



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
SUBDIVISIÓN JURÍDICA

REF.: N°
MSEV

175.882/15

TRANSCRIBE OFICIO QUE INDICA

SANTIAGO, 17. JUL 2015. 057031

17. JUL 2015. 057030

oficio N°
consiguientes.

Cumplo con remitir a Ud. copia del
de esta Entidad de Control, para su conocimiento y fines

Saluda atentamente a Ud.,


Por Orden del Contralor General
Abogado
Subjefe División de Municipalidades
Subrogante

A LA SEÑORA
JEFE DE LA UNIDAD TÉCNICA DE CONTROL EXTERNO
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
PRESENTE



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
SUBDIVISIÓN JURÍDICA

REF.: N° 175.882/15
MSEV

**RECHAZA SOLICITUD DE
RECONSIDERACIÓN DEL DICTA-
MEN N° 86.902 Y DEL INFORME
FINAL N° 46, AMBOS DE 2014, QUE
OBSERVAN CONVENIOS SUSCRI-
TOS POR LA MUNICIPALIDAD DE
SAN MIGUEL, CON LA EMPRESA
NATURAL PHONE S.A.**

SANTIAGO, 17. JUL 2015. 057030

Se ha dirigido a esta Contraloría General la Municipalidad de San Miguel, solicitando, por las razones que indica, la reconsideración del oficio N° 86.902, de 2014, y del Informe Final N° 46, del mismo año, a través de los cuales se objetó, en lo que interesa, el "Convenio de Patrocinio" y el "Contrato de servicio de desarrollo de las funciones complementarias y adecuación de las existentes para la aplicación web comunidad virtual San Miguel" celebrados por esa entidad edilicia con la empresa Natural Phone S.A., por cuanto estos no se habrían ajustado a derecho.

Como cuestión previa, cabe indicar que el mencionado dictamen observó el primero de los contratos nombrados, ya que este implicaba, en la práctica, dar a conocer un servicio de seguridad prestado por una empresa del mercado, asunto respecto del cual el municipio carece de atribuciones, toda vez que en el ámbito del apoyo y fomento de las medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana, las entidades edilicias deben coordinarse con otros organismos competentes y no con privados, considerando, además, que la publicidad efectuada en forma permanente en favor de la anotada sociedad, significó vincular la imagen corporativa de esta última con la de dicha repartición pública.

Se observó, también, que el señalado convenio conllevaba, además, el acceso del municipio a diversos servicios prestados por la empresa, lo que no puede sino entenderse como una contraprestación por el referido patrocinio, sin haberse ajustado a las normas de contratación públicas contenidas en la ley N° 19.886 y su reglamento.

A continuación, tratándose del segundo de los contratos precitados, se señaló que teniendo este como antecedente directo la primera de las convenciones, también posee un carácter irregular, concluyendo que el aludido municipio debía normalizar la situación e incoar una investigación a fin de determinar eventuales responsabilidades administrativas.

Por su parte, el informe final cuya reconsideración se solicita, reiteró las objeciones formuladas en el anotado dictamen N° 86.902, de 2014, y ordenó al municipio adoptar las medidas necesarias para dejar sin efecto ambos convenios, sin perjuicio del referido procedimiento disciplinario.

En relación con el primer cuestionamiento de la autoridad recurrente, en orden a que no habría tenido oportunidad de efectuar sus descargos sobre la materia, por no requerírsele su opinión de forma previa a la emisión de los citados pronunciamientos, cabe anotar que ello no resulta efectivo.

 **AL SEÑOR
ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DE SAN MIGUEL
SAN MIGUEL**

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
SUBDIVISIÓN JURÍDICA

2

Lo anterior, toda vez que, en la especie consta que a través del correspondiente preinforme de observaciones, remitido al municipio mediante el oficio N° 53.654, de 2014, se puso en conocimiento de la autoridad alcaldía la solicitud efectuada a la Subdivisión Jurídica de la División de Municipalidades de esta Contraloría General, para que esta emitiera un pronunciamiento sobre la procedencia y legalidad de los convenios de que se trata, por lo que -no siendo obligatorio para este Organismo de Control ni habiendo estimado necesario requerir antecedentes adicionales a los ya recabados- aquella, en cualquier momento, conforme al principio de contradictoriedad contemplado en el artículo 10 de la ley N° 19.880, podría haber manifestado su parecer sobre el asunto en estudio y entregado la documentación que estimase pertinente.

Por otra parte, en cuanto a lo sostenido por el municipio recurrente en el sentido que no corresponde que este Organismo de Control haya objetado su facultad de desarrollar funciones vinculadas al apoyo y fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana en forma directa y no en conjunto con otros órganos de la Administración del Estado, toda vez que dicho actuar estaría amparado en diversa jurisprudencia administrativa vigente, cumple señalar que los pronunciamientos que se impugnan en esta oportunidad, en caso alguno han limitado la mencionada atribución en la forma que indica la entidad edilicia.

