

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete.

**Vistos:**

En estos autos Rol N° 7025-2017, sobre reclamo de ilegalidad seguido en contra de la Municipalidad de Tocopilla, la reclamante Aes Gener S.A., dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta que rechazó, con costas, la acción deducida.

El reclamo de ilegalidad fue interpuesto en contra del Decreto Exento N°643/2016, de 12 de mayo de 2016 y publicado el día 17 del mismo mes y año, emanado del Alcalde de la Municipalidad de Tocopilla, que declara aprobada la "Ordenanza Municipal que establece el cobro de derechos municipales por los servicios que se indican", cuyo artículo 36 regula el cobro semestral de derechos municipales por el aseo periódico especial que presta el Departamento de Aseo y Ornato en espacios públicos de la comuna, detallando en su artículo 37 la forma de cálculo del monto a pagar por cada fuente emisora.

La reclamante argumenta que opera la Central Termoeléctrica Nueva Tocopilla, en funcionamiento desde el año 1995. Durante este periodo, específicamente el año 2007, se declaró como zona saturada a aquella circundante a la comuna de Tocopilla, elaborándose el plan de descontaminación de la ciudad (Decreto N°70 del año 2010 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia), sobre



la base de los antecedentes recabados durante el periodo 2005-2007. A continuación, en junio de 2011, se dictó el Decreto Supremo N°13 que establece normas de emisión para centrales termoeléctricas y fija un valor límite de emisión de contaminantes.

Por su parte, la ordenanza municipal cuya aprobación se reclama, consigna que se cobrarán derechos por el aseo periódico especial que debe hacer la municipalidad en cumplimiento del artículo 24 N°II del referido plan de descontaminación y, al efecto, establece una fórmula de pago que determina el monto específico de los derechos a pagar por cada una de las empresas contaminantes, pero lo hace sobre la base de datos cuya procedencia es del año 2007 y que, por tanto, no se condicen con la realidad actual de la reclamante.

Lo anterior contraviene, en primer lugar, el artículo 11 de la Ley N°19.880 porque no se satisface el deber de fundamentación de los actos administrativos, al no expresar las circunstancias fácticas que dan origen al acto, sus hechos y fundamentos de derecho que motivan el establecimiento del cobro de los derechos municipales; estudios o análisis que den cuenta de las cantidades de residuos sólidos que hayan sido emitidos por cada comercio o industria, como tampoco hay un análisis de los gastos municipales que acarreará la limpieza de espacios públicos.



En este orden de ideas, y como segunda ilegalidad reprochada, la autoridad desconoce la normativa aplicable a la actividad de la reclamante y no tiene presente los informes trimestrales de emisiones que la empresa remite a la autoridad ambiental para dar cuenta de las emisiones atmosféricas que realiza. Es más, la municipalidad supone en la ordenanza referida que la empresa emite anualmente la cantidad de toneladas señaladas en el Decreto N°70 de 2010, razonamiento que es errado porque esas cantidades son los índices de emisión máximos permitidos y no necesariamente son las emisiones efectivas, tornando el cobro en desproporcionado y carente de fundamentos técnicos.

Al informar, la municipalidad reclamada hizo presente que el decreto reclamado se limita a aprobar la ordenanza municipal que, a su vez, fue votada favorablemente por unanimidad del Concejo Municipal, a través del acuerdo de 9 de mayo del año 2016. En este sentido, el decreto no está viciado de ilegalidad, puesto que sólo se limita al cumplimiento del artículo 192 bis de la Ley N°18.290, que ordena a las municipalidades regular las autorizaciones para transportar basura y el procedimiento para su obtención.

Agrega que todas las disposiciones de la ordenanza poseen la debida motivación, encontrándose justificada normativamente en el Decreto N°70 que establece el Plan de Descontaminación para la ciudad de Tocopilla y su Zona



Circundante, como también en sus fundamentos, dentro de los cuales está el Decreto Supremo N° 50 de 2007, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que declaró Zona Saturada por material particulado respirable como concentración anual, a la zona circundante a la ciudad de Tocopilla. El artículo 24 del primero de estos instrumentos impone la obligación de implementar un programa de limpieza de las vías, con el objeto de que todos los actores que contribuyen a producir aquellos residuos sólidos que son recogidos por el programa de aseo especial comunal, soporten los gastos que se generan para el municipio.

Respecto de los datos que sustentan esta regulación, ellos solamente buscan determinar la participación de las fuentes emisoras en el pago de los derechos municipales y no el valor del costo total del servicio prestado. En este orden de ideas, la información entregada por la recurrente a lo más puede alterar la participación o distribución de los costos totales, pero no el valor de los mismos, de modo que la motivación de la ordenanza municipal no se ve afectada.

