, ley 10336 art/25,

ley 18695 art/136, pol art/8, ley 18575 art/52, ley 18575 art/62 num/6, ley 18575 art/56 inc/1,

ley 18575 art/56 inc/3, ley 18695 art/5 lt/g, ley 18695 art/79 lt/j, ley 18695 art/132,

ley 18695 art/133, ley 18695 art/28, dfl 1/3063/80 inter art/13, ley 19886 art/4 inc/6,

MATERIA

Quienes laboran en las corporaciones creadas al amparo del artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, del entonces Ministerio del Interior, deben observar el principio de probidad.

DOCUMENTO COMPLETO

N° 41.579 Fecha: 27-XI-2017

Se ha dirigido a esta Contraloría General don Felipe Vial Tagle, secretario general de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, solicitando un pronunciamiento acerca de las eventuales responsabilidades administrativas vinculadas con el desempeño simultáneo, entre los años 2006 a 2015, de don Marcial Araya Hernández como director jurídico de la Municipalidad de Ñuñoa y asesor jurídico en aquella corporación municipal. Agrega que, a partir del 21 de octubre de 2015, fue contratado como director de administración y finanzas en la misma corporación, manteniendo en paralelo el ejercicio de la labor de asesor jurídico de esa entidad privada.

Asimismo, expone que, entre los años 2012 a 2015, se celebraron sucesivos contratos de prestación de servicios entre la referida corporación y la Sociedad Confluye y Compañía Limitada, de propiedad de la cónyuge y del hijo del señor Araya Hernández, por sumas que fluctuaban entre 26 y 38 millones de pesos por año; además, precisa que en esos convenios se estipuló que este último dirimiría, en calidad de árbitro arbitrador, las dificultades que se produjeran entre las partes.

Requerido de informe, el municipio señala, en síntesis, que efectivamente don Marcial Araya Hernández trabajó en la corporación indicada desde 1993 hasta el 3 de diciembre de 2015 y como asesor jurídico municipal entre los años 2006 y 2015. Añade que aquel renunció a la municipalidad a contar del 21 de octubre de 2015.

Sobre el particular, es útil recordar que las corporaciones municipales creadas al amparo del artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, del entonces Ministerio del Interior, son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuya finalidad es gestionar los servicios traspasados del área de educación, salud y atención al menor, constituidas según las normas del Título XXXIII del Libro I del Código Civil (aplica dictamen N° 63.234, de 2013).

Al respecto, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6°;

16, inciso segundo, y 25 de la ley N° 10.336, y 136 de la ley N° 18.695, las corporaciones municipales como la de la especie se encuentran sujetas a la fiscalización de esta Contraloría General para los efectos de cautelar el uso y destino de sus recursos, el cumplimiento de sus fines, la regularidad de sus operaciones, y hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados (aplica dictamen N° 32.410, de 2017).

No obstante, es menester tener en consideración que tales entidades presentan características particulares derivadas del texto legal que autorizó su constitución. Así, el referido artículo 12 asegura la participación del Estado en estas corporaciones, al disponer que su presidencia corresponde al alcalde de la respectiva municipalidad, quien puede delegarla en la persona que estime conveniente.

En este sentido, la jurisprudencia administrativa -contenida en el dictamen N° 80.975, de 2014- ha señalado que a través de las corporaciones municipales creadas en virtud del citado artículo 12, el Estado realiza en forma indirecta ciertas actividades vinculadas al cumplimiento de sus funciones, utilizando la preeminencia que le da su participación mayoritaria en el patrimonio o dirección de aquellas.

Asimismo, el dictamen N° 58.727, de 2009, entre otros, ha precisado que, no obstante su naturaleza jurídica, al operar los servicios traspasados, dichas corporaciones constituyen el medio a través del cual los municipios cumplen con algunas de sus labores, desarrollando al efecto una función pública mediante la cual satisfacen determinadas necesidades de la comunidad local.

En este contexto, corresponde destacar que de acuerdo al artículo 8º de la Constitución Política de la República, “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

Como se advierte, la precitada norma hace aplicable el principio de la probidad en razón del desempeño de una función pública, prescindiendo de la calidad jurídica de quien la ejerza y la naturaleza de la entidad en que se desarrolle.

Luego, si bien -acorde con el dictamen N° 960, de 2016, entre otros- corresponde a la Dirección del Trabajo interpretar y fiscalizar las normas laborales que rigen a los empleados de dichas corporaciones municipales, por constituir estas personas jurídicas de derecho privado, esos trabajadores -según se anotara- ejercen una función pública, resultándoles plenamente aplicable el artículo 8º de la Carta Fundamental -en el sentido de dar estricto cumplimiento al principio de probidad en sus actuaciones-, por lo que este Órgano de Control se encuentra habilitado para velar por la observancia de tal principio por parte de aquellos (aplica criterio contenido en el dictamen N° 328, de 2016).

