

Base de Dictámenes

mun, principio de probidad, contratado a honorarios, libre ejercicio de profesión, control de jornada

002661N21

NUEVO:

SI

RECONSIDERADO:

NO

ACLARADO:

NO

APLICADO:

NO

COMPLEMENTADO:

NO

FECHA DOCUMENTO

11-11-2021

REACTIVADO:

NO

RECONSIDERADO

PARCIAL:

NO

ALTERADO:

NO

CONFIRMADO:

NO

CARÁCTER:

NNN

DICTAMENES RELACIONADOS

aplica dictámenes 32287/2001, 140/2004, 25517/2004, 35406/98, 34149/2004, 47630/2013, 32412/2017, 49102/2003, 65453/2016, 68222/2012, 181/2016

Acción	Dictamen	Año
Aplica	032287	2001
Aplica	000140	2004
Aplica	025517	2004
Aplica	035406	1998
Aplica	034149	2004
Aplica	047630	2013
Aplica	032412	2017
Aplica	049102	2003
Aplica	065453	2016
Aplica	068222	2012
Aplica	000181	2016

FUENTES LEGALES

pol art/8 ley 18575 art/13 ley 18695 art/40 inc/fin ley 18695 art/63 lt/d ley 18575 art/52 inc/2 ley 18575 art/53 ley 18575 art/62 num/6 ley 18575 art/7 ley 18575 art/13 ley

MATERIA

Atiende oficio N° 66.048, de 2020, del Prosecretario Accidental de la Cámara de Diputados.

DOCUMENTO COMPLETO

N° 2.661 Fecha: 11-XI-2021

Se ha dirigido a esta Contraloría General el señor Prosecretario accidental de la Cámara de Diputados, a requerimiento del Diputado don Jaime Naranjo Ortiz, solicitando se evalúe la pertinencia de iniciar una investigación respecto de una presunta malversación de fondos fiscales que habría afectado a la Municipalidad de Longaví.

Expone dicho parlamentario que el 25 de junio de 2020, remitió un oficio a la mencionada entidad edilicia -el que, a la fecha de su presentación, no habría sido atendido- consultando, por una parte, sobre la cantidad de abogados que se desempeñan en dicho municipio, sus nombres y remuneraciones. Por la otra, si dentro del aludido personal, se encuentra desempeñando funciones el señor Felipe Humberto Ortega Reyes, con el objeto de que, en caso de ser efectivo, el municipio indique si aquel ha representado al Alcalde de la Municipalidad de Longaví, en las causas Roles N°s C-1966-2018, C-400-2018 y C-1492-2018, todas del Primer Juzgado de Letras de Linares; y, Roles N°s C-2077-2017, C-570-2019 y C-1092-2019, todas del Segundo Juzgado de Letras de Linares.

Finalmente, agrega que la denuncia se refiere a la eventual utilización de fondos fiscales y un abogado con desempeño en la Municipalidad de Longaví, para la defensa en numerosos procesos judiciales de carácter particular, en los que se ha visto involucrado el Alcalde de la mencionada comuna, señor Cristian Menchaca Pinochet.

Requerido su informe, la Municipalidad de Longaví, mediante el oficio Ord. N° 627, de 2020, proporciona, en primer término, una nómina que individualiza a los tres abogados que se desempeñan en esa entidad edilicia en la función de asesoría jurídica, a saber, el señor Nicolás Valdés Castro -quien ingresó al municipio el 13 de enero de 2020 y percibe una remuneración mensual de \$570.000-; el señor Felipe Ortega Reyes -cuyo ingreso fue el 1 de enero de 2017 y percibe un total mensual de \$1.120.448-; y, la señora Cecilia Ferrada Valdés, quien comenzó a desempeñar sus funciones el 7 de septiembre de 2020, percibiendo \$672.269, por concepto de remuneración mensual.

En lo específico, tratándose del abogado Felipe Ortega Reyes, manifiesta que este se encuentra vinculado al municipio bajo la modalidad de honorarios, sin una jornada laboral establecida y, que en el ejercicio particular de su profesión, ha representado al alcalde en las causas judiciales por las que se consulta, las cuales no dicen relación con asuntos de injerencia municipal, en tanto inciden en materias de carácter económico, por obligaciones contraídas por el señor Menchaca Pinochet, de manera previa a su elección como alcalde.