En efecto, el artículo 4°, letra j), de la ley N° 18.695, establece que las municipalidades, en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, por sí mismas o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con el apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana, y colaborar en su implementación, siendo reiterada la jurisprudencia que reconoce la posibilidad de que aquellas entidades puedan hacerlo de manera directa.

Lo que sí se ha cuestionado en la especie, es el hecho de que el municipio haya actuado en la materia de que se trata en coordinación con una empresa privada, pues el legislador, según se desprende del claro tenor de la disposición anotada, no ha facultado a las entidades edilicias en dicho sentido.

Luego, señala la autoridad alcaldía que a través del mencionado contrato de patrocinio solo se promocionó una medida de autocuidado específica de carácter privado, lo que no se encuentra expresamente prohibido en el ordenamiento jurídico, haciendo presente que estaba abierta la posibilidad de que otras empresas del rubro prestaran igual servicio de seguridad en las mismas condiciones. Agrega, en lo que interesa, que la situación en comento es homologable a las autorizaciones municipales otorgadas a compañías aseguradoras para que estas vendan el seguro automotriz obligatorio en recintos municipales.

Al respecto, es dable recordar lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y 2° de la ley N° 18.575, en el sentido que los órganos del Estado, entre los cuales se comprenden los municipios, deben ajustar su proceder al principio de juridicidad, sin que puedan actuar al margen de ese marco ni aun a pretexto de la concurrencia de circunstancias extraordinarias o de razones de eficiencia.

En dicho sentido, este Organismo de Control mediante el dictamen N° 20.243, de 2014, de este origen, ha sostenido que atendido que la finalidad de las entidades edilicias es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de sus respectivas comunas, del modo que dispone el

ordenamiento jurídico, aquellas carecen de competencia para asumir obligaciones que resultan ajenas a la gestión propiamente comunal, como las referidas al desarrollo de acciones de publicidad en favor de una empresa particular.

Así, aun cuando la autoridad comunal afirme que la acción de promoción de la compañía de que se trata habría tenido como finalidad el beneficio de los vecinos, ello no puede servir de justificación al hecho de que la municipalidad se excedió en el ejercicio de sus facultades, teniendo presente, además, que para la respectiva entidad comercial, la publicidad efectuada a través de la página web institucional implicaba un beneficio económico.

Al respecto, cabe agregar, que tampoco es procedente asimilar la situación en análisis a la de las compañías autorizadas por los municipios para vender el seguro automotriz obligatorio, toda vez que según lo ha precisado la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 50.237, de 2013, entre otros, este último caso se trata del otorgamiento de un permiso de ocupación a dicha clase de empresas para realizar su actividad comercial en recintos institucionales o en bienes nacionales de uso público, encontrándose las municipalidades en la obligación de posibilitar a todas las entidades del rubro que operen en la plaza o a sus agentes, el expendio de los mencionados seguros, de manera que si ello no resulta posible, no debe favorecerse a ninguna, sin perjuicio de convocar a una licitación pública al efecto.

Pues bien, como se puede advertir, el contrato de patrocinio en estudio no tiene las características de un permiso de ocupación -acto unilateral del alcalde, discrecional en su otorgamiento, renovación y término-, sino que constituye un convenio bilateral en que, en lo que interesa, el municipio se comprometió directamente con una empresa específica, por un plazo determinado, a publicitar los servicios de la misma en la página web institucional.

Así, se trata de un acuerdo de voluntades en que esa repartición se obliga a promocionar a una entidad comercial, en tanto que en el caso de las compañías aseguradoras, las municipalidades solo permiten la utilización de un espacio, de su propiedad o de uso público, para que estas realicen su actividad lucrativa, sin limitar la posibilidad de participar a los diversos interesados.

Es dable añadir, que el hecho de que en el contrato de patrocinio no se haya establecido la exclusividad de los servicios de Natural Phone S.A., no modifica la anterior conclusión, por cuanto, ello no incide en la naturaleza y finalidad de aquel.

Enseguida, sobre el cuestionamiento formulado en el citado dictamen N° 86.902, de 2014, en el sentido que las acciones de publicidad en comento implican que la imagen corporativa de la repartición pública se vincule con la de la empresa particular, sostiene la autoridad alcaldía -sin desconocer la veracidad de tal afirmación- que esta Contraloría General habría amparado esa clase de situaciones, precisamente en el caso de la venta de seguros en recintos municipales.

Al respecto, cumple con reiterar que se trata de hechos distintos, no asimilables, y que, en todo caso, el elemento que determina una suerte de confusión entre las imágenes corporativas del municipio y la empresa, es la publicidad efectuada en forma permanente, lo que no se configura en la hipótesis planteada por la municipalidad recurrente.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
SUBDIVISIÓN JURÍDICA

4

Por otra parte, la entidad edilicia argumenta, en relación con la observación de no haberse sujetado la suscripción del convenio de patrocinio a las normas contenidas en la ley N° 19.886 y su reglamento, que no se trata de un contrato de suministro ni de servicios, y tampoco es oneroso, por lo que no se encuentra afecto a dicha normativa.