La sentencia impugnada toma en consideración que el Decreto N°643/2016 de 17 de mayo de 2016, que es el acto reclamado, se limitó a aprobar la Ordenanza Municipal que establece el cobro de derechos municipales por los servicios que se indican, entre los cuales están aquellos



que ordena el Plan de Descontaminación Atmosférico para la ciudad de Tocopilla y su Zona Circundante, contenido en el Decreto N°70 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha 12 de octubre de 2010. Ello se encuentra en el artículo 1° letra d) ii) del Decreto reclamado.

Este sólo antecedente bastaría para rechazar el reclamo. Sin embargo, es necesario considerar además, tal como lo indica la reclamada en su informe, que lo alegado por la reclamante en cuanto a que la información emanada del plan de descontaminación estaría desactualizada, no afecta la motivación y esencia de la ordenanza municipal, máxime aún, que según lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en su letra d) el reclamante deberá indicar con precisión, cuando proceda, cómo le perjudica el acto reclamado, lo que no ha hecho.

Agrega que el reclamo de ilegalidad es una herramienta centrada en la tutela de derechos e intereses legítimos de las personas afectadas por actos del ente municipal, situación que no se vislumbra en el presente caso, pues no se está cobrando por la emisión de material particulado sino por el mayor costo que al municipio le significa el retiro de dichos residuos de las principales vías pavimentadas de la comuna.



En consecuencia, el Decreto Alcaldicio N°643/2016 de 17 de mayo de 2016, impugnado de ilegalidad por el recurrente, fue dictado por la autoridad correspondiente, dentro de la esfera de su competencia y de su lectura es posible apreciar claramente los fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustenta la Ordenanza Municipal aprobada por el Decreto cuestionado, todas circunstancias que llevan al rechazo de la acción.

Se trajeron los autos en relación.

**Considerando:**

**Primero:** Que el recurso denuncia, en primer lugar, la contravención de los artículos 1700 del Código Civil y 342 del Código de Procedimiento Civil, en relación artículo 1699 del Código Civil, 13 inciso 1° y 18 inciso 3° de la Ley N°19.880, en tanto la reclamante acompañó copia del informe sobre estimación de emisiones de la Central Nueva Tocopilla, donde informa a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Antofagasta el cumplimiento del plan de descontaminación. Agrega a lo anterior copia de los oficios de la Superintendencia del Medio Ambiente que dan cuenta de los resultados específicos en una serie de aspectos fiscalizados en sus instalaciones; los informes de fiscalización ambiental y una presentación obtenida de la página web de la municipalidad reclamada, todos instrumentos que sirven para acreditar que sus emisiones están por debajo de la cifra utilizada por la reclamada en



el decreto impugnado. Estos documentos no fueron objetados y, sin embargo, no se les atribuyó el mérito probatorio que por ley les corresponde.

**Segundo:** Que, a continuación, acusa como vulnerado el artículo 1702 del Código Civil, en relación a los artículos 1700 del mismo cuerpo legal y 342 del Código de Procedimiento Civil, reiterando que a las probanzas rendidas no se les asignó el mérito de convicción de la ley les asigna.

A ello agrega que también se acompañó a la causa el expediente administrativo que contiene la tramitación que culminó con la dictación del decreto reclamado, instrumento público sobre el cual no se hizo análisis alguno y en el cual no se aprecia ningún antecedente que dé cuenta de los gastos en que se incurriría para realizar el servicio de aseo especial. Ello evidencia que se trata de un documento elaborado con posterioridad al mencionado decreto, situación en la cual los sentenciadores no reparan de forma alguna.

**Tercero:** Que, además, se dan por infringidos los artículos 11 inciso 2° de la Ley N°19.880 y 19, 22 y 24 del Código Civil, que establecen el deber general de motivación de los actos administrativos, que no fue cumplido por el acto reclamado. En efecto, el fallo impugnado interpreta de manera errada el citado artículo 11 al señalar que la dictación de un acto administrativo en base a información



desactualizada, no es algo que tenga como consecuencia una falta o ausencia de motivación, validando el acto reclamado.

Expone que esa situación validada no sólo es improcedente, sino que es antijurídica, puesto que uno de los elementos esenciales que debe poseer toda regulación es ajustarse de manera coherente a la realidad regulada, requisito que no se observa en el acto recurrido. A ello se agrega que el decreto reclamado se encuentra viciado, al ser fruto de un procedimiento administrativo que no cumplió con las formalidades ordenadas por la ley, según se observa del mérito de la documentación tenida a la vista.

**Cuarto:** Que a lo anterior se añade la infracción de los artículos 3° inciso 2° de la Ley N°18.575 y 17 letra c) de la Ley 19.880, por falta de aplicación, puesto que la Administración debe actuar con eficacia y eficiencia, imponiéndose a la municipalidad la obligación de verificar si contaba con la información suficiente para proceder a dictar la ordenanza, carga que no fue cumplida. A diferencia de lo que se consigna en el fallo recurrido, en concepto de la actora es un deber de la reclamada disponer de esa información que, a su vez, estaba en poder de la Superintendencia del Medio Ambiente y de la Seremi de Salud, de manera que la alegación del municipio de no contar con ella infringe el deber de coordinación que deben observar entre sí los órganos administrativos.



**Quinto:** Que, finalmente, se acusa la transgresión del artículo 151 letra d) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N°18.695, en tanto el fallo recurrido le reprocha no haber indicado la manera en que el acto administrativo le perjudica, en circunstancias que en varias oportunidades la actora cumplió con dicha carga, afirmando que la fórmula que utiliza el municipio para el cálculo del aporte de contaminantes de cada uno de los actores regulados en el plan de descontaminación, se sustenta en datos desactualizados, circunstancia que trae consigo un cobro excesivo por la prestación de un servicio que, en la realidad, no se condice con las emisiones que la reclamante genera.

**Sexto:** Que, asevera, los vicios antes reseñados tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto permitieron validar la dictación de un acto que no estuvo motivado en antecedentes actualizados de emisiones, con la consiguiente desproporción del monto que es cobrado a la reclamante.

**Séptimo:** Que atento a lo expuesto, corresponde dilucidar si el Decreto Exento N°643/2016 que aprueba la "Ordenanza Municipal que establece el cobro de derechos municipales por los servicios que se indican" (en adelante, "la ordenanza") se encuentra debidamente fundamentado.

**Octavo:** Que en este contexto, resulta necesario precisar que la causa o motivación es un elemento del acto



administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho.

La causa o motivo debe expresarse en el acto de la Administración y ello deriva precisamente de que el actuar de la misma debe ser razonable, proporcionado y legalmente habilitado, a fin de posibilitar su comprensión frente a los destinatarios y evitar ser tachada de arbitraria, puesto que la inexistencia o error en los motivos de hecho, determina la existencia de un vicio de abuso o exceso de poder.

En este sentido, la propia Ley de Bases de Procedimientos Administrativos contempla esta exigencia de fundamentación al señalar en su artículo 11 que: *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*, principio reiterado en sus artículos 16 y 41.

**Noveno:** Que el fundamento principal del acto recurrido radica en lo dispuesto en el Decreto N°74 del año 2008, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que declara zona saturada por material particulado respirable MP10 como concentración de 24 horas, a la zona circundante a la ciudad de Tocopilla y, a su vez, en lo señalado en el



artículo 24 del Plan de Descontaminación Atmosférico para la Ciudad de Tocopilla y su Zona Circundante, contenido en el Decreto N°70 del año 2010, emanado del mismo ministerio (en adelante "el plan de descontaminación"). Este último cuerpo normativo consigna en su artículo 3° una tabla, de acuerdo a la cual las emisiones de material particulado correspondientes a la reclamante para el año base 2007 aportan un total de 44,3% del total de este tipo de contaminantes en la zona.

A su vez, el artículo 24 del mismo Decreto N°70 estatuye que la Conama de la Región de Antofagasta desarrollará en conjunto con la Municipalidad de Tocopilla, un programa de fortalecimiento de la gestión ambiental local, que contemplará la implementación de un programa de limpieza periódica permanente para las principales vías pavimentadas de Tocopilla.

En cumplimiento a esta última disposición es que el Título VII de la ordenanza se refiere al cobro de derechos municipales por servicio de aseo periódico especial, que es precisamente aquel que se realiza para la limpieza y recuperación de espacios al tenor del mencionado plan de descontaminación. Al efecto, el artículo 37 de la ordenanza, relativo a la determinación del monto a pagar por estos derechos, afirma que *"se determinará prorrateando el costo total del servicio sobre las fuentes emisoras de*



*acuerdo al porcentaje de emisiones” contenido en la Tabla N°3 del artículo 3° del plan de descontaminación.*

*Finalmente, la dictación de la ordenanza está fundada también en lo dispuesto en el artículo 192 bis de la Ley N°18.290, cuyo penúltimo inciso dispone: “Las municipalidades dictarán una ordenanza que regule las autorizaciones para transportar basura, desechos, escombros o residuos de cualquier tipo, estableciendo los requisitos y el procedimiento para conceder dicha autorización y la obligación de portarla en el vehículo, en los casos que corresponda. El transporte señalado se regirá por lo dispuesto en la ordenanza municipal correspondiente a la comuna donde se genera la basura, desechos, escombros o residuos. Lo anterior es sin perjuicio de las demás exigencias y autorizaciones que se requieran, en conformidad a la normativa vigente”.*

**Décimo:** Que sin desconocer las facultades que la normativa precedentemente citada otorga a la Municipalidad de Tocopilla para establecer las medidas necesarias, a fin de cumplir con el plan de descontaminación y, al efecto, regular la emisión y disposición de contaminantes dentro de la comuna, que pueden incluir el cobro de derechos municipales por los servicios que al efecto se presten, lo cierto es que las determinaciones que en este sentido pronuncie por el ente edilicio deben ser debidamente fundadas, es decir, el acto administrativo que surja debe



encontrarse motivado en consideraciones que no dejen duda alguna sobre la procedencia de la decisión adoptada, en razón del interés público involucrado.

**Undécimo:** Que, en el presente caso, según ya se ha expuesto, la decisión municipal goza de fundamentos, puesto que la determinación del monto a pagar por cada uno de los actores contaminantes de la comuna, se sustenta en la medición que precisamente hizo la autoridad al momento de declarar la comuna como zona saturada, concluyéndose que la reclamante aportaba a la superación de la norma de calidad ambiental en un 44,3%.

**Duodécimo:** Que, sin embargo, la fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación.

En efecto, esta exigencia debe concordarse con lo establecido en el artículo 37 de la Ley N°19.880 que dispone: *"Para los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos"*.

En el presente caso, consta del mérito de los antecedentes que el municipio resolvió establecer la fórmula de cobro de los derechos municipales con los antecedentes de que disponía al efecto y que consistían en



una medición realizada por la autoridad competente, sin que conste que se haya practicado otra posterior que concluya nuevos porcentajes de aporte contaminante. Sin embargo, tales referencias datan de 9 años antes de la dictación del acto administrativo, de manera que resulta del todo posible que, precisamente por la reducción de emisiones de material particulado que dispone el plan de descontaminación, tal situación hubiese cambiado a la fecha de publicación de la ordenanza. En efecto, el artículo 12 del plan de descontaminación dispone expresamente que la empresa Norgener S.A. reducirá sus emisiones dentro del plazo de 3 años y 6 meses, de 1.386 toneladas de material particulado por año a 469 toneladas, debiendo informar a la Superintendencia del Medio Ambiente, a la Seremi de Salud y a la Conama respectiva los resultados de las mediciones que realice al efecto (artículo 14). A ello se suma la posterior dictación del Decreto N°13 del año 2011 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece una nueva norma de emisión, esta vez referida específicamente a centrales termoeléctricas, con un límite máximo incluso menor.

**Décimo tercero:** Que, en consecuencia, si bien el acto del municipio goza de un debido sustento, tal fundamentación no resulta adecuada para el cobro que a futuro se haga de derechos municipales por concepto del aseo periódico especial dispuesto por el plan de



descontaminación. En efecto, tratándose de un acto que afecta los derechos de particulares, se encuentra obligada la autoridad administrativa a proveerse de antecedentes actualizados al momento de calcular el cobro que regirá para el semestre respectivo, puesto que la contribución que se estime que cada uno de los actores contaminantes hace al total de emisiones debe ajustarse a la realidad del administrado, en tanto trae consigo una afectación a su patrimonio.

**Décimo cuarto:** Que, por consiguiente, los sentenciadores al razonar que el acto administrativo puede sustentar el cobro futuro calculado sobre la base una fórmula que se basa en antecedentes que no obedecen a la realidad actual de sus destinatarios, se han apartado de la recta aplicación del artículo 11 inciso 2° de la Ley N°19.880, infracción que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que motivó el rechazo del reclamo de ilegalidad deducido.

**Décimo quinto:** Que la vulneración antes anotada debe motivar el acogimiento del arbitrio de nulidad sustancial deducido, de modo que se hace innecesario el análisis detallado de las demás infracciones denunciadas.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que disponen los artículos 766, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en el primer otrosí de la presentación de



fecha 4 de febrero del año en curso, en contra de la sentencia de dieciocho de enero último, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la que se invalida, y acto continuo y sin nueva vista pero separadamente se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Valderrama.

Rol N° 7025-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Manuel Valderrama R., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Egnem por estar con permiso y la Ministra señora Sandoval por estar con feriado legal. Santiago, 21 de septiembre de 2017.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