Enseguida, dicha entidad edilicia adjunta una nómina de los juicios en que ha intervenido tal profesional en representación del municipio, a saber, Rol N° 43599-2017, de la Excm. Corte Suprema; Roles N°s 261-2017, 208-2017, 203-2017, todos de la Itma. Corte de Apelaciones de Talca; Rol N° T-17-2019, del Primer Juzgado de Letras de Linares; Roles N°s

T-3-2018, T-5-2017, O-28-2017, O-24-2017; O-11-2017, C-11-2018, C-6-2018, C-10-2017 y C-1714-2019, todos del Segundo Juzgado de Letras de Linares; y, Roles N°s 743-2017 y 2323-2018, ambos del Juzgado de Garantía de Linares.

Finalmente, la autoridad comunal afirma que jamás ha utilizado dineros públicos para pagar sus deudas financieras, como tampoco el patrimonio municipal para contratar con fines personales alguna asesoría jurídica.

Sobre el particular, en lo que dice relación con la cantidad de abogados contratados por el municipio, cabe hacer presente que revisado el portal de transparencia institucional al mes de noviembre de 2020, se verifica que en la planta municipal existen tres personas que detentan la mencionada profesión, a saber: doña Camila Chamorro Gaete -Directora de Seguridad Pública-, doña Lorena del Pilar Gálvez Gálvez -Secretario Municipal- y doña Georgina Liliana Orrego Guzmán -Jueza del Juzgado de Policía Local-, todos de la planta directiva. Además, aparece don Carlos Alberto Batarce Falcón -Secretario del Juzgado de Policía Local-, perteneciente a la planta profesional.

Mientras que en calidad a honorarios, se aprecian publicados los convenios con los abogados señores Nicolás Valdés Castro y Felipe Ortega Reyes -ambos con funciones de asesor jurídico municipal- sin que exista constancia, en el portal de transparencia activa del municipio, de la contratación de doña Cecilia Ferrada Valdés, por lo que corresponde que esa entidad edilicia regularice tal situación, efectuando la publicación pertinente.

Asimismo, en lo relativo a las dotaciones del Departamento de Salud y Educación vigentes al mes de noviembre de 2020, es posible advertir, en el primer departamento, la existencia de una designación a contrata para efectuar labores de abogado, recaída en el señor Nicolás Valdés Castro y, la contratación a honorarios del señor Felipe Ortega Reyes, para desempeñar funciones de abogado en el señalado departamento. Por su parte, en el área de educación, se aprecia un contrato regido por las disposiciones del Código del Trabajo, a nombre del señor Christian Cancino Montecino.

Finalmente, cabe indicar que, actualizada la información revisada en el citado portal de transparencia activa, a septiembre de la presente anualidad, solo se agrega a las ya mencionadas, la designación a contrata del señor Carlos Gómez Tillería, para desempeñar funciones de abogado en el Departamento de Salud del municipio.

En este contexto, de los documentos examinados se advierte que la Municipalidad de Longaví ha suscrito, de manera sucesiva, convenios anuales con el señor Ortega Reyes, los que se han mantenido vigentes desde el 1 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2021 -aprobados mediante los decretos alcaldicios N°s 246, de 2017; 313, de 2018; 429, de 2019; 309, de 2020 y 617, de 2021, todos de ese origen-, con el objeto de que aquel preste "asesoría jurídica en el ejercicio de acciones o en la defensa judicial de aquellas causas radicadas en sede administrativa o judicial que determine la dirección del servicio". Además de "informar y prestar asesoría jurídica a los vecinos de la comuna de Longaví sobre los diferentes programas de Gobierno, de vinculación institucional; control y seguimiento de los procesos iniciados ante el Ministerio Público, como además de prestar funciones jurídicas en distintas unidades del municipio".

En la especie, de los decretos de pago tenidos a la vista, es posible verificar que se han retribuido al aludido profesional los honorarios correspondientes a los meses durante los cuales se ha encontrado vinculado contractualmente. Asimismo, se han adjuntado a cada

cuales se ha encontrado vinculado contractualmente. Asimismo, se han adjuntado, a cada acto administrativo que autoriza el correspondiente egreso, la boleta de honorarios, un certificado mensual de recepción conforme de los servicios prestados -extendido por el Administrador Municipal- y un informe mensual de gestiones efectuadas, suscrito por el señor Ortega Reyes, contexto en el cual no se advierte un eventual mal uso de fondos fiscales.

Expuesto lo que antecede y considerando la denuncia efectuada, en el sentido de que el señor Felipe Ortega Reyes, en calidad de abogado particular, presta sus servicios profesionales al Alcalde del referido municipio, es necesario analizar las normas sobre probidad administrativa aplicables al caso, con el objeto de dilucidar si el ejercicio de la profesión en el ámbito privado por parte del señor Ortega Reyes, resulta conciliable con la posición que a éste corresponde en el Municipio, y si ello perturba el cumplimiento de sus deberes.

En este contexto, corresponde destacar que de acuerdo con el 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.

Al respecto, debe precisarse que el principio de probidad administrativa resulta aplicable a quienes son contratados a honorarios, toda vez que a las disposiciones que consagran y cautelan tal principio, contenidas en la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se encuentran afectos no sólo los funcionarios de planta y a contrata de los organismos de la Administración, sino también las personas contratadas a honorarios, quienes al desempeñarse para el Estado en virtud de un contrato suscrito con un organismo público, tienen la calidad de servidores estatales (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 32.287, de 2001 y 140, de 2004, entre otros).

En este orden de ideas, es útil señalar que el artículo 13 de la ley N° 18.575 -Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado-, establece el principio de probidad administrativa, el cual debe ser respetado por la totalidad de los servidores de la Administración, debiendo agregar, que el artículo 40, inciso final, de ley N° 18.695 aplica expresamente las normas de probidad al Alcalde y a los concejales, y el artículo 63, letra d), de este último cuerpo legal, le encarga al Alcalde velar por la observancia del principio de probidad.

Seguidamente, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 52 de ley N° 18.575, el principio de 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. Añade, el artículo 53 y en lo pertinente, que ese interés general se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas, en lo razonable e imparcial de sus decisiones y en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales.

A su vez, el artículo 62, N° 6, de ese cuerpo normativo, dispone que contravienen especialmente el principio de probidad administrativa, entre otras conductas, la de participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad.

De igual forma, debe considerarse que las autoridades respectivas al ejercer sus atribuciones, en el presente caso, la de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 7° y 13 de la ley N° 18.575, se encuentran obligadas a respetar los principios de probidad administrativa, de transparencia y de objetividad, antes enunciados, en particular, las normas legales generales y especiales que los regulan (aplica criterio dictamen N° 25.517 de 2004).

Por otra parte, el artículo 56 de Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto dispone que todos los funcionarios tendrán derecho a 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 la ley.

Ahora bien, considerando lo anterior se advierte que en el libre ejercicio de su profesión, el señor Ortega Reyes debe velar por los intereses particulares del señor Cristian Menchaca Pinochet, lo que podría afectar las decisiones que deba adoptar el Alcalde a su respecto y el control jerárquico sobre el mismo, por lo que la simultaneidad de ambas contrataciones puede potencialmente restarle imparcialidad.

Al respecto, es preciso tener presente que la intervención del Alcalde en los procesos de contratación de personal debe verificarse con plena observancia del principio de probidad administrativa en los términos previstos por el ordenamiento jurídico, lo que no se cumpliría si se aceptara que dispusiera la contratación de alguna persona con la cual tenga vínculo que le reste imparcialidad al momento de adoptar tal decisión, ya que eventualmente podría traducirse en una ventaja para esta última (aplica criterio contenidos en los dictámenes N°s 35.406, de 1998 y 34.149, de 2004).

En este sentido, debe insistirse en que el objetivo de la indicada normativa sobre probidad no es otro que el de impedir que intervengan en la resolución, examen o estudio de determinados asuntos o materias, aquellos servidores 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 éstos deben desempeñarse (aplica criterio de los dictámenes N°s 47.630, de 2013 y 32.412, de 2017).

Con todo, cabe hacer presente en relación al libre ejercicio de la profesión de abogado del señor Ortega Reyes que tratándose de servidores públicos, como es el caso, se deben tener en especial consideración, al momento de analizar la legalidad de las funciones que puede desarrollar en el ámbito privado, la normativa que rige su posición en la Administración, particularmente las normas sobre probidad administrativa, las que deben entenderse naturalmente armónicas con las garantías constitucionales, como la contenida en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental relativa al derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (aplica criterio contenido en el dictamen N° 49.102, de 2003, de este origen).

Consecuentemente, del análisis de los antecedentes proporcionados y conforme con la normativa y jurisprudencia expuesta, a juicio de esta Entidad de Control, la contratación del señor Ortega Reyes para desempeñar labores como asesor jurídico del Municipio y los servicios profesionales que de manera particular presta el señor Alcalde, no resultan

conciliables entre sí, de modo tal que procede que esa corporación edilicia adopte las medidas que correspondan tendientes a corregir dicha situación, dando cuenta de ello en el plazo de 30 días hábiles contado desde la recepción del presente oficio.

Asimismo, en relación con los hechos que el peticionario estima que podrían revestir caracteres de delito, en específico una “presunta malversación de fondos fiscales”, se debe aclarar que de conformidad con lo previsto en el artículo 76 de la Constitución Política, que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley, por lo que se ha estimado pertinente remitir los antecedentes al Ministerio Público para los efectos que en derecho corresponda.

Por su parte, sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cabe precisar que en virtud de lo previsto en el inciso tercero del artículo 4° de la ley N° 18.883, las personas contratadas a honorarios, como es el caso del señor Felipe Ortega Reyes, estos se rigen por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les son aplicables las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo.

De esta manera, tal como se ha precisado en el dictamen N° 65.453, de 2016, quienes desempeñen servicios a honorarios en la Administración, no revisten la calidad de funcionarios públicos y el propio pacto constituye la norma reguladora de sus relaciones con ella, de manera que aquellos no poseen otros beneficios que los que se contemplen expresamente en el pertinente acuerdo de voluntades, los cuales no pueden ir más allá de los establecidos en la ley para los empleados estatales.

Asimismo, es menester reiterar, que en conformidad con el criterio contenido, entre otros, en los dictámenes N°s. 68.222, de 2012, y 181, de 2016, tratándose de las funciones desarrolladas por quienes laboran bajo el régimen de honorarios -como en la situación de la especie-, la autoridad debe supervisar el cumplimiento de la jornada laboral que les impone el respectivo convenio, debiendo fijar para tal efecto un mecanismo de control de asistencia obligatorio, que perfectamente podría ser el mismo que haya adoptado como permanente y regular para fiscalizar la concurrencia de todos los funcionarios.

Pues bien, de la revisión de los antecedentes aportados por la entidad edilicia, se verifica que en la cláusula cuarta de los convenios suscritos entre 2017 y 2020 se pactó que don Felipe Ortega Reyes debía asistir 9 horas cronológicas semanales, las que podían cumplirse, desde las 17:30 horas de lunes a jueves o, los viernes o sábados, en todo horario, debiendo registrar su asistencia en el registro de reloj control.

De esta forma y como resultado de las validaciones efectuadas por esta Entidad de Control con la encargada de Recursos Humanos de la aludida entidad edilicia, mediante correo electrónico de 6 de abril de la presente anualidad, se informó que, en relación con el cumplimiento de la obligación precitada, el señor Ortega Reyes no ha realizado las correspondientes marcaciones en el reloj control.

En consecuencia, la Municipalidad de Longaví deberá instruir un procedimiento disciplinario con el objeto de establecer las responsabilidades administrativas que hayan podido originarse con motivo de la referida omisión, remitiendo copia del acto administrativo que le dé inicio a la Contraloría Regional del Maule, dentro de un plazo de 30 días hábiles, contado desde la recepción del presente oficio.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS