C.A. de Copiapó.

Copiapó, treinta de agosto de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Que al folio 1, comparece ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, el abogado don Pablo Díaz Mery, en representación de Engie Energía Chile S.A, quien deduce reclamo de ilegalidad municipal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 18.695, en contra de la Ilustre Municipalidad de Tocopilla, con motivo de la dictación del Decreto N° 811 de fecha 21 de junio de 2018, que rechazó el reclamo de ilegalidad presentado por la recurrente contra del oficio N° 0463 de fecha 24 de abril de 2018, relativo al cobro por servicio de aseo especial.

Pide básicamente que los actos impugnados sean dejados sin efecto por haber sido dictados con infracción a la normativa aplicable, con costas.

Informó el municipio recurrido, instando por el rechazo del arbitrio.

Informó el Fiscal Judicial de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, señor Jaime Medina Jara, quien recomienda que el reclamo de ilegalidad interpuesto, por ENGIE en contra del Oficio N° 0463-2018 de fecha 24 de abril de 2018, sea acogido, salvo el mejor parecer de la Corte.

Con fecha 14 de febrero del presente año, por no existir tribunal habilitado para el conocimiento del asunto, la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta remite los antecedentes a esta Corte para el conocimiento del mismo, lo que fue aceptado por ella con data 27 del mismo mes y año.

Se trajeron los antecedentes en relación y previa vista de la causa, la misma quedó en estudio y luego en acuerdo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERADO:

PRIMERO: Que ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, el abogado don Pablo Díaz Mery, en representación de Engie Energía Chile S.A, deduce reclamo de ilegalidad municipal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 18.695, en contra de la Ilustre Municipalidad de Tocopilla, con motivo de la dictación del Decreto N° 811 de fecha 21 de junio de 2018, que rechazó el reclamo de ilegalidad presentado por la recurrente contra del oficio N° 0463, de fecha 24 de abril de 2018, relativo al cobro por servicio de aseo especial.

HPNOMHXFVO

Hace presente que acorde lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica Municipal, dentro del concepto de resolución que establece, se incluye a las ordenanzas, reglamentos, decretos alcaldicios o instrucciones. En dicho sentido, un oficio es perfectamente reclamable si el mismo contiene una decisión, como acaece en el caso de marras, ya que se trata de la decisión consistente en determinar cuál es el monto que se cobrará por un servicio especial, que no emana de la sola aplicación de la Ordenanza Municipal que establece cobro de derechos municipales por los servicios que indica.

Sostiene que la Ordenanza establece una fórmula matemática a partir de la cual se determinará el porcentaje que corresponde a cada establecimiento industrial. Sin embargo, no determina las emisiones de cada fuente, ni tampoco la base a la cual se aplicará el porcentaje referido.

Refiere que el Oficio de cobro, cuya ilegalidad y arbitrariedad se denunció se encuentra relacionado con la Ordenanza Municipal. En particular, se vincula con el Título VII de la Ordenanza denominado: “Del cobro de los derechos municipales por servicio de aseo periódico especial”.

Para la determinación de los derechos municipales asociados al Servicio de Aseo Especial, la Ordenanza dispuso en su artículo 37° una fórmula para determinar el porcentaje que corresponde a cada entidad emisora de material particulado (en adelante “MP”) y para efectos de aplicar dicha fórmula, la misma disposición reproduce la tabla N°3 contenida en el artículo 3 del plan de Descontaminación de la ciudad de Tocopilla y Zona Circundante.

Adiciona que la Corte Suprema en causa Rol 7025-2017 le ordenó a la I. Municipalidad de Tocopilla ajustar su actuación al principio de legalidad. Sin embargo, la I. Municipalidad de Tocopilla, a través de la dictación del Oficio de cobro, obvia el mandato de la Corte Suprema e insiste en realizar un cobro de derechos municipales arbitrario y no ajustado al principio de legalidad.

Indica que a través del oficio de cobro de la recurrida, se dispuso los montos a pagar por los años 2016 y 2017, sin cumplir con aportar la información relativa a determinar las emisiones que corresponden a cada fuente. Para ello, debía tomar en consideración la información enviada por la autoridad ambiental competente previo procedimiento administrativo

HPNOMHXFVO

mandatado por la citada sentencia de la Excma. Corte Suprema.

Además, denuncia que debió determinar el porcentaje de los derechos municipales que debe ser asumido por cada fuente, lo que se realiza a partir de la aplicación de la fórmula matemática que emana de la Ordenanza respectiva; y, finalmente, comunicar cuál es el gasto total del Servicio de Aseo Especial y cuáles son los antecedentes que justifican el mismo.

Por dichas consideraciones, presentó reclamo de ilegalidad en contra del oficio, el cual fue rechazado por el ya referido decreto de rechazo.