Efectuadas las precedentes consideraciones, es pertinente recordar que según lo dispuesto en el artículo 52 de la ley N° 18.575, el principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

A su turno, el artículo 62 del mencionado texto legal, dispone en su número 6, en lo que interesa, que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge y los parientes que indica, como asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, caso en el cual las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de actuar, informando a su superior jerárquico la implicancia que les afecta.

Acerca de la citada normativa, por medio del dictamen N° 23.929, de 2015, entre otros, se ha precisado que su finalidad es impedir que intervengan en la resolución, examen o estudio de determinados asuntos, aquellos servidores públicos que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que estos deben desempeñarse, aun cuando dicho conflicto sea solo potencial, debiendo abstenerse de intervenir en tales materias.

A continuación, de la documentación tenida a la vista, específicamente de los contratos celebrados entre la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa y la Sociedad Confluye y Compañía Limitada, representada por la cónyuge del señor Marcial Araya Hernández, aparece que en estos se acordaba que cualquier dificultad entre las partes, derivada de su aplicación, ejecución o interpretación, sería resuelta por este último en calidad de árbitro arbitrador.

En este contexto, es del caso consignar que tal estipulación no se ajustó al principio de probidad, ya que implicó un potencial conflicto de intereses, toda vez que en su virtud se habilitó al señor Araya Hernández para intervenir en un asunto de interés de su cónyuge, constituyendo una circunstancia objetiva que afectaba la imparcialidad con que aquel debía desempeñar sus labores en la aludida corporación.

Por otra parte, en cuanto al desempeño simultáneo del señor Araya Hernández en la Municipalidad de Ñuñoa y en la respectiva corporación, es del caso señalar que el inciso primero del artículo 56 de la ley N° 18.575, contempla el derecho de los servidores para “ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio, conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley”, las que, en todo caso, deben desarrollarse fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados.

Asimismo, según el inciso tercero del aludido artículo 56, las actividades particulares resultan incompatibles con el desempeño de un empleo público cuando se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenecen.

En relación con lo expresado, es dable recordar que de acuerdo con los artículos 5°, letra g); 79, letra j); 132 y 133 de la ley N° 18.695, y 13 del ya citado decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, de 1980, las corporaciones municipales son fiscalizadas y financiadas por las entidades edilicias, en tanto que a la jefatura de la unidad encargada de la asesoría jurídica municipal, en conformidad con el artículo 28 de la primera ley, le compete pronunciarse en derecho respecto de todos los asuntos legales del órgano comunal.

En este orden de consideraciones, si bien el señor Araya Hernández podía desarrollar actividades particulares fuera de la jornada de trabajo que tenía como director jurídico de la Municipalidad de Ñuñoa, las labores que cumplía en la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa no eran conciliables con su desempeño en la entidad edilicia ni, por cierto, con el principio de probidad, ya que se referían a materias que debían ser analizadas, informadas o resueltas por él mismo, o por el respectivo municipio.

En efecto, la fiscalización que, conforme a la normativa citada, deben ejercer las municipalidades en relación con sus corporaciones, importa que aquellas deban eventualmente intervenir y resolver sobre las actuaciones de estas últimas y, en particular, que a los directores jurídicos de las primeras les pueda corresponder pronunciarse sobre las actividades de la respectiva corporación municipal.

Finalmente, es menester tener en consideración que el artículo 4°, inciso sexto, de la ley N° 19.886, prevé que “Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas”.

El inciso séptimo de dicho precepto legal, añada, en lo que interesa, que las mismas prohibiciones del inciso anterior se aplicarán a las municipalidades y sus corporaciones.

Ahora bien, en atención a que de los antecedentes examinados, y tal como se indica en el Informe Final N° 1.257, de 29 de febrero de 2016, de esta Contraloría General, consta que la Sociedad Confluye y Compañía Limitada era representada por la cónyuge del señor Araya Hernández, participando, además, como socio un hijo del mismo, es necesario manifestar que al tenor del artículo 4° de la citada ley N° 19.886, y dado el carácter directivo de las funciones que desempeñaba el antedicho trabajador en la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, esta última se encontraba impedida de suscribir contratos de provisión de bienes o prestación de servicios con aquella sociedad.

En consecuencia, la Municipalidad de Ñuñoa deberá instruir un proceso sumarial a efectos de establecer las eventuales responsabilidades administrativas de los funcionarios involucrados en las irregularidades analizadas en este pronunciamiento, debiendo remitir copia del decreto que así lo ordene a la Unidad de Seguimiento de la Fiscalía de esta Contraloría General.

En mérito de lo expuesto, cumple con remitir al Ministerio Público copia de todos los antecedentes de la especie, para los fines que resulten pertinentes.

Transcríbase a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa y al Ministerio Público.

Saluda atentamente a Ud.

Jorge Bermúdez Soto
Contralor General de la República

**POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS**