

II MATERIALES

LEY DE COMUNA AUTÓNOMA (1891), CARGAS PÚBLICAS Y
PROPORCIONALIDAD

[Local Government Act (1891), Public Burdens and Proportionality]

Rodrigo CÉSPEDES*

Max Planck Institute, Alemania

Jaime GARCÍA**

Universidad Andrés Bello, Chile

RESUMEN

La Corte de Apelaciones de Santiago declara ilegal y anula una regulación municipal que establece una carga pública a las carnicerías por ser ésta desproporcionada y excesivamente onerosa.

PALABRAS CLAVE

Corte de Apelaciones de Santiago –
Regulación municipal – Cargas públicas
– Carnicerías – Nullidad.

ABSTRACT

The Appeal Court of Santiago declared null & void a local regulation which creates a public burden applied to butchereries. The main argument used by the Court is this burden is out of proportion and overly onerous.

KEYWORDS

Court of Appeal of Santiago –
Municipal regulation – Public burdens
– Butcher shops – Nullity.

RECIBIDO el 27 de marzo de 2018 y ACEPTADO el 6 de julio de 2018

* Research fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department Law & Anthropology.

** Abogado, profesor de Derecho Tributario. Director del Departamento de Derecho Tributario Universidad Andrés Bello. Correo electrónico: jaime.garcia@unab.cl.

INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos tiene más de 100 años; aun así, no deja de sorprender la actualidad de la controversia y la moderna aproximación del Tribunal. La municipalidad de San Felipe, atendido a que tiene por ley competencias en materias de higiene, decide reglamentar e imponer condiciones para garantizar la salubridad de las carnicerías (puertas del local deben ser “totalmente de fierro, con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro convenientemente divididos”). Los recurrentes (todos dueños de carnicerías)¹ estiman que el acuerdo municipal es ilegal y nulo porque imponen un gravamen excesivamente oneroso, a tal punto que afectaría la libertad de trabajo garantizada por la Constitución². Agregan que la carga impuesta, además, carece de “razón que la justifique”. La municipalidad estimó que sólo estaba desplegando las facultades que la ley le concedía. La Ley de Comuna Autónoma de 1891 otorgaba considerable autonomía a las municipalidades y amplias competencias, que cubrían aspectos como el aseo y el ornato, el fomento de la educación y de las industrias, la salubridad, la policía de seguridad, etc.

Una posible objeción a la medida comunal podría ser la infracción a la legalidad tributaria, principio constitucional ya aplicado reiteradamente por la jurisprudencia chilena durante el siglo XIX³. Una vía más complicada sería analizar la relación entre Constitución, ley y reglamento municipal, cuestión bastante técnica considerando la magnitud y amplitud de la descentralización dada por la ley a las municipalidades, además del otorgamiento de potestades muy generales. La Corte de Apelaciones de Santiago opta por una aproximación más sutil al asunto: la oportunidad o conveniencia de la medida⁴. No se trata de comparar en abstracto los tres órdenes normativos en juego (Constitución, ley, reglamento municipal)

¹ Ejercen una acción popular de ilegalidad municipal contra resoluciones ilegales regulada por el artículo 99 de la Ley de Comuna Autónoma. Esta acción la conoce primeramente la propia municipalidad y si la desestima se puede acudir a la Corte de Apelaciones competente, la cual decide sumariamente, con audiencia del ministerio público.

² Artículo 151 de la Constitución de 1833: “*Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, i una lei lo declare así*”.

³ Ver BOCKSANG, Gabriel, *La reconfiguración y consolidación de la alcabala en el derecho patrio chileno (1810-1866)*, en *Revista Chilena de Derecho*, 44/3 (2017), pp 727-753. También, CÉSPEDES, Rodrigo, *Cargas públicas y enriquecimiento sin causa. Un caso del siglo XIX*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 39 (2017), pp 379-383.

⁴ Las cuestiones de oportunidad no son extrañas al derecho, el artículo 477 del Código de Procedimiento Civil, sobre la renovación de la acción ejecutiva, señala que el ejecutante cuya demanda ejecutiva haya sido rechazada puede interponer nueva demanda ejecutiva. Esta renovación tiene lugar cuando la demanda ejecutiva ha sido rechazada por acogerse las excepciones de incompetencia, incapacidad, ineptitud del libelo, o falta de *oportunidad* en la ejecución. Esta

sino la idoneidad de la carga impuesta para obtener el fin perseguido por la norma, la salubridad (y, en definitiva, el bien común). El tribunal controla el mérito⁵ de la medida y hace un balance entre los efectos positivos para la salubridad pública y los costos para el contribuyente gravado por la carga.

La protección de la salubridad es un interés colectivo que justifica la restricción de la libertad constitucional a realizar una actividad económica. Pero la limitación a este derecho fundamental de debe ser idónea. Idoneidad significa que la medida restrictiva tiene que ser suficiente para obtener un objetivo legítimo. La Corte lo destaca expresamente cuando señala que las puertas especificadas por el reglamento municipal, “construidas absolutamente de fierro, con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro convenientemente divididos, *no se encamina a consultar de mejor modo* la higiene pública y estado sanitario de la localidad”. Como no hay relación de medio a fin, la norma carece de sentido y el tribunal debe examinar su espíritu. No hay una desviación de fin, simplemente la regla no cumple su objetivo y se transforma en un estorbo, un obstáculo a un derecho fundamental.

Además, la actividad administrativa debe respetar el “principio del mínimo daño”, lo que significa que las limitaciones a derechos fundamentales deben ser las estrictamente indispensables para lograr legítimamente el fin deseado. Si hay un abanico de opciones, la autoridad estatal tiene que tomar la alternativa que menos afecte los derechos fundamentales, de manera que éstas sean las menos intrusivas posibles.⁶ Así, la Corte remarca que “se obtiene mejor higiene, salubridad y aseo con puertas de

última excepción se relaciona con la concesión o prórroga de un plazo, pero la jurisprudencia le ha dado una lectura más bien amplia, incluyendo cuestiones de conveniencia.

⁵ Véase SOTO KLOSS, Eduardo, *Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos*, en *Revista de Derecho Público* 43-44 (1988), pp 117-130.

⁶ Véase *Sociedad Fuschs y Plath con Fisco*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 5 (1908), sec. 2, Corte de Santiago. A propósito de la represión de una huelga general en Valparaíso, con grave perturbación del orden público. La Sociedad Fusch y Plath tenía depositadas en el puerto varias partidas de cerveza y botellas vacías para su exportación. La turba se adueñó de parte de la cerveza de propiedad de Compañía Cervecerías Unidas. La autoridad ordenó que se arrojara al mar la cerveza (450 cajones) perteneciente a los demandantes, para que no cayeran en manos de la turba. Los demandantes solicitan al Fisco una indemnización. La Corte dio lugar a la indemnización basada en que el deber que tiene la autoridad de mantener el orden público no la faculta para que, en caso de conmoción pública, adopte el primer medio que se le presente; tampoco la exime de recurrir entre varios medios a aquel que menos daño ocasione al derecho de los particulares (por ejemplo, pudo haber trasladado la cerveza a otro lugar, etc.). El Estado es responsable de indemnizar los perjuicios causados a particulares por la adopción de medidas poco idóneas y desproporcionadas que, frente a una situación determinada, no constituyen el último arbitrio al cual se ha debido recurrir. En este caso, la antijuridicidad del actuar administrativo lo marca la desproporción de la medida tomada; existiendo otras alternativas posibles, menos dañosas que la autoridad pudo haber adoptado.

madera construidas con el cuidado, ventilación y aseo indispensables”⁷, las que naturalmente no son sólo tan efectivas sino menos gravosas. Si el principio del mínimo daño no se respeta puede llegar a afectar la esencia del derecho, su núcleo irreductible. Eso parece indicar el recurrente, ya que las exigencias establecidas por la municipalidad hacen muy dificultoso el ejercicio de la libertad de trabajo. La Corte aplica este principio al resaltar que es inequitativo “imponer un gravamen ruinoso o por lo menos excesivo, atendido su capital, como sería el gasto de una puerta de fierro”.

El Tribunal parece ocupar algunos aspectos del *test* de proporcionalidad, modernamente sistematizado por Robert Alexy⁸ y de general aplicación en el derecho público comparado⁹. Asimismo, la Corte intuye el concepto de “contenido esencial de los derechos”. También se vislumbra lo que la Escuela de Chicago denomina “análisis económico del derecho”, según el cual se evalúan consecuencias concretas de una norma existente y se predicen los posibles efectos de la misma (en especial los nocivos)¹⁰. En palabras simples, se valora la eficiencia de una regulación, su probable externalidad (sobre todo las negativas) y la optimización de los recursos públicos.

Más aún, el tribunal considera que la ilegalidad no siempre es el producto del desajuste entre varios órdenes normativos de diferente nivel. El hecho que la ley otorgue potestades a un ente estatal no hace automáticamente que su ejercicio sea legítimo. Consecuencialmente, para hacer justicia y aplicar la necesaria equidad deben considerarse aspectos extra positivos. En efecto, la aplicación de ideas como la proporcionalidad o la razonabilidad, el coste y beneficio social en el control judicial de la actividad administrativa permite proteger efectivamente el derecho de los ciudadanos y correlativamente evitar abusos estatales. La Corte entiende el término *illegal* como *arbitrario*, que incluye lo arbitrario, caprichoso, abusivo e insensato. La jurisdicción normalmente no puede sustituir el criterio de la Administración por el suyo (aunque no esté de acuerdo) y, obviamente, debe tener cierta deferencia por la autoridad que ejerce una competencia estatal, sea porque representa democráticamente a la ciudadanía o es técnicamente especializado. Este caso es una excepción y no hay atentado a

⁷ El Tribunal parece aquí sugerir y proponer una alternativa menos gravosa y más eficiente a la Administración.

⁸ Véanse sus *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, en *Ratio Juris* 16/2 (June 2003), pp 131-140; *On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison*, en *Ratio Juris*, 16/4 (December 2003), pp 433-449; *Balancing, constitutional review, and representation*, en *International-Constitutional Law*, 3/4 (2005), pp 572-581. Pero especialmente, *A theory of Constitutional Rights* (Oxford, OUP, 2002).

⁹ STONE SWEET, Alec and MATHEWS, Jud, *Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (2008), pp 72-164.

¹⁰ POSNER, Richard A., *Economic analysis of law* (9th Ed., Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2014).

la separación de poderes simplemente porque el ejercicio de la potestad excedió los límites permitidos por la justicia natural y, claramente, lesionó ilegítimamente un derecho fundamental, al punto de poner en riesgo su ejercicio. En estos casos extremos, los tribunales pueden decidir sobre la “conveniencia, equidad y discreción” de las medidas administrativas. La Constitución no autoriza a los órganos jurisdiccionales a suplantar a la Administración por simples diferencias de criterio, la Corte no cuestiona la potestad sino su ejercicio abusivo y dañoso, por lo que no hay riesgo de que la autonomía municipal desaparezca o que el servicio no sea eficiente (lo que ahora llamaríamos judicialización de la política). La Corte no sólo fundamenta su veredicto con estos argumentos, sino que también apela al interés general o bien común, no entendido como una forma de colectivismo sino como el bienestar de cada uno de los individuos que integran la sociedad: “no debe olvidar la municipalidad que los intereses locales a que se refiere el artículo 24 que antes se citó, no miran sólo al de las corporaciones a que él se refiere, sino también al de los individuos, que, como los reclamantes, pagan los derechos respectivos”.

El problema de fondo son las cargas públicas desproporcionadas. Nuestra actual Carta Fundamental en el artículo 19 N° 20(2), establece: “*En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos*”. A su vez, el artículo 19 N° 26 indica: “*La Constitución asegura a todas las personas: [...] La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”. La Constitución de 1833 no contemplaba disposiciones similares, pero los jueces de principios del siglo XX intuían que la proporcionalidad era un componente fundamental de la justicia y que una carga injusta, que hace ilusorio el ejercicio de una libertad, afectaba la esencia misma de los derechos. La pregunta es: ¿cuándo una carga pública (los tributos son una especie dentro del género carga pública) es manifiestamente desproporcionada o injusta? La respuesta a esta pregunta, resulta ser especialmente compleja.

Para intentar esclarecer el problema, nos remitimos a diversas sentencias del Tribunal Constitucional. Así es como el año 1994 éste señala que la idea de estas normas era impedir que se establecieran tributos de carácter expropiatorio o que impidieran el ejercicio de una actividad¹¹. Por otra parte, en sentencia de 1998, el Tribunal Constitucional dispone que resulta útil recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

¹¹ Rol N° 203 (1994), Considerando 8°.

para precisar el concepto de determinados vocablos. Así es como la palabra “manifiestamente” se define como “descubierto, patente, claro” y la expresión “desproporcionado”, significa que es desmedido o excesivo. Por tanto, continúa el citado fallo, el Constituyente restringió la potestad del legislador y le impuso un límite que impide las desproporciones “manifiestas”, esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables¹². En el mismo sentido, una sentencia de 1995, en que el considerando séptimo el Tribunal Constitucional, establece que el constituyente no fijó un monto o rango para considerar como confiscatorio un tributo, pero sí señaló al legislador un límite conceptual que le impide desproporciones o injusticias, injustificables o irracionales y ellas se producen, cuando son manifiestas, esto es, al tenor del Diccionario de la Lengua Española, cuando son descubiertas, patentes, claras¹³. Estas características se juzgan considerando las circunstancias del caso.

Se puede hacer un paralelo entre la moderna doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y el fallo que comentamos. Indudablemente la exigencia de construir puertas de fierro, si bien no tenía un carácter expropiatorio, obstaculizaba el libre ejercicio de una actividad económica. La injusticia era clara y desmedida atendido el capital de los accionantes. En este caso, la restricción constitucional (o de derecho natural) no es al legislador sino a las potestades de la admiración municipal, quien reglamenta normas legales bastante (demasiado) amplias. En estos casos, la “conveniencia, equidad y discreción” en la aplicación de las medidas administrativas pueden ser controladas por los tribunales.

La Corte acepta la nulidad (de derecho público) solicitada por las recurrentes basadas en una *ilegalidad* cuyo motivo no es la disparidad entre la ley y el reglamento municipal. El vicio no es un problema formal de descoordinación entre fuentes de diversa jerarquía. El vicio es sustancial, el contenido del acto administrativo es contra derecho. Simplemente la decisión tomada por la autoridad correcta, utilizando el procedimiento acertado, no cumple con requerimientos básicos de justicia y razonabilidad.

¹² Rol N° 280 (1998), considerando 18°.

¹³ Rol N° 219 (1995), considerando 7°.

TEXTO DE LA SENTENCIA

Caballero y otros
(Ilegalidad de acuerdo municipal)

Corte de Apelaciones Santiago

13 de junio de 1916

Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales Año XIII Números 1-10 (marzo a diciembre de 1918)

Los señores Ramón Caballero, Felipe Báez, Manuel Silva y Emilio Videla, se presentaron ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago solicitando se declarara nulo el acuerdo de la municipalidad de San Felipe, en la parte referente a lo dispuesto en el artículo 29 del reglamento de fecha 27 de diciembre del año 1915 el que estiman ilegal y dice así: “*Segundo. Las puertas de locales de carnicerías que quedan hacia la calle, deben ser construidas absolutamente de fierro con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro, convenientemente dividido*”.

Que reclamaron oportunamente ante la Ilustre Municipalidad de San Felipe ya que, llevado a la práctica, el reglamento, ocasionaría para ellos perjuicios tan grandes que casi puede decirse terminarían con la industria de abasto por el fuerte gravamen que se les impondría sin razón que lo justifique.

Se pidió informe a la citada municipalidad, quien hace presente, que haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 25 de la Ley de Municipalidades, reglamentó las condiciones higiénicas y de sanidad que estimó necesarias en bien del público, buscando así también una fiscalización para la mejor vigilancia de lo que se expendía en los puestos de abasto.

Se oyó al señor fiscal, quien estima que se debe negar lugar a lo pedido por los recurrentes en atención a que lo dispuesto en el artículo 29 del reglamento en cuestión no contraría a la libertad de trabajo o industria sancionada por el artículo 142 de la Constitución, la que obliga a que no esté en oposición a las buenas costumbres, a la seguridad, a la salubridad pública o al interés nacional.

La Corte:

Con lo expuesto y teniendo presente:

1°. Que el artículo 24° de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades señala la autoridad a quien corresponde la administración de los intereses locales, manifestando el Título 4° de esa ley las

atribuciones de esa autoridad y su alcance y hay, por tanto, que contemplar su conveniencia, equidad y discreción al aplicarlas.

2°. Que el artículo 25° indica a las municipalidades, como encargadas de cuidar de la policía de salubridad, las facultades, cuidado y tuición de todo cuanto se refiere a estado sanitario de la localidad y les concede la atribución de [...] “4. *Establecer o permitir mataderos y establecer mercados dentro los límites urbanos para el abasto de las poblaciones y fijar las reglas a que deben someterse*”, con las prohibiciones que allí se establecen.

3°. Que se ha reclamado del artículo 2° del reglamento que corre en copia en autos en atención a ser muy gravoso el gasto que, para cumplirlo, se impone a los reclamantes, y se fundan en el hecho de que las puertas de fierro, a que dicho artículo se refiere, no subsana los defectos que la municipalidad de San Felipe ha tenido en mira al dictar ese reglamento.

4°. Que si bien la municipalidad indicada afirma en su informe que la exigencia a que se refiere el artículo 2 ya citado se dictó para satisfacer una necesidad imprescindible, porque el público exigía sanidad en los artículos alimenticios, higiene en los locales y limpieza en los vendedores, agregando que la municipalidad cuenta con un espléndido mercado para que allí se establezcan los vendedores de carne y otros artículos alimenticios, haciéndose más fácil la fiscalización; el hecho es que estas razones encaminadas a la higiene pública y demás particularidades que en interés público se persigue, se obtienen por la reglamentación prolija y detallada que contienen los demás artículos del citado reglamento, que acatan en absoluto los reclamantes, con excepción del artículo 2°, y

5°. Que la exigencia de que las puertas del local a que se refiere ese artículo deban ser construidas absolutamente de fierro, con amplio tragaluz provisto de barrotes de fierro convenientemente divididos, no se encamina a consultar de mejor modo la higiene pública y estado sanitario de la localidad, a impedir el beneficio de animales flacos y enfermos; porque, construidas esas puertas con tragaluz con barrotes de fierro, convenientemente divididos, no impide la libre entrada de insectos al local como tampoco el polvo y miasmas, causas de infección, porque, estando, las llaves en poder de los dueños o locatarios, es fácil el quebrantamiento de las reglas establecidas por la municipalidad; porque los inspectores, que puede crear la municipalidad, según el número 10 del artículo 25 ya citado, tienen el papel de vigilar y hacer cumplir aquella regla; porque no sería equitativo y se obtiene mejor higiene, salubridad y aseo con puertas de madera construidas con el cuidado, ventilación y aseo indispensables; y porque no debe olvidar la municipalidad que los intereses locales a que se refiere el artículo 24° que antes se citó, no miran sólo al de las corporaciones a que él se refiere, sino también al de los individuos, que, como los

reclamantes, pagan los derechos respectivos, y no se les debe imponer un gravamen ruinoso o por lo menos excesivo, atendido su capital, como sería el gasto de una puerta de fierro, sobre todo si es de la clase y condiciones o detalles que se observan en los modelos que se han mandado agregar a los autos, exigencia que excede el fin u objetivo que se tuvo en vista.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, se declara: que ha lugar al reclamo deducido por los señores Ramón Caballero, Felipe Báez, Manuel Silva, y Emilio Videla, en cuanto se les obliga a construir puertas en la forma que indica el artículo 2° del reglamento, por ser ilegal en ese punto.

Redacción del señor ministro Marín. José T. Marín. Carlos A. Vergara. Dagoberto Lagos. Manuel Cortés.

