

EN LO PRINCIPAL: SOLICITUD QUE INDICA; **EN EL OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

SRA. SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE

Rodrigo Zegers Reyes, chileno, abogado, cédula nacional de identidad N° [REDACTED] en representación de **HOTELES CAMPANARIO LIMITADA**, rol único tributario N°78.318.030-8, la cual es una sociedad que opera, desde el año 1992, el hotel “Campanario del Mar”, ubicado en **Av. Del Mar N°4600**, comuna y ciudad de La Serena; con domicilio para estos efectos en calle Alonso de Córdova N°4355, oficina 1403, comuna de Vitacura, [REDACTED] en procedimiento administrativo sancionatorio rol **D-210-2023**, a UD. respetuosamente digo:

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N°20.417 que Establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“**LOSMA**”) y en el N°3 de la parte resolutive de la Res. Exenta N°1/ Rol D-210-2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, de 29 de agosto de 2023 (“**Res. Exenta N°1 / Rol D-210-2013**” o “**Resolución de Formulación de Cargos**”), por la cual dicho Servicio procedió, **nuevamente**, a formular cargos a Salute per Aqua SpA, titular del “**Restaurante Huentelauquén**”, ubicado en Av. Del Mar N° 4500, comuna de La Serena, por infracción a la norma de emisión de ruidos contenida en el art. 7° del D.S. N°38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente (“**DS N°38 MMA**”), vengo en hacer presente, en mi carácter de interesado en el procedimiento sancionatorio D-210-2023, los antecedentes que a continuación se exponen, a fin de que sean tenidos en consideración por la Sra. Fiscal Instructora en el dictamen en el cual propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar, solicitando desde ya que se proponga y posteriormente se aplique una **sanción ejemplar**.

I. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

La Res. Exenta N°1 del presente expediente, formuló cargos a Salute Per Aqua SpA (la “**Sociedad Infractora**” o “**Salute per Aqua**”) por “*la obtención, con fecha 21 de abril de 2023, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de **61 dB(A)** y **61 dB(A)**, ambas mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición interna con ventana abierta la primera y en condición interna con ventana cerrada la segunda y en un receptor sensible ubicado en Zona II*”; hecho constitutivo de una infracción conforme al artículo 35 h) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de la Norma de Emisión contenida en el artículo 7° del DS N°38 MMA.

Al respecto, señala la Resolución de Formulación de Cargos:

1. El siguiente hecho, acto u omisión que constituye una infracción conforme al artículo 35 h) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de Normas de Emisión:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión				
1	La obtención, con fecha 21 de abril de 2023, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 61 dB(A) y 61 dB(A) , ambas mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición interna con ventana abierta la primera y en condición interna con ventana cerrada la segunda y en un receptor sensible ubicado en Zona II.	<p>D.S. N° 38/2011 MMA, Título IV, artículo 7:</p> <p><i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <table border="1" data-bbox="771 767 1138 862"> <thead> <tr> <th data-bbox="771 767 906 829">Zona</th> <th data-bbox="906 767 1138 829">De 21 a 7 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="771 829 906 862">II</td> <td data-bbox="906 829 1138 862">45</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	45
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]					
II	45					

Cabe señalar, que la Res. Exenta N°1 / Rol D-210-2023, en su Considerando 5° estimó preliminarmente que la infracción de Salute Per Aqua constituyó una infracción leve:

5. Que, no disponiendo de antecedentes que permitan atribuir a la referida infracción un carácter de gravísima o de grave, se estima preliminarmente que esta constituye una infracción de carácter leve, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 N° 3 de la LOSMA.

Por tanto, sobre la base de los antecedentes que constaban en el expediente de sanción al momento de la emisión de la Resolución de Formulación de Cargos, el numeral II. de la parte resolutive de dicha resolución resolvió calificar la infracción como leve, en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LOSMA, señalando, no obstante, que la clasificación de la infracción antes mencionada podrá ser confirmada o modificada en la propuesta de dictamen que establece el artículo 53 de la LOSMA:

II. **CLASIFICAR**, sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto, la infracción como **leve**, en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LOSMA.

Cabe señalar que, respecto a las infracciones leves, la letra c) del artículo 39 de la LOSMA determina que estas “[...] *podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales*”.

Sin perjuicio de lo ya señalado, la clasificación de la infracción antes mencionada podrá ser confirmada o modificada en la propuesta de dictamen que establece el artículo 53 de la LOSMA, en el cual, sobre la base de los antecedentes que consten en el presente expediente, la Fiscal Instructora propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar. Lo anterior, dentro de los rangos establecidos en el artículo 39 de la LOSMA y considerando las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA, y que según el caso corresponda ponderar para la determinación de las sanciones específicas que procedan.

Por su parte, respecto de la clasificación de la infracción, como Ud. bien sabe, el artículo 36 de la LOSMA, clasifica las infracciones de competencia de esa Superintendencia en gravísimas, graves y leves. De acuerdo con lo preceptuado en el literal g) del N°1 del artículo 36 de la LOSMA, son **infracciones gravísimas** los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que **constituyan reiteración o reincidencia en infracciones calificadas como graves de acuerdo con dicho artículo**.

Al respecto, cabe hacer presente a la Sra. Superintendente del Medio Ambiente que la conducta de **la Sociedad Infractora ha sido previamente sancionada por la SMA por hechos idénticos a los hechos investigados en autos**, en expediente sancionatorio **D-64-2017** en donde aquellos fueron calificados como **graves** por la SMA, lo cual fue ratificado, como veremos, por el Primer Tribunal Ambiental y por la Excma. Corte Suprema, encontrándose dicha a la fecha firme y ejecutoriada.

En efecto, señala la Res. Exenta N°1 / Rol D-64-2017 de la SMA, de 22 de agosto de 2017 que formuló cargos a la Sociedad Infractora (“Res. Exenta N°1 / Rol D-64-2017”):

RESUELVO:

I. FORMULAR CARGOS en contra de SALUTE PER AQUA SPA, Rut N° 76.078.576-8, titular del "Restaurant Huentelauquén", por la siguiente infracción:

1. El siguiente hecho, acto u omisión que constituye una infracción conforme al artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de Normas de Emisión:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión						
1	La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: "Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1":</p> <table border="1" data-bbox="797 966 1334 1123"><tr><td colspan="2" data-bbox="797 966 1334 1041">[Extracto "Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A)", del D.S. N° 38/2011]</td></tr><tr><td data-bbox="797 1041 971 1079">Zona</td><td data-bbox="971 1041 1334 1079">De 21 a 7 horas [dB(A)]</td></tr><tr><td data-bbox="797 1079 971 1123">II</td><td data-bbox="971 1079 1334 1123">45</td></tr></table>	[Extracto "Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A)", del D.S. N° 38/2011]		Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	45
[Extracto "Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A)", del D.S. N° 38/2011]								
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]							
II	45							

Como es de vuestro conocimiento, la SMA **calificó la infracción de Salute Per Aqua sancionada en el expediente D-64-2017 como grave, por haber sido posible colegir de manera fehaciente que dicha infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población**, en los términos dispuestos en el artículo 36 N°2 letra b) de la LOSMA, al observarse una **superación sobre el nivel de presión sonora permitido de 17 dB(A) decibeles**.

Al respecto, la Res. Exenta N°1686 de 28 de noviembre de 2019, puso término al expediente D-64-2017 **aplicando a la Sociedad Infractora una multa de 214 Unidades Tributarias Anuales ("UTA")** y estableció lo siguiente:

98. Al respecto, es de opinión de este Superintendente modificar dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento es posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA, de acuerdo a lo que se señala a continuación.

99. En efecto, en relación a la generación de riesgo significativo a la salud de la población, es necesario considerar que, según se aprecia en la Ficha de Información de Medición de Ruido de fecha 20 de enero de 2017, se observa una superación sobre el nivel de presión sonora permitido de 17 dB(A) decibeles. El análisis respecto de la significancia del riesgo que la infracción ha generado, y que sustenta la modificación de la clasificación de la infracción a grave, se describirá en la sección de la presente resolución destinada a la ponderación de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, relativa a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado por motivo de la infracción.

Especial importancia reviste el hecho de que, recientemente se tuvo conocimiento de un antecedente que no constaba en el expediente de autos al momento de dictarse la Resolución de Formulación de Cargos, en consideración del cual debe reclasificarse la infracción de Salute Per Aqua como **infracción gravísima**:

En efecto, **mediante sentencia de fecha 6 de mayo de 2024, la Excma. Corte Suprema (“Sentencia CS”) ratificó la multa de 214 UTA por la infracción calificada como grave, correspondiente a la emisión de ruidos molestos por sobre la norma por el restaurante Huentelauquén, operado por la Sociedad Infractora, por lo que la clasificación de cualquier posterior infracción de dicho infractor, así como su sanción, deben tener en consideración su condición de reincidente.**

La Sentencia CS, dictada en causa **rol N°248.546-2023**, declaró inadmisibles los recursos de casación en la forma y rechazó el recurso de casación en el fondo deducidos por Salute Per Aqua, en su calidad de titular de **Huentelauquén**, en contra de la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2023 dictada por el Primer Tribunal Ambiental en causa rol **R-73-2022** (“Sentencia del 1° TA”).

Con la dictación de la Sentencia CS, ha quedado firme la Sentencia del 1° TA que, por su parte, rechazó en todas sus partes la reclamación de Salute Per Aqua en contra de la Res. Exenta N°1133/2022 de la SMA,¹ **ratificando la multa de 214 UTA aplicada a Huentelauquén por la emisión de ruidos molestos calificados como graves, con expresa condena en costas.**

Con lo anterior, la Excma. Corte Suprema ha ratificado de manera definitiva **lo dictaminado por la Sentencia del 1° TA**, quedando establecido lo siguiente:

*“A) Que, es posible para este Tribunal y cualquier lector advertir, de acuerdo al relato esquemático desarrollado en esta sentencia en el numeral 1.1. que, desde el 25 de noviembre de 2014 hasta la dictación de una resolución sancionatoria, esta es, la Res. Ex. 1686/2019 y luego la Res. Ex. 1133/2022, que rechaza recurso de reposición interpuesto en contra de la primera, **transcurrieron ocho años, para que el ente administrativo ejerciera su facultad sancionadora.**”*

¹ La Res. Exenta N°1133/2022 de la SMA desestimó recurso de reposición interpuesto por Salute Per Aqua SpA en contra de la Res. Exenta N°1686/2019 de la SMA, que resolvió el procedimiento administrativo rol D-064-2017 seguido en contra de Salute Per Aqua SpA.

B) Que, durante este tiempo, la SMA continuó recibiendo de manera reiterada denuncias de vecinos del sector, sin que en particular el bien jurídico protegido como es la salud de la población, calculada en número por la propia SMA en 224 personas² tuviesen alguna protección.

C) Que, la situación anterior se ve agravada al haber aprobado la SMA un Plan de Cumplimiento en febrero de 2018, esto es, cuatro años después de la primera denuncia registrada - el cual al año siguiente ya se encontraba incumplido, no logrando finalmente ser un instrumento procumplimiento del infractor, para sin embargo, devenir en una herramienta de dilación para el titular. (énfasis añadido)

La Sentencia del 1° TA da cuenta de que la conducta infractora de Salute Per Aqua SpA, sido **contumaz, reiterada, y además reincidente**, al encontrarse firme y ejecutoriada con la dictación de la Sentencia CS, que como señalamos ratificó la multa de 214 UTA por la infracción calificada como grave, correspondiente a la emisión de ruidos molestos por sobre la norma por el Restaurante Huentelauquén.

Debido a lo anterior, necesariamente la clasificación de cualquier posterior infracción de dicho infractor, como la investigada en autos, así como su sanción, debe ser considerada como **REINCIDENTE**.

II. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA SANCIÓN

De acuerdo con lo establecido por la SMA en el numeral II. de la parte resolutive Resolución de Formulación de Cargos, la Fiscal Instructora **propondrá la absolución o sanción** que a su juicio corresponda aplicar **dentro de los rangos establecidos en el artículo 39 de la LOSMA y considerando las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la misma ley**, y que según el caso corresponda ponderar para la determinación de las sanciones específicas que procedan.

Al respecto, el artículo 39 letra a) de la LOSMA, prescribe que las **infracciones gravísimas** podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, **clausura, o multa de hasta 10.000 UTA**.

Por su parte, el artículo 40 de la LOSMA señala que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las circunstancias referidas a la **importancia del daño causado o del peligro ocasionado; al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción; al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; a la conducta anterior del infractor; a la capacidad económica del infractor; al cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°; y en general, a todo otro criterio que, a juicio fundado de la SMA, sea relevante para la determinación de la sanción.**

Sin perjuicio de la debida ponderación de las circunstancias de los literales a), b), d) f), g) y h), todas del artículo 40 de la LOSMA, por la Sra. Fiscal Instructora en consideración de lo dispuesto en “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, a continuación se harán presente algunas consideraciones relevantes para la debida ponderación de las circunstancias de los literales **c) “El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción”, e) “La conducta anterior del infractor”, e i) “Todo otro**

² Posiblemente por un error de tipeo, la Sentencia del 1° TA señaló que la población afectada fue calculada por la SMA en 224 personas, debiendo haber señalado 226 personas.

criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción” de la referida norma.

A) Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c)

En primer lugar, respecto del **beneficio económico obtenido con motivo de la infracción** (letra c)), cabe hacer presente a la Sra. Superintendente que, en anterior ocasión (Res. Exenta N°1686/2019, que resolvió el procedimiento administrativo rol D-064-2017), la SMA ponderó esta circunstancia respecto de la infractora Salute Per Aqua, “*se consideró una fecha de pago de multa al 05 de diciembre de 2019, y una tasa de descuento de 11%, estimada en base a información de referencia del rubro de entretenimiento*”.

Habiendo transcurrido cuatro años y medio desde la fecha considerada por la SMA para el pago de la multa por parte de la sociedad infractora, a la fecha, Salute Per Aqua continúa morosa sin haber pagado un solo peso de la multa, según da cuenta la información publicada por la propia SMA en la plataforma del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (“SNIFA”):

Registro Público de Sanciones

Expediente: D-064-2017

Fecha Inicio: 22-08-2017
Fecha Término: 06-05-2024
Estado: Terminado - Sanción
Multa: 214 U.T.A.
Estado Pago: ✖ Pendiente
Detalle Sanción:
 1 Multa de una a diez mil U.T.A.
[Ir a Expediente Sancionatorio](#)

Unidad fiscalizable:
 ▶ RESTAURANT HUENTELAUQUÉN
 La Serena - Región de Coquimbo

Titular:
 ▶ SALUTE PER AQUA S.P.A.

#	Hecho	Instrumento Infringido	Infracción (Art.35 LOSMA)	Clasificación (Art. 36 LOSMA)	Sanción	Multa (UTA)
1	La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II.	NE:38/2011 Link Detalle	h) El incumplimiento de las Normas de Emisión, cuando corresponda	Leves Hecho, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.	Multa de una a diez mil U.T.A.	214

Respecto de esta circunstancia, según la SMA, se debe considerar “*todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o un aumento en los ingresos, en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción*”, siendo “*un elemento básico y esencial para cumplir con el fin preventivo de la sanción*”. (...) evitando la existencia de un incentivo económico para el incumplimiento”.³

De acuerdo con las “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, en términos generales, el beneficio económico obtenido por la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella.

³ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápite 3.1.3.

A partir de la contraposición de estos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el **beneficio asociado a costos retrasados o evitados** y el **beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales**.⁴

El **beneficio asociado a costos retrasados o evitados**, corresponde al **beneficio que el infractor obtiene por el hecho de retrasar el incurrir en costos asociados al cumplimiento** que en general, se asocia al retraso en la realización de inversiones o costos no recurrentes necesarios para el cumplimiento; o de **evitar completamente el incurrir en ellos**, como son los costos de operación y mantenimiento de las inversiones necesarias para el cumplimiento, o los costos relativos a la realización de monitoreos, los cuales, al no realizarlos durante el período de incumplimiento, fueron evitados completamente. Asimismo, corresponden a costos evitados aquellos costos no recurrentes en los casos en que no se ha incurrido, ni se incurrirá en ellos, para dar cumplimiento a la normativa que lo requiere.⁵

Por su parte, el **beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales**, corresponde al **beneficio que el infractor obtiene por el hecho de lograr un aumento en sus ganancias en un determinado período de tiempo, el cual no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción**, o hubiese tenido lugar en otro momento del tiempo. Estas ganancias denominadas ilícitas, corresponden a aquellas **ganancias obtenidas por la generación de ingresos asociados a una infracción a la normativa o una actividad ilícita**.⁶

Los beneficios económicos asociados a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales, pueden corresponder, entre otros, a: **(i) la realización de una actividad que no cuenta con los permisos correspondientes por parte de la autoridad**, y **(ii) una operación que se encuentra sujeta a una determinada condición que no ha sido cumplida**, entre otras circunstancias.⁷

- (i) Respecto del primer supuesto, este es, **la realización de una actividad que no cuenta con los permisos correspondientes por parte de la autoridad**, Salute Per Aqua ha operado durante un extenso periodo de tiempo beneficiándose económicamente de la utilización irregular sobre un bien nacional de uso público, correspondiente a calle Los Lúcumos, administrado por la I. Municipalidad de La Serena, sin tener autorización para su utilización, y sin contar además con las autorizaciones de la Dirección de Obras de la referida Municipalidad para la instalación de la estructura utilizada para su funcionamiento, y pese haber sido instruido para el retiro de las estructuras en reiteradas oportunidades por el Sr. Director de Obras de La Serena.

Al respecto, señala el Ord. N°04-1885 de 12 de septiembre de 2023 del Sr. Director de Obras Municipales de La Serena que se acompaña a esta presentación:

⁴ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 3.1.3.

⁵ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 3.1.3.

⁶ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 3.1.3.

⁷ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 3.1.3.

(i) Ocupación ilegal del Restaurant Huentelauquén

En atención a la obstrucción de la vía de evacuación Los Lúcumos, se informa que hasta el 30 de junio la Empresa Huentelauquén contaba con autorización municipal de ocupación de Bien Nacional de Uso Público (BNUP) para la instalación de mesas y sillas, no obstante se le envió el Ord. N° 04-1584 del 04.08.23, en que se le instruyó el retiro de la estructura, ya que no se le renovarían los permisos. Se desglosa a continuación, detalle de permisos y acciones efectuadas:

- Autorización N° 04-03 del 05 de Enero del 2022 que otorga permiso de ocupación BNUP, por el I semestre del 2022.
- Autorización N° 04-200 del 04 de Noviembre del 2022 que otorga permiso de ocupación por BNUP, por el II semestre del 2022.
- Orden de Ingreso N° 2705 cancelando derechos municipales por ocupación de BNUP, para el periodo de Enero al 15 de Marzo del 2023.
- Decreto Alcaldicio N° 847 del 17 de abril del 2023, por ocupación del BNUP, para el periodo desde el 16 de Marzo del 2023 al 30 de Junio del 2023.
- Carta del representante Salute Per Aqua Spa, Sr. Javier Jorquera Balbontin solicitando extender el plazo para la ocupación del BNUP, de fecha 13 de Junio del 2023.
- Correo DOM consultando al Sr. Juan Gallardo, Jefe de Gabinete, por un pronunciamiento por dicha petición.
- Ord. N° 04-1584 del 04 de Agosto del 2023 al Sr. Javier Jorquera B., denegando dicha autorización, otorgándosele un plazo de 10 días para el retiro de las estructuras emplazadas en el BNUP.
- Con fecha 18 de Agosto del 2023 se realiza una fiscalización y se constata que no ha dado cumplimiento al plazo de días otorgados, para retirar las estructuras instaladas en el BNUP, motivo por el cual se le cursa la infracción N° 001238 de igual fecha, quedando citado al Juzgado de Policía Local para el día 01 de septiembre del 2023.

Luego, el Sr. Director de Obras de La Serena instruyó a Salute Per Aqua a dar cumplimiento a una serie de observaciones, con fecha 27 de diciembre de 2022, según da cuenta el Ord. N°04-2374:

De acuerdo a la fiscalización realizada al local comercial "Huentelauquen", se solicita dar cumplimiento a las siguientes observaciones:

- 1) Debe hacer la demolición de la recepción N° 1747 (27.03.2019) la cual se desprende del Permiso de Edificación N° 43 (14.03.2019), ya que se acogieron al Artículo N° 124 de la LGUC, el cual es un permiso provisorio y no renovable, el cual caduco el 27.03.2022.
- 2) Debe regularizar las bodegas, ampliación del segundo piso y las modificaciones y/o remodelaciones realizadas en el local comercial.
- 3) Debe cumplir con el libre desplazamiento de personas discapacitadas en todo el local comercial, ya que en sectores no existían las rampas de accesibilidad graficadas en los planos aprobados por la DOM (art. 4.1.7 numeral 2 OGUC).
- 4) Debe presentar la certificación emitida por el Cuerpo de Bomberos para la Red Húmeda.
- 5) Debe presentar el sello verde actualizado referido a las instalaciones de gas el cual deberá ser revisado por un organismo certificador autorizado por la SEC.
- 6) De acuerdo al informe acústico, no pueden realizar actividades de música envasada, animación, ni karaokes, en el sector del segundo piso, sin instalar las medidas de mitigación indicadas en el informe acústico presentado. Al momento de la inspección estas medidas de mitigación no habían sido concretadas

Finalmente se otorga un plazo de 30 días para dar cumplimiento a las observaciones entregadas, de acuerdo a las facultades que tiene esta Dirección de Obras el incumplimiento de su parte supone multas a las que se puede exponer. En caso de enviar información a través de correo electrónico, enviar a la siguiente dirección; [REDACTED]

Saluda atentamente a Ud.

FERNANDO RUIZ ZAMARCA
ARQUITECTO
DIRECTOR DE OBRAS (S)



Distribución:

Los reiterados incumplimientos a estas observaciones por parte de Salute Per Aqua derivaron en una sentencia condenatoria que le aplicó una multa en causa rol 11.112-23 del 2° Juzgado de Policía Local de La Serena, tras una fiscalización efectuada por la I. Municipalidad de La Serena luego de reiteradas denuncias sobre distintas infracciones igualmente graves

efectuadas por vecinos de la comuna, además del Hotel Campanario, durante el año 2023 ante dicha Municipalidad.⁸

- (ii) Respecto del segundo supuesto de beneficios económicos asociados a ganancias ilícitas, este es, una operación que se encuentra sujeta a una determinada condición que no ha sido cumplida, cabe señalar que Salute Per Aqua SpA ha operado durante, al menos, 5 años, beneficiándose económicamente a consecuencia del incumplimiento de las medidas comprometidas en el Plan de Cumplimiento presentado en el expediente D-64-2017 el cual fue aprobado por la Res. Ex. N°6 de fecha 21 de diciembre de 2017 de la SMA, y declarado incumplido mediante Res. Exenta N°8 / Rol D-064-2017 de la SMA, de 1 de abril de 2019, siendo, a juicio del Primer Tribunal Ambiental **“una herramienta de dilación para el titular [Salute per Aqua SpA]”**.

A este respecto, cabe reiterar lo establecido en la Sentencia del 1° TA sobre este punto: **“la situación anterior se ve agravada al haber aprobado la SMA un Plan de Cumplimiento en febrero de 2018, esto es, cuatro años después de la primera denuncia registrada - el cual al año siguiente ya se encontraba incumplido, no logrando finalmente ser un instrumento pro cumplimiento del infractor, para sin embargo, devenir en una herramienta de dilación para el titular”**.

Asimismo, deben distinguirse dos tipos de ganancias ilícitas, denominadas como **ganancias anticipadas**, correspondientes al beneficio asociado a ganancias derivadas de ingresos que, en ausencia de la infracción, hubiesen sido obtenidos con posterioridad; o **ganancias adicionales**, correspondientes al beneficio asociado a **ganancias derivadas de ingresos que, en ausencia de la infracción, no habrían sido obtenidos en ningún momento**.⁹

La SMA deberá considerar que el **principio de que la sanción debe eliminar los beneficios económicos asociados al incumplimiento**, establece que una de las bases para lograr el fin preventivo de la sanción es que **esta debe**

⁸ Entre las que se cuentan, a modo ilustrativo, al menos, las siguientes denuncias presentadas tanto por el suscrito como por otros vecinos de la comuna, solo durante los años 2022 y 2023, todas en contra del local comercial Huentelauquén:

- Denuncia por obstrucción de Vía de Evacuación Tsunami y bloqueo de señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos por parte del local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA presentada por Hoteles Campanario Ltda. ante la I. Municipalidad de La Serena con fecha 5 de junio de 2023, que dio origen al Acta de Fiscalización N°176. (continúa)

- Denuncia por obstrucción de Vía de Evacuación Tsunami y bloqueo de señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos por parte del local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA presentada por las vecinas Mónica Astorga Gutiérrez y Alicia Sánchez Rojas ante la I. Municipalidad de La Serena, con fecha 5 de junio de 2023.

- Denuncia remoción ilícita de Señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos con medios de tracción por parte de personas vinculadas al local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA; notifica al Sr. Alcalde de dicha conducta y solicita ejercer denuncia obligatoria al Ministerio Público, por ser presumiblemente constitutiva de delito de 8 de junio de 2023.

- Ratifica y complementa Denuncia remoción ilícita de Señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos con medios de tracción por parte de personas vinculadas al local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA, de 9 de junio de 2023.

- Denuncias por ruidos molestos y otras infracciones graves presentada por Hoteles Campanario Limitada con fecha 20 de enero de 2023 ante la I. Municipalidad de La Serena.

- Denuncias por ruidos molestos y otras infracciones graves presentada por Hoteles Campanario Limitada con fecha 23 de junio de 2023 ante la I. Municipalidad de La Serena.