Mediante el decreto impugnado, se establece que la legalidad de la Ordenanza ya fue discutida en sede judicial anterior y por lo tanto es un “acto firme e incuestionable”, que habría cumplido el mandato de la sentencia de la Excma. Corte Suprema al solicitar información al Superintendente del Medio Ambiente. Hace referencia a las cifras informadas por la autoridad para los años 2015-2016 y determina los porcentajes que corresponden a GENER y a ENGIE, por cuanto el resto de las fuentes -por estar bajo el 5%- se encuentran excluidas.

A juicio del actor, la Municipalidad, no cumple con acreditar la existencia de un procedimiento administrativo -según fue ordenado por la Excma. Corte Suprema- tendiente a actualizar la información sobre emisiones. Adicionalmente, la reclamada concluye que el cálculo de la proporción que corresponde a cada empresa es el resultado de una simple operación matemática (lo que podría ser cierto en la medida que se cuente con toda la información necesaria, lo que no ocurrió en este caso). Finalmente, se hace referencia al mayor costo de aseo especial, sin embargo, no existe ningún antecedente que permita acreditar cuál es ese mayor costo.

En cuanto a los vicios de legalidad, sostiene que el oficio es ilegal por infringir el principio de legalidad y lo dictaminado por la sentencia de la Corte Suprema, al omitir el procedimiento administrativo.

Añade que de acuerdo al decreto de rechazo, la Superintendencia del Medio Ambiente a través del Oficio N° 204, habría entregado la información requerida, sin embargo, desconoce cuál fue la información entregada. Destaca que la Ordenanza establece una fórmula matemática que depende del total de emisiones. Por ende, no sólo se requiere la información de aquellos que exceden el 5% de emisiones, sino que de todas las fuentes.

HPNOMHXFVO

Así, cuando la Municipalidad dicta el Oficio de cobro sin haber permitido a los interesados ser parte del procedimiento administrativo mandatado por la Excma. Corte Suprema, infringe los Principios de Contradictoriedad, Transparencia y Publicidad, y también se está desoyendo, la exigencia prevista en el artículo 53 de la Ley 18.575.

Alega luego desconocimiento e imprecisión de la fórmula utilizada, por cuanto el oficio de cobro no da cuenta de las emisiones de cada fuente; del total de emisiones por año; y, del costo total del Servicio de Aseo Especial.

Como segundo vicio, sostiene que el oficio de cobro es ilegal ya que procede a cobrar sumas improcedentes, incurriendo en dos errores, a saber, incluye sin ninguna distinción el Servicio de Aseo Especial correspondiente a los años 2016 y 2017 (ello sin perjuicio de que el Decreto de Rechazo hace referencia a las emisiones del año 2015); y, se dirige en contra de Electroandina S.A.

En relación al primer punto, sostiene que al tratarse de un servicio nuevo, el Servicio de Aseo Especial comenzó a regir a partir del primer día del mes siguiente a su publicación, es decir comenzó a regir el 01 de junio de 2016, debiendo el Oficio de Cobro reflejar lo mismo.

Respecto del segundo punto, actualmente Electroandina no es dueña de ninguna de las centrales termoeléctricas. De esta manera, existe un error en cuanto a la identificación de la persona jurídica dueña de las fuentes emisoras.

Señala que no es posible cobrar por el servicio prestado el año 2016 completo si la Ordenanza entró en vigencia en junio de 2016 y no es posible cobrar a quien no es dueño de las fuentes emisoras.

Como tercer vicio, alega que el oficio es ilegal por cuanto carece de motivación, pues no existen elementos que permitan determinar, o al menos estimar, los posibles costos que este Servicio de Aseo Especial implica para la I. Municipalidad.

Un cuarto vicio consiste en que el oficio es ilegal ya que ha incurrido en desviación del poder, por cuanto cualquier cobro de derechos municipales asociado a un servicio debe reflejar el costo del servicio y el monto que debe ser asumido por quien se ha beneficiado del mismo. Si ello no consta, habrá de considerarse que se trata de un acto que debe ser anulado atendida su infracción al principio de legalidad.

HPNOMHXFVO

Solicita en definitiva que los actos antes referidos sean dejados sin efecto por haber sido dictados con infracción a la normativa aplicable.

SEGUNDO: Que informando el municipio recurrido, expresó que conforme a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley N°18.695, se requiere una resolución u omisión de parte de la Municipalidad. Al respecto, aduce que el acto original impugnado no es formalmente una resolución y menos una omisión y es cuestionable su naturaleza como “acto de administración” pues corresponde a un oficio, que manifiesta una expresión de la voluntad de la Municipalidad de proceder a notificar a la recurrente el cobro de valores semestrales de la Ordenanza de Aseo.

En cuanto al fondo, explica que a raíz del Decreto Nº 70 del Ministerio de Secretaría de la Presidencia que contiene el Plan de Descontaminación Atmosférico para la comuna de Tocopilla, la Municipalidad dicta la Ordenanza Nº 643, de 12 de Mayo 2016, la que ordena el cobro de derechos municipales por el servicio de aseo periódico especial en espacios públicos de la comuna, a las empresas establecidas como “fuentes emisoras”, estableciéndose en el artículo 37 una fórmula de cálculo matemático de los porcentajes con que cada una de las empresas debía contribuir a este mayor costo.

Esta Ordenanza que obligaba a ELECTROANDINA S.A. (de la que es sucesor legal la recurrente) a contribuir en un porcentaje determinado al pago de estos derechos, fue objeto de dos recursos de ilegalidad. El interpuesto por la empresa AES GENER S.A. fue a su vez remitido a los autos Rol Nº 7025-2017 de la Excelentísima Corte Suprema, la que acoge el recurso de ilegalidad en contra de la Municipalidad de Tocopilla, pero nunca señaló que el cobro que hacia la Ordenanza Nº 643 era ilegal o arbitrario, sólo que había que adaptar los porcentajes de acuerdo a los reales niveles de contaminación.

De este modo, conforme lo ordenado por la Excma. Corte Suprema y como lo señala el Decreto Alcaldicio Nº 811, la Municipalidad procedió a requerir de la Seremía de Medio Ambiente de Antofagasta los datos actualizados de las emisiones de particulado que cada una de las empresas descritas por el Decreto Nº 70 habían informado a esa entidad gubernamental. Es así como, la Seremía de Medio Ambiente da a conocer la información requerida en respaldo digital respecto de las emisiones

HPNOMHXFVO

correspondientes a los años 2015 y 2016, sumas habilitadas para hacer el cobro semestral para los años 2016 y 2017.

Conforme a lo instruido por la misma Seremía Ambiental, estas cifras le fueron proporcionadas por cada una de las empresas, por lo que no había que requerir a las mismas empresas para proporcionar esa información, que ya se habían obtenido del organismo encargado de ellos en forma oficial. Aclara que esos datos se obtienen conforme a las mediciones que las mismas empresas hacen de su material particulado, por lo que son datos serios e indubitables. No deben existir otros datos con mejores índices que las mismas empresas mantengan en reserva sin informar a la entidad encargada de fiscalizarlas.

Así, conforme a la información entregada por la Seremía del Medio Ambiente, era posible en forma inmediata eximir del cálculo de contribución a este mayor costo de aseo, a aquellas empresas que conforme al Plan de Descontaminación Atmosférico y la Ordenanza Nº 643, artículo 38, se encontraban en un porcentaje inferior al 5% del total de emisiones, de esta forma , solo quedaban dos empresas con emisiones por sobre este porcentaje: AES GENER y ELECTROANDINA (así descrita en el Decreto Nº 70) de quien es sucesor legal la empresa ENGIE SA.

Añade que de acuerdo al respaldo digital que adjunta, la Seremía de Medio Ambiente informó las siguientes cifras que les fueron informadas a las empresas involucradas y que no fueron objetadas por ellas y que constituyen la base fáctica del cálculo de los porcentajes de contribución al mayor costo del servicio de aseo especial. Estas cifras son: Para ENGIE el año 2015 las emisiones informadas fueron 232,8 y para el año 2016 de 162,0. Para AES GENER, las cifras fueron para el año 2015 de 107,5 y para el año 2016 de 70,0. Con estas cifras se podía acceder a la fórmula matemática establecida por la ordenanza Nº 643 del año 2016 y que ha sido bien exhibida por la recurrente y que arrojó los siguientes datos: Para ENGIE el porcentaje de contribución a ese mayor costo de servicio de aseo para el año 2016 con base de datos del año 2015, se calculó en un 48,0% y para el año 2017 con base de cálculo 2016 en un 43,0%, mientras que para AES GENER, el porcentaje calculado para el año 2016 con base de cálculo del año 2015 fue de 22,0% y para el año 2017 con base de cálculo año 2016 fue de 19,0%. Hasta este cálculo y en base a los datos obtenidos desde un órgano público,

HPNOMHXFVO

como lo es la Seremía de Medio Ambiente y con pleno conocimiento que esta información es requerida por ellos directamente de las empresas emisoras, se estaba dando estricto cumplimiento tanto a lo ordenado por la Ordenanza Nº 643 del año 2016, así como a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en los autos rol N° 7025-2017, por ende no hay en este procedimiento de cálculo ni arbitrariedad ni falta de legalidad, ya que la reclamada sólo procedió como se le ordenó, esto es, debía actualizar año a año los porcentajes de contribución al mayor costo de aseo periódico atendido a los enormes esfuerzos de las empresas emisoras para rebajar sus índices de contaminación y si los costos debían ser calculados a partir del año 2016, este factor matemático debía considerar las emisiones del año inmediatamente anterior (2015) toda vez que al 1 de enero del año 2016, aun las empresas emisoras no habían efectuado medición de su particulado por el año 2016.

Agrega que con estos datos determinados, sólo era necesario establecer el mayor costo del servicio de aseo periódico, el que corresponde a los cálculos que conforme a la Ordenanza 643/2016 hace el Departamento de Finanzas de la Ilustre Municipalidad de Tocopilla y que corresponde a una recopilación de información privativa de tal entidad edilicia (respecto de este proceso que debe hacerse por Finanzas de ese organismo, conforme a los acápites establecidos en los artículos 36 y 40 de la Ordenanza Nº 643) en que ni la recurrente ni la otra empresa involucrada AES GENER tienen injerencia o participación y que a pesar de ello y conforme a sus solicitudes de información presentadas por ley de transparencia, les fueron debidamente proporcionados con todo detalle durante el mes de junio del año 2018 en formato digital, los que adjunta.

Refiere que conforme a esos antecedentes, la Ilustre Municipalidad de Tocopilla tiene un costo total de aseo que bordea los mil millones de pesos al año, y conforme a los antecedentes que se adjuntarán a este proceso, considerando la gran parte de los puntos exigidos por la Ordenanza Nº 643-2016, artículo 40 (rubros de gastos a considerar en el mayor costo de aseo especial) el Departamento de Finanzas de la Municipalidad ha concluido una suma aproximada de mayor costo de aseo especial para el año 2015 de $162.978.000, mientras que para el año 2016 ese mayor costo asciende a $186.448.000, estas sumas de dinero corresponden a sumas ya gastadas

HPNOMHXFVO

por la reclamada en el mayor costo de servicio de aseo especial al que deben contribuir, conforme al mandato legal, las empresas emisoras de material particulado de la ciudad que sobrepasan el 5% del total de material y que corresponden a AES GENER y ENGIE como sucesora legal de Electroandina. En consecuencia, conociendo la fórmula de cálculo que no fue objetada de ninguna forma, las emisiones de cada fuente emisora se dividen por el total de emisiones y ese resultado se multiplica por 100, obteniéndose los porcentajes que cada fuente emisora debe soportar de ese mayor costo de servicio de aseo especial, estableciéndose en definitiva los siguientes porcentajes: Para ENGIE, año 2015, primer y segundo semestre 48% mientras que para ambos semestres del año 2016 el porcentaje debe ser de 43,0%. Para AES GENER, para ambos semestres del año 2015, el porcentaje de contribución fue calculado en 22,0% mientras que para el año 2016 fue de 19,0%.

Agrega que dichos porcentajes, así como la contribución definitiva en dinero efectivo le fue comunicada a la recurrente mediante el ordinario 463, de 24 de abril del año 2018, el que fue dictado conforme lo señala el artículo 41 de la Ordenanza Nº 643 que previene: “Las notificaciones que se hagan con ocasión de la aplicación de la presente Ordenanza se harán de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 19.880… (Notificación mediante oficio)“. Frente a esta forma (conforme a la ley) de poner en conocimiento del recurrente la aplicación definitiva de la Ordenanza Nº 643, que se encontraba a esas alturas firme, la Municipalidad esperaba presentación escrita de ENGIE y de AES GENER destinada a clarificar y confirmar uno de los factores de cálculo y que correspondía a los datos de emisiones entregadas por la Seremía de Medio Ambiente, pero muy al contrario, las dos empresas recurrieron de ilegalidad renunciando a su oportunidad de hacer descargos y solicitar la aclaratoria de los datos que se requieren para el cálculo definitivo de los porcentajes de contribución al mayor costo de servicio de aseo especial, ratificando en definitiva las cifras entregadas por la Seremía de Medio Ambiente, por lo que autorizados por ley, la Ilustre Municipalidad de Tocopilla dicta la Ordenanza Nº 643, de 12 de Mayo del año 2016 que tiene por objetivos: Evitar la proliferación de vertederos clandestinos, establecer normas sobre el transporte o traslado de basura, desechos o residuos, fijar normas de cobro de derechos municipales

HPNOMHXFVO

por la acumulación y mantención de elementos de construcción y/o material de desarme o demoliciones en la vía pública, y establecer el cobro de derechos municipales por el servicio de aseo especial que presta el Departamento de Aseo y Ornato en espacios públicos de la Comuna, en cumplimiento al Plan de Descontaminación Atmosférico para la ciudad de Tocopilla contenido en el Decreto Nº 70 del Ministerio de Secretaria General de la Presidencia del año 2010. Esta Ordenanza debidamente publicada fue objeto de recurso de ilegalidad continuando su tramitación ante la Excelentísima Corte Suprema, la que acogiendo el recurso de ilegalidad promovido por AES GENER SA procede a dictar sentencia de reemplazo con fecha 21 de septiembre del año 2017, en los siguientes términos: En el considerando Segundo señala que, conforme a la tabla de datos contenida en la Ordenanza recurrida Nº 643, del año 2016, aparecen datos aportados hacia el año 2007 y que conforme a lo establecido en el capítulo VII del Plan de Descontaminación Atmosférico contenido en el Decreto Nº 70 del año 2010, se establece la obligación periódica de las empresas emisoras de material contaminante de enviar informes periódicos a la autoridad administrativa informando sus nuevas emisiones. El basamento Tercero agrega que el recurrente agregó a esos autos informes del año 2015 remitidos a la autoridad administrativa correspondiente que importan una reducción del material particulado en relación al año 2007.

