Modifica la ley N°18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, para delimitar el objeto de las ordenanzas municipales y someterlas al trámite de toma de razón

Boletín N° 12941-06

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política de la República, lo previsto en la ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido en el reglamento de la H. Cámara de Diputados y conforme a los fundamentos que se indican a continuación, vengo en presentar la siguiente moción.

I. ANTECEDENTES

1. LA TOMA DE RAZÓN DE CONTRALORÍA COMO CONTROL PREVIO DE LEGALIDAD

Nuestro ordenamiento jurídico se ha estructurado a partir de una estricta separación de los tres poderes del Estado. Uno de los elementos que ha permitido con éxito la total separación de poderes es el principio de legalidad, que rige todas las actuaciones de la administración pública, y según el cual el actuar de ésta debe quedar siempre sometido a las competencias que expresamente le ha conferido la ley. Así, se ha afianzado el principio según el cual, mientras las personas pueden hacer todo aquello que la ley no prohíbe, las autoridades pueden hacer únicamente lo que les está expresamente permitido por el ordenamiento jurídico.

Es en este contexto que nuestro ordenamiento jurídico ha diseñado e incorporado una serie de mecanismos destinados a controlar la legalidad de todos los actos emanados del Estado. Así, mientras la labor del Poder Legislativo, consistente en la elaboración de leyes, está sujeto al control del Tribunal Constitucional, los actos del Ejecutivo y de la Administración del Estado han estado tradicionalmente bajo la tutela de Contraloría General de la República.

Este Órgano Contralor, constitucionalmente autónomo respecto del Poder Ejecutivo, tiene como misión constitucional el control de la legalidad de los actos administrativos, junto con el resguardo del correcto uso de los fondos públicos. Como señala la Contraloría en su sitio web, una de sus principales finalidades consiste en verificar que las instituciones públicas actúen dentro del ámbito de sus atribuciones, respetando los procedimientos legales. Para cumplir con esta función este órgano ha sido dotado de distintas herramientas, una de ellas es la facultad de emitir dictámenes, interpretando normas jurídicas para el ámbito administrativo. Otra de las facultades con las que cuenta este órgano es la representación de la ilegalidad de la que adolezcan ciertos decretos y resoluciones. Finalmente, podemos encontrar la toma de razón de decretos y resoluciones

emanados de la Administración, facultad reconocida en el artículo 88 de la Constitución Política de la República, y que constituye, quizás, el principal control previo de legalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

La toma de razón se define como un control jurídico previo, general y obligatorio, de la legalidad y constitucionalidad de los Decretos, Decretos con Fuerza de Ley y Resoluciones emanados de la Administración[1]. Como se puede apreciar, la toma de razón es la regla general respecto de los actos de administración, lo que asegura que las normas de aplicación general emanadas de la Administración en virtud de una autorización legal serán, mayoritariamente, controladas con anterioridad a su entrada en vigencia. Excepcionalmente no estarán sujetas a este control, las instrucciones, oficios u órdenes ministeriales (por no ser resoluciones o decretos en los términos del Artículo 99 de la Constitución) y los actos que la misma ley ha eximido de este control. Como se podrá ver más adelante, nuestro ordenamiento contempla muy pocos actos exentos de toma de razón, siendo la inmensa mayoría susceptibles del control previo de Contraloría General de la República.

2. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES COMO POTESTAD NORMATIVA DE LOS ALCALDES

Las municipalidades, como órganos administrativos constitucionalmente autónomos y encargados de la administración de territorios específicos, están dotadas principalmente de atribuciones de carácter ejecutivo. El artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades ("**LOCM**") señala que tienen a su cargo la administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley. Señala a continuación que su función es "satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas". En razón de lo anterior, no es de extrañar que las funciones normativas de las que está dotada una municipalidad sean marginales en oposición a las importantes labores administrativas que éstas deben cumplir. Así, dentro de las múltiples funciones que la ley otorga a las municipalidades, podemos incluir el elaborar, aprobar y modificar los planes comunales de desarrollo; la confección del plan regulador comunal; la promoción del desarrollo comunitario; aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito público; o el aseo y ornato de la comuna. Además de lo anterior, las municipalidades desarrollan directamente o en conjunto con otros órganos de la administración, funciones relacionadas con temas tan amplios como la educación, la cultura, la salud, la asistencia social y jurídica, el turismo, entre otros.

Sin embargo, en conjunto con las múltiples atribuciones administrativas que la ley otorga a las municipalidades, ésta contempla facultades normativas, circunscritas al territorio específico que administra la municipalidad. Así, el artículo 12 de la LOCM define muy someramente las ordenanzas municipales, señalando que se tratan de "normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad". El carácter normativo de estos actos es claro, sin embargo el texto legal entrega

1 RAJEVIC, Enrique y GARCÉS, María Fernanda. "Control de legalidad y procedimiento de toma de razón". http://www.derecho.uahurtado.cl/documentos/Rajevic-Garces.pdf.

pocos indicios al intérprete que permitan dimensionar el contenido y los límites que aplican a una ordenanza municipal, y el carácter de "norma general y obligatoria" requiere ser llenado de contenido por el intérprete.

Es así como la doctrina ha entendido que estas normas jurídicas tienen una serie de características comunes y de límites jurídicos que permiten caracterizarlas de forma más precisa. Entre las características que podemos distinguir se encuentran las siguientes[2]:

1. **Tienen límites materiales intrínsecos:**
    a. **Funciones del alcalde y de la municipalidad:** Están limitadas a las materias respecto a las cuales la ley a otorgado competencia al alcalde y por lo tanto a la municipalidad (por ejemplo, aseo, ornato o uso de bienes nacionales de uso público), sin ser posible que invadan competencias de otros órganos de la Administración del Estado.
    b. **Primacía legal:** No pueden establecer limitaciones adicionales a las de la ley y los reglamentos, ni mucho menos tener un contenido que se oponga a los anteriores. En el mismo sentido, estas normas no tienen la potencia innovadora de la ley.
    c. **En las sanciones:** Las sanciones se limitan a sanciones pecuniarias hasta un tope de 5 Unidades de Fomento.

2. **Tienen límites formales:**

    Las ordenanzas son propuestas por el alcalde y deben ser aprobadas por la mayoría del Concejo Municipal. Además del control que realiza este concejo, las ordenanzas municipales son susceptibles de control ciudadano a través del reclamo de ilegalidad municipal (artículo 151 de la LOCM) que puede concluir en una revisión por parte de los tribunales ordinarios de justicia.

3. **Tienen un límite genérico:**

    Lo constituyen las propias potestades del alcalde y de las municipalidades como órganos autónomos constitucionales. En el uso de esta facultad normativa el alcalde no puede invadir competencias otorgadas por la ley o por la Constitución a otros órganos del Estado u otros órganos administrativos.

II. FUNDAMENTO DE LA INICIATIVA

2 Características enumerados en el trabajo de VERGARA, Alejandro; ARENAS, Federico; DEL RÍO, Camilo; RIVERA, Daniela; GÓMEZ,Rosa; y BARTLETT, Daniel. "Ordenanzas municipales: límites, legitimidad democrática, problemas y propuestas. Estudio de caso: aguas, bienes de uso público y sanciones". pp. 208. Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/04/CAP.-7.pdf

A. <u>Ordenanzas municipales en exceso de sus atribuciones:</u>

En los últimos años hemos visto proliferar distintas ordenanzas municipales cuyo contenido excede por mucho la mera aplicación territorial de una ley concreta, o la regulación de la aplicación práctica en su contexto comunal, objetivo para el cual fue pensada la herramienta de la ordenanza municipal. Y es que, tal como se indicó en los antecedentes de esta moción, la ordenanza municipal, a pesar de que el texto expreso de la LOCM no lo señala, no puede entenderse sino como la manifestación a nivel comunal de la ley, en la regulación de los aspectos que la misma no ha descrito, y en el marco de las facultades legalmente otorgadas a la municipalidad por la misma LOCM.

En este sentido, y tal como señaló el profesor Cristian Román Cordero, esto ha tenido el efecto práctico que "algunas de ellas, visionariamente, y antes que el Legislador, hayan reglado materias que dada su creciente relevancia así lo exigía (por ejemplo, en relación a la prohibición de la discriminación y la tenencia responsable de mascotas), y en lo malo, en que algunas de ellas hayan contemplado disposiciones ilegales y derechamente inconstitucionales (infringiendo incluso derechos fundamentales)[3]".

Ejemplos concretos de ordenanzas dictadas en exceso de los límites internos y externos de la potestad normativa de las municipalidades abundan, y muchos de ellos son de fecha reciente. Así, hace algunos meses atrás una municipalidad dictó una ordenanza que prohibía el rodeo, deporte reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico nacional. Si bien esta ordenanza fue dejada sin efecto por Contraloría, esto tuvo que hacerse de manera posterior a su entrada en vigencia, con todos los inconvenientes que esto pudo haber generado.

Otros ejemplos concretos se han dado con ordenanzas que sancionan el acoso callejero, donde se tipifican y sancionan conductas que bajo la normativa vigente son lícitas. Del mismo modo, otras municipales han establecido a través de ordenanzas municipales la prohibición de fumar en plazas públicas, lo que a todas luces implica restricciones adicionales a las que contempla la Ley del Tabaco y significa la privación de ciertas libertades individuales anteriormente reconocidas por la ley.

Todos los casos descritos anteriormente son de relevancia nacional, y merecen ser discutidos en su mérito. El punto crítico que identificamos los mocionantes no consiste en las regulaciones particulares que han establecido las respectivas municipalidades para los casos anteriormente descritos. El punto crítico consiste en que las municipalidades están actuando en exceso de las atribuciones que la LOCM les ha conferido, y que estas normas de rango legal se están imponiendo sin someterse al proceso que contempla la Constitución, es decir, sin someterse a la discusión legislativa en el Congreso Nacional.

---

3 Columna de opinión del Profesor Cristian Román Cordero disponible en: http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-problema-de-las-ordenanzas-municipales/

B. Origen del problema de las ordenanzas municipales:

Constatado el problema, cabe lógicamente preguntarse qué lo ha generado. Cómo es que, en un estado de derecho con un correcto funcionamiento y con instituciones sanas y responsables, hemos llegado a un sistema en que las municipalidades pueden imponer restricciones y regulaciones que no se ajusten a la ley, y en algunos casos que vulneren incluso derechos fundamentales.

La respuesta, en opinión de los mocionantes, está en la legislación que regula a las municipalidades como órganos autónomos constitucionales. Creemos que la LOCM no delimita de forma precisa el concepto de ordenanza municipal, y por lo tanto su alcance y sus límites. Asimismo, creemos que la exención del trámite de toma de razón que consagra el artículo 53, inciso 1° de la LOCM, no tiene justificación alguna en nuestro estado de derecho. Si bien, hay circunstancias que puedan justificar eximir de un control previo de legalidad a ciertos actos que, por sus especiales características, requieren de mayor celeridad en su entrada en vigencia, esto en absoluto es aplicable para ordenanzas municipales que establecen obligaciones generales a los habitantes de una comuna, y que pueden derivar en sanciones y multas de aplicación general.

Así, la ausencia de control previo ha generado que hayan ordenanzas municipales vigentes y exigibles que no satisfacen estándares mínimos de legalidad. Cuando se da a un alcalde la posibilidad de dictar normas generales sancionables con multas pecuniarias, es esencial que la autoridad pueda controlar de forma preventiva que estas normas se conformen con la ley y la Constitución, de lo contrario se pone en riesgo el carácter unitario del Estado de Chile y el funcionamiento de las instituciones, en este caso, de este Congreso Nacional.

Lo anterior se ve reforzado si se toma en cuenta que no es posible obtener una racionalidad detrás de la exención que consagró el citado artículo 53, inciso 1° de la LOCM la historia de dicha ley, por cuanto fue dictado con anterioridad al retorno a la democracia, y en circunstancias que las actas del legislativo de la época nada señalan respecto a esta norma en particular. Creemos que la supuesta autonomía de las municipalidades no puede justificar la asignación de un carácter feudal a la misma, y que el alcalde, como administrador de los espacios públicos, debe estar sujeto al control del organismo constitucional creado con ese efecto, cual es la Contraloría General de la República.

En un mundo que clama por mayor transparencia, mayor control, por una justificación razonada de la normativa, especialmente de aquellas que restringen libertades individuales, es imprescindible eliminar exenciones como las que consagra la LOCM, y dotar al artículo que consagra las ordenanzas municipales de un mayor contenido que guíe a alcaldes y a concejos municipales al momento de proponer y de aprobar estas ordenanzas municipales.

III. OBJETO DEL PROYECTO

Considerando lo expuesto anteriormente, este proyecto tiene por finalidad modificar el artículo 12, inciso segundo de la LOCM, complementando la definición de ordenanza, de modo que la definición misma contemple las principales características de la ordenanza municipal como manifestación de la potestad normativa de los municipios, junto con sus funciones y límites formales y materiales de las mismas, de la forma que ha sido identificado por parte importante de la doctrina y la jurisprudencia.

Adicionalmente, este proyecto de ley tiene por finalidad eliminar la exención que consagra el artículo 53, inciso 1°, que señala que las resoluciones que dictan las municipalidades se encuentran exentas del trámite de toma de razón. Así, esta moción busca que, respecto de las ordenanzas municipales, se aplique la regla general en derecho administrativo consistente en que los actos de la administración sí se encuentran sujetos al control previo de legalidad por parte de Contraloría General de la República.

En consecuencia, tengo el honor de someter a vuestra consideración, el siguiente:

P R O Y E C T O D E L E Y

“Artículo Único: Modifíquese el Decreto con Fuerza de Ley 1, del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades”, en lo siguiente:

1. Sustitúyase en el artículo 12, su inciso segundo, por el siguiente:

“Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, dictadas por las municipalidades en el marco de las atribuciones que consagran los 3°, 4° y 5° de esta ley. Estas normas en ningún caso podrán interferir en las competencias de otro órgano administrativo y deberán dictarse siempre en forma coordinada con el actuar de éstos. Las ordenanzas municipales no podrán establecer más requisitos y restricciones para el desarrollo de cualquier actividad que aquellas impuestas por la Constitución y las leyes. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.”

2. Sustitúyase en el artículo 53, su inciso primero, por el siguiente:

“Las resoluciones que dicten las municipalidades que afecten a funcionarios municipales deberán registrarse en la Contraloría General de la República.””

Luciano Cruz-Coke Carvallo

Diputado de la República