⁹ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápites 3.1.3.

representar para el infractor un perjuicio mayor que el beneficio obtenido por el incumplimiento, ya que si los perjuicios esperados por motivo del incumplimiento –la sanción- no logran superar los beneficios obtenidos por el mismo, entonces se generará un incentivo para incumplir la norma.¹⁰

Sobre este punto, y sin perjuicio del ejercicio de las acciones de reparación pecuniaria de los cuantiosos daños que se han seguido para el Hotel Campanario de la operación infraccional del Restaurante Huentelauquén por parte de Salute Per Aqua, durante, al menos, los últimos 10 años, la cual nos reservamos expresamente, la SMA **debe necesariamente considerar el beneficio económico reportado por Salute Per Aqua correspondiente a las ganancias ilícitas adicionales ocasionadas por la operación en condiciones infraccionales durante, al menos, los últimos 10 años en que el Restaurante Huentelauquén ha sido denunciado -y sancionado- por la emisión de ruidos por sobre la norma por distintos vecinos del sector, de tal manera que la sanción represente para el infractor un perjuicio mayor que el beneficio obtenido por el incumplimiento.**

B) Conducta anterior del infractor (letra e)

En segundo lugar, respecto de la **conducta anterior del infractor**, la conducta de Salute Per Aqua SpA ha sido contumaz, reiterada, y además reincidente ya que, como señalamos, **la Sentencia de la CS ratificó, de forma definitiva, la multa de 214 UTA por la infracción calificada como grave, por la emisión de ruidos molestos por sobre la norma por el Restaurante Huentelauquén, por lo que la clasificación de cualquier posterior infracción de dicho infractor, así como su sanción, debe ser necesariamente considerada como REINCIDENTE.**

La circunstancia de la conducta anterior del infractor opera como un factor de incremento de la sanción cuando se determina que el infractor ha tenido una conducta anterior negativa, es decir, cuando este tiene un historial de incumplimiento en la unidad fiscalizable respectiva.¹¹

La Excm. Corte Suprema ha considerado que: *“Que en lo referente a la conducta anterior del infractor, es este un aspecto referido al comportamiento o disposición al cumplimiento de la normativa ambiental por parte del contraventor, **debiendo ser sancionado con mayor rigidez aquellos que presentan un amplio historial de incumplimiento ambiental**, y, por el contrario, incentivar a quienes han cumplido la ley y han mantenido una conducta anterior irreprochable”.*¹²

Por su parte, entre los criterios que determinan la conducta anterior negativa según la propia SMA debe considerarse: **“si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por la misma exigencia ambiental por la que será sancionado en el procedimiento actual”**,¹³ precisamente como ha ocurrido respecto de Salute Per Aqua, en atención a los antecedentes que constan en el expediente D-64-2017, ratificado por la Sentencia del 1° TA y por la Sentencia de la CS.

¹⁰ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 2.2.

¹¹ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 3.1.3.

¹² Sentencia CS caso Boyeco, c. 17°.

¹³ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 3.1.3.

En el marco de los criterios enumerados con anterioridad, la SMA debe ponderar en cada caso concreto, entre otros, los siguientes elementos:

- **Gravedad o entidad de las infracciones anteriores:** La infracción aplicada a la sociedad infractora en el expediente D-64-2017 fue calificada como **GRAVE** por la propia SMA, lo cual fue ratificado por el Primer Tribunal Ambiental en Sentencia rol R-73-2022 y por por la Excma. Corte Suprema en Sentencia 248.546-2023.
- **Proximidad en la fecha de comisión entre el o los hechos infraccionales sancionados con anterioridad y el hecho infraccional que se haya verificado primero de aquellos que sean objeto del procedimiento actual:** No obstante que los cargos formulados en el expediente de autos se refieren a la obtención con fecha 21 de abril de 2023, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de **61 dB(A)** y **61 dB(A)**, y los cargos formulados en el expediente D-64-2017 se refieren a la obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de **60, 52 y 59 dB(A)**, en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido de **61 y 62 dB(A)**, en horario nocturno, en condición externa, medido en receptora sensibles ubicados en Zona II; es de suma relevancia considerar que **la emisión de ruidos molestos generados por el Restaurante Huentelauquén ha ocurrido de manera continuada, al menos, desde el año 2014 hasta la fecha.**

C) Todos los otros criterios que, a juicio fundado de la SMA, sean relevantes para la determinación de la sanción (letra i)

En tercer lugar, respecto de todos los otros criterios que, a juicio fundado de la SMA, sean relevantes para la determinación de la sanción, estos se refieren a otros criterios que, a juicio fundado, la SMA estime relevantes para la determinación de la sanción en un caso específico.¹⁴

- a) A continuación, se presentan algunos criterios que han sido considerados por la SMA, sin perjuicio de la concurrencia de otros que se presentan más adelante:
- **Cooperación en la investigación y/o procedimiento:** Salute per Aqua no solo no ha realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, sino que además ha realizado presentaciones al expediente tendientes a dilatar la consecución del proceso, según da cuenta la Res. Exenta N°4 / Rol D-210-2023 de la SMA, de 3 de junio de 2024:

12. Por su parte, el titular presentó una solicitud de invalidación de la notificación, sin acompañar antecedente alguno relativo a lo solicitado, pudiendo haber adoptado acciones y remitido antecedentes tanto en los plazos referenciados, como durante el curso del procedimiento conforme a los artículos 10 y 17 de la ley N° 19.880.

¹⁴ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápites 3.1.3.

- **Adopción de medidas correctivas:** Salute Per Aqua ha operado el Restaurante Huentelauquén emitiendo ruidos molestos, al menos, desde el año 2014 de manera continua, contumaz, reiterada y reincidente.

Lo anterior ha sido acreditado por el 1° Tribunal Ambiental, que estableció que: *“es posible para este Tribunal y cualquier lector advertir, (...) que, desde el 25 de noviembre de 2014 hasta la dictación de una resolución sancionatoria (...), transcurrieron ocho años, para que el ente administrativo ejerciera su facultad sancionadora. (...) durante este tiempo, la SMA continuó recibiendo de manera reiterada denuncias de vecinos del sector, sin que en particular el bien jurídico protegido como es la salud de la población, calculada en número por la propia SMA en 224 personas tuviesen alguna protección. (...) la situación anterior se ve agravada al haber aprobado la SMA un Plan de Cumplimiento en febrero de 2018, esto es, cuatro años después de la primera denuncia registrada - el cual al año siguiente ya se encontraba incumplido, no logrando finalmente ser un instrumento procumplimiento del infractor, para sin embargo, devenir en una herramienta de dilación para el titular”*¹⁵

b) Respecto de los otros criterios relevantes para la determinación de la sanción, cabe hacer presente a la Sra. Superintendente lo siguiente:

- 1) **La Sentencia del 1° TA da por acreditado que el incumplimiento de Salute Per Aqua SpA a la Norma de Emisión de Ruidos se ha prolongado, al menos, desde el año 2014, esto es, durante los últimos 10 años.**¹⁶

No obstante los hechos investigados en autos son nuevos, estos son idénticos a los hechos sancionados previamente por el 1° Tribunal Ambiental, que dan cuenta de, a lo menos, 10 años de infracción a la normativa ambiental.

- 2) **La conducta infraccional de Salute Per Aqua continúa hasta el día de hoy, según dan cuenta los comentarios efectuados por distintos pasajeros del Hotel Campanario, en distintas épocas del último año, en la plataforma “Booking”:**¹⁷

¹⁵ Sentencia del 1° TA.

¹⁶ Sentencia del 1° TA: *“es posible para este Tribunal y cualquier lector advertir, (...) que, desde el 25 de noviembre de 2014 hasta la dictación de una resolución sancionatoria (...), transcurrieron ocho años, para que el ente administrativo ejerciera su facultad sancionadora. (...) durante este tiempo, la SMA continuó recibiendo de manera reiterada denuncias de vecinos del sector, sin que en particular el bien jurídico protegido como es la salud de la población, calculada en número por la propia SMA en 224 personas tuviesen alguna protección. (...) la situación anterior se ve agravada al haber aprobado la SMA un Plan de Cumplimiento en febrero de 2018, esto es, cuatro años después de la primera denuncia registrada - el cual al año siguiente ya se encontraba incumplido, no logrando finalmente ser un instrumento procumplimiento del infractor, para sin embargo, devenir en una herramienta de dilación para el titular”*.

¹⁷ Ver [Comentarios sobre Ruidos Molestos de Huentelauquén en Booking](#)

F **Francisca**
Chile

Habitación Doble Superior con cama grande y vistas al mar

3 noches · febrero de 2024

En pareja

Fecha del comentario: 19 de febrero de 2024

Me gusta, pero puede mejorar

8,0

Ubicación y disposición del personal

1 día se los 3 alojados, no estaba lista la habitación (pasada las 14:40 hrs, yo deje la habitación tipo 12 del día), y yo al volver me sentía muy mal (embarazada) y necesitaba acostarme y no pude, ya que debía esperar que hicieran la habitación. Le planteé mi caso a la persona de la recepción y me ayudó a dar prioridad y fue muy amable y preocupado, no obstante el servicio de paseó ahí pienso me no fue eficiente en los tiempos.

Lo segundo que no me gustó, fue el ruido que se siente de los negocios nocturnos, ya que la habitación daba para ese lado, si me he alojado antes y la habitación daba para la playa y ahí no pasaba lo mismo, siempre solicitar habitación con sentido poniente (a la avenida principal)

B **Barbara**
Chile

Habitación Executive - 2 camas dobles

3 noches · febrero de 2024

En pareja

Fecha del comentario: 2 de febrero de 2024

Sector muy ruidoso, imposible dormir

4,0

Desayuno regular, regular calidad de pan

El ruido del sector en la noche hasta la madrugada impide dormir
El baño muy pequeño, sin repisas donde poner mis útiles de baño

Útil Poco útil

C **Cristian**
Chile

Habitación Executive - 1 cama doble extragrande

3 noches · octubre de 2023

En pareja

Fecha del comentario: 29 de octubre de 2023

Buenas instalaciones

8,0

Bunas instalaciones

Poca capacidad en estacionamiento. El estar al lado de pubs y discotecas, en don de semana no sea muy acogedor el entorno, sobre todo por el ruido.

Útil Poco útil

O **Ower**
Argentina

Habitación Executive - 2 camas dobles

2 noches · mayo de 2023

Persona que viaja sola

Fecha del comentario: 16 de mayo de 2023

Decepcionante

4,0

Pocas cosas

El baño muy pequeño
No tiene buena calefacción
Los fines de semana no se puede dormir porque está en una zona de boliche y el ruido es terrible

Útil Poco útil

F **Francisco**
Chile

Habitación Doble Superior con cama grande y vistas al mar

2 noches · abril de 2023

En pareja

Fecha del comentario: 2 de abril de 2023

Buena ubicación

10

Ubicación, y personal amable

Ruido de los locales del frente

Útil Poco útil



Mauricio
Chile

Fecha del comentario: 2 de febrero de 2023

4,0

Decepcionante

Habitación
Executive - 2
camas dobles

😊 ubicación, limpieza, desayuno, terraza

📅 1 noche - enero de 2023

😞 **Ruido excesivo en la noche por pub al frente**, esto debiera informarse. Pedi cambio de habitacion, pero dijeron no habia disponibilidad.



Daniel P escribió una opinión (feb 2023)
Rosario, Argentina • 2.069 aportes • 1.195 votos útiles



Muy buena ubicacion frente a las playas, buen servicio

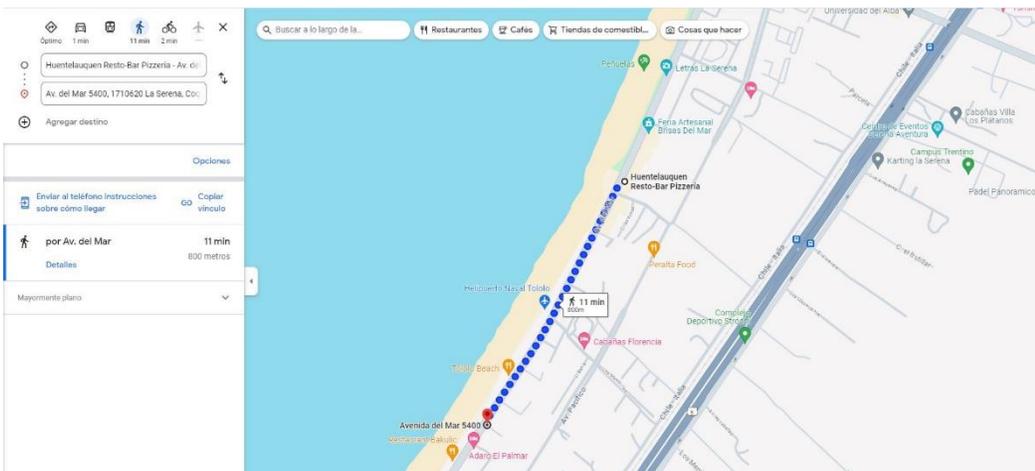
El hotel tiene muy buena ubicacion ya que se encuentra sobre Av. del Mar frente a la playa y cerca de varios bares
La habitación es cómoda, moderna y con buen confort
Los servicios: Desayuno muy bueno en especial lo tomas mirando el mar con cosas ricas. Las cocheras son cómodas, Internet bastante mala
La atención de los empleados es buena y correcta
La calidad del descanso se ve un poco afectada por el bar de enfrente que hace karaoke hasta las 2 de la mañana, eso afecta a las habitaciones tanto en planta baja como alta que dan sobre la calle Los Lucumos, si pueden eviten esas habitaciones

Leer menos

Fecha de la estadía: enero de 2023

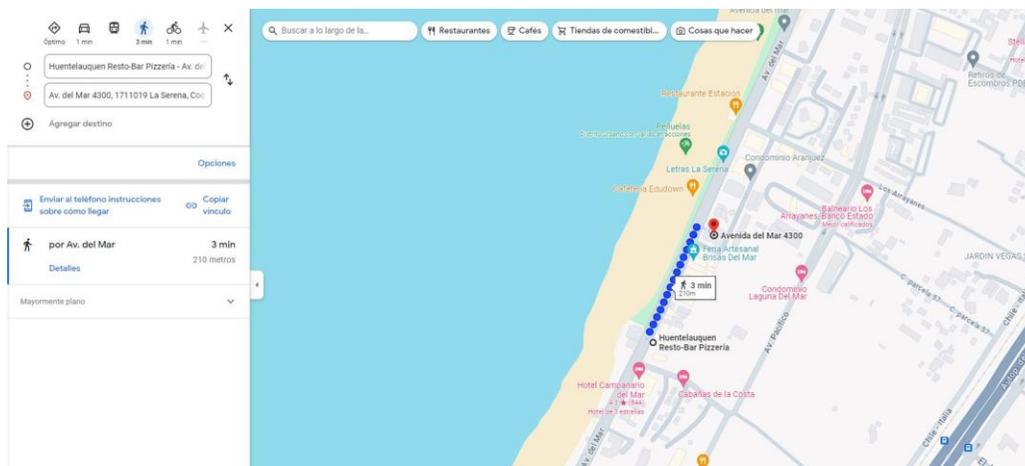
Consejo sobre las habitaciones: Pedir las habitaciones que no den sobre la Calle Lucumos

Asimismo, cabe hacer presente que las declaraciones juradas acompañadas por la infractora al expediente de autos no han sido suscritas por “vecinos”, sino por terceros cuyos domicilios se encuentran a **800¹⁸** y a **200¹⁹** metros, respectivamente, del Restaurante Huentelauquén:



¹⁸ Tratándose del Sr. Horacio Alberto Villalobos Díaz, domiciliado en [redacted]

¹⁹ Tratándose de la Sra. Lorena Andrea Gálvez Honores, domiciliado [redacted]



3) Además de las emisiones de ruidos molestos por sobre la Norma de Emisión sancionados en el expediente D-64-2017 y las del expediente de autos, existen numerosas denuncias por ruidos molestos efectuadas ante la I. Municipalidad de La Serena,²⁰ entre las que se cuentan, al menos, las siguientes denuncias presentadas tanto por el suscrito como por otros vecinos de la comuna, solo durante los años 2022 y 2023, todas en contra del local comercial Huentelauquén:

- Denuncia por ruidos molestos presentada ante el Concejo Municipal de La Serena por don Carlos González con fecha 24 de enero de 2022.
- Denuncia por ruidos molestos de Hoteles Campanario Ltda. ante la I. Municipalidad de La Serena 1° de agosto 2022.
- Denuncias por ruidos molestos y otras infracciones graves presentada por Hoteles Campanario Limitada con fecha 20 de enero de 2023 ante la I. Municipalidad de La Serena.
- Denuncias por ruidos molestos y otras infracciones graves presentada por Hoteles Campanario Limitada con fecha 23 de junio de 2023 ante la I. Municipalidad de La Serena.
- Denuncia en contra del Sr. Alcalde de la Municipalidad de La Serena por falta de respuesta y omisión a sus deberes de fiscalización respecto de un conjunto de denuncias sometidas a su conocimiento en contra de locales comerciales que ejercen sus actividades en la Avenida del Mar, con infracción a la normativa sectorial que les resulta aplicable, presentada por Hoteles Campanario Ltda. con fecha 7 de julio de 2023 ante la Contraloría Regional de Coquimbo.

4) Aparte de la emisión de ruidos molestos por sobre la Norma de Emisión, reiteradamente denunciada a la SMA y a la I. Municipalidad de La Serena²¹ Salute Per Aqua SpA ha incurrido en numerosos incumplimientos respecto de otras normas, que dan cuenta fehacientemente que se trata de una empresa obstinadamente infractora, los cuales han sido denunciados ante la I. Municipalidad de La Serena en reiteradas oportunidades.²²

²⁰ Cabe señalar, que estas denuncias fueron presentadas ante la I. Municipalidad de La Serena, ante la demora de la SMA en ejercer su facultad sancionatoria durante los últimos 10 años, según fuera constatado por el Primer Tribunal Ambiental en la Sentencia del 1° TA.

²² Como señalamos anteriormente, a modo ilustrativo, existen, al menos, las siguientes denuncias presentadas tanto por el suscrito como por otros vecinos de la comuna, solo durante los años 2022 y 2023, todas en contra del local comercial Huentelauquén:

- Denuncia por obstrucción de Vía de Evacuación Tsunami y bloqueo de señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos por parte del local comercial Huentelauquén,

- 5) **A la fecha, Salute Per Aqua a la fecha no ha pagado la multa de 214 UTA aplicada en el expediente D-64-2017** mediante Res. Exenta N°1686 de la SMA, de 28 de noviembre de 2019, según da cuenta la información publicada por la propia SMA en SNIFA.²³

Con lo anterior, queda demostrado de manera fehaciente que las sanciones pecuniarias impuestas a la infractora con anterioridad no han sido capaces de disuadir a Salute per Aqua SpA de continuar incumpliendo gravemente la Norma de Emisión de Ruidos y ocasionando perjuicios a los vecinos del sector.

- 6) **La operación infraccional de Salute Per Aqua ha causado cuantiosos perjuicios para terceros, respecto de los cuales, nos reservamos expresamente el ejercicio de las acciones de reparación pecuniaria en las sedes que correspondan.**

III. CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE SANCIONES NO PECUNIARIAS A LA INFRACTORA

De los antecedentes latamente expuestos en esta presentación, además del resto de los antecedentes con los que cuenta la Sra. Fiscal Instructora, habiendo transcurrido, al menos, 10 años desde que la infractora comenzara a perpetrar la emisión de ruidos molestos, es posible acreditar fehacientemente que **la aplicación de sanciones pecuniarias no ha tenido la capacidad de disuadir la comisión de infracciones por parte de Salute Per Aqua, ni de corregir los efectos de la infracción al bien jurídico.**

El artículo 39 letra a) de la LOSMA,²⁴ prescribe que las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta 10.000 UTA.

operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA presentada por Hoteles Campanario Ltda. ante la I. Municipalidad de La Serena con fecha 5 de junio de 2023, que dio origen al Acta de Fiscalización N°176. (continúa)

- Denuncia por obstrucción de Vía de Evacuación Tsunami y bloqueo de señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos por parte del local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA presentada por las vecinas Mónica Astorga Gutiérrez y Alicia Sánchez Rojas ante la I. Municipalidad de La Serena, con fecha 5 de junio de 2023.
- Denuncia remoción ilícita de Señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos con medios de tracción por parte de personas vinculadas al local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA; notifica al Sr. Alcalde de dicha conducta y solicita ejercer denuncia obligatoria al Ministerio Público, por ser presumiblemente constitutiva de delito de 8 de junio de 2023.
- Ratifica y complementa Denuncia remoción ilícita de Señalética de Vía de Evacuación Tsunami en calle Los Lúcumos con medios de tracción por parte de personas vinculadas al local comercial Huentelauquén, operado por la sociedad Salute Per Aqua SpA, de 9 de junio de 2023.
- Denuncias por ruidos molestos y otras infracciones graves presentada por Hoteles Campanario Limitada con fecha 20 de enero de 2023 ante la I. Municipalidad de La Serena.
- Denuncias por ruidos molestos y otras infracciones graves presentada por Hoteles Campanario Limitada con fecha 23 de junio de 2023 ante la I. Municipalidad de La Serena.

²³ <https://snifa.sma.gob.cl/RegistroPublico/Ficha/1603>

²⁴ "Artículo 39 LOSMA.- La sanción que corresponda aplicar a cada infracción se determinará, según su gravedad, dentro de los siguientes rangos:

a) **Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales".**

De acuerdo con lo establecido por la propia SMA, la aplicación de sanciones no pecuniarias, “*puede justificarse por fines disuasivos, por fines cautelares o por una combinación de ambos*”.²⁵

Al respecto, la imposición de sanciones no pecuniarias en el caso de infracciones graves y gravísimas se justificará por **fines disuasivos** cuando las circunstancias de la comisión de la infracción dan cuenta de que **una sanción pecuniaria no va a lograr ser un desincentivo suficiente para la comisión de infracciones futuras por parte del infractor**, debiendo tomarse en cuenta especialmente, **la contumacia del infractor**, que ha sido fehacientemente comprobada y la **magnitud del beneficio económico obtenido**, según se expuso latamente en esta presentación, entre otros criterios.²⁶

Asimismo, la imposición de sanciones no pecuniarias en el caso de infracciones graves y gravísimas se justificará por **fines cautelares** cuando a través de ellas se busque **resguardar al medio ambiente o la salud de las personas de un efecto que amenaza con extenderse en el tiempo, más allá de la fecha de la resolución sancionatoria**, debiendo considerarse especialmente el tipo y significancia del daño o riesgo, así como los **antecedentes que hacen presumir que este continuará en el futuro y por cuánto tiempo**.

Lo anterior resulta especialmente relevante considerando que habiendo transcurrido, al menos, 10 años desde que comenzaron a ser denunciados los ruidos molestos emitidos por la infractora, y pese a haber sido sancionada por la Superintendencia y el 1° Tribunal Ambiental, Salute Per Aqua SpA ha continuado infringiendo obstinadamente la Norma de Emisión de Ruidos.

Por su parte, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental²⁷ ha reforzado la utilización por parte de la Superintendencia de los criterios preventivos y cautelares, específicamente la aplicación de sanciones: “***i) cuando las sanciones pecuniarias no son suficientes para cumplir el objetivo de disuasión; y, ii) cuando no son capaces de corregir los efectos de la infracción al bien jurídico***”.²⁸

En este sentido, es un principio orientador que dirige el ejercicio de la actividad sancionatoria ambiental, el que la sanción debe estar dirigida a evitar futuros incumplimientos y cambiar el comportamiento del infractor, pretendiendo asegurar un bien futuro, en este caso, asegurar el cumplimiento futuro de la normativa ambiental. La forma de asegurar ese objetivo es que la sanción logre corregir el comportamiento del infractor, desincentivándolo a cometer nuevas infracciones, especialmente cuando estas prácticas puedan estar **arraigadas en la cultura misma de la organización**. En estos casos, la sanción debe ayudar a cambiar ese comportamiento **de manera permanente y estable**. Ello requiere que al momento de decidir qué sanción debe ser impuesta frente a un incumplimiento, **se privilegie aquella que más garantiza el cambio de comportamiento buscado**.²⁹

²⁵ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 4.

²⁶ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 4.

²⁷ En Sentencia Rol C-5-2015, de 8 de septiembre de 2015, mediante la cual se confirmó la resolución sancionatoria dictada por la SMA en contra de Anglo American Sur S.A., en el procedimiento sancionatorio Rol F-054-2014.

²⁸ En el mismo sentido, Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, Rol C-04-2015, de 8 de septiembre de 2015”.

²⁹ “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” de la SMA, de diciembre de 2017, Acápito 2.1.

Por último, solicito a la Sra. Superintendente y a la Sra. Fiscal Instructora, **tener en especial consideración al momento de determinar la sanción aplicable a la Infractora Reincidente**, la conducta adoptada por esta durante el tiempo en que la SMA aplicara la medida provisional de detención de las actividades abiertas al público del local infractor (rol **MP-025-2023**) mediante Res. N°1070 de 22 de junio de 2023, autorizada por el Primer Tribunal Ambiental con fecha 20 de junio de 2024 (rol **S-19-2023**), por estimar *“evidente que el titular no implementará mejoras efectivas de manera voluntaria, al no demostrar interés en ajustarse a la normativa aplicable”*:

27° Así, resulta necesaria la implementación de medidas intrusivas, toda vez que ya resulta evidente que el titular no implementará mejoras efectivas de manera voluntaria, al no demostrar interés en ajustarse a la normativa aplicable, estimándose que la gravedad del incumplimiento, en conjunto a la urgencia y la entidad del riesgo al que está expuesta la población que habita en torno a la fuente, fundamentan ampliamente la necesidad de exigir las medidas provisionales contenidas en el literal d) del artículo 48 de la LOSMA.

Salute Per Aqua SpA, decidió que, ni la normativa aplicable, ni las resoluciones de la Superintendencia, ni las sentencias del Primer Tribunal Ambiental le empecen, dándose el gusto de colgar letreros en sus puertas calificando como *“injustas”* las medidas adoptadas por la SMA debido a *“la urgencia y la entidad del riesgo al que está expuesta la población que habita en torno a la fuente”*:



Por si lo anterior no fuera suficiente, durante el breve tiempo que duró la aplicación de la medida de urgencia, la sociedad Infractora Reincidente se dedicó a realizar una **campaña de desprestigio contra mi representada, el Hotel Campanario, por sus redes sociales, estimando que la culpa de las consecuencias ocasionadas por su actuar ilícito recaía sobre el denunciante y víctima, y que la sanción que se le impuso fue ocasionada por la envidia y los obstáculos “injustos”, estimando, para mayor desconcierto del lector, que el motivo del cierre obedeció a “supuestos” ruidos molestos:**



merymerydiana 16 h

Que pasó, alguien me cuenta? En una semanita iba a estar en Serena y como cada vez que voy tenía pensado ir porque amo sus pizzas, lo cerraron???



