

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN—CHILE

EL CONTROL DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACION EN EL AMBITO DE LA COMUNA.

TARCISIO OVIEDO SOTO
Profesor Escuela de Derecho
Universidad de Concepción

Siempre al comenzar cualquier trabajo en que se mencione al Municipio o la Comuna, parece ser de estilo hacer una referencia a la historia de la institución, en especial desde la adopción del régimen comunal en España, desde donde se trajo a nuestra América, pasando en seguida por una mirada, no siempre somera, del Municipio en la época colonial y su traspaso a la nueva República.

Nosotros evitaremos este recuento histórico que —si bien tiene aspectos de relevante importancia— al menos no es altamente importante para los efectos de este breve comentario.

Lo que sí no se puede dejar pasar ni omitir, es la gran vinculación que existe entre el control de un acto y la responsabilidad de aquel que lo dicta.

Lo indican así, entre otros, Patricio Aylwin, Hugo Alfonso y Patricio Oyaneder en su "Análisis crítico del régimen municipal y proposiciones para una nueva legislación" (pág. 126, Edit. Juríd. de Chile Stgo. 1971): "La Administración requiere que los órganos respectivos estén dotados de una competencia esencialmente dinámica, de tal manera que les sea posible afrontar oportunamente cualquier problema que se les presente, sin limitaciones formalistas". Y agregan: "Como este concepto de competencia implica el otorgamiento de mayores atribuciones y facultades y, por ende, una mayor confianza en los agentes, resulta necesario adoptar los debidos resguardos para evitar el exceso o desviación de poder".

Y como es obvio, la responsabilidad no puede ser meramente administrativa, sino que también debe revestir caracteres civiles y penales en términos tales que el responsable indemnice los perjuicios que ocasione con el acto ilegítimo o desviado y, en su caso, soporte las penas corporales o pecuniarias que determine la legislación penal.

No hay duda —y sin remontarnos a la historia, sino sólo a la Ley de Municipalidades derogada, es decir la N° 11860— que en tal legislación se contemplaba la responsabilidad, tanto administrativa, como también civil y penal, y además una responsabilidad política.

Una responsabilidad civil en el sentido de que los actos ilegales de los Alcaldes que hubieran causado un agravio a una persona, daba derecho a ésta para iniciar una acción civil para ser indemnizada por el agravio, situación que se encontraba planteada en los arts. 111 y 112 de la ley citada.

Una responsabilidad penal que se encontraba establecida en el art. 114 que establecía que la "responsabilidad criminal se podrá hacer efectiva en la forma prescrita por las leyes dentro de seis meses".

Una responsabilidad administrativa que según dice Alfonso Valdebenito (*Evolución Jurídica del régimen municipal en Chile (1541-1971)* Edit. Juríd. de Chile. Santiago 1973) "se plantea en el sentido de que tiende fundamentalmente a mantener las normas de subordinación jerárquica y el exacto cumplimiento de los deberes de la función" debiendo ser esta responsabilidad independiente de la sanción civil o penal.

Además, una responsabilidad política que "procede generalmente cuando se infringen las obligaciones que impone una corriente política determinada a un mandatario y se sanciona con la separación del funcionario del cargo que desempeñare".

CONTROLES A QUE PUEDE ESTAR SOMETIDA LA ADMINISTRACION

Si nos atenemos a lo ya indicado en el sentido de que los funcionarios o administradores deben ser responsables por los actos que dicten y que produzcan lesión al particular o simplemente hayan sido desviados, es necesario determinar a qué clase de control queda sometida la actividad administrativa en general y, luego, en particular la actividad administrativa comunal.

La doctrina reconoce tres tipos de control, el primero de los cuales no tiene relevancia entre nosotros en la actualidad: un control político, un control administrativo y un control jurisdiccional.

El primero es el ejercicio por una entidad política —generalmente Parlamento— sobre actos de la Administración. Se fundamenta en que, siendo el Parlamento un cuerpo deliberante y depositario de la voluntad del pueblo, tiene facultades para investigar, analizar, criticar y sancionar los actos de la Administración que estima irregulares.

Decimos que en nuestro caso no tiene importancia; y sólo agregaremos que era ejercido por la Cámara de Diputados de acuerdo a la disposición del art. 39 N° 2 de la Constitución Política de 1925.

El control jurisdiccional, por su parte, es aquel que se encuentra entregado a Tribunales encargados de resolver las contiendas que se produzcan entre los particulares y la Administración.

Y por último un control administrativo que es aquel que ejerce la propia Administración sobre sus actos.

En este aspecto es conveniente advertir que muchos estiman que se trata de un autocontrol, situación que, en cierto modo, es discutible, salvo cuando se trata del control que realiza la propia administración activa a través de sus líneas jerárquicas; pero no sería propiamente autocontrol cuando se trata del ejercicio de la fiscalización.

En todo caso este control administrativo puede ejercerse tanto de oficio por la propia Administración, como a petición de parte. En el primer caso existiría un tipo de control interno, en los casos en que el control es ejercido por la propia autoridad de que emana el acto o de sus líneas jerárquicas superiores (retiro por condiciones de mérito o legalidad); y por otra parte existiría un control de oficio externo

EL CONTROL DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO 171

cuando el control es ejercido por un órgano que no integra la Administración, sino que opera en forma autónoma. Es la característica que, en nuestro país, reviste la Contraloría General de la República.

El control administrativo puede operar también a petición de parte, es decir, cuando un particular interpone el llamado recurso administrativo propiamente tal ante el propio órgano que dictó el acto o ante el superior jerárquico de éste, con el fin de que se deje sin efecto un acto que se considera injusto, ilegal, inconveniente o inoportuno.

En tales casos el particular puede actuar como colaborador de la actividad contralora de oficio de la Administración; o bien a través de una solicitud o reclamo ante las autoridades mencionadas, en contra de una resolución que le causa agravio.

COMO OPERAN ESTOS TIPOS DE CONTROL EN CHILE

Con el objeto de poder hacer un paralelo entre situaciones distintas, veamos muy en síntesis cómo operaba el control, o mejor, qué tipos de control podían ser aplicables a los Municipios, antes del D.L. 1289.

En primer lugar no cabe duda que el control jurisdiccional era perfectamente factible de acuerdo a lo dispuesto por el art. 115 de la entonces vigente Ley de Municipalidades.

No cabe duda tampoco que existía un control de legalidad y financiero que se ejercía a través de la Contraloría General de la República y de los Tesoreros Comunales en sus respectivos casos.

En cuanto al control administrativo propiamente tal, no operaba sino en una medida interna por la condición de órgano descentralizado territorialmente.

En cuanto al control político, éste se podría decir que existía sólo en relación con los Alcaldes de designación del Presidente de la República.

Esto, dicho muy sucintamente, era la situación de control, sin entrar específicamente en detalle.

Ahora bien, lo que consideramos de interés para esta exposición, es el determinar cómo opera el control del Municipio o del acto administrativo en lo comunal, luego de la dictación del D.L. 1289, Orgánico de las Municipalidades.

En cuanto al control jurisdiccional, sigue operando en la forma que establece el art. 5º transitorio letras d) a i) "mientras no se dicte la ley general sobre contencioso administrativo". Lo interesante a este respecto sería el determinar la necesidad de una mayor prontitud en la dictación de tal ley. Algunos han pensado en la necesidad imperiosa de una legislación rápida; en tanto que otros creen que, por la importancia que reviste, no sólo en el aspecto comunal, sino en el general, debería despreciarse el factor tiempo en aras de una legislación técnica y positivamente bien realizada.

En cuanto al control de legalidad el propio Departamento de Control tiene facultades contraloras internas en cuanto le corresponde "realizar la auditoría operativa interna del Municipio con el objeto de fisca-

lizar su actuación desde el punto de vista de su eficiencia y de su legalidad; y, por otra parte, "efectuar cuando lo decida el Alcalde, las investigaciones y sumarios administrativos". (art. 30 letras a y c).

En lo relativo a la fiscalización, el régimen de control está expresamente establecido en el Título VIII del D.L. que se refiere justamente al régimen de fiscalización que, en términos generales, queda entregada a la Contraloría General de la República.

El problema se presenta cuando nos enfrentamos ante la interrogante de si se aviene el régimen de control jerárquico frente a un órgano estatal que es, de acuerdo a la ley, descentralizado tanto en lo territorial como en lo funcional.

No olvidemos que el art. 1º del D.L. 1289 expresa que "Las Municipalidades son instituciones de derecho público funcional y territorialmente descentralizadas, cuyo objeto es... etc."

No creemos que el problema se radique en la descentralización territorial porque ella es obvia, desde el momento en que la actividad del Municipio sólo puede realizarse dentro de los límites de la comuna, salvo las excepciones que no hacen sino confirmar la regla general, en especial en lo que se refiere a las actividades intercomunales.

Pero sí, el problema está en lo funcional. Si un órgano es funcionalmente descentralizado, no tiene vinculación jerárquica con organismos superiores, es autónomo e independiente y sólo se encuentra sujeto a supervigilancia, sin perjuicio de la jerarquía interna del órgano.

Pero en el caso de las Municipalidades nos encontramos con que no existe una total independencia ni autonomía respecto de autoridades superiores, sino que por el contrario se nota una dependencia directa especialmente en la toma de decisiones. A este respecto no debe olvidarse que no existe en el Municipio un cuerpo colegiado, como antiguamente, sino un órgano unipersonal, cual es el Alcalde, el que estará subordinado al Gobernador Provincial, salvo en materias estrictamente privativas de la Municipalidad, mencionadas en el art. 3º letra b)". (art. 10, inc. 2º).

Si hay subordinación, hay jerarquía, y si hay jerarquía, no hay descentralización funcional.

Ahora bien, se ha distinguido entre ciertas atribuciones privativas y otras compartidas con otros servicios. Si nos referimos a las atribuciones privativas, de acuerdo con el art. 3º del D.L. 1289, nos encontramos con que la contenida en la letra A) N° 1), de formulación, ejecución y fiscalización de la política y del plan de desarrollo comunales, les corresponde "de acuerdo con las políticas y planes de desarrollo regional". Esto es, según directrices superiores y no en forma autónoma.

Por otra parte y según el N° 2), la formulación, ejecución y fiscalización de programas comunales debe efectuarse de acuerdo "con el Plan de Desarrollo de la Región correspondiente", que no es de competencia del Municipio.

En el aspecto de la aplicación de las normas sobre transportes y tránsito público, las atribuciones "privativas" se reducen a la comuna respectiva en la forma que determinen las leyes y "las instrucciones técnicas de carácter general que les imparta el Ministerio respectivo".

EL CONTROL DE LOS ACTOS DE ADMINISTRACION EN EL AMBITO 173

Respecto del Plan Regulador Comunal, el Municipio debe adecuarse en su aplicación a las leyes —como es obvio— y además, “sujetándose a las instrucciones técnicas de carácter general que imparta el Ministerio respectivo”, al igual que en el caso anterior.

El cuidado del aseo y ornato de la comuna vendría a ser la única atribución privativa del Municipio.

Ahora bien, para la ejecución y celebración de los actos y contratos se requerirá “la autorización previa del Gobernador respectivo, cuando tengan efecto intercomunal”. (art. 5°).

Lo que sí queda a salvo es la atribución jerárquica interna, en cuanto se atribuye al Municipio en el art. 6° letra d) la facultad de aplicar medidas disciplinarias a los funcionarios de su dependencia, de acuerdo con las normas del Estatuto Administrativo. Y, en definitiva, el propio Alcalde debe someterse a las disposiciones estatutarias de los funcionarios públicos (art. 11).

A mayor abundamiento, y para sostener la jerarquización del Alcalde —que como se ha dicho, se contrapone a la descentralización funcional del Municipio— debemos señalar que el art. 61 del D.L. 1289 establece en su inciso 2° que “la responsabilidad administrativa del Alcalde y de los funcionarios se hará efectiva mediante los procedimientos determinados en el Estatuto Administrativo y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”.

Todos los conceptos anotados en breve síntesis, y las disposiciones citadas, nos llevan a pensar que nos encontramos, si de Municipalidades se trata, en presencia de un órgano desconcentrado, por cuanto tiene atribuciones que le son exclusivas, aunque sea en la sola medida del aseo y ornato y, por otra parte, atribuciones —que son las más— en cuyo ejercicio se encuentra en grado de dependencia y subordinación jerárquica, que caracteriza la centralización.

En tales condiciones, el control jerárquico sí existe, salvo respecto de la que a nuestro parecer es la única facultad privativa del Municipio y que se ha referido.

No se pretende con este breve comentario llegar a conclusiones absolutas, sino sólo renovar la inquietud sobre el problema para evitar que la sola letra de la ley nos lleve a conclusiones teóricas erradas.