De este modo y aun cuando, señala la Excelentísima Corte Suprema, no resulta pertinente dejar sin efecto la ordenanza puesto que se trata de derechos por servicios prestados por la Municipalidad que genera un alto costo al presupuesto municipal y que por mandato legal (DL N° 3063, del año 1979) la autoridad edilicia está facultada para traspasar ese gasto a los destinatarios de tales servicios, unidos al paradigma de “quien contamina paga”, no es posible en consecuencia dejar sin efecto la Ordenanza Nº 643 del año 2016, sin embargo, conforme al considerando Quinto, es manifiesto que los fundamentos de la base de cálculo no se ajustan a la realidad actual por el mismo mandato del Decreto Nº 70, por lo que corresponde a la autoridad edilicia recabar los antecedentes necesarios para conocer los aportes actuales de cada empresa destinataria y ajustar el cobro a ello. De este modo se acoge en definitiva el recurso de ilegalidad para el solo efecto de disponer que la autoridad administrativa (Municipalidad) deba abrir un

HPNOMHXFVO

procedimiento administrativo a fin de recabar de las instituciones respectivas las emisiones actuales de material particulado correspondiente a las empresas mencionadas en el artículo 3 del Decreto Nº 70, a fin de actualizar los porcentajes conforme a los cuales se realizará para el año 2018 el prorrateo del costo del servicio de aseo especial. Este procedimiento se debe realizar en forma anual conforme a la información aportada el año anterior por cada una de las empresas a la autoridad sectorial.

En consecuencia, indica que hasta este punto, la Ordenanza Nº 643, del año 2016 es aplicable, no se deja sin efecto, no se declara ilegal y se mantiene plenamente vigente en cuanto a la obligación de las empresas emisoras de pagar este servicio de aseo especial, lo único que había que actualizar eran las emisiones de cada empresa conforme a la información que ellas debían remitir a la autoridad sectorial correspondiente de modo de ajustar a la realidad imperante los porcentajes de contribución de cada empresa al mayor costo del servicio de aseo especial prestado por su parte y que ese nuevo cálculo debía hacerse año a año conforme a los datos proporcionados a la autoridad correspondiente por cada empresa el año anterior. Conforme a lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema, la Municipalidad procede a recabar la información requerida por la sentencia de reemplazo, conforme a la Ley N° 19.880. Así, acorde a las normas citadas, procede una vez ejecutoriada la sentencia de reemplazo dictada por la Excelentísima Corte Suprema, a instruir el procedimiento administrativo tendiente a actualizar los datos que sirven de base al cálculo de la fórmula de contribución de cada empresa al mayor costo del servicio de aseo especial, y para ello gestiona reuniones con la autoridad sectorial pertinente y oficia conforme a la misma sentencia de reemplazo, Decreto Nº 70 y la ley, a la entidad que debe recabar la información año a año y en forma periódica de cada empresa emisora, y que corresponde a la Seremía de Medio Ambiente, quienes en forma digital remitieron la información de los años 2014, 2015 y 2016, señalando que aún no estaban disponibles las mediciones del año 2017. Con esa información se procede a comunicarle por escrito y mediante notificación por oficio a cada empresa emisora involucrada, cuáles eran los actuales porcentajes de contribución al costo del servicio de aseo especial, desencadenándose los recursos de ilegalidad interpuestos por cada uno de ellos resolviéndose en definitiva en la resolución contenida en el Decreto

HPNOMHXFVO

Exento Nº 676, de fecha 7 de junio del año 2018 para AES GENER, mientras que para la otra empresa emisora ENGIE SA, el procedimiento administrativo concluye en otra resolución, esta vez contenida en el Decreto Exento Nº 811, de 21 de Junio del año 2018.

Asevera que el sustento legal para proceder al cobro de derechos del servicio de aseo especial existe, es evidente, se ha tenido a la vista y ha sido conocido por la recurrente, sin mencionar con que esos derechos y su cálculo no se fijaron arbitrariamente, fueron considerados conforme al procedimiento ordenado por la Corte Suprema y ajustados a la ley. ENGIE y AES GENER no pueden eludir el hecho de que están obligados a contribuir al servicio de aseo especial que la Municipalidad realiza permanentemente en la comuna de Tocopilla, jamás estas empresas fueron eximidas de tal obligación mientras sus emisiones superen el límite establecido por el Decreto Nº 70, lo único que ha de variar conforme mejoren sus emisiones de material particulado, es el porcentaje de contribución a ese servicio de aseo especial. Destaca que el costo total de ese servicio de aseo periódico es un gasto en que incurre la reclamada día a día y su avaluación, determinación y cuantificación es y será un asunto privativo de su parte, al que esa entidad no está obligada a consultar a las empresas emisoras, pueden informarles su costo a través de la ley de transparencia, pero no consultar si ese gasto se hace o no y cómo se hace.

Pide finalmente, se rechace el recurso de ilegalidad interpuesto por ENGIE ENERGIA CHILE S.A., por ser improcedente en la forma y en el fondo, porque su representada si tiene respaldo legal en su proceder, solicitando en definitiva que así se declare.

TERCERO: Que el señor Fiscal Judicial en su informe, expuso en primer término que en relación a la alegación de la reclamada de que el acto original impugnado por esta vía no es formalmente una resolución y menos una omisión, siendo cuestionable su naturaleza como “acto de administración” pues corresponde a un oficio, que manifiesta una expresión de la voluntad de la Municipalidad de proceder a notificar a la recurrente el cobro de valores semestrales de la Ordenanza de Aseo, tal pretensión debe ser desechada de plano por los razonamientos que indica en su dictamen. En cuanto al fondo del asunto, por los motivos de hecho y de derecho que pormenoriza recomienda que el reclamo de ilegalidad interpuesto por ENGIE

HPNOMHXFVO

en contra del Oficio N° 0463-2018, de fecha 24 de abril de 2018, debe ser acogido, salvo parecer de esta Corte.

CUARTO: Que en relación a las consideraciones de forma del acto impugnado, referidas a la supuesta naturaleza inimpugnable del Oficio N°0463, de 2018, cabe señalar que la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, estatuto que se aplica en todos sus aspectos a las municipalidades, dispone que: *"Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos".* Para los efectos de dicha ley se entiende *"por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública".* Señala la ley que *"Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones".* Los decretos supremos corresponden a *"la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por Orden de Presidente de la República"*, sobre asuntos propios de su competencia". *"Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión".*

En consecuencia, en congruencia con aquella, la Ley de Municipalidades dispone lo siguiente: *"Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas reglamentos municipales decretos Alcaldicio o instrucciones".* Agregándose que los decretos Alcaldicios son resoluciones que versan sobre casos particulares.

QUINTO: Que, conforme a lo expuesto y compartiendo lo informando por el señor Fiscal Judicial, se puede concluir que el Oficio en cuestión, es un decreto Alcaldicio, desde que la jurisprudencia administrativa ha conceptuado también el acto administrativo como "toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir y emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él (Dictamen CGR N° 5380, de 14 de febrero de 2000), de modo que la defensa de la reclamada deberá desestimarse de plano, considerando asimismo, que los actos administrativos son esencialmente desformalizados.

HPNOMHXFVO

SEXTO: Que la Excma. Corte Suprema por sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017, recaía en causa Rol N° 7025-2017 dispuso que la autoridad municipal deberá:

"I.- Abrir un proceso administrativo, a fin de recabar de las instituciones respectivas, los antecedentes de las emisiones actuales de material particulado correspondientes a todas las empresas mencionadas en el artículo 3° del Decreto N°70 que contiene el Plan de Descontaminación para la ciudad de Tocopilla y su Zona Circundante, a fin de actualizar los porcentajes conforme a los cuales se realizará, para el año 2018, el prorrateo del costo del servicio de aseo periódico especial contemplado en el artículo 37 de la referida ordenanza.

II.- *Realizar este proceso de forma anual de modo que, para el futuro, el prorrateo de este gasto sea practicado conforme a la información aportada el año anterior, por cada una de las empresas, a la autoridad sectorial, de conformidad al programa de seguimiento dispuesto en el Capítulo VII del señalado Decreto N°702".*

Del tenor de la reseñada sentencia, queda asentada la legalidad del Decreto N° 70 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia de fecha 12 de octubre de 2010 y de la Ordenanza Municipal aprobada a través del Decreto Exento N° 643-2016 emanada de la Ilustre Municipalidad de Tocopilla, toda vez que este veredicto sólo ordenó que la entidad edilicia respectiva debía iniciar un procedimiento administrativo para determinar el monto de los derechos de aseo que le correspondía solucionar a la recurrente proporcionalmente.

SÉPTIMO: Que el procedimiento administrativo constituye un elemento del principio de juridicidad en tanto el artículo 7 de la Carta Fundamental, al regular los requisitos de existencia y validez de los actos públicos, determina que la actuación de los órganos del Estado -lo que incluye a la administración- debe someterse a las ritualidades externas o procedimentales, cuyas base, según lo prevé el articulo 63 número 18 de la Carta deben estar prescritas en la ley, que indica que son materia de ley: "las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública", en este contexto la declaración de la voluntad de la administración pública debe expresarse como producto de una vía formal prevista legalmente. Lo anterior recibe aplicación en el artículo 18 inciso

HPNOMHXFVO

primero de la Ley N° 19.880: "el procedimiento administrativo es una sucesión de tramites vinculados entre sí, emanados de la administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal" siendo pues sus características principales:

a) Consiste en la regulación de una sucesión de actos trámites vinculados entre sí. Existe por tanto una concatenación entre los diversos actos administrativos preparatorios que se desenvuelven en un orden cronológico sobre la base de las ritualidades que constituyen el procedimiento.

b) Estos actos trámites emanan de la administración y, eventualmente, de los interesados. En otros términos, el proceso administrativo se compone de actos administrativos y actos de los administrados o interesados que se desenvuelven sobre la base de las formalidades que establece el procedimiento administrativo.

c) La finalidad de los actos trámites es producir un acto administrativo terminal. Ello por mandato del principio conclusivo del procedimiento (artículo 8 de Ley N°19.880) el cual supone que todo el procedimiento administrativo está destinado a que la administración dicte un acto terminal, vale decir que concluya, finalice o ponga término a su tramitación, este acto terminal corresponde a la resolución final, que se pronuncie sobre la cuestión sustantiva o de fondo que le de origen.

d) El procedimiento administrativo se lleva a cabo a través de tres etapas, iniciación, instrucción y finalización. La fase de iniciación se refiere a la impulsión del procedimiento, que puede originarse de oficio por la administración, o bien, a petición del interesado. La etapa de instrucción, a su vez, comprende los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse acto final. Por último la etapa de finalización está destinada a obtener un acto terminal, a través de alguno de los modos normales o anormales, conclusión o término que prevé la ley de procedimiento, por mandato a su vez del principio conclusivo.

OCTAVO: Que conforme al mérito del informe evacuado por la reclamada queda en evidencia que el procedimiento administrativo en los términos antes expuestos no fue ejecutado previamente a la dictación del Oficio N° 0463-2018, formulando a dicho respecto el recurrente que dicha

HPNOMHXFVO

omisión constituye una infracción además al artículo 4° de la Ley de Procedimiento que mandata: *"El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad",* haciendo notar de manera especial la omisión del principio de contradictoriedad.

NOVENO: Que como indica el señor Fiscal Judicial en su dictamen: "…respecto del principio de contradictoriedad, el Profesor Gabriel Celis Danzinger señala: "Este principio viene a desarrollar a nivel de ordenamiento legal y administrativo el derecho a defensa consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Como indican los profesores García de Enterria y Fernández, es de la esencia de todo procedimiento, su carácter contradictorio, es decir, la posibilidad de hacer valer los diversos intereses en juego en presencia de sus respectivos titulares".

En efecto, el artículo 10 de la Ley N° 19.880, contempla: a) El derecho a la defensa material (artículo 10 inc. 1° y 2°), b) El derecho a la defensa técnica (artículo 10 inc. 3°).

Derecho a la defensa material. El artículo 10 inciso 1° de la Ley N° 19.880, dispone que: "*Los interesados podrá en cualquier momento del procedimiento aducir alegación y aportar documentos u otros elementos de juicio".*

Así, acorde a los artículos 10 inciso 1° y 17 letra h), de la Ley N° 19.880, los interesados podrán cualquier momento del procedimiento, anterior al trámite de audiencia:

A) Aducir **alegaciones,** es decir, plantear razonamientos jurídicos destinados a transmitir sus defensas y vicios procesales, y a plantear vicios procedimentales: "Los interesados podrán, en todo momento, **alegar defectos de tramitación,** especialmente los que supongan la paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria" (artículo 10 inc. 2°).

HPNOMHXFVO

B) Aportar documentos u otros elementos de juicio, vale decir medios probatorios destinados a acreditar sus alegaciones.

Ahora bien, tales alegaciones y documentos, deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución (artículo 17 letra h).

Por otra parte, la Ley N° 19.880 impone al órgano instructor la obligación de *comunicar* a los interesados el momento de la prueba (artículo 36).

C) Derecho a la defensa técnica. Según lo dispone el artículo 10 inciso 3° de la Ley N° 19.880: "Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses".

D) Obligación de adoptar medidas para el cumplimiento de los principios de contradicción e igualdad.

"En cualquier caso, el órgano instructor adoptará la medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento" (art. 10 inc. 4º).

DÉCIMO: Que como colofón de lo discernido precedentemente se puede colegir que la recurrida no dio cumplimiento a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema por sentencia de reemplazo de fecha 21 de septiembre de 2017, en orden a determinar mediante un procedimiento administrativo los aportes que, entre otras empresas, debía realizar la reclamante por concepto de derechos de aseo, omisión que redunda en una clara infracción al principio de defensa del recurrente.