Responder Ver traducción

Ver 1 respuesta anterior



huentelauquen_restobarizzeria 12 h

@merymerydiana Debido al vecino el dueño del hotel campanario quien acusa al local por ruidos molestos por eso nos cerraron.



Responder

Ver 2 respuestas más



maca.barros3 12 h

Desde cuando lo cerraran? O ya está cerrado? 🙄🙄🙄



Responder Ver traducción



huentelauquen_restobarizzeria 12 h

@maca.barros3 desde hoy día estimada.. Debido al vecino el dueño del hotel campanario quien acusa al local por ruidos molestos.



Responder Ver traducción

Las imágenes anteriores, no son más que un botón de muestra de que la Infractora Reincidente, Salute Per Aqua SpA, ha demostrado fehacientemente ser **hostil al Derecho**, por lo que cualquier medida que se adopte respecto de su conducta **Reincidente** debe ser idónea para cumplir con los fines preventivos y cautelares que nuestro ordenamiento jurídico demanda en aquellos casos especialmente graves, esto es, en palabras del Segundo Tribunal Ambiental: **“i) cuando las sanciones pecuniarias no son suficientes para cumplir el objetivo de disuasión; y, ii) cuando no son capaces de corregir los efectos de la infracción al bien jurídico”**.³⁰

³⁰ Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, Rol C-04-2015, de 8 de septiembre de 2015.

POR TANTO,

SOLICITO A LA SRA. SUPERINTENDENTA: Tener presentes los antecedentes expuestos, a fin de que sean tenidos en consideración por la Sra. Fiscal Instructora en el dictamen en el cual propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar, solicitando que se proponga la sanción consistente en la **CLAUSURA TOTAL Y PERMANENTE** del Restaurant Huentelauquén, operado por la Sociedad Infractora Salute Per Aqua Spa, o en subsidio la aplicación de una multa de 10.000 UTA, o el monto más alto que estime conveniente dentro del quantum establecido en el artículo 39 letra a) de la LOSMA.

OTROSÍ: Solicito a Ud. tener por acompañados los siguientes documentos al expediente sancionatorio:

1. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de mayo de 2024, dictada en causa Rol N°248.546-2023, que declaró inadmisibile recurso de casación en la forma y rechazó recurso de casación en el fondo deducidos por Salute Per Aqua SpA, en su calidad de titular del local comercial Huentelauquén, en contra de la sentencia de fecha 7 de noviembre de 2023 dictada por el Primer Tribunal Ambiental en causa rol R-73-2022.
2. Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2023 dictada por el Primer Tribunal Ambiental, que rechazó en todas sus partes la reclamación de Salute Per Aqua SpA en contra de la Res. Exenta N°1133/2022 de la SMA, ratificando la multa de 214 UTA aplicada a Huentelauquén por la emisión de ruidos molestos calificados como graves, con expresa condena en costas.
3. Resolución Exenta N°1133 de la SMA de fecha 13 de julio de 2022, que rechaza el recurso de reposición interpuesto por Salute per Aqua SpA en contra de la Res. N°1686 de la SMA.
4. Resolución Exenta N°1686 de la SMA, de 28 de noviembre de 2019, que resuelve el procedimiento sancionatorio D-64-2017 aplicando a Salute Per Aqua SpA la sanción consistente en una multa de 214 UTA.
5. Ord. N°04-1885, de 12 de septiembre de 2023 del Sr. Director de Obras de la I. Municipalidad de La Serena, que da cuenta de que con fecha 18 de agosto de 2024 se realizó una fiscalización al Restaurante Huentelauquén, constatando que Salute per Aqua SpA no ha dado cumplimiento al plazo otorgado para retirar las estructuras emplazadas en bien nacional de uso público, por el cual se le cursó la infracción N°1238.
6. Ord. N°04-2374, de 27 de diciembre de 2022 del Sr. Director de Obras de la I. Municipalidad de La Serena que solicita al Restaurante Huentelauquén dar cumplimiento a una serie de observaciones, respecto de las cuales, a la fecha, no consta a este interesado hayan sido cumplidas.
7. Set de Fotos que da cuenta de la ubicación de los supuestos “vecinos” cuyas declaraciones juradas acompañó el infractor.

**RODRIGO
ZEGERS
REYES** Firmado
digitalmente por
RODRIGO ZEGERS
REYES
Fecha: 2024.06.07
18:57:47 -04'00'

TRIBUNAL



Somos 
Primer Tribunal Ambiental

ÍNDICE

VISTOS

I. Antecedentes de la resolución reclamada	2
II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación.	11
III. Alegaciones y defensas de las partes.	
A. Alegaciones y defensas de la reclamante y la reclamada.	12
B. Alegaciones y defensas de tercero coadyuvante.	21

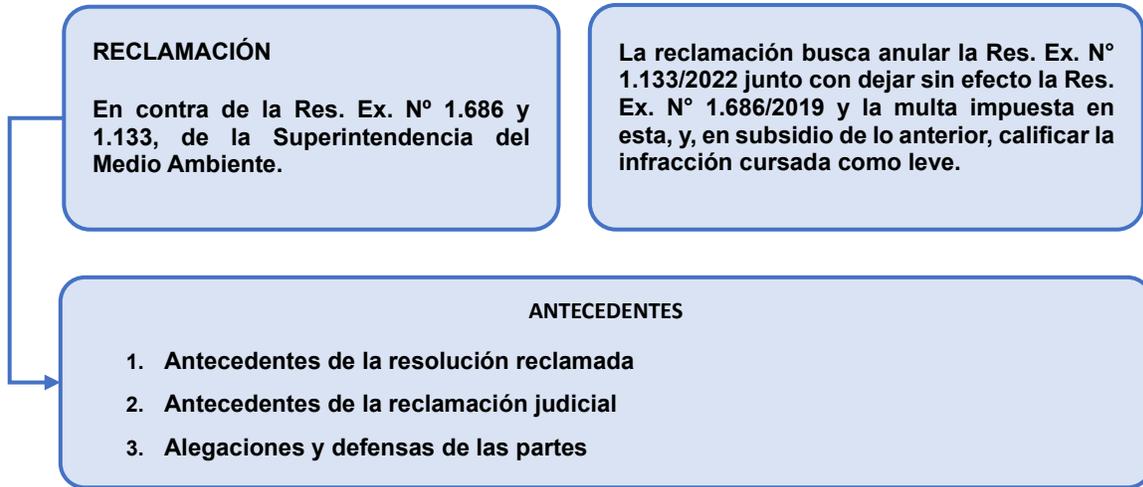
CONSIDERANDO

IV. Determinación de las controversias.	
1. La legalidad del procedimiento de medición de ruido.	22
2. La reclasificación de la infracción aplicada.	31
3. Determinación de la sanción aplicada	34
4. Ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA	39

RESOLUCIÓN

VISTOS:

Estructura expositiva de la sentencia

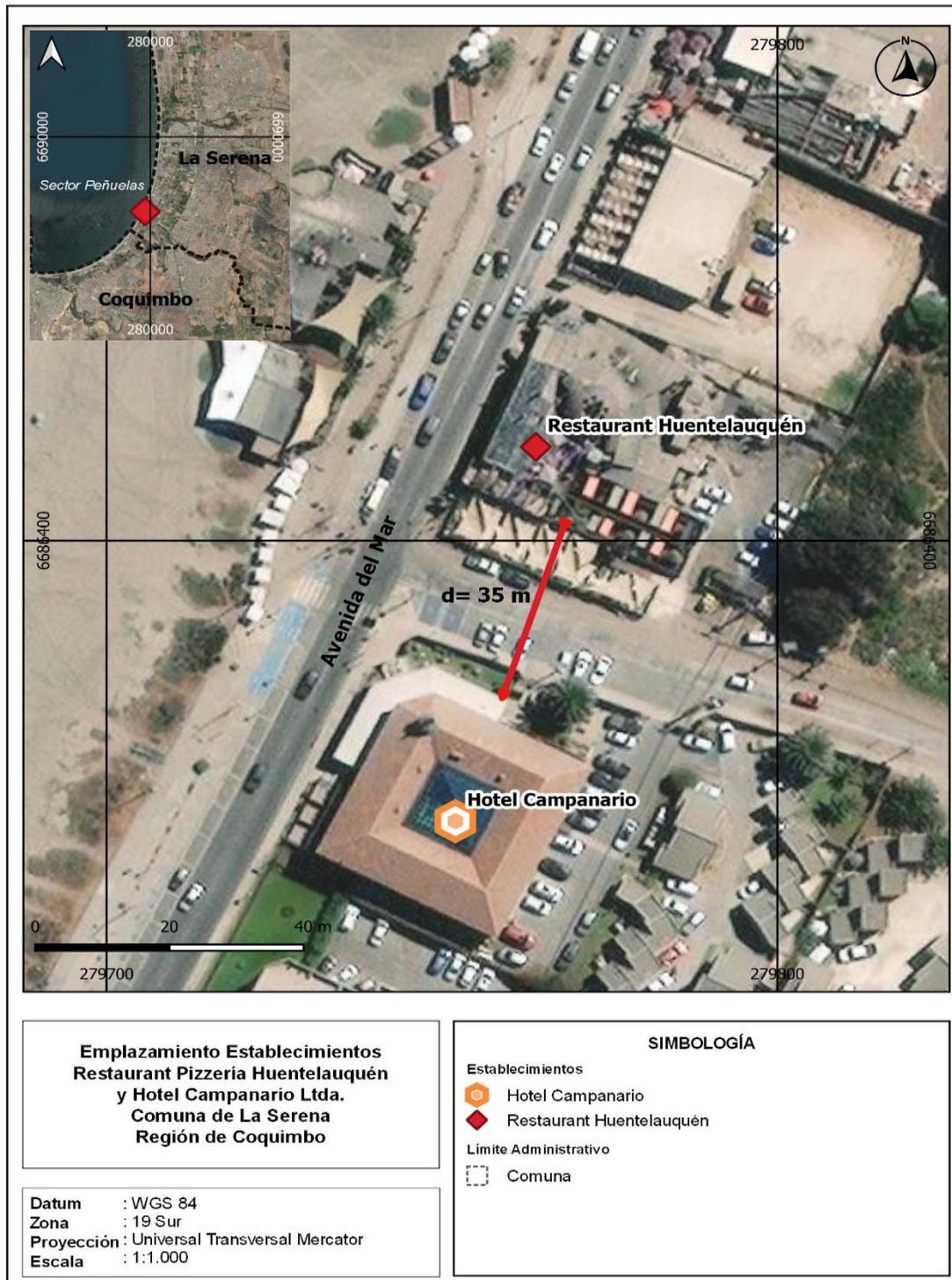


I. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA

- 1) El 1 de agosto de 2022, comparece la abogada Sra. Pía Bustos Fuentes, en representación convencional de la **Sociedad Salute Per Aqua SpA**. (“la reclamante”, o “el titular”, “la sociedad”), ambas domiciliadas para estos efectos en Avenida del Mar N° 450, lote 2 de 3, de la comuna y ciudad de la Serena, Región de Coquimbo, quien interpuso reclamación judicial de conformidad a lo previsto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 1.133, de fecha 13 de julio de 2022 (“Res. Ex. N° 1.133/2022” alternativamente “resolución reclamada”), dictada por la **Superintendencia del Medio Ambiente** (“la reclamada”, “la SMA” o “la Superintendencia”), la que desestimó el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Exenta N° 1.686, de 28 de noviembre de 2019 (“Res. Ex. N° 1.686/2019”), en cuanto, esta última resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio seguido en contra de la sociedad reclamante, imponiéndole una multa de 214 UTA.
- 2) En este contexto, la reclamante solicitó a este Tribunal acoger la reclamación a trámite, anular la Res. Ex. N° 1.133/2022 junto con dejar sin efecto la Res. Ex. N° 1.686/2019 y la multa impuesta en esta, y, en subsidio de lo anterior, calificar la infracción cursada como leve.

- 3) El 26 de agosto de 2022, la abogada Sra. Katharina Buschmann Werkmeister, en representación de la SMA, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600 que los Crea los Tribunales Ambientales, procedió a informar los motivos y fundamentos de la referida Res. Ex. N° 1.133/2022, solicitando el rechazo de la acción de reclamación deducida por considerar que dicha resolución exenta es legal, en tanto fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condena en costas.
- 4) El 31 de agosto de 2022, y conforme a lo dispuesto en el artículo 23 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, comparece el abogado Sr. Rodrigo Zegers Reyes, en representación convencional de Hoteles Campanario Limitada (en adelante "Hoteles Campanario", "el Hotel"), ambos domiciliados para estos efectos en Avenida del Mar N° 4.600 comuna y ciudad de La Serena, en su calidad de tercero coadyuvante de la parte reclamada.
- 5) Consta en el expediente administrativo acompañado en autos, que la sociedad Salute Per Aqua SpA. es titular del Restaurant Pizzería Huentelauquén ("Restaurant Huentelauquén", "el Restaurant" o "Sociedad"), establecimiento que está ubicado en Avenida del Mar N° 4.500 Lote 2 de 3, en la comuna y ciudad de la Serena, Región de Coquimbo.
- 6) Dicho establecimiento, según indica la SMA, es un restaurant y karaoke que ejecuta actividades de esparcimiento, por lo que corresponde a una "Fuente Emisora de Ruidos", de acuerdo, a lo establecido en el artículo 6° números 3 y 13 del Decreto Supremo N° 38 de 2011, que "Establece norma de emisión de ruidos generados por fuentes que indica", del Ministerio del Medio Ambiente (D.S. N° 38/2011).

Figura 1. Emplazamiento Establecimientos Causa R-73-2022



1.1. CRONOLOGÍA DE ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA

FECHA	ANTECEDENTE
25.NOV. 2014	La SMA recibió el Ord. N° 386 de 17 de noviembre de 2014, de la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la Región de Coquimbo, por el cual remite la denuncia realizada por don Mauricio Olguín Peña, por ruidos molestos que emanarían del Restaurant Huentelauquén, el cual funcionaría de jueves a sábado, desde las 23:00 horas hasta las 04:00 horas am., lo cual impediría el descanso y perturbaría la tranquilidad de los vecinos y turistas del sector.
18.DIC.2014	Mediante Ord. D.S.C. N° 1.775 y Carta N° 2.249 la SMA informó al denunciante la recepción de la denuncia y su incorporación al proceso de planificación de fiscalización, como además que los hechos podrían implicar infracciones al D.S. 38/2011 -ya citado- indicándole posibles sanciones aplicables.
04.MAY.2016	La SMA recibió nueva denuncia ciudadana, presentada por Hoteles Campanario, representado legalmente por don Rodrigo Enrique Zegers Reyes en contra del Restaurant, por emisión de ruidos asociados a su funcionamiento que desde diciembre a febrero, serían durante el día y la noche, todos los días de la semana, y para el resto del año desde el miércoles a sábado; cuestión que generaría molestias en los clientes y trabajadores del Hotel, impidiendo un adecuado descanso de estos, además de generar críticas recurrentes al Hotel por esta situación.
27.JUL.2016	Mediante el Ord. D.S.C. N°1.471 y Carta N° 1.473, la SMA informó a Hoteles Campanario, sobre la recepción de su denuncia y que su contenido se incorporaría al proceso de planificación de fiscalización, como además que los hechos podrían implicar infracciones al D.S. 38/2011, indicándole posibles sanciones aplicables.
27.DIC.2016	Hoteles Campanario reiteró su denuncia por ruidos contra cuatro locales del sector.

FECHA	ANTECEDENTE
18.ENE.2017	<p>La SMA concurre hasta las dependencias de la reclamante con el objetivo de efectuar mediciones de niveles de presión sonora desde allí. Se apersona entre las 21:00 horas del día 18 de enero y las 04:00 am del día 19 de enero de 2017.</p> <p>Consta en el Acta de Inspección Ambiental que existían 4 fuentes de ruido (locales Kamikaze, Huentelauquén, El Muelle y Timber House), las cuales al comprobarse que “no se encontraban completamente operativas”, se esperó hasta la condición de mayor exposición al ruido para realizar la medición en el receptor sensible, lo que resultó ser a las 1:27 de la madrugada, efectuándose en tres puntos distintos (patio del Hotel Campanario, estacionamiento interior del Hotel Campanario y terraza de cocina del Hotel), procediéndose además a realizar la medición de ruido de fondo a las 3.00 am, cuando dejó de funcionar el Restaurant Huentelauquén, “percibiéndose el funcionamiento de Kamikaze, Timber House, El Muelle y tránsito de personas, coincidiendo estos puntos de medición con los tres anteriores”.</p>
19.ENE.2017	<p>SMA repite el mismo procedimiento de medición, desde el domicilio ya señalado para lo cual se apersona entre las 21:00 horas del día 19 de enero y las 02:00 am del 20 de enero de 2017.</p> <p>Consta en el Acta de Inspección Ambiental que se realizaron mediciones a las 1:38 de la madrugada, observándose que por las condiciones de medición “el ruido de fondo no afectaba”.</p>
17.MAR.2017	<p>Fecha en que la SMA remite a la División de Sanción y Cumplimiento del mismo organismo, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-94-IV-NE-IA, resultante de las fiscalizaciones ya referidas.</p>

FECHA	ANTECEDENTE
22.AGO.2017	La SMA inicia procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-064-2017, mediante la dictación de la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-064-2017, formulando el siguiente cargo: "La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de niveles de presión sonora corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de niveles de presión sonora corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona 11".
22.SEP.2017	La reclamante presentó un Programa de Cumplimiento (PDC), en el cual propuso medidas para hacer frente a las infracciones imputadas.
15.NOV.2017	SMA dicta la Res. Ex. N° 3/ Rol D-064-2017, por la cual resolvió tener por presentado el PDC, sin perjuicio de que previo a resolver acerca de su aceptación o rechazo, realiza observaciones al mismo.
28.NOV.2017	En atención a las observaciones realizadas por la SMA al PDC ya presentado en septiembre, la reclamante presentó un Programa de Cumplimiento Refundido (PDCR).
06.DIC.2017	SMA dicta la Res. Ex. N° 4/Rol D-064-2017, por la cual realiza nuevas observaciones, las cuales debían ser acogidas en un nuevo programa de cumplimiento refundido.
14.DIC.2017	La reclamante presentó nuevamente un Programa de Cumplimiento Refundido acompañando dos planos de las instalaciones del Restaurant Huentelauquén.

FECHA	ANTECEDENTE
21.DIC.2017	SMA dicta la Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017 por la cual aprueba un nuevo Programa de Cumplimiento Refundido.
27.JUN.2018	Fecha del Acta de Inspección Ambiental, realizada por tres funcionarios de la SMA que se constituyen en la unidad fiscalizable, Restaurant Huentelauquén, contenida en Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC, de la misma fecha, por el cual dan cuenta que con el objeto de verificar la implementación de las medidas de mitigación contempladas en el PDCR aprobado a través de Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, se constituyeron entre las 15:30 a 18:30 horas dando cuenta detallada del bajo o nulo grado de cumplimiento de las acciones comprometidas en el PDCR por parte de la infractora.
23.JUL.2018	La División de Fiscalización de la SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC.
08.FEB.2019	La SMA recibe una reiteración de denuncia, caratulada con ROL ID 115-IV-2018, por la cual se reclama la continuación de los ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en el Restaurante Huentelauquén.
01.ABR.2019	La SMA, con esta fecha dicta la Res. Ex. N° 8/ Rol D-064-2017 por la cual declara incumplido el programa de cumplimiento antes aprobado mediante la Res. Ex. N° 6/ Rol D-064-2017 y, en consecuencia, reinició el procedimiento sancionatorio seguido en contra de la reclamante. Lo anterior al concluirse que hay total incumplimiento de las acciones N°s 1 y 5 y cumplimiento parcial de las acciones N°s 2, 3 y 4 del programa de cumplimiento.
10.ABR.2019	La Sociedad presentó sus descargos.
07.AGO.2019	SMA tuvo por presentados los descargos.

FECHA	ANTECEDENTE
06.NOV.2019	Rodrigo Zegers Reyes, en representación de Hoteles Campanario Ltda. presentó un escrito solicitando la recalificación de la infracción como grave.
28.NOV.2019	<p>SMA, dicta la Res. Ex. N° 1.686/2019, imponiendo a la Sociedad una multa de 214 UTA como resultado del procedimiento sancionatorio Rol D-064-2017, por infracción al D.S. N° 38/2011, según lo dispone el artículo 35 literal h) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA).</p> <p>Cabe destacar, que, a juicio de la SMA, de los antecedentes aportados al procedimiento, la infracción antes calificada como leve generó un riesgo significativo para la salud de la población en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA, cuestión que sustentaría la reclasificación de la infracción a grave.</p>
29.ABR.2020	La reclamante, en razón de haber sido notificada de una nueva carta de advertencia -por haber recibido la SMA otra denuncia registrada con el ID 3-IV-2020-, presentó un informe de evaluación acústica emitido por la empresa Sonoacústica, en que se realizó una evaluación acústica que concluye que el Restaurant supera los límites de presión sonora indicados en el D.S. N° 38/2011, junto con indicar que planean implementar las medidas sugeridas en el mismo documento tan pronto le fuera posible retomar el funcionamiento del local.

FECHA	ANTECEDENTE
15.JUL.2020	La reclamante interpuso recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1.686/2019 solicitando que se reclasificara a leve la infracción impuesta y que se aplicara una sanción de amonestación por escrito o en subsidio una sanción pecuniaria que no excediese de 1 UTA, o en su defecto, la que se estimase conveniente. De esta reposición se dio traslado a los interesados Hoteles Campanario y Mauricio Olguín Peña, este último, en tanto denunciante contra el Restaurante Huentelauquén, ya en 2014, luego en enero de 2020 (ID-3-IV-2020) y luego en febrero de 2022 (ID 45-IV-2022), todas por ruidos molestos en horario nocturno
07.SEP.2020	La reclamante presentó ante la SMA una carta mediante la cual reiteró su compromiso a implementar las medidas sugeridas en el informe acompañado el 20 de abril de ese año, con el fin de evitar la superación de límites de presión sonora del D.S. N° 38/2011; poniendo énfasis en que estas serían incorporadas en el momento en que fuera posible para el Restaurant retomar la dinámica de funcionamiento anterior a la pandemia. Tal cuestión no fue informada posteriormente por el titular.
25.FEB.2022	La SMA recibe otra denuncia de don Mario Olguín Peña por ruidos molestos, la que fue registrada posteriormente bajo el ID 45-IV-2022.
02.MAR.2022	La SMA reiteró a Restaurant Huentelauquén la recepción de nuevas denuncias por emisión de ruidos.
13.JUL.2022	La SMA a través de Res. Ex. N° 1.133/2022, rechazó recurso de reposición interpuesto por la Sociedad contra la Res. Ex. 1.686/2019.
01.AGO.2022	La Sociedad, interpuso reclamación judicial ante este Tribunal.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO JUDICIAL DE RECLAMACIÓN

Constan del proceso de reclamación judicial tramitado ante este Tribunal, los siguientes antecedentes:

FOJAS	ANTECEDENTES
1	Corresponde a reclamación judicial interpuesta por la reclamante, dirigida en contra de la Res. Ex. N° 1686/2019 y Res. Ex. N° 1.133/2022, dictada por la SMA. La reclamante solicitó a este Tribunal anular la resolución recurrida, y, en definitiva, dejar sin efecto la multa impuesta o en subsidio calificar la infracción como leve.
83	El Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó a la reclamada informar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600.
85	La SMA confirió patrocinio y poder, acompañó documentos y solicitó la ampliación del plazo para evacuar el informe requerido que le fue concedido mediante resolución de 18 de agosto de 2022, en los términos solicitados.
92	La SMA evacuó su informe, solicitando el rechazo en todas sus partes de la acción de reclamación deducida, con costas.
866	El Tribunal tuvo por evacuado el informe de la reclamada.
867	El abogado Sr. Rodrigo Zegers Reyes concurre en representación de Hoteles Campanario Limitada, en adelante igual o indistintamente Hotel Campanario y/o tercero coadyuvante, solicitando hacerse parte por su representada como tercero.
875	El Tribunal tiene como tercero coadyuvante de la SMA al Hotel Campanario.
877	El Sr. relator certificó que la causa se encontraba en estado de relación.
878	Se trajeron los autos en relación y se fijó la vista de la causa para el jueves 22 de septiembre de 2022, a las 10:00 horas, por videoconferencia.

FOJAS	ANTECEDENTES
888	El 22 de septiembre de 2022, se llevó a efecto la vista de la causa. Alegó por la parte reclamante, el Sr. Patricio Pinto Castro, la Srta. Paloma Espinoza Orellana, por la reclamada y por el tercero coadyuvante de la reclamada, el Sr. Rodrigo Zegers Reyes.
889	Consta certificado de acuerdo.
890	El Tribunal designó como redactora de la sentencia a la Ministra Srta. Sandra Álvarez Torres.

III. ALEGACIONES Y DEFENSAS DE LAS PARTES

Primero se presentan las alegaciones y defensas de la reclamante y la reclamada desagregadas, de acuerdo a títulos que se indican y luego del tercero coadyuvante.

A.- Alegaciones y defensas de la reclamante y reclamada

A.3.1. Legalidad de la resolución

A.3.2. Legalidad de procedimiento medición de ruido

A.3.3. Clasificación de la infracción

A.3.4. Monto de la sanción

A.3.1. LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN 1686/2019

	RECLAMANTE	RECLAMADA
a	Alega que esta vulnera el principio de la sana crítica. Lo anterior, en atención a que dentro de los principios que orientan los procedimientos administrativos regulados en la Ley N° 19.880, se establece la motivación de los actos administrativos como fundamental para asegurar el adecuado control jurídico.	Sostiene que la resolución reclamada es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, en razón, de haberse realizado las actividades de fiscalización pertinentes y de haberse efectuado las mediciones de manera correcta.
b	Agrega que la resolución 1.686/2019 se funda en antecedentes incongruentes en cuanto a la técnica de medición de los niveles de ruido del local fiscalizado.	(*) Sin desarrollo por parte de la reclamada

A.3.2. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE MEDICIÓN DE RUIDO

	RECLAMANTE	RECLAMADA
a	La reclamante indica que no se allegó al procedimiento sancionatorio ningún otro medio de prueba para comprobar o descartar los hechos que fundaron los cargos formulados y tampoco se produjo prueba para descartar la clasificación de la calidad de la gravedad de la infracción.	De acuerdo a la SMA el procedimiento se ajusta a la legalidad en virtud de las Actas de Inspección Ambiental de los días 18 y 19 de enero de 2017, recordando fueron levantadas por fiscalizadores de la SMA que están investidos con la calidad de ministro de fe.

	RECLAMANTE	RECLAMADA
b	<p>Agrega que la resolución reclamada se fundamentaría en informes técnicos manifiestamente erróneos e incongruentes, puesto que no realizan las correcciones de ruido de fondo conforme al artículo 19 y demás pertinentes del D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente.</p>	<p>Sobre este punto, se dejó constancia que la medición del ruido de fondo se realizó: (i) al encontrarse en funcionamiento los cuatro locales del sector que se encontraban en funcionamiento al efectuar la medición, (ii) en los mismos puntos en los cuales se midió a la fuente emisora.</p>
c	<p>La reclamante concluye que el único instrumento que el Superintendente ponderó para establecer la transgresión de la normativa vigente correspondió a la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, la cual, inexplicablemente descarta la presencia ruido de fondo que afecta significativamente las mediciones de la fuente de ruido.</p>	<p>La SMA argumenta que se procedió a corregir el Nivel de Presión Sonora con el ruido de fondo y, una vez realizada esa corrección, se constató la superación del nivel máximo permitido, por lo que la alegación de la reclamante sobre este punto no tendría lugar.</p>

A.3.3. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

	RECLAMANTE	RECLAMADA
a	<p>La reclamante señala que el hecho constitutivo de la infracción, que sirvió de fundamento para la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-064-2017 fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011.</p>	<p>La SMA afirma que la reclasificación de cargos no vulnera los principios de un racional y justo procedimiento, ni el principio de congruencia, porque corresponde una facultad del Superintendente, la que se fundamenta en los antecedentes del procedimiento y, por lo tanto, no es arbitraria.</p>

	RECLAMANTE	RECLAMADA
b	<p>Consta en los cargos formulados, que tal infracción se clasificó en ese entonces como leve, pues no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del artículo 36 de la citada ley. Luego, por ello esto no fue discutido por la reclamante al momento de efectuar los descargos.</p>	<p>En relación, al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve, considerando de manera preliminar que, no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36.</p>
c	<p>Posteriormente, el Superintendente del Medio Ambiente, en la Resolución recurrida, específicamente en sus considerandos Ns° 98 y 99, modificó la clasificación de la infracción a grave, ya que, según su opinión, fue posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA.</p>	<p>El Superintendente modificó dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados en el procedimiento sancionatorio, era posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA.</p>

	RECLAMANTE	RECLAMADA
d	Tal cuestión, expone la reclamante constituye una grave infracción a los principios del Derecho Administrativo sancionador, en especial, a la garantía fundamental de un racional y justo proceso, pues infringe -entre otros- el principio de congruencia y, por tanto, el derecho a defensa.	En la resolución sancionatoria, basada en el riesgo significativo para la salud, de la población, era necesario considerar que en la Ficha de Información de Medición de Ruido de 20 de enero de 2017, se observó una superación sobre el nivel de presión sonora permitido de 15 decibeles en el receptor R1, 16 decibeles en el receptor R1, 7 decibeles en el receptor R2, 14 decibeles en el receptor R3, y 17 decibeles en el receptor R3, significando una superación de los niveles de presión sonora en todos los receptores.
e	La resolución impugnada infringe el principio de congruencia, pues los hechos por los cuales se sanciona a la sociedad Salute Per Aqua SpA exceden el contenido de los cargos formulados, pues califican la infracción de una forma distinta, en perjuicio del inculpado, impidiéndole la posibilidad de haber presentado prueba de descargo sobre este punto.	En cuanto al principio de congruencia, lo que este en realidad resguarda es que los hechos imputados en la formulación de cargos sean los mismos hechos por los cuales se sanciona, cuestión que sí ocurre en el caso de autos.
f	El reclamante alega que no tuvo la posibilidad de controvertir la infracción reclasificada ni presentar prueba al respecto.	Esto es incorrecto, ya que la reclamante presentó un recurso de reposición administrativa, donde desarrolló la misma alegación hecha sobre la recalificación de la infracción.

A.3.4. MONTO DE LA SANCIÓN

	RECLAMANTE	RECLAMADA
a	La reclamante señala que dentro de los criterios que se tuvieron en consideración para los efectos de determinar la sanción, estuvo la capacidad económica del infractor, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 letra f) de la LOSMA.	La SMA respecto a la capacidad económica del infractor indica que consideró dos criterios en esta circunstancia: i) el tamaño económico y ii) la capacidad de pago.
b	Afirma que para estos efectos la SMA, a fin de conocer la determinación del tamaño económico de la empresa, examinó la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII) correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes de dicho Servicio, en base a información auto declarada por la reclamante para el año tributario 2019.	Para la “valoración del tamaño económico”, la SMA examinó la información proporcionada por el SII correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho Servicio, realizada en base a información auto declarada de cada entidad para el año tributario 2019 (año comercial 2018).

	RECLAMANTE	RECLAMADA
c	<p>Lo anterior, haría que en la Res. Ex. N° 1.686/2019 impusiera una multa que no se ajusta a la real capacidad económica de la infractora, ya que no consideró la realidad nacional y ciertos hitos que tienen la calidad de ser hechos públicos y notorios.</p>	<p>De acuerdo a la referida fuente de información, Salute Per Aqua SpA. se encontraba en la categoría de tamaño económico Mediana 1, es decir, presentaba ingresos por venta anuales entre 25.000,01 UF a 50.000 UF.</p>
d	<p>Agrega que al haberle sido notificada la Res. Ex N° 1.686/2019 transcurridos más de siete meses desde el pronunciamiento de la misma, implica que, la sanción no se ajustara a la real capacidad económica de la sociedad Salute Per Aqua, en tanto se habría visto afectada por el estallido social y la pandemia del COVID-19, por las restricciones sanitarias impuestas por la autoridad.</p>	<p>Tal consideración no tiene lugar, ya que este argumento ya había sido sostenido en la reposición administrativa, oportunidad en que la reclamante no aportó antecedentes adecuados para demostrar la falta de capacidad de pago, ya que, según la “Guía de Bases para la Determinación de Sanciones Ambientales”, lo que debió haber adjuntado eran los estados financieros de los últimos 3 años, y no un plan de pago de un crédito y un contrato de arrendamiento.</p>

	RECLAMANTE	RECLAMADA
e	Sin desarrollo por parte de la reclamante	La SMA agrega que además revisó la información referente al tamaño económico, otorgada por el SII para el año 2020, donde la empresa todavía se encontraba clasificada como Mediana N° 1, es decir, sus ingresos en el año 2020 estuvieron entre las 25.000 y 50.000 UF (aproximadamente entre 700 y los 1.450 millones de pesos). Por lo que en nada cambió el análisis de la SMA realizado en la resolución sancionatoria, esto porque aún en el peor año de la crisis, a pesar de las restricciones, la empresa mantuvo dicho nivel de ingresos.
f	Sin desarrollo por parte de la reclamante	Aclara la SMA, que entonces, aun cuando la reclamante no acreditó una situación financiera deficiente, igualmente se consideró el peor escenario posible para la empresa, incluido el estallido social y las restricciones impuestas por el COVID-19 y, aun así, la reclamante se mantuvo en la misma categoría de Mediana N° 1.

	RECLAMANTE	RECLAMADA
g	<p>El reclamante advierte que en la resolución recurrida la autoridad administrativa fundamenta las circunstancias que se tendrán en consideración para aplicar la multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la LOSMA, pero no se valorizan tales circunstancias a la luz de lo que indica la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, por lo que no resulta posible al justiciable entender la cuantía de la multa impuesta.</p>	<p>Sobre la valorización de circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y la determinación de la sanción, la supuesta falta de expresión de los resultados o de cálculos numéricos no tiene asidero en ninguna norma legal; esto en tanto, no existe alguna norma que exija un detalle matemático de las circunstancias que inciden en la determinación específica de la sanción.</p>
h	<p>Sin desarrollo por parte de la reclamante</p>	<p>Agrega la SMA, que la Res. Ex. N° 1.686/2019 es clara en sus considerandos 101 a 165, indicando cómo las circunstancias del art. 40 influyen para el cálculo de la sanción aplicable. Luego, las ponderaciones en la cuantía de la multa, corresponden al ámbito de la discrecionalidad del Servicio, apreciando cada circunstancia cualitativa aplicada al caso concreto, para lo cual la resolución sancionatoria expone todos los fundamentos de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en atención a lo dispuesto en los artículos 11 inciso segundo y 41 de la Ley N° 19.880, atendiendo al deber de fundamentación y motivación del acto administrativo, las que fueron latamente explicadas en la resolución recurrida.</p>

	RECLAMANTE	RECLAMADA
i	Por estas consideraciones, la reclamante pide a este Tribunal anular la Res. Ex. N° 1.133/2022, junto con dejar sin efecto la multa impuesta en la Res. Ex. N° 1.686/2019, ambas de la SMA, o en subsidio de lo anterior, calificar la infracción como leve.	Solicita rechazar la reclamación en todas sus partes, declarando que la Res. Ex. N° 1.686/2019 y la Res. Ex. N° 1.133/2022, son legales y fueron dictadas conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

B.- ALEGACIONES Y DEFENSAS DE TERCERO COADYUVANTE

Los argumentos vertidos por el tercero Hoteles Campanario Limitada son en síntesis los siguientes:

B.3.1. Señala que concurre en estos autos con un interés manifiesto y directo en este procedimiento de reclamación, toda vez que este reviste la calidad de interesado en el expediente sancionatorio.

B.3.2. Al respecto, indica haber realizado a lo menos dos denuncias en contra de la reclamante de autos; la primera el 4 de mayo de 2016, y, la segunda el 27 de diciembre de 2016, ambas con ocasión de las emisiones de ruidos como consecuencia del funcionamiento del Restaurant Huentelauquén, los cuales afectan tanto a los pasajeros como a los trabajadores del Hotel Campanario del Mar.

B.3.3. Agrega que la reclamante es titular del Restaurant Huentelauquén, y que este en la actualidad continúa diariamente emitiendo gravísimos ruidos ambientales hasta altas horas de la madrugada, los que afectan tanto a los pasajeros del Hotel Campanario del Mar como a sus trabajadores. Lo anterior, sostiene, es de la mayor gravedad, ya que el hotel es vecino del referido Restaurant.

B.3.4. Por estas consideraciones, pide a este Tribunal que se rechace en todas sus partes el recurso de reclamación interpuesto por Salute Per Aqua SpA., con costas.

CONSIDERANDO:

Primero. En atención a las alegaciones y defensas expuestas por las partes y que se dan por reproducidas, se han determinado como hechos controvertidos de la causa los siguientes:

IV. Determinación de las controversias

CONTROVERSIAS

- 1.- Legalidad del procedimiento de medición de ruido**
- 2.- Reclasificación de infracción aplicada**
- 3.- Determinación de la sanción aplicada**
- 4.- Ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA**

1. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE MEDICIÓN DE RUIDO

SEGUNDO: DEL CONCEPTO DE RUIDO, SUS ELEMENTOS Y NIVELES.

El ruido y el sonido son, bajo un concepto físico, dos formas de identificar el mismo fenómeno: la variación de la presión del aire respecto del valor medio de la presión atmosférica. En ambos casos, la variación de presión se mide en pascales (Pa) y, a través del oído y la cadena auditiva, las personas son capaces de percibir presiones desde 10 a 102 Pa (Berglund et al., 1999).

Luego, para efectos de ver cómo nuestro oído humano responde a estas variaciones de presión, se creó una medida acorde, denominada Bel o Belio¹, cuyo submúltiplo más comúnmente utilizado es el decibelio (dB) medible a través de un sonómetro,

¹ Bel o Belio: logaritmo decimal de la relación de la intensidad de un sonido o ruido respecto de la intensidad de referencia

instrumento que permite además informar los niveles de ruido que representan aquello que oímos, lo anterior dentro de determinados rangos de frecuencias, como por ejemplo en el caso de la medida dB(A), donde el valor ponderado de una fuente de ruido cubre completo un rango de frecuencia entre 20Hz a 20 kHz, lográndose así una aproximación a la sensibilidad de frecuencia del oído humano.

En este contexto de mediciones asociadas a decibeles y la intensidad del sonido y/o ruido, es pertinente citar que la Organización Mundial de la Salud [OMS] ha elaborado la siguiente tabla que muestra los límites y efectos a evitar en la medida que va existiendo la exposición al sonido y/o ruido, en cuanto puede afectar de manera permanente la salud auditiva de los sujetos expuestos. En particular es de interés para esta sentencia el límite de decibeles a evitar al dormir - 45 dB(A)-, mismo valor que según veremos dispone el D.S. N° 38/2011 para la zona en que desarrolla sus actividades la reclamante y donde también se encuentra el tercero coadyuvante.

LÍMITE	EFECTO A EVITAR O SITUACIÓN EN LA QUE SE APLICA
100-130 dB(A)	Incomodidad auditiva
130-140 dB(A)	Riesgo de daño físico (por ejemplo, perforación del tímpano)
130 dB(A)	Dolor agudo
70 dB(A) L_{eq24}	Daño auditivo despreciable
30 dB(A) L_{eq}	Excelente inteligibilidad
45 dB(A) L_{eq}	Inteligibilidad completa
40-55 dB(A) L_{eq}	Inteligibilidad razonablemente buena
100 dB(A) $L_{eq 4}$	Conciertos, ceremonias y festivales
90 dB(A) $L_{eq 4}$	Discotecas
140 dB peak	Sonidos impulsivos
ASPL<80 dB(A)	Juguetes, en el oído del niño
CSPL<130 dB(C)	Juguetes, en el oído del niño
30 dB(A) L_{eq}	Ruido interior
40-45 dB(A) $L_{m\acute{a}x}$ (fast)	Eventos ruidosos aislados al dormir
45 dB(A) L_{eq}	Ruido externo al dormir (ventanas abiertas, reducción de 15 dB)
35 dB(A) L_{eq}	Salas de hospital, interferencia con el descanso y la recuperación
45 dB(A) $L_{m\acute{a}x}$ (fast)	Eventos ruidosos aislados, salas de hospital
50-55 dB(A) L_{eq}	Exteriores zonas de viviendas de día y atardecer (molestia seria)
40-50 dB(A) L_{eq}	Exteriores de noche (molestia moderada)
55 dB(A) L_{eq}	Patios de recreo escolar e interiores, molestia (fuentes externas)

Fuente: Berglund *et al.* (1999). *Guidelines for Community Noise*. Documento WHO, Geneva (pp. 7-79).

Ahora en particular, para la situación que se discute en la presente causa es dable señalar que se considera ruido (ambiental)² cualquier sonido que es calificado como molesto, desagradable o inoportuno, por quien lo percibe³, distinguiéndose entre otras fuentes del mismo las “fuentes fijas” -por oposición a fuentes móviles-, destacando entre ellas actividades productivas como industrias de todo tipo incluyendo la del ocio como pubs y discotecas, entre otros.

Luego, hacer presente que, para la legislación nacional, en particular el Decreto Supremo N° 38/2011 tres son los elementos que podemos entender esenciales para considerar que existe ruido ambiental y que este es sancionable:

i/ .- Superar los niveles máximos de ruido permitidos.

Se incluyen aquí las fuentes emisoras reguladas en la norma antedicha, con excepción de aquellas indicadas en el artículo 5° del mismo cuerpo legal y atendiendo a la debida coordinación de lo dispuesto por el artículo 7° del D.S. N° 38/2011, que fija los “niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos” y el artículo 10 del mismo cuerpo legal que, en definitiva sujeta a las fuentes emisoras a respetar estos niveles máximos de acuerdo a la zona en que se encuentre el receptor del ruido, entendido este último de conformidad al numeral 19 del artículo 6° del ya referido decreto como “toda persona que habite, resida o permanezca en un recinto, ya sea en un domicilio particular o en un lugar de trabajo, que esté o pueda estar expuesta al ruido generado por una fuente emisora de ruido externa”, en este caso corresponderían a los titulares de distintas denuncias que en el tiempo ha recepcionado la SMA en contra de la reclamante.

² El diccionario de la Real Academia de la Lengua define ruido ambiental como “Sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales”.

³ Estrategia para la Gestión del Control del Ruido Ambiental (2010-2014), Sección Control de Ruido Ambiental, Departamento de Asuntos Atmosféricos, División de Políticas y Regulación Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente. Pág. 2.-

Cabe hacer presente que, de acuerdo, al artículo 6° N°s 14° a 18° del ya referido Decreto 38/2011, se define la presión sonora y sus tipos. De especial interés para el análisis de esta sentencia es el concepto de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) - art. 6° N° 16 del mismo decreto- entendido como “aquel nivel de presión sonora continuo equivalente, que resulta de aplicar el procedimiento de medición y las correcciones establecidas en la presente norma”.

Unido a lo anterior, cabe también identificar dentro de qué ZONA de nivel máximo de esta presión sonora corregido permitido se encontraría la Sociedad, lo que es posible delimitar a partir de la tabla N° 1 contenida en el artículo 7° de D.S. N° 38/2011 y que resulta ser la ZONA II que se remarca.

TABLA 1		
NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES DE PRESIÓN SONORA CORREGIDOS (Npc) EN dB (A)		
	DIA	NOCHE
ZONA I	55	45
ZONA II	60	45
ZONA III	65	50
ZONA IV	70	70

ii/ **.-Constatar esta superación de niveles permitidos a través de un procedimiento de medición reglado.**

Este procedimiento se detalla en los artículos 11 y siguientes del Decreto Supremo N° 38/2011 y se abordará en el siguiente considerando de esta sentencia, en tanto ser uno de los aspectos discutidos por la reclamante.

iii./- Realizar dicha constatación por el ente administrativo competente.

De conformidad a los artículos 20 y siguientes del Decreto Supremo N° 38/2011, esta competencia se radica en la Superintendencia de Medio Ambiente, no siendo este un asunto controvertido por la reclamante.

Tercero: Del Procedimiento de Medición del Ruido

En este considerando se dan por reproducidas las alegaciones de las partes al respecto, según consta en el punto A.3.2., donde se sintetiza la postura de estas a propósito de la discusión sobre la legalidad del procedimiento de medición de ruido, reclamada por una parte por la Sociedad y confirmada como ajustada a la legalidad por la otra, esta es, la SMA.

De una lectura integrada de los artículos 11 y siguientes del D.S. 38/2011, es posible señalar que el procedimiento de medición de ruido es aquel que se realiza a través de un instrumento especializado denominado sonómetro, calibrado en terreno por un funcionario competente de la SMA que además en el caso particular es un ministro de fe, cuyo objetivo es obtener el nivel de presión sonora corregido - expresado como NPSeq⁴, NPSmín⁵ y NPSmáx⁶-. En este caso según se lee a fojas 270 (doscientos setenta) el sonómetro utilizado correspondió a la marca Cirrus, modelo CR:162B con verificación de calibración en terreno y con “Certificado de Calibración Periódica” emitido por el Laboratorio de Calibración Acústica del Instituto

⁴ Art. 6 N° 15. Nivel de Presión Sonora Continuo Equivalente (NPSeq): es aquel nivel de presión sonora constante, expresado en decibeles A, que en el mismo intervalo de tiempo, contiene la misma energía total (o dosis) que el ruido medido.

⁵ Art. 6 N°18. Nivel de Presión Sonora Mínimo (NPSmín): es el NPS más bajo registrado durante el período de medición, con respuesta lenta.

⁶ Art 6 N° 17. Nivel de Presión Sonora Máximo (NPSmáx): es el NPS más alto registrado durante el período de medición, con respuesta lenta.

de Salud Pública, el 29 de noviembre de 2016, según se acompaña a fojas 288 (doscientas ochenta y ocho).

Luego, debe efectuarse la medición en la propiedad del receptor -en este caso Hoteles Campanario, en el lugar, momento y condición de mayor exposición al ruido – esto de acuerdo a las actas de fiscalización referidas en la cronología desarrollada en el numeral 1.1 de esta sentencia; correspondería a los horarios de las 3:00 am y 1:38 am en los días 18 y 19 de enero de 2017, respectivamente, siempre en un escenario que representara la situación más desfavorable para ese receptor, pudiendo ser una medición externa o interna. En el caso en análisis esta medición fue externa, según se indica en las actas de inspección ambiental ya referidas, en específico en: **a)** patio del Hotel (R1), **b)** estacionamiento interior del mismo hotel (R2) y **c)** terraza de cocina del recinto (R3) y en ambas oportunidades, sujetándose a las sgtes. modalidades:

- a) Realizar tres mediciones de minuto para cada punto de medición:

A título ejemplar se transcriben las mediciones registradas a fojas 277, 279 y 280 del expediente, realizadas el 19 de enero de 2017 en los horarios de 3:00 am para el punto R1, 3:15 am para el punto R2 y 3:00 am para el punto R3, donde es posible observar que el nivel de ruido sobrepasa el nivel máximo establecido por el Decreto N° 38/2011, para la ZONA II, horario nocturno que es igual a 45 dB(A).

PUNTO R1: Patio del Hotel

NPSeq		NPSmin		NPSmáx
60,3	→	55,9	→	64,4
60,7	→	58,1	→	63,6
61,5	→	59	→	54,7

PUNTO R2: Estacionamiento interior del Hotel

NPSeq		NPSmin		NPSmáx
54,4	→	52,2	→	57,2
53,5	→	51,7	→	55,1
53,8	→	51,8	→	57,8

PUNTO R3: Terraza de cocina del Hotel

NPSeq		NPSmin		NPSmáx
59,3	→	55,9	→	63,7
61,1	→	58	→	64,7
61	→	58,5	→	64,3

- b) De acuerdo a las condiciones habituales del lugar.

Lo anterior implica que tanto el receptor como la fuente emisora del ruido se encuentren funcionando normalmente y en las condiciones de mayor exposición al ruido, tal como lo expresan los fiscalizadores de la SMA, Felipe Loaiza y Matías Tapia, a fojas doscientos sesenta y siete (267) y doscientos sesenta y nueve (269) respectivamente.

- c) Procediendo a descartar el ruido ocasional, este es, aquel que se produce en un lugar distinto al de la medición y que no es habitual en el denominado ruido de fondo último que se analiza en el considerando siguiente.

Cuarto: Del ruido de fondo

- a) *Su concepto.* De conformidad con el artículo 6° numeral 22 del D.S. 38/2011 el ruido de fondo es aquél que está presente en el mismo lugar y momento de medición de la fuente que se desea evaluar, en ausencia de ésta. Para el caso en análisis el ruido proveniente de los locales Kamikaze, Huentelaquén, Timberhouse y El Muelle en los horarios de fiscalización referidos en Actas de Fiscalización Ambiental respectivas.

Su importancia radica en que puede afectar significativamente las mediciones de los niveles de presión sonora que efectivamente identifica o señala el receptor, en cuyo caso debe hacerse un proceso de corrección de los valores obtenidos por el fiscalizador, con el objeto de en definitiva contar con una medición lo más afinada posible respecto de la fuente emisora.

Es de interés apuntar en esta sentencia que, de acuerdo a las actas de inspecciones ambientales respectivas, este ruido de fondo se consideró por parte de los fiscalizadores de la SMA como significativo sólo en las mediciones efectuadas el 19/01/2017 y no así en las efectuadas el 20/01/2017, por lo cual según se explicará a continuación el proceso de corrección sólo se aplicó en las mediciones de la primera de las fechas indicadas.

- b) *Del proceso de corrección.* De conformidad con el artículo 19 del ya referido D.S. 38/2011, y en caso de ser necesario se deberá ir a la corrección del valor obtenido en la medición de la fuente emisora de ruido, para descartar este ruido de fondo y esto de acuerdo a la sgte. tabla:

Tabla N° 3. CORRECCIONES POR RUIDO DE FONDO⁷	
Diferencia aritmética entre el nivel de presión sonora obtenido de la emisión de la fuente emisora de ruido y el nivel de presión sonora del ruido de fondo presente en el mismo lugar:	Corrección
10 o más dB(A)	0 dB(A)
de 6 a 9 dB(A)	- 1 dB(A)
de 4 a 5 dB(A)	- 2 dB(A)
3 dB(A)	- 3 dB(A)
Menos de 3 dB(A)	Medición nula

- c) *Resultado de la aplicación del proceso de corrección.* Si la diferencia aritmética entre el nivel de presión sonora obtenido de la emisión de la fuente emisora de ruido y el nivel de presión sonora del ruido de fondo presente en el mismo lugar es mayor a 10 decibeles, se deberá aplicar la corrección, en razón, de la tabla N°3.

Ahora en el caso en estudio, esta operación se resume en cuadro denominado "Tabla de Evaluación" contenida en la "Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido", que consta a fojas doscientos ochenta y siete (287) del expediente, en el cual se aprecia que en todas las mediciones se superan los niveles de ruido permitidos, esto aun aplicando la corrección, es decir, eliminando el ruido ocasional que pudiere influir negativamente en la posición de la reclamante, es que se transcribe:

⁷ Se hace presente que en el texto del D.S. N° 38/2011 disponible digitalmente en la web de la Biblioteca del Congreso Nacional, dice Tabla 2, debiendo decir Tabla 3, pues con anterioridad en el mismo texto existe una Tabla 2, para correcciones de ventana, puerta o vano.

Receptor N°	NPC (dBA)	Ruido de fondo (dBA)	Zona DS N° 38	Período (Diurno/Nocturno)	Límite (dBA)	Estado (Supera/No supera)
R1	60	54	II	Nocturno	45	Supera
R1´	61	0	II	Nocturno	45	Supera
R2	52	50	II	Nocturno	45	Supera
R3	59	52	II	Nocturno	45	Supera
R3´	62	0	II	Nocturno	45	Supera

Luego, y en atención a que según se ha descrito en párrafos anteriores existió superación de niveles de ruido permitido en horario y zona descrita y que además dicha superación fue establecida a través de un procedimiento de medición que se ajustó metodológicamente a lo dispuesto por el D.S. N° 38/ 2011, el tribunal rechaza esta alegación.

2. La reclasificación de la infracción aplicada

Quinto. Una segunda alegación de la reclamante consiste en la reclasificación de la sanción de leve a grave, efectuada por la SMA, en la resolución sancionatoria. La reclamante considera que la reclasificación del cargo infringiría los principios de congruencia y contradictoriedad.