Sobre el particular, el artículo 1° de la ley N° 19.886, establece que los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios de esa normativa.

Luego, el artículo 2° del mismo texto legal señala que para los efectos de dicha ley, "se entenderá por contrato de suministro el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles", precisando en su letra a) que se encuentran comprendidos en tal concepto, en lo que interesa, "la adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derecho de uso de estos últimos".

Pues bien, según se estipuló en el convenio de promoción de que se trata, específicamente en su cláusula segunda, la Municipalidad de San Miguel tendría acceso al portal web de la empresa, estando facultada para realizar en este, programas de televisión o incorporar videos de interés municipal, como también comunicarse con los usuarios del sistema de seguridad ofertado por Natural Phone S.A., de lo cual es dable entender que esta cedió el uso de un software computacional al municipio, pudiendo aquel ser calificado como un contrato de suministro en conformidad con la normativa antes anotada, sin que tenga asidero la afirmación de la autoridad alcaldicia en orden a que la referida convención implicaría un permiso de uso de un bien institucional.

Ahora, en cuanto a su supuesta gratuidad, es necesario recordar que el artículo 1.440 del Código Civil, establece que un contrato tiene dicha calidad "cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

Así, teniendo presente que ambas partes resultaron obligadas una en favor de la otra, solo cabe calificar el convenio de patrocinio como oneroso, aun cuando en el mismo se haya estipulado su gratuidad, toda vez que en derecho las cosas son lo que son, independiente de su denominación o del carácter que los interesados quieran darle a la respectiva convención (aplica dictamen N° 80.064, de 2011).

Atendido lo expuesto, y sin perjuicio de que, en todo caso, el municipio no se encontraba facultado para obligarse a efectuar la promoción de los servicios de una empresa particular, cabe reiterar la observación de no haberse ajustado la contratación a las normas contenidas en la ley N° 19.886 y en el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Enseguida, en lo que respecta al "Contrato de servicio de desarrollo de las funciones complementarias y adecuación de las existentes para la aplicación web comunidad virtual San Miguel", la aludida autoridad ha manifestado que no comparte el criterio contenido en el pronunciamiento objeto de la presente solicitud de reconsideración, en orden a que como el contrato de patrocinio es ilegal, también lo es el convenio en

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN DE MUNICIPALIDADES
SUBDIVISIÓN JURÍDICA

5

comento, toda vez que el fundamento de este fue la donación del software que Natural Phone S.A. hiciera al municipio, la que no fue cuestionada por esta Contraloría General.

Respecto de este punto, cumple señalar que la mencionada cesión por parte de la empresa a la municipalidad, tuvo su origen precisamente en el acuerdo de patrocinio celebrado con anterioridad entre dichas entidades, según se advierte del decreto alcaldicio N° 334, de 2013, de manera tal que siendo este último convenio irregular, también lo es aquella cesión y, consecuentemente, el contrato de servicio antes aludido.

Finalmente, solicita el referido municipio que se reconsideren las observaciones contenidas en el anotado informe final, relativas a la aprobación extemporánea del contrato de patrocinio, y a la instalación de aplicaciones computacionales en forma previa a la aceptación de la donación del correspondiente software.

En cuanto al primer punto, se limita la autoridad edilicia a expresar que ello se debió a un error en la elaboración del contrato, motivo por el cual cumple reiterar que, en el futuro, esa municipalidad debe sancionar oportunamente, mediante decretos alcaldicios, todas sus decisiones formales; en tanto que sobre el segundo, analizada nuevamente la situación, cabe concluir que si bien no se observa irregularidad en que las aplicaciones computacionales se hayan instalado con anterioridad a la donación citada -en el entendido que ello se efectuó en el marco del cumplimiento del contrato de patrocinio-, no puede dejar de advertirse que, atendida la ilegalidad de este, los actos vinculados al mismo comparten igual carácter.

Por consiguiente, de acuerdo a las consideraciones anotadas, se rechaza la solicitud de reconsideración de la especie, debiendo el municipio ordenar la instrucción de un procedimiento disciplinario a fin de determinar las eventuales responsabilidades administrativas derivadas de los hechos observados, remitiendo a este Organismo de Control copia del decreto que lo disponga, dentro del plazo de 15 días contado desde la recepción del presente oficio.

Transcríbase a la Unidad Técnica de Control Externo de la División de Municipalidades y a la Unidad de Seguimiento de la Fiscalía, ambas de esta Contraloría General.

Saluda atentamente a Ud.

Contralor General de la República
Subrogante