UNDÉCIMO: Que en cuanto al segundo capítulo de reclamo de ilegalidad, se ataca el Oficio N° 0463-2018 por falta de fundamentación en relación al artículo 40 de la Ordenanza Municipal contenido en el Decreto Exento N° 6432016 de fecha 12 de mayo de dicho año, se debe indicar a dicho respecto que la legitimidad del acto administrativo se proyecta en tres elementos **a) el motivo, b) el objeto y c) el fin.**

El motivo, es el antecedente que provoca el acto, vale decir los fundamentos de hecho y de derecho, que previstos por el ordenamiento jurídico justifican la emisión del acto administrativo. Los órganos de la administración tienen la obligación de fundamentar debidamente sus

HPNOMHXFVO

decisiones, de acuerdo con lo prescrito, en los artículos 11, inciso 2°; 16 inciso 1°; 35, 37 y 41 inciso 4°, de la Ley N° 19.880.

Al efecto, la motivación del acto administrativo: "consiste en la exposición de los motivos que indujeron a la administración pública a la emisión del acto". En definitiva, la motivación o fundamentación está constituida por la expresión de los motivos o fundamentos del acto administrativo, vale decir, tanto de los motivos fácticos así como de los fundamentos jurídicos tenidos en consideración para adoptar una decisión, lo cual es recogido perentoriamente en el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, que prescribe: "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".

Sobre el particular, la ley de procedimiento exige la motivación, vale decir, la expresión de los fundamentos de hecho y derecho en los siguientes actos administrativos: a) Aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sean que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, conforme al artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880, y b) Aquellos actos que resuelvan recursos administrativos conforme al artículo 11 inciso 2° de la misma ley.

DUODÉCIMO: Que del examen del Oficio N° 0463-2018, de fecha 24 de abril del año precitado, se advierte que se ha elaborado respecto de los valores que le corresponde a la recurrente pagar al municipio de Tocopilla por concepto de derecho de aseo de manera general, debiendo haberlo efectuado de manera singularizada, tal cual lo establece el artículo 40 del Decreto N° 643-2016, en cuanto a la determinación de los costos que irrogan los numerales que allí se mencionan estableciendo entonces la proporción e idoneidad a los que debe concurrir ENGIE S.A..

En efecto, la I. Municipalidad de Tocopilla expresa los montos que deben ser pagados, pero no da cuenta de: i) El monto de emisiones que habría sido atribuido a la administrada; ii) El monto total de emisiones a partir del cual se aplicaría la fórmula dispuesta por la Ordenanza Municipal; y, iii) Como consecuencia de lo anterior, el porcentaje que debe ser asumido por la reclamante. Todos los elementos anteriores son relevantes para efectos

HPNOMHXFVO

de aplicar la fórmula consagrada por la Ordenanza, de modo que la omisión de la información anterior genera la imposibilidad de aplicar la fórmula y, por ende, se advierte que el referido Oficio carece de motivación por los motivos señalados precedentemente.

A mayor abundamiento, el informe Municipal hace referencia a que la pesquisa utilizada fue aquella correspondiente a los años 2015 y 2016 (párrafo 3, página 7). Sin embargo, dado que la Ordenanza fue publicada en mayo de 2016, el servicio puede ser cobrado a partir de junio de 2016. Es decir, las emisiones relevantes son aquellas emitidas entre junio y diciembre de 2016 (debiendo ser cobradas de manera semestral) y no de 2015 como pretende la I. Municipalidad de Tocopilla, ya que determinar lo contrario, significaría realizar un cobro retroactivo, lo que resulta en abierta contradicción con las normas que rigen en materia de derechos municipales.

DÉCIMO TERCERO: Que los vicios antes descritos son de la entidad suficiente para acoger el reclamo formalizado, omitiéndose pronunciamiento respecto de las restantes anomalías denunciadas, por inoficioso.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 18.695, **SE ACOGE**, con costas, el reclamo de ilegalidad interpuesto por ENGIE Energía Chile S.A., en contra del Decreto N° 811 de fecha 21 de junio de 2018, que rechazó el reclamo de ilegalidad presentado por la recurrente contra del oficio N° 0463 de fecha 24 de abril de 2018, relativo al cobro por servicio de aseo especial. En consecuencia, se dejan sin efecto ambos actos administrativos por haber sido dictados con infracción a la normativa aplicable.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro señor Antonio M. Ulloa Márquez.

Rol N° Contencioso Administrativo 4-2019.

HPNOMHXFVO

En Copiapó, treinta de agosto de dos mil diecinueve, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

Pablo Bernardo Krumm De Almozara
Ministro(P)
Fecha: 30/08/2019 11:34:48

Antonio Mauricio Ulloa Marquez
Ministro
Fecha: 30/08/2019 11:34:49

HPNOMHXFVO

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Copiapó integrada por Ministro Presidente Pablo Bernardo Krumm D. y Ministro Antonio Mauricio Ulloa M. Copiapo, treinta de agosto de dos mil diecinueve.

En Copiapo, a treinta de agosto de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

HPNOMHXFVO

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antartica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.