En este contexto es dable recordar que esta reclasificación de la infracción atendió según explicita la SMA a la debida consideración y coordinación de lo dispuesto en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA, esto es, considerarse infracción grave todo “hecho, acto u omisión que según el literal b) hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población [una de las mediciones según se ve en cuadro reproducido en considerando Cuarto, registra superación en 17 dB(A) del nivel permitido y el artículo 40 del mismo cuerpo legal, esto es, la debida consideración de circunstancias que en cada caso correspondan para la

determinación de la sanción específica, en particular la contemplada en el literal a) de este artículo que dice relación con “la importancia del daño causado o del peligro ocasionado”.

Para abordar la resolución de esta segunda alegación, es importante previamente, dejar establecido lo que la doctrina y/o la jurisprudencia, han entendido por ambos principios.

Sexto. Del principio de congruencia.

- a) *Su sentido y alcance.* Su fuente es el artículo 54 de la LOSMA, el que, en el contexto de un procedimiento sancionatorio llevado por la SMA, dispone en su inciso final que “[...] Ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”. A mayor abundamiento la Excma. Corte Suprema, con ocasión de referirse a la aplicación de este principio en procedimientos administrativos ha señalado:

“[...] el principio de congruencia aplicable a los procedimientos administrativos, persigue que éstos se ciñan al principio de juridicidad, que, a su vez, lleva implícitos los de racionalidad con que deben actuar los órganos de la Administración, los que deben observarse en todo procedimiento administrativo, toda vez, que las facultades que la ley le otorga a la administración no pueden ejercerse de manera arbitraria ni discriminatoria”. (SCS Roles N° 29.714-2014 y N° 131-2022).

- b) *Sobre su pretendida infracción.* En concreto, lo que se busca resguardar por este principio es que los hechos imputados en la formulación de cargos sean los mismos por los cuales se sanciona, cuestión que efectivamente ocurre en el caso de autos, de manera que es el parecer de este Tribunal que la SMA no incurrió en quebrantamiento alguno de este principio.

Séptimo. Del principio de contradictoriedad.

- a) *Su sentido y alcance.* Se ha entendido que este implica "la posibilidad de que todos los interesados, incluyendo el presunto infractor, en un procedimiento administrativo puedan representar sus alegaciones, descargos, defensas y alegatos ante la autoridad, con miras a que esta tome una decisión de la manera más informada posible y teniendo presente cuáles son los distintos intereses que están en juego. Asimismo, asegura el derecho de defensa de cada uno de los intervinientes en el procedimiento sancionador, a saber, denunciante, interesados y presunto infractor". (Osorio, C. (2017). Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, Thomson Reuters, p. 47).

En ese mismo sentido también lo ha interpretado la Contraloría General de la República, en el marco de los procedimientos administrativos a la hora de considerar como una expresión de este principio, la posibilidad del presunto infractor de controvertir la prueba (Dictamen N° 22.655 de 13 de abril de 2011).

- b) *Sobre su pretendida infracción.* El reclamante indica dentro de sus alegaciones que no tuvo oportunidad de controvertir la reclasificación de la infracción, ni de presentar prueba de descargo. Al respecto, cabe señalar que ello no es efectivo, pues consta en el expediente sancionatorio que el 15 de julio de 2020, la reclamante interpuso un recurso de reposición donde se centró en cuestionar las facultades del Superintendente para reclasificar la infracción, pero no en desvirtuar la cualificación de la sanción como grave o leve. Por tanto, esta alegación también será rechazada.

Octavo. Algunas consideraciones en torno al literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA. Según se explicó en el considerando sexto de esta sentencia, el articulado referido es una de las causales para considerar una infracción como grave, traducida en "todo hecho, acto u omisión que hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población". En este caso el referido riesgo está en la exposición a decibeles en exceso a lo permitido por la norma en la zona donde se ubica la reclamante, lo que en la práctica así fue registrado por la SMA en virtud de su proceso de fiscalización.

Este exceso de decibeles ha sido abordado precedentemente por la institucionalidad ambiental, en específico, el Ministerio de Medio Ambiente, último que considerando los distintos niveles de ruido que se puede alcanzar ha señalado: “El ruido es un contaminante que tiene el potencial de afectar la salud de las personas y deteriorar su calidad de vida. [...] Por otra parte, niveles de ruido de menor nivel y de carácter continuo, como el tránsito vehicular – o como el sancionado por la SMA en el caso en concreto-, tienen el potencial de generar efectos no auditivos, como: (1) molestia e irritabilidad; (2) alteraciones del sueño; (3) estrés fisiológico; (4) problemas cognitivos y; (5) enfermedades cardiovasculares”.⁸

En razón, de todo lo anterior, no se vislumbra ninguna infracción a los principios administrativos alegados por el reclamante, ni tampoco a la reclasificación de la infracción de leve a grave, la cual, a juicio de estos sentenciadores, está debidamente fundada y, en consecuencia, esta alegación también será rechazada.

3. La determinación de la sanción aplicada

Noveno. Como última controversia, la reclamante alega que para la determinación de la sanción aplicada no se habría tomado en consideración la capacidad de la empresa -léase capacidad económica- y su tamaño económico, como tampoco se habría realizado correctamente una ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

Décimo. Concepto de capacidad económica. Nos remitiremos a la definición que recoge la SMA en el numeral 3.1.6 letra f) del texto “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”⁹ donde señala que corresponde a “la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con

⁸ Consultado en: <https://ruido.mma.gob.cl/temas/>

⁹ Según declara la SMA, es una herramienta analítica que ha contribuido a dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas, pág. 6. Consultado en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017/>

la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la administración pública”. En síntesis, se atiende a las facultades o solvencia del infractor.

De lo anterior, se desprende que cualquiera sea la sanción aplicada, será necesario que en su determinación se considere que: **a)** no se empobrezca al sancionado -tamaño económico-, **b)** no se le cercenen ingresos, en el sentido que la carga tributaria no agote la riqueza imponible sobre la cual se establece -capacidad de pago- y **c)** que sea proporcional.

Sobre este último punto -la proporcionalidad-, existe jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, como por ejemplo fallo de casación Rol N° 41.815-2016, donde expresa que en la sanción debe existir proporcionalidad entendiéndose esta como aquella que “[...] consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de las sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del derecho administrativo sancionador (...)”¹⁰

Finalmente, es dable señalar que respecto de la sanción aplicada y según veremos más adelante en esta sentencia, existen factores de corrección (tamaño de la empresa y su capacidad de pago que conforman la capacidad económica de la misma) que precisamente apuntan a resguardar la proporcionalidad del monto de una multa, esto porque en caso de no ser considerada puede desvirtuar el fin de la sanción, careciendo de un efecto disuasivo y ejemplar, para pasar a convertirse en

¹⁰ Mismo criterio sostenido en causa Rol N° 24.422-2016, de 25 de octubre de 2017, casación en el fondo, respecto del fallo del Tercer Tribunal Ambiental, Rol R-22- 2015, caratulados “Municipalidad de Temuco con SMA”. La Municipalidad es sancionada por la antigua COREMA por incumplimientos a una RCA que afecta el vertedero de Boyeco. La Municipalidad interpone reclamación ante el Tercer Tribunal Ambiental, Rol 22-2015. El fallo del tribunal de 23 de marzo de 2016 confirma las multas aplicadas. Conociendo de la casación, el máximo tribunal confirma el fallo.

una medida de cierre o término de actividad del sancionado al superar su capacidad para afrontar la sanción pecuniaria.

Undécimo. Del tamaño económico. Este se asocia a un nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor. Se determina, de acuerdo, a clasificación efectuada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), en base a una estimación del nivel de ingresos por ventas anuales de un determinado contribuyente, a partir de información tributaria auto declarada por la reclamante.

A continuación, se reproduce la tabla utilizada por la SMA, en la clasificación de un infractor dentro de un proceso sancionatorio:

Tamaño empresa según clasificación del SII	Ventas anuales en UF		Factor de tamaño económico	
	Desde	Hasta	Desde	Hasta
Microempresa	0	2.400	0,1%	1,5%
Pequeña	2.400	25.000	1,5%	15,6%
Mediana	25.000	100.000	15,6%	62,5%
Grande	100.000	Indefinido	62,5%	100%

Fuente: Elaboración de la SMA, en base a información de clasificación por tamaño económico del Servicio de Impuestos Internos (SII). [Ver tabla 3.5, página 64 en texto “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales”, actualización agosto 2017].

Duodécimo. Determinación del tamaño económico de la reclamante. Consta de los antecedentes acompañados en el expediente que:

- a) La SMA para la determinación de la sanción impuesta a la Sociedad por la Res. Ex. N° 1.686/2019 de 214 UTA, observó el documento ya referido “Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales” – ver página 76-, tomando entonces en cuenta la información auto declarada por la reclamante para el año tributario 2019 (año comercial 2018), en virtud de la cual se determinó que la categoría dentro de la cual se enmarcaba era Mediana I, es decir, presentaba ingresos por concepto de ventas anuales entre 25.000,01 UF a 50.000 UF. Lo anterior así lo expresa la SMA en el considerando 158 de la referida resolución exenta.

- b) Se caracteriza en casos como el examinado por ser entonces un dato cierto, conocido por el regulador que lleva adelante el proceso sancionatorio, en este caso, la SMA.
- c) Por añadidura la misma SMA dentro de este proceso sancionatorio, consideró este tamaño económico como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción¹¹⁻¹² según se expresa en el considerando 158 de la resolución sancionatoria reclamada:

“En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada como Mediana 1, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica”. [Considerando 158].

Décimo Tercero. De la capacidad de pago. Como se refirió en el considerando Décimo, este es uno de los elementos que considera la SMA a la hora de determinar el monto al cual asciende una sanción.

Esta capacidad tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación de la sanción pecuniaria determinada para el caso en concreto, aquí de 214 UTA en contra de la reclamante.

Interesante es aquí referir lo sostenido por la Excma. Corte Suprema, respecto de este elemento: “Que la capacidad de pago dice relación con una condición de deficiencia en la situación financiera de la sociedad que le imposibilite o dificulte en gran medida, hacer frente a una sanción sufrida. [...] En otras palabras, la consideración de la peculiar situación financiera de la actora tiene como coto la

¹¹ Un componente de afectación puede ser de incremento o disminución dependiendo de la o las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

¹² El factor de tamaño económico actúa como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción, dejando este componente inalterado en el caso en que la empresa se encuentre en los tramos de mayor tamaño, esto es, dentro de la clasificación de empresas grandes, y pudiendo reducirlo hasta un 0,1% de su valor original si se trata de una empresa en el primer tramo de la clasificación, esto es, de microempresas. Existe un valor límite para el ajuste por el factor de tamaño económico, el cual corresponde a un valor mínimo de una (1) UTA para este componente de afectación.

protección del patrimonio ambiental y la finalidad de la multa en orden a erigirse como un instrumento eficiente que tienda a disuadir los incumplimientos”¹³.

Décimo Cuarto. Determinación de la capacidad de pago de la reclamante. Consta de los antecedentes acompañados en el expediente que:

- a) La SMA, según declara a fojas 109, habría realizado un examen de la situación financiera de la Sociedad, con el fin de evaluar la existencia de posibles dificultades para hacer frente a la sanción referida precedentemente.
- b) Para esta evaluación, de acuerdo, al documento “Guía de Bases para la Determinación de Sanciones Ambientales”, resulta necesario que el infractor en su declaración de deficiente capacidad de pago, provea toda la información financiera que la SMA requiera, considerándose como información mínima requerida para fundamentar una situación deficitaria de capacidad de pago, acompañar los estados financieros, en este caso de la reclamante de los últimos tres años, información debidamente acreditada. (Página 76 de documento referido).
- c) Cabe destacar que, de esta evaluación de antecedentes, sólo conocidos para la SMA en la medida que se le presenten al haber sido notificada la sanción, puede resultar un ajuste al monto de la sanción que es aplicado en forma adicional al ajuste por tamaño económico, materia ya revisada.
- d) En los hechos, de acuerdo a informe de la SMA, la Sociedad con ocasión del recurso de reposición interpuesto en contra de la Res. Ex. 1.686/2019, habría adjuntado: **(i)** un plan de pago de crédito bancario otorgado a la sociedad Salute Per Aqua SpA, **(ii)** un contrato de arriendo del restaurante Huentelauquén y **(iii)** publicación en el Diario Oficial de la Res. Ex. N° 212 del Ministerio de Salud. En este punto se hace presente que la Sociedad en su reclamación para ante este Tribunal cita tres resoluciones del Ministerio de Salud 208, 210 y 2012 -sin indicar año-, que prohibieron la atención de público en restaurantes, cafeterías y lugares análogos por un plazo indefinido con ocasión del COVID19

¹³ Véase sentencia de la Excma. Corte Suprema, caso Pampa Camarones, considerando sexagésimo tercero.

- e) Luego, en Res. Ex. N° 1.133, de 13 de julio de 2022 que resuelve el referido de recurso de reposición, la SMA, no aplicó rebaja del monto de la multa, pues en definitiva la Sociedad no aportó el mínimo de antecedentes ad hoc necesarios para dicha reconsideración.
- f) Se apunta que, la propia SMA para efectos de la presente acción de reclamación refiere que la argumentación de una menor capacidad de pago referida como alegación por la Sociedad, se repite por esta sin aportar ningún nuevo antecedente, en particular los referidos estados financieros, por tanto, la alegación de la Sociedad en cuando a haber transcurrido siete meses desde la dictación de la Res. Ex. 1.133/2022 hasta que le fuere notificada en nada cambia la situación descrita y consecuentemente el monto de la sanción.

En consecuencia, cabe señalar que el Tribunal no dará lugar en ninguna de sus partes a esta alegación por constar de los antecedentes citados que la SMA, siguió para la determinación de la sanción, la secuencia de configurar la infracción, clasificar su gravedad y luego determinar la sanción específica que correspondía aplicar.

4.- Ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Décimo Quinto. De las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Estas constituyen reglas de ponderación de la infracción, mismas que en palabras de Jorge Bermúdez son “criterios jurídicos de observancia obligatoria para la SMA al momento de llevar a cabo la graduación y cuantificación de la sanción aplicable”¹⁴ y respecto de las cuales el mismo autor afirma que el artículo 40 de la LOSMA “establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, y todos ellos deberán tender, en definitiva a materializar el principio de la proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones

¹⁴ Jorge Bermúdez, «Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental», en *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, coord. por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 616.

derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador”.¹⁵

Cabe señalar que en términos generales estas circunstancias pueden dividirse en dos grandes grupos: cualitativas y cuantitativas. Entre las primeras estarían a título ejemplar los literales a), d), e), g), h) y entre las segundas los literales b), c), f) y en ambas categorías el literal i) por lo amplio de su sentido y alcance, todas del art. 40 de la LOSMA.

Ahora, del tenor literal del referido artículo 40, surge como un factor relevante en esta ponderación la discrecionalidad en este caso de la SMA, entendida como “(...) libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer”¹⁶ y más específicamente hay algunos autores, como Bordalí y Hunter que hablan de una discrecionalidad técnica: “[...] cuando el sistema legal reconoce a favor de un organismo administrativo un ámbito de decisión propio para emitir una decisión en función de evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica o características de un saber profesional. Puede tratarse de valoraciones económicas, científicas o técnicas en sentido estricto”.¹⁷

En este contexto, es dable hacer presente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en causa Rol N° 17.736-2016, en particular respecto de aquellas circunstancias denominadas “cualitativas” “[...] Por otra parte, la concurrencia de las circunstancias cualitativas requiere de un examen a la luz de los hechos específicos que fundan la sanción, por cuanto no es posible un cálculo exacto y ex ante de su incidencia”. Luego a contrario sensu, parecería que las denominadas “cuantitativas” si pudieran ir a un cálculo objetivo en base a antecedentes dados a considerar por el Ente Administrativo”.

Finalmente, cabe recordar que la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA es delineada en la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones

¹⁵ Jorge Bermúdez, *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2° Edición (Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2014), 493.

¹⁶ Pedro Pierry Arrau, «El control de la discrecionalidad administrativa», *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984): 479-480.

¹⁷ Andrés Bordalí Salamanca e Iván Hunter Ampuero, *El Contencioso Administrativo Ambiental* (Santiago: Ed. Librotecnia, 2017), 196.

Ambientales, donde en definitiva se explica la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias y el modo cómo debe efectuarse el cálculo de la sanción en el caso que estas sean sólo de carácter pecuniario (cuantitativo), el cual en resumen implica que, en primer lugar, se debe establecer el valor asociado a un componente de afectación y, en segundo lugar, se debe calcular el beneficio económico derivado directamente de la infracción. Así, la determinación de la sanción específica a aplicar se calcula en base a la suma del componente de afectación con el beneficio económico.

Esencial resulta en esta fórmula el denominado “valor de seriedad”, este es aquel que responde al grado de relevancia que se le asigna a la infracción cometida y que se calcula en función de las letras a), b), h) e i) del artículo 40 de la LOSMA.

A su vez este valor de seriedad, puede ser objeto de atenuantes o agravantes. Entre las primeros están por ejemplo el grado de participación en la infracción, una cooperación eficaz, presentación de una autodenuncia, irreprochable conducta anterior, adopción de medidas correctivas. Entre las segundas cabe mencionar una conducta negativa anterior, la falta de colaboración en el procedimiento, la intencionalidad en la comisión de la infracción entre otras. En lo monetario, las circunstancias atenuantes pueden permitir hasta un 50% de rebaja en el valor de seriedad a diferencia de las agravantes donde el incremento de este valor puede ser de hasta un 100%.

Décimo Sexto. De la valoración en el caso concreto de estas circunstancias. Por la parte reclamante se argumenta en particular que “no se explicita ni en los considerandos ni en la parte resolutive la fórmula el modo cómo se efectuó el cálculo de la sanción, según lo dispone la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales”. Agrega:

“A este respecto, la resolución 1.133 de fecha 13 de julio de 2022, que rechaza el recurso de reposición deducido por esta parte, indica que en relación a la capacidad de pago esta parte no habría aportado antecedentes adecuados y suficientes para demostrar que en este caso existe capacidad de pago y una situación financiera desmejorada que impida cumplir con la multa impuesta por la Superintendencia a través de la resolución sancionatoria, sino que solo nos

habríamos limitado en señalar como argumento el impacto que habría tenido en su negocio las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria con motivo de la emergencia sanitaria por Covid 19.”

A su vez la reclamada, argumenta en síntesis que: **a)** no existe norma expresa en la LOSMA que disponga que deba entregar un cálculo, fórmula o ejercicio matemático efectuado, **b)** lo anterior en tanto, tener a salvo en la determinación de una sanción, en particular de carácter cualitativo, que sería el caso, su facultad discrecional, **c)** entender que no se está frente a una tarificación de una sanción, **d)** apoyarse en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema que en definitiva ha reiterado criterio ya referido precedentemente en causa Rol N° 17.736-2016, **e)** haber considerado como circunstancias del artículo 40 de la LOSMA las sgtes:

ART 40	DENOMINACIÓN	CONTENIDO (SMA RES. EX. 1686/2019)
Letra c)	Beneficio económico obtenido producto de la infracción	0,4 UTA (Tabla N° 5)
VALOR DE SERIEDAD	AGRAVANTES	
Letra a)	Importancia del daño causado o del perjuicio invocado	Superación de los niveles de presión sonora han generado un riesgo de carácter significativo. (Considerando 136)
Letra b)	Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción	226 personas (Considerando 145)
Letra i)	Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental	Excedencia de 17 decibles por sobre la norma en zona II, horario nocturno. (Considerando 152)
VALOR DE SERIEDAD	ATENUANTES	
Letra e)	Irreprochable conducta anterior	Fue tomada en cuenta en el Considerando 154.
Letra f)	Capacidad económica del infractor	Empresa Mediana I (Considerando 158)
Letra g)	Incumplimiento del PdC	Tabla N° 7

- f) Otras circunstancias que ponderó al amparo del art. 40 letra i):
- (i) Falta de cooperación eficaz, la Sociedad a juicio de la SMA no ha realizado acciones que contribuyan a esclarecer los hechos y sus efectos.
 - (ii) Falta de aplicación de medidas correctivas, SMA descartó considerar las medidas que indicó el titular haber ejecutado mediante su presentación de fecha 03 de septiembre de 2019, como medidas correctivas, ya que corresponden a una ejecución tardía del programa de cumplimiento incumplido”.

En mérito de todo lo expuesto en los considerandos anteriores, esta alegación también será desechada, toda vez que la ponderación de las circunstancias del artículo 40 desarrolladas por la SMA, se encuentran correctamente motivadas y según se puede apreciar, en definitiva existe una mixtura de elementos en la mayoría de sus valoraciones, lo que redundará en que sea imposible expresar su consideración en un valor numérico preciso – lo cuantitativo- separado de los aspectos de carácter cualitativo, en tanto se conjugan según razona correctamente la SMA.

Por último, el Tribunal debe hacer presente las siguientes consideraciones:

De la ineficiencia e ineficacia en el actuar de la SMA en el caso concreto.

- A) Que, es posible para este Tribunal y cualquier lector advertir, de acuerdo al relato esquemático desarrollado en esta sentencia en el numeral 1.1. que, desde el 25 de noviembre de 2014 hasta la dictación de una resolución sancionatoria, esta es, la Res. Ex. 1686/2019 y luego la Res. Ex. 1133/2022, que rechaza recurso de reposición interpuesto en contra de la primera, transcurrieron **ocho años**, para que el ente administrativo ejerciera su facultad sancionadora.
- B) Que, durante este tiempo, la SMA continuó recibiendo de manera reiterada denuncias de vecinos del sector, sin que en particular el bien jurídico

protegido como es la salud de la población, calculada en número por la propia SMA en **224** personas tuviesen alguna protección.

- C) Que, la situación anterior se ve agravada al haber aprobado la SMA un Plan de Cumplimiento en febrero de 2018, esto es, cuatro años después de la primera denuncia registrada - el cual al año siguiente ya se encontraba incumplido, no logrando finalmente ser un instrumento procumplimiento del infractor, para sin embargo, devenir en una herramienta de dilación para el titular.
- D) Que, la SMA como todo ente administrativo debe recordar que tiene radicadas potestades legales irrenunciables y propias, lo que significa que aquella población afectada por su inacción no cuenta en sede administrativa con otro organismo “competente” al cual recurrir.
- E) Que, se hace presente que los Tribunales Ambientales al analizar el fundamento técnico que sustenta un acto administrativo sujeto a su revisión judicial, abarca un análisis de la legalidad, el mérito y la oportunidad de un acto administrativo.
- F) Que, finalmente esto último, el “sentido de oportunidad”, es lo que se le reprocha a la SMA, pues a partir de ello se configura alternativamente, un servicio tardío, negligente o derechamente una falta de servicio.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600; disposiciones legales citadas de la Ley N° 20.417, el D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente y demás normas legales aplicables en la especie.

SE RESUELVE:

- I. Rechazar, en todas sus partes, la reclamación interpuesta a fojas 1.

Asimismo, instruir a la Superintendencia del Medio Ambiente a informar a este Tribunal en detalle de sus acciones a realizar en relación a esta sentencia y, de igual forma, de las acciones y el estado las nuevas denuncias ingresadas en agosto de 2022 por los vecinos del lugar en que está ubicado el Restaurant Huentelauquén.

II. Condenar en costas a la reclamante, por haber resultado totalmente vencida.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia la Ministra Srta. Sandra Álvarez Torres.

Rol N° R-73-2022

Sandra
Álvarez Torres

Firmado digitalmente
por Sandra Álvarez
Torres
Fecha: 2023.11.07
20:11:26 -04'00'

CARLOS ENRIQUE
VALDOVINOS
JELDES

Firmado digitalmente
por CARLOS ENRIQUE
VALDOVINOS JELDES
Fecha: 2023.11.07
18:21:57 -03'00'

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por la Ministra Srta. Sandra Álvarez Torres y los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez y Sr. Carlos Valdovinos Jeldes, este último subrogando legalmente. El Ministro Sr. Oviedo no firma, pese a concurrir al acuerdo, por haber cesado sus funciones.

Javier González
Cuevas

Firmado digitalmente
por Javier González
Cuevas
Fecha: 2023.11.07
20:16:34 -03'00'

Autoriza el Secretario Abogado del Tribunal, Sr. Javier González Cuevas.

En Antofagasta, a siete de noviembre de dos mil veintitrés, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.

 www.1ta.cl  José Miguel Carrera 1579, Antofagasta

 +56 55 2467300  contacto@1ta.cl  @1TAmbiental



Somos 
Primer Tribunal Ambiental

Santiago, seis de mayo de dos mil veinticuatro.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, en estos autos, ingreso Corte Rol N°248.546-2023, caratulados "Salute Per Aqua Spa con Superintendencia del Medio Ambiente", de conformidad con lo dispuesto en los artículos 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se ha ordenado dar cuenta de los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por el reclamante en contra de la sentencia del Primer Tribunal Ambiental, de fecha siete de noviembre de dos mil veintitrés, que rechazó la reclamación de ilegalidad del artículo 17 de la Ley N°20.600.

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Segundo: Que, en su libelo de nulidad formal, el recurrente sostiene que, la sentencia impugnada habría incurrido en una infracción manifiesta a la sana crítica y, en particular, a los conocimientos científicamente afianzados y a las máximas de la experiencia, al dar por acreditado que la infracción afectó gravemente la salud de la población.

Fundó la alegación en que se infringió el conocimiento científicamente afianzado, en relación con el procedimiento de medición establecido en el D.S. N°38/2011, que establece que las superaciones deben ser constatadas mediante la medición *in situ*, conforme a la metodología establecida. Por lo tanto, de haberse respetado estas reglas, la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) debería haber considerado que el único receptor respecto del cual se



acreditó la superación de los límites permitidos fue el Hotel Campanario.

Asimismo, estimó que existió vulneración a las máximas de la experiencia, por cuanto no se consideró que al ser el receptor un Hotel, ninguna de las personas que allí se hospedan pueden considerarse como expuestas a las superaciones por largos períodos de tiempo.

Adicionalmente, se infringió la regla de apreciación conjunta de los antecedentes fácticos, medios de prueba o elementos de juicio, en tanto no consideró la eficacia mitigatoria de las acciones ejecutadas en el marco del Programa de Cumplimiento y que la misma SMA constató en una actividad de fiscalización. Así, se debe analizar la frecuencia y tiempo de exposición al ruido por el receptor, para determinar la importancia del riesgo. Por lo tanto, se debió concluir que el único receptor del cual se tiene prueba de que se exceden los límites de emisión, es el Hotel, sin embargo, las personas que se hospedan no residen allí, por lo que se trata de sujetos que no se vieron expuestas por largos períodos de tiempo, o bien, trabajadores de horario nocturno que no se encuentran tratando de dormir ni son siempre los mismos. En consecuencia, no sería posible concluir que uno de ellos puede estar expuesto a un riesgo significativo, ya que, según los conocimientos científicamente afianzados, se requiere de exposición considerable.

Además, estimó que el tribunal resolvió en base a la máxima superación del límite constatado, pero del estudio se observa que esta fluctúa entre 7-17, siendo esta última la



máxima. Cabría entonces preguntarse por qué se hizo el análisis desde el peor escenario.

Finalmente, alegó que sólo se hizo el análisis respecto a la frecuencia de funcionamiento del restaurante en horas y días de la semana, pero no el tiempo en que se habrían superado los límites. Tampoco se consideró que las medidas adoptadas tuvieron una eficacia parcial, y que, por lo tanto, se debieron reducir los decibeles originalmente constatados.

Tercero: Que, respecto a la causal alegada, esta Corte considera oportuno recordar que, tal como lo ha sostenido con anterioridad, para que se configure el vicio alegado, éste debe ser manifiesto, esto es, cuando es patente la vulneración de las normas de la sana crítica en el proceso ponderativo, es decir, la apreciación de los sentenciadores debe ser de características que impliquen ir abiertamente en contra de los parámetros que proporcionan las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, a lo cual debemos agregar, en este caso, los fundamentos técnico-ambientales, como elementos estructurales de la motivación del acto que se analiza.

En ese orden de ideas, el artículo 35 de la Ley N°20.600 prescribe que: *"El Tribunal apreciara la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, al hacerlo deberá expresar las razones jurídicas y la simplemente lógicas, científicas, técnicas de experiencia, en cuya virtud le asigne valor o la desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión*



de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.”

Cuarto: Que, al respecto, conforme ha declarado este Tribunal de Casación en múltiples oportunidades, el verificar la adecuación del sistema de valoración probatoria a las reglas de la sana crítica, no implica apreciar nuevamente los hechos, pues tal labor excedería los márgenes del recurso y la competencia de este tribunal. En la especie, controlar la valoración de la prueba implica comprobar si el razonamiento jurídico del juez se adecuó a las reglas que impone el sistema de sana crítica.

Quinto: Que asentado lo anterior, cabe señalar que el argumento que sustenta el recurso de casación en la forma consiste en que, a juicio del recurrente, los jueces ambientales yerran al no considerar que las evaluaciones de los niveles de decibeles sólo se hicieron respecto de un posible afectado -un Hotel- y que por la naturaleza de este, la vulneración no fue continua, ya que dependía del horario, no tuvo siempre la misma intensidad, y además, no se afectó siempre a las mismas personas, pues sus residentes son transitorios y los trabajadores no se encuentran en el lugar de forma permanente. Lo anterior, habría vulnerado las reglas de la sana crítica y desconocido los fundamentos técnicos-ambientales, porque considerando los factores alegados, se debió considerar que la afectación por exposición a ruido fue menor.



Sexto: Que así planteado el libelo, se colige que la recurrente desconoce la naturaleza y fines del recurso de casación en la forma, en especial, del análisis que en relación con las reglas de la sana crítica se encuentra facultado este tribunal a realizar y, principalmente, los hechos y el razonamiento seguido por los jueces de base.

En efecto, como se advierte del mérito del proceso, el Tribunal Ambiental explicó en los motivos tercero y cuarto de la sentencia, el procedimiento de medición del ruido y cómo este se efectuó al momento de la fiscalización del establecimiento del reclamante, a través de estudios en el Hotel. Además, se analizó el proceso de corrección y la forma en que se arribó en el procedimiento administrativo a los niveles de ruido.

En consecuencia, se desprende que la revisión de la legalidad del sistema de medición se efectuó por los sentenciadores en virtud de los antecedentes del procedimiento sancionatorio, especialmente las actas de fiscalización, y verificando el cumplimiento de la normativa contenida en el D.S. 38/2011. Así, se tuvo por acreditada la superación de niveles de ruido en los horarios y zonas descritas en la fiscalización.

Séptimo: Que, conforme a lo razonado, no se trata de una falta de ponderación o errada valoración de la prueba, como sostuvo la recurrente, sino que, por el contrario, la sentencia desestimó su defensa respecto de la ilegalidad de la metodología de medición, sobre la base de la prueba rendida en el expediente.



Las demás aprehensiones que pueda argumentar la actora respecto de los efectos de la medición no dicen relación con la valoración de la prueba, si no con los eventuales efectos de esta sobre la aplicación y ponderación de la sanción, no así con el establecimiento de hechos, en consecuencia, se vinculan con las conclusiones jurídicas a las que arribó el tribunal.

Por ello, cualquiera sea la opinión que se tenga respecto de la corrección de estas conclusiones, no puede estimarse que no han sido fruto del proceso racional de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica pues, valga la pena insistir, éste se circunscribe al establecimiento de las circunstancias fácticas del caso sometido a la decisión del tribunal quien deberá explicitar las razones -conforme a las reglas de la sana crítica- que lo llevan a adoptarla, de manera que cumpliéndose dicho proceso, en la forma que se viene exponiendo, no es susceptible que, por esta vía, se intente modificar esa decisión.

Octavo: Que, en estas condiciones, resulta evidente que los vicios denunciados no concurren en la especie, motivo por el cual la casación en la forma no podrá prosperar.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Noveno: Que, en su arbitrio de nulidad sustancial, el reclamante denunció, en primer lugar, infracción al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República. Fundó la causal en que, el Tribunal, al validar la reclasificación de cargos que hizo la Superintendencia de Medio Ambiente en la resolución sancionatoria, ha infringido las garantías que



forman parte de un racional y justo procedimiento, afectando el derecho de defensa, al dejarla en indefensión. Al respecto, indicó que, en los cargos, la infracción se enmarcó en el artículo 35 f) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (LOSMA), clasificándola como leve, por no configurarse los N°1 y 2 del artículo 36.

Indicó que, la clasificación de grave no fue discutida en los descargos ni en el procedimiento sancionatorio, sin embargo, esta se modificó en la resolución sancionatoria, estimando configurado el artículo 36 n°2 b) de la normativa en comento. En consecuencia, estimó que si había antecedentes que permitían recalificar, se debieron reformular los cargos, porque al no hacerlo, no se le dio la oportunidad de alegar ni presentar prueba para acreditar que su infracción no generó un riesgo significativo, sin que sus alegaciones en el recurso de reposición administrativo puedan subsanar esa omisión.

En consecuencia, además del artículo invocado como infringido, se vulneró normativa internacional y el principio de contradictoriedad, consagrado en el artículo 10 de la Ley N°19.880.

En segundo lugar, denunció la infracción al artículo 51 de la LOSMA. Entendió configurado el vicio denunciado pues, al excluir determinados medios de prueba acompañados para acreditar su capacidad de pago, se ha vulnerado la norma que dispone que los hechos investigados podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, en relación con el artículo 40 f) de la ley citada.



Argumentó que se excluyó el contrato de arriendo acompañado, en el que consta que fue modificado en el año 2015 para rebajar la renta y, además, antecedente de un crédito de consumo por más de doscientos millones de pesos, otorgado en mayo del año 2020 y con fecha de pago hasta mayo del año 2024. Estos antecedentes darían cuenta completa de la situación económica durante la pandemia.

Indicó que la resolución administrativa razonó que los medios de prueba no eran adecuados ni suficientes para demostrar la falta de pago y, en el informe de la SMA se agregó que la información mínima consiste a los últimos tres estados financieros. Luego, la sentencia impugnada señaló que no se acompañaron antecedentes necesarios, por lo que tampoco los analizó, desconociendo el impacto de la multa en la economía del restaurante.

En consecuencia, estimó que correspondía analizar los medios de prueba en forma individual y conjunta, conforme las reglas de la sana crítica, ya que, en este sistema de valoración probatoria, no hay hechos que deben ser acreditados con determinados medios, pero confirmó la sentencia.

Décimo: Que, según explica, las infracciones denunciadas han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque la reclasificación permitió imponer una multa más alta, ya que uno de los criterios es "constituye riesgo significativo y/o afectación a la salud de la población".

Se debió acoger la reclamación, por haberse excluido y no valorando prueba que podría demostrar la capacidad



económica, declarando que se debía dictar una nueva resolución, con una multa reducida que correspondiera, ya que, en caso contrario, se infringe el principio de proporcionalidad.

Undécimo: Que, en lo que interesa al arbitrio en examen, en relación a la primera infracción denunciada, la sentencia razonó, tal como se dejó establecido en su motivo cuarto y fue analizado en el considerando sexto de este fallo, que, con la prueba rendida se tuvo por acreditada la infracción que motivó la sanción administrativa, concluyéndose que existió superación de niveles de ruido permitido en horario y zona descrita y que además dicha superación fue establecida a través de un procedimiento de medición que se ajustó metodológicamente a lo dispuesto por el D.S. N°38/2011.

Luego, en su motivo octavo, en relación con la calificación como grave de la infracción, analizó el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA. Indicó que el articulado referido es una de las causales para considerar una infracción como grave, traducida en *"todo hecho, acto u omisión que hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población"*. En el caso en estudio, el riesgo está en la exposición a decibeles en exceso a lo permitido por la norma en la zona donde se ubica la reclamante, lo que en la práctica fue registrado por la Superintendencia en el proceso de fiscalización.

Analizó que el exceso de decibeles ha sido abordado precedentemente por el Ministerio de Medio Ambiente, que considerando los distintos niveles de ruido que se puede



alcanzar habría señalado que: *"El ruido es un contaminante que tiene el potencial de afectar la salud de las personas y deteriorar su calidad de vida. [...] Por otra parte, niveles de ruido de menor nivel y de carácter continuo, como el tránsito vehicular - o como el sancionado por la SMA en el caso en concreto-, tienen el potencial de generar efectos no auditivos, como: (1) molestia e irritabilidad; (2) alteraciones del sueño; (3) estrés fisiológico; (4) problemas cognitivos y; (5) enfermedades cardiovasculares"*. Por ello, concluyeron los sentenciadores que no se vislumbra ninguna infracción a los principios administrativos de congruencia y contradictoriedad alegados, ni tampoco a la reclasificación de la infracción de leve a grave, la cual, está debidamente fundada.

Duodécimo: Que, en lo atinente al primer yerro jurídico denunciado en el arbitrio, basta para su rechazo el constatar que, al descartar la alegación del recurrente, el Tribunal explicó suficientemente cómo se configuró la infracción y su calificación de gravedad, entendiendo está configurada por el potencial contaminante del ruido, en los términos regulados por el Ministerio del Medio Ambiente. Todos estos elementos fueron o debían ser conocidos por el reclamante, considerando que según consta en el proceso, fue objeto de más de una denuncia de vecinos -dos de ellos incluso comparecieron en estos autos- los que incluso motivaron la adopción de medidas a través de un plan de cumplimiento que fue ejecutado de forma imperfecta.



Por lo tanto, la modificación de la calificación jurídica que la Superintendencia otorgó a los hechos respecto de los cuales el actor tuvo la oportunidad de defenderse a través de sus descargos, negando la infracción, presentar prueba e incluso proponer medidas para mitigar la afectación a terceros, no puede considerarse como vulneración al debido proceso o al principio de contradictoriedad, tal como resolvieron los sentenciadores.

Décimo tercero: Que, en lo pertinente al segundo vicio denunciado, la sentencia razonó en sus considerandos undécimo y duodécimo que, respecto del tamaño económico, este se asocia a un nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor. Se determina, de acuerdo, a clasificación efectuada por el Servicio de Impuestos Internos, en base a una estimación del nivel de ingresos por ventas anuales de un determinado contribuyente, a partir de información tributaria auto declarada por la reclamante. Por ello, la Superintendencia para determinar la sanción tomó en cuenta la información auto declarada por la reclamante para el año tributario 2019, en virtud de la cual se determinó que la categoría dentro de la cual se enmarcaba era Mediana I, es decir, presentaba ingresos por concepto de ventas anuales entre 25.000,01 a 50.000 Unidades de Fomento.

Luego, para determinar la capacidad de pago, según en análisis que consta en el considerando décimo cuarto, se requiere que el infractor en su declaración de deficiente capacidad de pago provea toda la información que se requiera, acompañando los estados financieros de los últimos tres años.



Sin embargo, según los antecedentes que se tuvieron a la vista, en la reposición administrativa se acompañó por los actores un plan de pago de crédito, un contrato de arriendo y una publicación del Ministerio de Salud. Sin embargo, la Superintendencia rechazó la alegación por no acompañarse antecedentes mínimos.

Al respecto, razonaron los sentenciadores que la alegación se repitió en sede jurisdiccional, sin acompañar nuevos antecedentes, en particular los referidos estados financieros necesarios para acreditar la capacidad de pago, según lo regula la Superintendencia en las "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales". En consecuencia, concluyeron que la alegación en cuando a haber transcurrido siete meses desde la dictación de la Res. Ex. 1.133/2022 hasta que le fuere notificada en nada cambia la situación descrita y consecuentemente el monto de la sanción. Por lo tanto, se descartó el argumento invocado, por constar de los antecedentes citados que la Superintendencia, siguió para la determinación de la sanción, la secuencia de configurar la infracción, clasificar su gravedad y luego determinar la sanción específica que correspondía aplicar.

Décimo cuarto: Que, como se puede observar, el segundo motivo de nulidad sustancial deducido se centra en cuestionar la valoración de los medios de prueba presentados por el reclamante, prescindiendo de la que permitía acreditar su capacidad de pago.



En este contexto, la mera exposición del arbitrio deja al descubierto su inviabilidad, toda vez que, más allá de la determinación respecto de si tales normas tienen la calidad de reguladoras de la prueba, lo relevante es que no se acusa la infracción de ninguno de los parámetros expuestos en el motivo precedente. Por el contrario, el análisis de la fundamentación deja al descubierto que aquello que se cuestiona por el recurrente es la valoración de la prueba documental y testimonial rendida, evidenciando su disconformidad con el proceso ponderativo llevado a cabo por los sentenciadores.

En este aspecto, cabe reiterar que, como lo ha señalado esta Corte, la actividad de ponderación de los medios de prueba se encuentra entregada exclusivamente a los jueces del grado, siendo aquella extraña a los fines de la casación en el fondo.

Décimo quinto: Que basta para rechazar la segunda infracción de ley denunciada, la lectura de los fundamentos de esta, pues la sustenta en la exclusión de los documentos que pretendían acreditar la capacidad de pago del reclamante, que sería inferior a la determinada por la Superintendencia reclamada, incidiendo aquello en la proporcionalidad de la multa aplicada.

Sin embargo, del análisis de la sentencia impugnada, efectuado en el motivo décimo tercero, se desprende que dicha exclusión de los medios probatorios no ocurrió, ya que estos fueron considerados como parte del procedimiento sancionatorio, analizando su mérito conforme lo resuelto en



la resolución administrativa y posteriormente, la que resolvió la reposición administrativa donde se acompañó la prueba documental, analizándola y descartándola. En consecuencia, no es posible estimar que no fueron ponderados dichos antecedentes, sino que, analizados, no se les otorgó el valor probatorio que el actor estima corresponderles. Esto es relevante para descartar el motivo de nulidad, especialmente considerando la declaración expresa que efectuó el recurrente al fundar su causal, al señalar que no se denuncia la vulneración en la valoración de los instrumentos, sino su exclusión o declaración de inadmisibilidad al no pronunciarse de estos, lo que como se puede observar, no se configura.

Por lo tanto, no puede sino concluirse que los sentenciadores no omitieron aplicar la normativa que se denuncia como infringida, no configurándose el vicio.

Décimo sexto: Que, por lo expresado en las reflexiones que anteceden, debe colegirse que, los jueces de la instancia no han incurrido en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso y que influyan en lo dispositivo del fallo, de manera tal que el presente arbitrio de nulidad debe ser desestimado, por manifiesta falta de fundamentos.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 767, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se declara **inadmisible** el recurso de casación en la forma y **se rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido en la presentación del veinticuatro de noviembre del año dos mil veintitrés, en contra de la



sentencia del siete del mismo mes y año, dictada por el
Primer Tribunal Ambiental.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Mario Carroza E.

Rol N°248.546-2023.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema
integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra.
Ángela Vivanco M., Sr. Mario Carroza E., y los Abogados
Integrantes Sr. Pedro Águila Y. y Sr. Gonzalo Ruz L. No firma
el Ministro Sr. Carroza, no obstante haber concurrido al
acuerdo del fallo, por estar con permiso. Santiago, 6 de mayo
de 2024.

SERGIO MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 06/05/2024 18:42:45

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 06/05/2024 18:42:45

PEDRO HERNAN AGUILA YAÑEZ
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 06/05/2024 18:42:46

GONZALO ENRIQUE RUZ LARTIGA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 06/05/2024 18:42:47



KWZMXNRGJEJ

En Santiago, a seis de mayo de dos mil veinticuatro, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN
INTERPUESTO POR SALUTE PER AQUA SPA EN
CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA Nº 1686,
DE 2019**

RESOLUCIÓN EXENTA Nº 1133

Santiago, 13 de julio de 2022

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley Nº 20.417, que fija la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley Nº 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto Supremo Nº 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (D.S. Nº 38/2011); en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta Nº 2124, de 30 de septiembre de 2021, que fija organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Exento RA Nº 118894/55/2022, de fecha 18 de marzo de 2022, que establece el orden de subrogación para el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA Nº 119123/28/2022 de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece el cargo de jefe/a del Departamento Jurídico de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta Nº 659, de 2 de mayo de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe/a del Departamento Jurídico; en la Resolución Exenta Nº 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización; en la Resolución Nº 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón; en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-064-2017.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes generales

1. Mediante la Res. Ex. Nº 1/Rol D-064-2017, de 22 de agosto de 2017, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-064-2017, a través de la formulación de cargos en contra de Salute Per Aqua SpA (en adelante, el "titular" o la "empresa", indistintamente), RUT Nº 76.078.576-8, en su calidad de titular de la "Restaurant Huentelauquén", ubicado en Avenida del Mar Nº 4500 Lote 2 de 3, comuna de la Serena, región de Coquimbo, por el siguiente hecho infraccional: *"La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II"*.

2. En la misma resolución se le otorgó el carácter de interesado en el procedimiento a don Mauricio Olgún Peña y a Hoteles Campanario Limitada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la LOSMA.

3. Con fecha 14 de diciembre de 2017, el titular presentó un programa de cumplimiento refundido, que fue aprobado por esta Superintendencia a través de la Res. Ex. Nº 6/Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017.

4. Mediante la Res. Ex. Nº 8/Rol D-064-2017, de fecha 01 de abril de 2019, esta Superintendencia declaró incumplido el programa de

cumplimiento aprobado, conforme a los argumentos que se indican en el referido acto y, en consecuencia, se reinició el procedimiento sancionatorio seguido en contra del titular.

5. Posteriormente, mediante la Res. Ex. N° 1686, de fecha 28 de noviembre de 2019 (en adelante, “Res. Ex. N° 1686/2017” o “Resolución Sancionatoria”, indistintamente), se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-064-2017 sancionando al titular con una multa de doscientas catorce Unidades Tributarias Anuales (214 UTA), respecto al hecho infraccional ya señalado, por infracción D.S. N° 38/2011, según lo dispone el artículo 35 literal h) de la LOSMA.

6. La notificación de la Res. Ex. N° 1686/2017, se practicó por carta certificada, en conformidad con el artículo 46 de la Ley N° 19.880, siendo notificada al titular el día 08 de julio de 2020, según el código de seguimiento de Correos de Chile N° 1180851688035, tal como da cuenta el expediente sancionatorio.

7. Con fecha 15 de julio de 2020, doña Pía Bustos Fuentes, en representación del titular, presentó un escrito por el cual interpuso recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1686/2017, solicitando que se reclasifique a leve la infracción impuesta y que se aplique una sanción de amonestación por escrito o en subsidio una sanción pecuniaria que no exceda de una Unidad Tributaria Anual (1 UTA), o en su defecto, la que estime conveniente.

8. Junto con el escrito anterior, se acompañaron los siguientes documentos: (i) Resolución Exenta N°121, de fecha 27 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud que dispone medidas sanitarias que indica por brote de COVID-19; (ii) copia del contrato de arrendamiento a plazo fijo, de fecha 28 de julio de 2010, suscrito entre Inversiones San Javier Limitada y Salute Per Aqua SpA y sus anexos; (iii) Plan de pago del crédito otorgado por el Banco de Chile a la Sociedad Salute Per Aqua SpA (N° de requerimiento: 1-26324742492).

9. Mediante la Res. Ex. N° 2382, de 30 de noviembre de 2020, esta Superintendencia confirió traslado a los interesados del procedimiento sancionatorio otorgando un plazo de 5 días hábiles para presentar sus alegaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N° 19.880. Dicha resolución fue notificada a los interesados Hoteletes Campanario Limitada y Mauricio Olguín Peña, por correo electrónico de fecha 29 de diciembre de 2020 y por carta certificada según el código de seguimiento de Correos de Chile N° 1180689668179, respectivamente.

10. En efecto, con fecha 07 de enero de 2021, estando dentro de plazo, doña María José Zegers Quiroga, en representación de Hoteles Campanario Limitada, presentó un escrito evacuando traslado y acompañó los siguientes documentos: (i) dos fotografías tomadas desde el interior del restaurant “Huentelauquén” y (ii) un video del restaurant captado en jornada diurna.

11. Por otra parte, consta en los registros de esta Superintendencia que don Mauricio Olguín ha presentado sucesivas denuncias entre el periodo 2020 y 2022¹, en relación con los mismos hechos infraccionales por los que el titular fue sancionado en este procedimiento.

12. Con fecha 02 de enero de 2020, el mismo interesado reiteró su denuncia, la cual fue registrada bajo el ID 3-IV-2020, según consta en el ORD. ORC N°10, de 15 de enero de 2020, de esta Superintendencia.

13. Posteriormente, con fecha 15 de enero de 2020, mediante el ORD. ORC N°11, esta Superintendencia informó al titular sobre la recepción de una denuncia por emisión de ruidos provenientes del “Pub Restaurante Huentelauquén”.

¹ Correspondiente a los ID N° 38-IV-2019; N° 3-IV-2020; y N° 45-IV-2022.

14. En respuesta, el titular presentó una carta de fecha 29 de abril de 2020, donde acompañó un informe de evaluación acústica, emitido por la empresa Sonoacustica, que concluye que el proyecto denominado “Huentelauquén Restobar” supera los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011 para el horario nocturno (en adelante el “Informe Acústico”).

15. Con fecha 07 de septiembre de 2020, el titular presentó ante esta Superintendencia una carta de fecha 03 de julio de 2020, sin número, mediante la cual se comprometió a implementar las medidas sugeridas por el profesional a cargo de la elaboración del Informe Acústico, señalando que *“todas estas medidas serán incorporadas, sólo a partir del momento en que sea posible retomar la dinámica de funcionamiento anterior a esta pandemia”*.

16. Con fecha 25 de febrero de 2022, don Mauricio Olgún reiteró ante esta Superintendencia su denuncia por ruidos molestos y adjuntó a su presentación el ORD. N° 04-321, de 22 de febrero de 2022, de la Ilustre Municipalidad de la Serena por medio del cual dicha autoridad remitió a esta Superintendencia copia de las denuncias por ruidos molestos, presentadas por los vecinos del sector donde funcionan, entre otros, el restaurant Huentelauquén.

17. Mediante ORD. N°52-2022, de fecha 28 de febrero de 2022, esta Superintendencia informó al interesado la recepción de la denuncia y su incorporación al sistema bajo el ID 45-IV.2022.

18. Finalmente, por medio del ORD. ORC N° 35, de fecha 02 de marzo de 2022, esta Superintendencia reiteró al titular la recepción de denuncias por emisión de ruidos provenientes del “Restaurant Huentelauquén”, indicando expresamente que *“en caso de adoptar cualquier medida asociada al cumplimiento de la Norma de Emisión referida, se solicita sea informada a esta Superintendencia acompañando toda aquella documentación que la acredite, a la brevedad”*. Cabe señalar que a la fecha esta Superintendencia no ha recibido ningún tipo de documentación que permita acreditar la implementación de medidas ni el cumplimiento del D.S. N° 38/2011.

II. Admisibilidad del recurso de reposición

19. El plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA, que dispone: *“(...) En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución (...)”*.

20. De esa forma, considerando que la resolución impugnada se entiende notificada con fecha 08 de julio de 2020, y el recurso fue presentado con fecha 15 de julio de 2020, este Superintendente estima que el recurso interpuesto por el titular se encuentra presentado dentro de plazo, en tanto el plazo fatal para su presentación vencía, precisamente, el mismo 15 de julio.

21. Por tanto, presentado el recurso dentro de plazo legal, corresponde pronunciarse, a continuación, respecto de las alegaciones formuladas por el titular.

III. Alegaciones que expone la titular en el recurso de reposición

22. En primer lugar, el titular realiza un relato de los hechos que constan en este procedimiento y reconoce haber cometido el hecho infraccional en virtud del cual fue sancionado; así como también reconoce el hecho de haber incumplido el programa de cumplimiento aprobado por esta Superintendencia a través de la Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017.

23. Por otra parte, sostiene que, una vez reiniciado el procedimiento sancionatorio, presentó sus descargos sin haber discutido una errónea aplicación de la norma presuntamente infringida ni su clasificación como leve. En este sentido, agrega que *“(...) no se allegó al procedimiento sancionatorio ningún otro medio de prueba para comprobar o descartar los hechos que fundaron los cargos formulados a mi representada y tampoco se produjo prueba para descartar la clasificación de la calidad de la infracción. En consecuencia, toda la prueba rendida en este procedimiento sancionatorio se basó únicamente en las mediciones de ruido efectuadas por la Superintendencia los días 19 y 20 de enero de 2017; las cuales gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuadas por un ministro de fe, que no fue desvirtuada, no obstante que fue (lo único) controvertido por esta parte”*.

24. Conforme a lo anterior, arguye que la resolución sancionatoria vulneraría la garantía fundamental de un racional y justo proceso, pues infringiría – entre otros - el principio de congruencia y, por tanto, el derecho a defensa. Esto, fundado en que *“los hechos por los cuales se sanciona a la sociedad Salute Per Aqua SpA exceden el contenido de los cargos formulados, pues califican la infracción de forma distinta, en perjuicio del inculpado, impidiéndole la posibilidad de haber presentado prueba de descargo sobre este punto pues, en definitiva, se sorprende al inculpado con una calificación de la infracción distinta a la que se contenía en los cargos formulados, modificándola por una más grave, en el acto administrativo que impone la sanción, cuando ya se hallaba agotada la oportunidad procesal de presentar descargos y rendir prueba sobre este punto”*.

25. Por otra parte, en relación con la determinación de la sanción específica de acuerdo con las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, el titular sostiene que *“si se estudia la resolución recurrida, en ella se advierte que la autoridad administrativa fundamenta las circunstancias que se tendrán en consideración para aplicar la multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la LOSMA, pero no se valorizan tales circunstancias, a la luz de lo que indica la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, por lo que no resulta posible al justiciable entender la cuantía de la multa impuesta”* (énfasis agregado).

26. Sin perjuicio de lo anterior, sus alegaciones se centran específicamente en la circunstancia de la letra f) del artículo 40 de la LOSMA, referida a la capacidad económica del infractor. Al respecto, indica que la multa impuesta por este Superintendente no se ajusta a su capacidad económica real y funda esta alegación en la circunstancia de haber transcurrido más de siete meses entre la dictación de la resolución sancionatoria y la notificación de la misma, tiempo en el cual se originaron dos hitos, a saber, el estallido social y la pandemia por Covid-19, los cuales habrían afectado a nuestro país y en especial a la actividad comercial gastronómica, en virtud de los cuales es posible rebajar la multa.

27. Finalmente, para acreditar lo anterior, el titular acompañó en su recurso de reposición los antecedentes que se detallan en el considerando 6 de esta resolución.

IV. Alegaciones que expone el interesado Hoteles Campanario Limitada en su presentación de fecha 07 de enero de 2021

28. Por su parte, respecto del recurso de reposición, el interesado Hoteles Campanario Limitada señala que sería errónea la conclusión del titular sobre la calificación jurídica de la infracción y que esta no podría ser modificada en la resolución sancionatoria; también sostiene que no existe una infracción al principio de congruencia alegado, toda vez que este último opera tratándose de los hechos en que se funda la formulación de cargos, pero no respecto de la calificación jurídica de los mismos.

29. En este sentido, sostiene que no habría una infracción a la garantía de un racional y justo proceso, toda vez que la LOSMA en su artículo 54 dispone que el dictamen del Fiscal Instructor deberá *“contener las sanciones que estimare procedente aplicar”* cuestión que, necesariamente, supone la posibilidad de modificar la calificación jurídica de los hechos contenida en la formulación de cargos.

30. Además, sobre la alegación del titular respecto a la falta de prueba, el interesado sostiene que debe estarse a la presunción de veracidad de los hechos consignados tanto en el acta de inspección ambiental de 19 de enero de 2017, así como en el Informe de Fiscalización respectivo, presunción que el mismo titular reconoce, citando al efecto el artículo 8 inciso final de la LOSMA.

31. En relación con la alegación del titular sobre la determinación de la multa, el interesado añade que, además de mantener la clasificación de la infracción como grave, no corresponde que esta Superintendencia acoja la solicitud de disminución de la multa ni aplique en una amonestación por escrito. Esto, considerando que el artículo 39 de la LOSMA establece que las infracciones graves *“podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales”* y, dentro de ese rango, la Superintendencia ha determinado la sanción en concreto considerando las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y otras disposiciones, como lo es el artículo 42 del mismo cuerpo legal que se refiere al incumplimiento de las obligaciones contraídas en el programa de cumplimiento.

32. Finalmente, en lo que se refiere a la capacidad económica del infractor, el interesado señala que la resolución sancionatoria si valora esta circunstancia en sus considerandos N°153 a 158 como factor de disminución. Asimismo, señala que la crisis social de fines de año del 2019 y las restricciones producidas a consecuencia del COVID-19 *“por sí solas, no demuestran la insuficiencia concreta y real de no poder hacer frente a la exigencia de la obligación de pagar la multa. Tampoco el mero hecho de acompañar una situación de endeudamiento, circunstancia regular en el rubro empresarial, permitiría acreditar una situación económica especialmente”*.

V. Análisis de la Superintendencia del Medio Ambiente

33. Como cuestión preliminar, cabe señalar que el titular en el recurso de reposición no se refiere a la configuración de la infracción ni controvierte la superación de los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011, sino que dice relación con la clasificación de la infracción y la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, en particular sobre la capacidad económica del infractor; alegaciones que serán abordadas siguiendo el mismo esquema propuesto por el titular en su escrito.

a. Alegaciones referidas a la clasificación de la infracción y el derecho a defensa

34. En relación a las alegaciones referidas por el titular sobre esta materia, cabe indicar que esta Superintendencia en la formulación de cargos clasificó la infracción como leve y, posteriormente, a través de la Res. Ex. N° 1686/2017, se modificó la clasificación a grave, atendido los argumentos expuestos en los considerandos N° 96 a 100 y 122 de la misma.

35. En ese orden de ideas, tal como se estableció en la formulación de cargos, la clasificación de la infracción ***“podrá ser confirmada o modificada en la propuesta de dictamen que establece el artículo 53 de la LO-SMA, en el cual, sobre la base de los antecedentes que consten en el presente expediente, la Fiscal Instructora propondrá la absolución o sanción que a su juicio corresponda aplicar”***² (énfasis agregado). En efecto, mediante el dictamen del presente procedimiento, remitido al Superintendente a través del Memorandum D.S.C. – Dictamen N° 75/2019, el fiscal instructor propuso modificar la clasificación de la infracción de leve a grave, puesto que, de los antecedentes aportados al procedimiento sancionatorio, era posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población.

² Resuelvo II de la Res. Ex. N° 1/Rol D-064-2017.

36. Por lo tanto, este Superintendente, en ejercicio de la facultad privativa que le confiere la LOSMA, aplicó la sanción respectiva y determinó clasificar la infracción como grave, según lo propuesto por el fiscal instructor en el dictamen.

37. Respecto a la alegación referida a la supuesta infracción al principio de congruencia, en primer lugar, se debe señalar que este principio se encuentra consagrado en el artículo 54 inciso 3° de la LOSMA, que dispone que *“ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos”*. Sobre esta materia, el Tercer Tribunal Ambiental ha señalado que *“(…) la potestad sancionadora solo puede ejercerse respecto de los hechos que hayan sido incorporados en la formulación de cargos. Si bien es una norma cuya finalidad es proteger la defensa del presunto infractor, también marca un ámbito de acción o espacio de libertad para la autoridad, coherente con la provisionalidad de la imputación. En efecto, es necesario reconocer un ámbito de apreciación a la SMA para que adopte la decisión que mejor satisfaga el interés público. Ese margen tiene como límite infranqueable los hechos contenidos en la formulación de los cargos, pero no abarca todos los aspectos de la infracción o la sanción. **Esto significa que la autoridad administrativa, respetando la congruencia, puede introducir modificaciones en la resolución sancionatoria con el objetivo de que la sanción cumpla su función disuasiva y permita hacer coercible las normas que protegen el medio ambiente y la salud de las personas**”³ (énfasis agregado).*

38. En atención a lo anterior, este Superintendente considera que no se produjo infracción al principio de congruencia en el caso concreto, toda vez que el titular fue sancionado por los mismos hechos que se le atribuyeron en la formulación de cargos, sin que éstos hayan sido modificados o se hayan incorporado otros hechos, distintos a los presuntamente imputados en la formulación de cargos. Por consiguiente, la resolución sancionatoria se ajustó a lo dispuesto en los artículos 53 y 54 de la LOSMA.

39. Por otra parte, la alegación referida a la supuesta afectación al derecho de defensa carece de fundamento y validez, ya que durante toda la instrucción del procedimiento tuvo la posibilidad de aportar los antecedentes que estimase pertinente en su defensa y para fundamentar sus pretensiones. En dicho sentido, el titular ha tenido la posibilidad de impugnar la resolución sancionatoria, lo cual se ha hecho efectivo a través del recurso de reposición, que por lo demás es el recurso que fundamenta este acto, pudiendo en dicha instancia aportar cuanto antecedente estime conveniente en su defensa, por ejemplo, para justificar por qué no debió haberse clasificado la infracción como grave, cuestión que no ocurrió. En ese sentido, importa señalar que igualmente, todos los antecedentes que ha hecho presente el titular han sido ponderados por este servicio, por lo cual no se evidencia de qué manera se pudo ver afectado el derecho a la defensa.

40. Sumado a lo anterior, importa señalar que el titular, en el recurso de reposición, no menciona las razones por las cuales estima que la infracción debiese ser clasificada como leve, ni tampoco acompaña antecedentes que permitan desvirtuar la gravedad de la misma, sino que sus alegaciones se limitan a analizar las facultades que detenta la autoridad para modificar la calificación de la infracción.

41. Considerando lo recién señalado, revisados los antecedentes que dispone esta Superintendencia a la fecha, no corresponde sino mantener la clasificación de la infracción como grave, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA. Lo anterior, considerando que la máxima excedencia constatada fue de 17 dB(A), durante periodo nocturno; que la frecuencia de funcionamiento de los dispositivos de emisión de ruido de carácter periódico; adicionalmente, se debe tener en cuenta la existencia de al menos un receptor vulnerable, en este sentido, cabe considerar que el interesado Mauricio Olgún Peña con fecha 14 de abril de 2018 presentó un certificado médico que señala ser atendido por la enfermedad lupus eritematoso sistémico, razón por la cual *“debe efectuar un sueño reparador, libre de ruidos intensos”*, lo que confirmaría el riesgo significativo para la salud de la población. Sumado a lo anterior, y mayor abundamiento, cabe considerar que posterior a la resolución sancionatoria se ingresaron denuncias que confirmarían que se mantienen los ruidos molestos, lo cual incluso fue

³ Considerando 18º de la Sentencia del Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol R-28-2019.

confirmado por el propio titular al remitir el Informe Acústico donde consta que los resultados de las mediciones realizadas el 6 de marzo de 2020 arrojan superaciones de 7 y 11 dBA; y las efectuadas el 11 de marzo del mismo año arrojan superaciones de 8 y 5 dBA, en comparación con los umbrales permitidos por el D.S. N° 38/2011.

42. Por todos los argumentos previamente indicados y revisados los antecedentes que dispone esta Superintendencia a la fecha, las alegaciones sobre la supuesta imposibilidad de recalificar la infracción en la resolución sancionatoria y la vulneración al derecho de defensa deben ser desestimadas.

b. Alegaciones referidas a la determinación de la sanción

43. En primer lugar, respecto a la escueta e infundada alegación sobre la supuesta falta de análisis sobre las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, importa destacar que estas se encuentran latamente desarrolladas en la resolución sancionatoria, en los considerandos 101 al 165, por lo que debe estarse a lo allí señalado.

44. Ahora bien, respecto a la capacidad económica del infractor, tal como se señaló en los considerandos 155 y siguientes de la resolución sancionatoria, esta ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública⁴. De esta manera, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

45. Además, para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, **debiendo proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.**

46. Para analizar la capacidad de pago, la Superintendencia realiza un examen de la situación financiera de la empresa con la finalidad de evaluar la existencia de posibles dificultades para hacer frente a la sanción.

47. Respecto a la ponderación de esta circunstancia el titular no aportó antecedentes adecuados ni suficientes para demostrar que en este caso existe falta capacidad de pago y una situación financiera desmejorada, que impida cumplir con la multa impuesta por esta Superintendencia a través de la resolución sancionatoria, sino que únicamente se limita en señalar como argumento el impacto que habría tenido en su negocio las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria con motivo de la emergencia sanitaria por COVID-19. Sobre esa materia, cabe señalar que el recurso de reposición fue presentado en el mes de julio del año 2020, en plena crisis sanitaria y económica por COVID-19, por lo que, desde ese entonces las restricciones sanitarias han variado.

⁴ CALVO Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 303 - 332.

48. En efecto, es bastante probable que desde que se presentó el recurso de reposición, la situación económica del titular haya mejorado considerablemente por el levantamiento de las restricciones sanitarias decretadas por la autoridad sanitaria. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), el tamaño económico de la empresa en el año 2020 fue de Mediana N° 1, es decir **sus ingresos en el año 2020 estuvieron entre las 25.000 y 50.000 UF (aproximadamente entre 700 y los 1.450 millones de pesos)**. Dicha categoría corresponde a la misma que se determinó a través de la resolución sancionatoria, lo que significa que, aun en el peor año de la crisis, a pesar de las restricciones, la empresa mantuvo dicho nivel de ingresos, por lo cual no se advierte impedimento para cumplir con el pago de la multa impuesta por esta Superintendencia. Lo anterior, además es consistente con lo señalado por el interesado a través de su presentación.

49. Por lo tanto, considerando que el tamaño económico de la empresa no varió producto de los hechos públicos y notorios en los que el titular fundó sus alegaciones, que a la fecha no se han acompañado antecedentes suficientes que permitan acreditar falta de capacidad de pago, en consecuencia, no corresponde realizar ningún ajuste al respecto.

50. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que se resolverá por este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Rechazar el recurso de reposición interpuesto por Pía Bustos Fuentes, en representación de Salute Per Aqua SpA, presentado con fecha 15 de julio de 2020, en contra de la Res. Ex. N° 1686, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-064-2017; en atención a los argumentos indicados en los considerandos de la presente resolución, manteniéndose la multa de doscientas catorce Unidades Tributarias Anuales (214 UTA).

SEGUNDO: Téngase por acompañados los documentos presentados por Salute Per Aqua SpA. en su escrito de fecha 15 de julio de 2020.

TERCERO: Téngase por evacuado el traslado y por acompañados los documentos presentados por Hoteles Campanario Limitada en su escrito de fecha 07 de enero de 2021.

CUARTO: Recursos proceden en contra de la Res. Ex. N° 1686. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4º de los Recursos de la LOSMA, en contra de la Res. Ex. N° 1686 procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del remanente del plazo de quince días hábiles, el cual fuera suspendido con ocasión de la presentación del recurso de reposición aludido, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la LOSMA.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa**. Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República. Para mayores detalles puede visitar el siguiente enlace: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

QUINTO: Se previene que el titular deberá cumplir con los límites establecidos en el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica, adoptando todas las medidas que sean necesarias

SEXTO: Notifíquese por carta certificada la presente resolución, de conformidad al inciso tercero del artículo 46 de 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.

ARCHÍVESE

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y

Emanuel
Ibarra Soto

Firmado digitalmente por Emanuel Ibarra Soto
Nombre de reconocimiento (DN): c=CL,
st=METROPOLITANA - REGION METROPOLITANA,
l=SANTIAGO, o=Superintendencia del Medio
Ambiente, ou=Terminos de uso en www.esign-
la.com/acuerdoterceros, title=Fiscal, cn=Emanuel
Ibarra Soto, email=emanuel.ibarra@sma.gob.cl
Fecha: 2022.07.13 11:44:27 -04'00'

EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)

ODLF/MPA/ JFC

Notificar personalmente:

- Pía Bustos Fuentes, abogada en representación de Salute Per Aqua SpA., titular del Restaurant Huentelauquén, con domicilio en Avenida del Mar N° 4500 Lote 2 de 3, comuna de la Serena, Región de Coquimbo.

Notificar por carta certificada:

- Mauricio Olguín Peña, [REDACTED]

Notificar por correo electrónico:

- Rodrigo Zegers Reyes, representante legal de Hoteles Campanario Limitada, [REDACTED]

CC:

- Fiscal, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Gabinete, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento Jurídico, Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional del Coquimbo, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo sancionatorios, Superintendencia de Medio Ambiente

Rol: D-064-2017

Expediente N°:16.998/2020

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-064-2017**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1686

Santiago, 28 NOV 2019

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley N° 19.300"); en la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante "Ley N° 19.880"); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de fecha 12 de Mayo de 2017, que fija la orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus modificaciones; en el Decreto N° 31, de 08 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011"); en la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del D.S. N° 38/2011; en la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, actualización"; en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-064-2017 y; en la Resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DE

LA UNIDAD FISCALIZABLE

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-064-2017, fue iniciado contra de Salute Per Aqua SpA (en adelante, "el titular"), RUT N° 76.078.576-8, titular de Restaurant-Pizzería Huentelauquén, ubicado en Avenida del Mar N° 4500 Lote 2 de 3, comuna de La Serena, región de Coquimbo.

2. Dicho establecimiento es un restaurant y karaoke, ejecutándose actividades de esparcimiento, por lo que corresponde a una "Fuente Emisora de Ruidos", de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º, números 3 y 13 del D.S. N° 38/2011.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

3. Con fecha 25 de noviembre de 2014, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, "SMA") recibió el Ord. N° 386, de fecha 17 de noviembre de 2014, de la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la región de Coquimbo, por el cual fue remitida una denuncia ciudadana, presentada por don Mauricio Olguín Peña, en contra del Restaurant Huentelauquén, por emisión de ruidos como consecuencia de su funcionamiento. En su denuncia indica que el local denunciado funciona de jueves a sábado, desde las 23:00 horas hasta las 04:00 horas, lo cual impediría el descanso y perturbaría la tranquilidad de los vecinos y turistas del sector.

4. Con fecha 18 de diciembre de 2014, mediante Ord. D.S.C. N° 1775, esta Superintendencia informó al denunciante sobre la recepción de su denuncia y que su contenido se incorporaría al proceso de planificación de fiscalización, conforme a las competencias de este servicio.

5. En la misma fecha, mediante Carta N° 2249, se informó al Administrador de Restaurant Huentelauquén, sobre la recepción de una denuncia en su contra por hechos que podrían implicar infracciones al D.S. N° 38/2011, indicando que la SMA tiene competencia sancionadora en relación con los hechos denunciados y que las sanciones aplicables podrían ser amonestación por escrito, multa de una a diez mil unidades tributarias anuales y clausura temporal o definitiva.

6. Con fecha 04 de mayo de 2016, la SMA recibió una nueva denuncia ciudadana, presentada por Hoteles Campanario Limitada, representado legalmente por don Rodrigo Enrique Zegers Reyes, en contra de Restaurant Huentelauquén, por emisión de ruidos como consecuencia de su funcionamiento. Indica en su denuncia que, desde diciembre a febrero, el local denunciado funcionaría durante el día y la noche, todos los días de la semana y que el resto del año, mantendría un funcionamiento de miércoles a sábado. Lo anterior generaría molestias en los clientes y trabajadores del hotel, impidiendo un adecuado descanso de estos, además de generar críticas recurrentes al hotel. Junto a la denuncia, acompañó una copia de la publicación en el Diario Oficial de la modificación de Sociedad Hoteles Campanario Ltda., en la cual consta su poder de representación, además de una copia de los comentarios de clientes del hotel, publicados en la página web www.booking.com.

7. Con fecha 27 de julio de 2016, mediante Ord. D.S.C. N° 1471, esta Superintendencia informó a Hoteles Campanario Ltda. sobre la recepción de su denuncia y que su contenido se incorporaría al proceso de planificación de fiscalización, conforme con las competencias de este servicio.

8. En la misma fecha, mediante Carta N° 1473, nuevamente se informó al Administrador de Restaurant Huentelauquén, sobre la recepción de una denuncia en su contra, por hechos que podrían implicar infracciones al D.S. N° 38/2011, indicando

que la SMA tiene competencia sancionadora en relación con los hechos denunciados y que las sanciones aplicables podrían ser amonestación por escrito, multa de una a diez mil unidades tributarias anuales y clausura temporal o definitiva; así como también que, en caso de adoptar cualquier medida asociada al cumplimiento de la norma referida, se informara a esta Superintendencia a la brevedad.

9. Con fecha 27 de diciembre de 2016, Hoteles Campanario Ltda. reiteró su denuncia por ruidos contra cuatro locales del sector, destacándose para efectos de la presente formulación de cargos, el Restaurant Huentelaquén. En ésta comenta sobre la presentación de la denuncia de mayo de 2016 y sobre la constante afectación que sufren los trabajadores y clientes del hotel producto de emisiones de ruidos desde los locales que indica. Además, acompañó un informe de medición de ruidos, realizado por un particular, solicitando, en definitiva la sanción a las empresas denunciadas. El informe contiene los resultados de las mediciones realizadas desde las instalaciones de Hoteles Campanario, con fecha i) 25 de septiembre de 2016; ii) entre el día 8 y 9 de octubre de 2016; y, iii) 20 de noviembre de 2016.

10. Entre las 21:00 horas del día 18 de enero y las 04:00 horas del día 19 de enero de 2017, funcionarios de esta Superintendencia acudieron al domicilio del receptor ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, correspondiente al Hotel Campanario, con el objetivo de efectuar mediciones de niveles de presión sonora desde dicho domicilio. El mismo procedimiento de medición, desde el domicilio ya individualizado, fue repetido entre las 21:00 horas del día 19 de enero de 2017 y las 02:00 del 20 de enero de 2017, ya que el día 18 de enero de 2017 la Unidad Fiscalizable no se encontraba en funcionamiento.

11. De esta forma, se realizaron mediciones desde 3 puntos distintos, tal como lo indica la siguiente tabla:

Tabla N° 1: Descripción de receptores sensibles desde los cuales se efectuaron mediciones de ruido con fecha 19 y 20 de enero de 2017, correspondientes al edificio ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena.

Punto de medición	Descripción del lugar de medición	Lugar de medición	Coordenada norte	Coordenada este
Receptor N° 1	Patio de Hotel Campanario	Externa	6.686.371	279.767
Receptor N°2	Estacionamiento interior de Hotel Campanario	Externa	6.686.359	279.773
Receptor N°3	Terraza de cocina del Hotel Campanario	Externa	6.686.376	279.758

Fuente: Informe de Fiscalización DFZ-2017-94-IV-NE-IA.

12. El instrumental de medición utilizado en las mediciones fue un Sonómetro marca CIRRUS, modelo CR:162B, número de serie G066131, con

Certificado de Calibración de fecha 07 de diciembre de 2016 y Calibrador marca CIRRUS, modelo CR:514, número de serie 64889, con Certificado de Calibración de fecha 07 de diciembre de 2016.

13. Para efectos de evaluar los niveles medidos, se procedió a homologar la zona donde se ubican los receptores, establecida en el Plan Regular Comunal de La Serena, con las zonas establecidas en el artículo 7 del D.S. N° 38/2011 (Tabla N° 1). Al respecto, la zona evaluada en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, es la Zona ZC-9 de dicho plan regulador, concluyéndose que dicha zona corresponde a Zona II de la Tabla N° 1 del D.S. N° 38/2011¹, por lo que el nivel máximo permitido en horario nocturno es de 45dB(A).

14. En el Informe de Fiscalización, se consignan cinco incumplimientos al D.S. N° 38/2011. En efecto, las mediciones efectuadas el día 19 de enero de 2017, en los Receptores 1, 2 y 3, en condición externa, todas durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registran excedencias de 15, 7 y 14 dB(A), respectivamente, sobre el límite establecido para la Zona II. A su vez, las mediciones realizadas el día 20 de enero, en los Receptores 1 y 3, en condición externa y en horario nocturno, registran excedencias de 16 y 17 dB(A) sobre el mismo límite. Los resultados de dichas mediciones de ruido en los correspondientes receptores, se resumen en la Tabla N° 2.

15. Según consta en el acta, al momento de efectuar las mediciones del día 19 de enero de 2017, el ruido percibido en esa ocasión correspondió a música en vivo, música envasada y karaoke, el cual provenía, simultáneamente, de Restaurant Huentelauquén y de otras tres fuentes de ruido que se encuentran en el sector. Por lo anterior, se estimó que el ruido de fondo, constituido por el ruido de las otras fuentes, afectaba la medición de los ruidos emitidos desde Restaurant Huentelauquén. En razón de ello, se realizó la medición de ruido de fondo, una vez cesadas las actividades de Restaurant Huentelauquén, obteniéndose así los valores que se indican en la Tabla N° 2 de la formulación de cargos. Es relevante hacer presente que, según consta en el reporte técnico de la medición, los niveles de ruido desde la fuente fueron corregidos por el ruido de fondo, conforme lo establece la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011.

16. Por su parte, conforme al acta respectiva, en las mediciones del día 20 de enero de 2017, el ruido correspondió a música en vivo y karaoke proveniente de Restaurant Huentelauquén. No fue necesario medir el ruido de fondo, debido a que se señaló que éste no afectaba la medición.

¹ La "Zona II" está definida en el D.S. N° 38/2011, artículo 6 número 30, como "aquella zona definida en el instrumento de Planificación Territorio respectivo y ubicada dentro del límite urbano, que permite además de los usos de suelo de la Zona I, Equipamiento de cualquier escala".

Tabla N° 2: Evaluación de mediciones de ruido desde receptores sensibles, correspondientes al edificio ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena.

Receptores	Fecha de la medición	Periodo de medición	Nivel de presión sonora corregido [dB(A)]	Zona D.S. N° 38/2011 MMA	Límite [dB(A)]	Ruido de fondo [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
R1	19 de enero de 2017	Nocturno	60	II	45	54	15	No conforme
R1'	20 de enero de 2017	Nocturno	61	II	45	-	16	No conforme
R2	19 de enero de 2017	Nocturno	52	II	45	50	7	No conforme
R3	19 de enero de 2017	Nocturno	59	II	45	52	14	No conforme
R3'	20 de enero de 2017	Nocturno	62	II	45	-	17	No conforme

Fuente: Anexo acta, detalles de fiscalización. DFZ-2017-94-IV-NE-IA.

17. Con fecha 17 de marzo de 2017, en forma electrónica la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, el Informe de Fiscalización Ambiental, individualizado como DFZ-2017-94-IV-NE-IA, en el cual se detallan las actividades de fiscalización realizadas por funcionarios de esta Superintendencia.

18. Por otra parte, con fecha 16 de agosto de 2017, mediante Memorandum D.S.C. N° 502, la División de Sanción y Cumplimiento solicitó a la División de Fiscalización el análisis y validación del informe de medición de ruidos acompañado con fecha 27 de diciembre de 2016, por Hoteles Campanario Ltda.

19. Mediante Memorandum D.S.C. N° 507, de fecha 17 de agosto de 2017, se procedió a designar a Maura Torres Cepeda como Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Antonio Maldonado Barra, como Instructor Suplente.

20. Con fecha 18 de agosto de 2017, mediante Memorandum DFZ N° 473, la División de Fiscalización informó a la División de Sanción y Cumplimiento que no era posible validar los resultados de las mediciones de ruido realizadas por Hoteles Campanario Ltda., debido a que el instrumental utilizado (sonómetro y calibrador acústico)

no contaba con certificados de calibración entregados por el Instituto de Salud Pública de Chile o de fábrica del equipo, conforme lo establece la normativa respectiva. Además, las fichas en que constaban los resultados de la medición no corresponden a aquellas aprobadas para tal efecto mediante la Res. Ex. N° 693, de 21 de agosto de 2015, de esta Superintendencia. Por otro lado, se observó que la metodología utilizada no cumplía con lo dispuesto en el artículo 18 del D.S. N° 38/2011. Finalmente, se hizo presente que estas mediciones no distinguían a las fuentes que emiten dichos niveles, lo cual impide diferenciar el NPC producido por cada local comercial.

21. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 22 de agosto de 2017 y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-064-2017, mediante la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-064-2017, que establece la formulación de cargos en contra de Salute Per Aqua SPA, en su calidad de titular de Restaurant Huentelauquén, ubicado en Avenida del Mar N° 4500 Lote 2 de 3, comuna de la Serena, región de Coquimbo, por el siguiente hecho infraccional: *"La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II".* Asimismo, se le otorgó el carácter de interesado en el procedimiento a Mauricio Olguín Peña y a Rodrigo Zegers Reyes, en su calidad de representante legal de Hoteles Campanario Ltda., de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 de la LOSMA.

22. En virtud de lo dispuesto en los artículos 42 y 49 de la LOSMA, la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-064-2017, establece en su Resuelvo IV que el infractor tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus descargos, respectivamente, desde la notificación de la formulación de cargos.

23. La resolución indicada fue notificada mediante carta certificada dirigida al representante legal de Salute Per Aqua SpA, la cual fue recibida en la Oficina de Correos de La Serena, con fecha 24 de agosto de 2017, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos asociado al número de seguimiento 1180315512067.

24. Con fecha 12 de septiembre de 2017, doña Pía Bustos Fuentes, en representación de Salute Per Aqua SpA, estando dentro de plazo legal, presentó una solicitud de ampliación de plazos para la presentación de un programa de cumplimiento y descargos en el actual procedimiento sancionatorio. Fundamentó su solicitud en que la empresa se encontraría recopilando antecedentes e información técnica para presentar un programa de cumplimiento. Asimismo, adjuntó una copia del Mandato Judicial, otorgado el 06 de enero de 2017, en la Cuarta Notaría de La Serena, anotado en el Repertorio N° 90-2017 en el Registro de Instrumentos Públicos, en el que consta su poder de representación de la empresa.

25. En la misma fecha, 12 de septiembre de 2017, mediante Res. Ex. N° 2/ Rol D-064-2017, fue acogida la solicitud de ampliación de plazos, concediendo un plazo adicional de 5 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 7 días hábiles para presentar descargos, ambos contados desde el vencimiento de los plazos originales. Asimismo, se tuvieron por acompañados los documentos indicados en el considerando anterior.

26. Con fecha 22 de septiembre de 2017, don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute Per Aqua SpA, presentó un programa de cumplimiento, en el cual propuso medidas para hacer frente a las infracciones imputadas. Asimismo, acompañó una copia del Instrumento Privado de Constitución de Sociedad por Acciones Salute Per Aqua SpA, protocolizado bajo el N° 763 del repertorio N° 3585, de la Notaría de La Serena de Elena Leyton Carvajal.

27. Atendido lo anterior, mediante Memorandum N° 3610, de 23 de octubre de 2017, la Instructora del presente procedimiento sancionatorio derivó los antecedentes del referido programa de cumplimiento a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, con el objeto de evaluar y resolver su aprobación o rechazo.

28. Con fecha 15 de noviembre de 2017, mediante Res. Ex. N° 3/ Rol D-064-2017, esta Superintendencia resolvió tener por presentado el Programa de Cumplimiento de fecha 22 de septiembre de 2017, sin perjuicio de que previo a resolver acerca de su aceptación o rechazo, se realizaron observaciones.

29. La resolución precedente, fue notificada mediante carta certificada dirigida al representante legal de Salute Per Aqua SpA, la cual fue recibida en la Oficina de Correos de La Serena, con fecha 18 de noviembre de 2017, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos asociado al número de seguimiento 1180588250291.

30. Posteriormente, con fecha 28 de noviembre de 2017, Salute Per Aqua SpA, presentó un programa de cumplimiento refundido, dando cuenta de las observaciones realizadas mediante la Res. Ex. N° 3/ Rol D-064-2017. De esta forma, utilizando el formato correspondiente, presentó un programa de cumplimiento con cinco acciones, además de las dos acciones finales obligatorias. En esta presentación, además incorporó dos acciones nuevas:

- i) Utilización de un mecanismo para establecer un límite máximo de NPC emitidos por altavoces ("master"), y;
- ii) Funcionamiento de actividades en la terraza restringido, en el sentido de que sólo se utilizaría música envasada y con horario de funcionamiento entre las 13:00 hasta las 24:00 horas. Sin embargo, la empresa no precisó la ubicación exacta de todos los altavoces ni de las rendijas, además de que no fue acompañado el plano solicitado.

31. Considerando que el programa de cumplimiento presentado por Salute Per Aqua SpA acogió sólo parcialmente las observaciones realizadas y que, además, incorporó nuevas acciones que requerían ser precisadas, resultó necesario que, previo a resolver acerca de su aprobación o rechazo, se incorporaran nuevas observaciones.

32. Conforme a lo señalado en el considerando anterior, mediante Res. Ex. 4/Rol D-064-2017, con fecha 06 de diciembre de 2017, esta Superintendencia resolvió realizar nuevas observaciones, las cuales debían ser acogidas en un nuevo programa de cumplimiento refundido, presentado dentro del plazo de 03 días desde su notificación. Las observaciones generales, contenidas en la resolución, se referían a la presentación de un plano o croquis de las instalaciones, que se expresaran los costos de cada acción y que las fotografías fuesen fechadas y georreferenciadas. Por su parte, se realizaron observaciones específicas para

detallar las acciones 1, 2, 4 y 5, además de indicar que se debería agregar una frase en que se estableciera que las mediciones de ruido deberían encontrarse bajo los límites del D.S. N° 38/2011.

33. Con fecha 07 de diciembre de 2017, la resolución indicada precedentemente, fue notificada en forma personal a Salute Per Aqua SpA, en el domicilio registrado en esta Superintendencia, entregándose copia fiel de ella, de conformidad al inciso tercero del art. 46 de la Ley N° 19.880.

34. Con fecha 13 de diciembre de 2017, Salute Per Aqua SpA, estando dentro del plazo legal, presentó una solicitud de ampliación del plazo para la presentación de un programa de cumplimiento refundido. Fundamentó su solicitud en que la empresa se encontraría recopilando antecedentes e información técnica para presentar el programa.

35. En la misma fecha, mediante Res. Ex. N° 5/Rol D-064-2017, esta Superintendencia resolvió acoger la solicitud de ampliación de plazo para la presentación de un programa de cumplimiento refundido.

36. Con fecha 14 de diciembre de 2017, Salute Per Aqua SpA presentó un programa de cumplimiento refundido y, en el mismo acto, presentó dos planos de las instalaciones del Resto Bar Huentelauquén.

37. Mediante la Resolución Exenta N° 6/Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017, esta Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento, junto con agregar de oficio las correcciones que constan en el Resuelvo II de la misma. Por su parte, en el Resuelvo IV de dicha resolución se solicitó al titular la entrega de una copia del programa de cumplimiento, en la que estuvieran incorporadas todas las correcciones individualizadas en el Resuelvo II, dentro del plazo de 5 días hábiles, contados desde la notificación de dicha resolución, lo que sería considerado en la evaluación de la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento. Dicha resolución fue notificada a Salute Per Aqua SpA, por carta certificada, con fecha 02 de enero de 2018, conforme a la información obtenida desde la página de Correos de Chile, asociada al N° 11805888253957.

38. Mediante el Memorandum N° 8668/2018, de fecha 19 de febrero de 2018, el Jefe (S) de la División Sanción y Cumplimiento, informó al Jefe de la División de Fiscalización, ambos de esta Superintendencia, que estando fuera del plazo otorgado, con fecha 05 de febrero de 2017, Salute Per Aqua SpA presentó un programa de cumplimiento refundido; agregando que, sin embargo, este último no cumplía con todas las correcciones de oficio efectuadas por esta División en la Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, específicamente las correcciones de oficio que constan en el Resuelvo II de dicha resolución, respecto a las acciones N° 3 y N° 5. En razón de lo indicado, se informó a la División de Fiscalización que como versión aprobada y refundida del programa de cumplimiento debía considerarse el programa de 05 de febrero de 2018, junto con la respectiva resolución que aprobó dicho programa, contenida en la Res. Ex. N° 6/Rol D-076-2017.

39. Mediante la Resolución Exenta O.R.C. N° 20, de fecha 15 de junio de 2018, esta Superintendencia requirió a Salute Per Aqua SpA, copia con timbre de la SMA de los reportes del programa de cumplimiento o en su defecto, entrega de la información requerida para la verificación de su ejecución.

40. La resolución indicada precedentemente, fue notificada personalmente por un funcionario de esta Superintendencia, el día 19 de junio de 2018 a Salute Per Aqua SpA, siendo recepcionada por Mizraim Liamami Cazor Aliste, según consta en el acta de notificación correspondiente.

41. Con fecha 26 de junio de 2018, don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute Per Aqua SpA, presentó un escrito mediante el cual interpuso recurso de reposición de conformidad al artículo 59 de la Ley N° 19.880, en contra de la mencionada Resolución Exenta O.R.C. N° 20, de fecha 15 de junio de 2018, precedentemente indicada. Argumenta que la Resolución N° 6, de fecha 21 de diciembre de 2017, de la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, la cual aprobó el Programa de Cumplimiento presentado por Salute Per Aqua SpA, no habría sido notificada a su representada, señalando que *"mi representada no fue notificada de dicha resolución, conforme lo ordena el art. 9, inciso final del Decreto N° 30, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación. En virtud de lo anterior, no se habían presentado los avances del Programa de Cumplimiento presentado por la Sociedad Salute Per Aqua SpA., con fecha 14 de diciembre del año 2017. Conforme a lo expuesto, solicitamos a Ud., reponer la resolución requerida, dejándola sin efecto y ordenando que se practique la notificación de Resolución Exenta N° 6, de 21 de diciembre de 2017, del Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba el Programa de Cumplimiento presentado por Salute per Aqua SpA."*

42. Con fecha 23 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC.

43. Dicho informe técnico contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 27 de junio de 2018, en el cual consta que en esa fecha, entre las 15:30 y las 18:30, tres funcionarios de la SMA acudieron a la unidad fiscalizable, ubicada en Avenida del Mar N° 4500, comuna de La Serena, región de Coquimbo, con el objeto de verificar la implementación de las medidas de mitigación contempladas en el programa de cumplimiento aprobado por medio de la Resolución Exenta N° 6/Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017.

44. Posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2018, mediante la Res. Ex. N° 7/ Rol D-064-2017, esta Superintendencia resolvió declarar inadmisibile el recurso de reposición interpuesto por don Juan Javier Jorquera Balbontin, en representación de Salute Per Aqua SpA.

45. La resolución precedente fue notificada mediante carta certificada dirigida al representante legal de Salute Per Aqua SpA, la cual fue recibida en la Oficina de Correos de la comuna de La Serena, con fecha 11 de octubre de 2018, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos de Chile asociado al número de seguimiento 1170308186146.

46. Con fecha 08 de febrero de 2019, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA") recibió una nueva denuncia indicando

que continúan los ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas por Restaurant Huentelauquén.

47. Con fecha 01 de abril de 2019, mediante la Res. Ex. N° 8/ Rol D-064-2017, esta Superintendencia declaró incumplido el programa de cumplimiento aprobado mediante la Res. Ex. N° 6/ Rol D-064-2017, y en consecuencia, reinició el procedimiento sancionatorio seguido en contra de Salute Per Aqua SpA, al concluirse el incumplimiento total de las acciones N° 1 y N° 5 y el cumplimiento parcial de las acciones N° 2, N° 3 y N° 4 del programa de cumplimiento.

48. La resolución precedente fue notificada mediante carta certificada, la cual fue recibida en la Oficina de Correos de la comuna de La Serena, con fecha 04 de abril de 2019, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos de Chile asociado al número de seguimiento 1180571335943.

49. Posteriormente y encontrándose dentro de plazo, con fecha 10 de abril de 2019, Juan Jorquera Balbontín, en representación de Salute per Aqua SpA, presentó un escrito de descargos.

50. En dicho escrito de descargos, Salute Per Aqua SpA, sostuvo que:

i) para los efectos de formular cargos en contra de Salute Per Aqua SpA., se hizo aplicación del Título IV del Decreto Supremo N° 38/2011, específicamente del artículo 7° del referido decreto indicando que, sin embargo, dicha norma *“sólo hace referencia a los Niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos, mas no a la forma en que se deben realizar las mediciones para saber si un emisor se ajusta o no a la norma. En efecto, para haber determinado si en la Pizzería Huentelauquén, que es justamente, el lugar denunciado, se ajusta o no a la norma, debieron realizarse las mediciones conforme a lo prescrito en el mismo Decreto Supremo 38-2011 (sic), es decir, mediante lo dispuesto en el Título V, artículos 11 al 19, ambos inclusive (...)”*;

ii) se consignó que al momento de la medición de los ruidos existían ruidos de fondo, constituidos por el ruido de otras fuentes, que en palabras del titular, *“afectaban la medición de ruido de fondo, una vez que la Pizzería Huentelauquén cesó (sic) sus actividades el día 19 de enero de 2017 (...) así las cosas, al momento de hacer las mediciones que motivaron la formulación de cargos en contra de mi representada, no se respetó lo prescrito en la letra a del artículo 19 del DS 38-2011 (sic), pues es un hecho público y notorio que en el sector en que se halla emplazado la Pizzería Huentelauquén, esto es Avenida del Mar de La Serena, existen a lo menos tres locales nocturnos que también son fuente emisoras de ruido (...) [que] ni siquiera se consignó cuáles fueron las otras fuentes emisoras”,* y;

iii) los valores obtenidos como ruido de fondo no serían los adecuados ya que se habrían realizado en otro horario y en otras condiciones al medido por ruidos *“supuestamente emitidos por Pizzería Huentelauquén, cuestión que en la especie no ocurrió y, por tanto, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del DS-38-2011 (sic)”*.

51. Con fecha 07 de agosto de 2019, mediante Res. Ex. N° 9/ Rol D-064-2017, esta Superintendencia tuvo por presentados los descargos precedentes, y requirió la siguiente información:

i) acreditar *“fehacientemente cualquier tipo de medida correctiva de ruido adoptada al cargo imputado en la referida formulación de cargos tales como boletas o facturas por la compra e*

instalación de materiales empleados en la implementación de la o las medidas correctivas de ruido, boletas o facturas por asesorías y mediciones acústicas; fotografías fechadas y georreferenciadas en contexto donde sea posible evidenciar claramente un antes y un después de la implementación de la o las medidas ejecutadas, y cualquier otro documento que aporte a la acreditación fehaciente de las medidas. Respecto de las copias de boletas y facturas, estas deben ser legibles y las fotografías deben venir además, en un archivo digital donde sea posible apreciar la metadata de cada una de ellas”.

52. La resolución precedente fue notificada mediante carta certificada, la cual fue recibida en la Oficina de Correos de la comuna de La Serena, con fecha 10 de agosto de 2019, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos de Chile asociado al número de seguimiento 1180851709617.

53. Encontrándose fuera de plazo, con fecha 03 de septiembre de 2019, Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute Per Aqua SpA, indicó que Restaurant Huentelauquén habría realizado las siguientes medidas correctivas:

- i) reducir la cantidad de altavoces de 6 a 2 unidades, los que estarían ubicados en el sector de terraza del establecimiento;
- ii) se habría bajado la potencia del audio tanto del sector terraza, como del interior del local;
- iii) se habrían sellado todas las rendijas en todo el perímetro del establecimiento, con énfasis en la muralla que tiene orientación sur;
- iv) se habrían modificado todas las ventanas de terraza del establecimiento, junto con los vidrios del costado sur del local, que tienen orientación hacia el Hotel Campanario;
- v) se utilizaría únicamente música envasada, dejándose de realizar eventos en vivo.

54. Junto con el escrito anterior, se acompañaron los siguientes documentos:

- i) 12 fotografías sin fechar ni georreferenciar, donde se mostrarían diferentes áreas del restaurant;
- ii) 03 dibujos arquitectónicos, sin indicar escala ni orientación, de las elevaciones laterales y frontal del restaurant.

55. Finalmente, mediante Memorandum D.S.C. N° 529/2019 de fecha 07 de noviembre de 2019, se procedió a designar, por motivos de gestión interna, a Jaime Jeldres García como Instructor Titular y a Leslie Cannoni Mandujano como Instructora Suplente.

56. Con fecha 06 de noviembre de 2019, Rodrigo Enrique Zegers Reyes, en representación de Hoteles Campanario Ltda., presentó un escrito mediante el cual solicitó la recalificación de la infracción como grave y dar curso progresivo al presente procedimiento sancionatorio.

III. DICTAMEN

57. Con fecha 14 de noviembre de 2019, mediante MEMORANDUM D.S.C. – Dictamen N° 75/2019, el Instructor remitió a este Superintendente el dictamen del presente procedimiento administrativo sancionatorio, conforme lo dispuesto en el artículo 53 de la LOSMA.

IV. CARGO FORMULADO

58. En la formulación de cargos, se individualizó el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la norma que se indica:

Tabla N° 3: Formulación de cargos.

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A) , en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A) , en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <p><i>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</i></p> <table border="1" data-bbox="673 1212 976 1434"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 21 a 7 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>II</td> <td>45</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	45	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LOSMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	45						

V. PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

59. Conforme a lo señalado anteriormente, con fecha 22 de septiembre de 2017, don Juan Javier Jorquera Balbontin, en representación de Salute Per Aqua SpA, presentó un programa de cumplimiento, el cual fue observado, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-064-2017, de fecha 15 de noviembre de 2017, indicándose que previo a proveerse, otorgaba un plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación de la misma, para que el titular presentara un programa de cumplimiento refundido.

60. Notificada la antedicha resolución conforme se indica en el considerando N° 29 de esta resolución, con fecha 22 de noviembre de 2017, don Juan Javier Jorquera Balbontin, en representación de Salute Per Aqua SpA, presentó un programa de cumplimiento refundido, el cual fue nuevamente observado por esta Superintendencia, mediante la Res. Ex. N° 4/ Rol D-064-2017, de fecha 06 de diciembre de 2017, al haber acogido parcialmente las observaciones realizadas y agregado nuevas acciones, tal como se indicó en los considerandos N° 30 y siguientes.

61. Con fecha 14 de diciembre de 2017, don Juan Javier Jorquera Balbontín presentó una nueva versión de programa de cumplimiento refundido, acogiendo todas las observaciones realizadas por esta Superintendencia.

62. Posteriormente, con fecha 21 de diciembre de 2017, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, esta Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento refundido, incorporándose correcciones de oficio que en la misma resolución se indican, teniendo en consideración los principios de celeridad, conclusivo, y de no formalización consagrados en los artículos 7, 8 y 13 de la Ley N° 19.880.

63. La mencionada Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena, con fecha 27 de diciembre de 2017, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180588253957.

64. Con fecha 05 de febrero de 2018, encontrándose fuera de plazo, el titular presentó un programa de cumplimiento refundido que incorporó parcialmente las rectificaciones de oficio realizadas mediante la Resolución que aprobó el programa de cumplimiento.

65. Mediante el Memorandum N° 8668/2018, de fecha 19 de febrero de 2018, la División de Sanción y Cumplimiento informó a la División de Fiscalización que el Programa de Cumplimiento presentado por el titular lo constituirá éste, junto con la resolución respectiva que aprobó dicho programa, contenida en la Res. Ex. N° 6/ Rol D-064-2017. Al respecto, se encomendó especialmente considerar las correcciones de oficio, las cuales forman parte de la versión fiscalizable del programa de cumplimiento, pese a que el titular no las haya incorporado expresamente en la versión refundida de fecha 05 de febrero de 2018.

66. Mediante la Res. Ex. O.R.C. N° 20, de fecha 15 de junio de 2018, esta Superintendencia requirió a Salute Per Aqua SpA, copia con timbre de la SMA de los reportes del Programa de Cumplimiento o en su defecto, entrega de la información requerida para la verificación de su ejecución.

67. La resolución precedente, fue notificada personalmente por un funcionario de esta Superintendencia, el día 19 de junio de 2018, a Salute Per Aqua SpA, según consta en el acta de notificación correspondiente.

68. Con fecha 26 de junio de 2018, don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute Per Aqua SpA, encontrándose dentro de plazo, presentó un escrito mediante el cual interpuso recurso de reposición de conformidad al artículo 59 de la Ley N° 19.880, en contra de la mencionada Res. Ex. O.R.C. N° 20, de fecha 15 de junio de 2018, mencionada.

69. Mediante la Res. Ex. N° 7/ Rol D-064-2017, de fecha 10 de octubre de 2018, se declaró inadmisibles los recursos de reposición presentados, por tratarse de un recurso de reposición interpuesto en contra de un acto trámite, el cual no determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento, ni produce indefensión.

70. La mencionada Res. Ex. N° 7/ Rol D-064-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena, con fecha 11 de octubre de 2018, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1170308186146.

71. Con fecha 23 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC (en adelante, "el Informe").

72. Respecto del señalado Informe, corresponde indicar, en términos generales, que con respecto a la acción N° 1, el titular no hizo entrega de documentos e informes comprometidos en la acción final obligatoria; respecto a la acción N° 2, se constató que el limitador acústico máster marca NOVİK NVK-802FX, no se encontraba conectado a los parlantes del primer piso del local por lo que sólo limita acústicamente los parlantes del sector terraza; respecto a la acción N° 3, el informe señala: *"el titular sólo selló algunas rendijas ubicadas en la pared poniente. En las otras paredes no se realizaron trabajo de sellado"*; respecto a la acción N° 4, se constató que *"el titular no presenta registro que permitan corroborar que de (sic) la terraza no funcione música en vivo. Lo anterior sólo se constató de acuerdo a lo señalado por la administradora, no obstante de acuerdo a lo informado por ella, el horario de funcionamiento de la terraza excede el horario comprometido en el programa de cumplimiento aprobado por esta Superintendencia"*; respecto a la acción N° 5, el titular *"no hizo entrega de los documentos e informes comprometidos en la acción final obligatoria por lo que no es posible constatar que el vidrio instalado corresponda a un vidrio laminado inastillable, de seguridad, acústico de 8 mm con un pvb de 0.10, lo cual debía verificarse con las facturas, plano del local y fotografías fechadas (...) en la pared oriente no se realizó ninguna modificación a las ventanas, el sector se encuentra abierto. Respecto del cambio de vidrios, la administradora del local señaló, que lo del lado sur fueron cambiados durante el invierno pasado, mientras que en el sector de barco, se cambiaron a fines de septiembre, principio de octubre (...)"*; finalmente, respecto a la acción final obligatoria, el informe DFZ-2018-1467-IV-PC señala, en base a las constataciones realizadas con fecha 27 de junio de 2018, que *"el titular no hizo entrega de los documentos e informes comprometidos en la acción final obligatoria por lo que no hace entrega del Informe de Medición de ruidos"*.

73. Con fecha 01 de abril de 2019, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-064-2017, esta Superintendencia resolvió declarar incumplido el programa de cumplimiento, debido a que el análisis de los antecedentes permitió concluir que el titular ha incumplido totalmente las acciones N° 1 y N° 5 comprometidas, y ha incumplido parcialmente las acciones N° 2, N° 3 y N° 4, por lo que cabe afirmar que se incumplió el programa aprobado por la Res. Ex. N° 6/ D-064-2017. Finalmente, y a consecuencia del incumplimiento del instrumento señalado, esta Superintendencia resolvió reiniciar el procedimiento sancionatorio Rol D-064-2017, haciendo presente que 6 días hábiles era el saldo disponible para presentar descargos.

VI. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL

TITULAR

74. Habiendo sido notificado el titular mediante carta certificada recepcionada con fecha 04 de abril de 2019, en la Oficina de Correos de la comuna de La Serena, de la Resolución Exenta N° 8/Rol D-064-2017, que levantó la suspensión al procedimiento administrativo sancionatorio por incumplimiento del programa de cumplimiento, la empresa presentó escrito de descargos dentro del saldo de plazo otorgado para el efecto, con fecha 10 de abril de 2019.

a) **Del escrito de descargos de fecha 10 de abril de 2019:**

75. En dicho escrito de descargos Salute Per Aqua SpA, sostuvo lo siguiente:

i) Para los efectos de formular cargos en contra de Salute Per Aqua SpA, se hizo aplicación del Título IV del Decreto Supremo N° 38/2011, específicamente del artículo 7° del referido decreto. Sin embargo, en palabras del titular, dicha norma *"sólo hace referencia a los Niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos, mas no a la forma en que se deben realizar las mediciones para saber si un emisor se ajusta o no a la norma. En efecto, para haber determinado si en la Pizzeria Huentelauquén, que es justamente, el lugar denunciado, se ajusta o no a la norma, debieron realizarse las mediciones conforme a lo prescrito en el mismo Decreto Supremo 38-2011 (sic), es decir, mediante lo dispuesto en el Título V, artículos 11 al 19, ambos inclusive (...)"*;

ii) Se consignó que al momento de la medición de los ruidos existían ruidos de fondo, constituidos por el ruido de otras fuentes, que en palabras del titular, *"afectaban la medición de ruido de fondo, una vez que la Pizzeria Huentelauquén cesó sus actividades el día 19 del DS 38-2011 (sic), pues es un hecho público y notorio que en el sector en que se halla emplazado la Pizzeria Huentelauquén, esto es Avenida del Mar de La Serena, existen a lo menos tres locales nocturnos que también son fuente emisoras de ruido (...) [que] ni siquiera se consigna cuáles fueron las otras fuentes emisoras"*, y;

iii) Los valores obtenidos como ruido de fondo no serían los adecuados ya que se habrían realizado en otro horario y en otras condiciones al medido por ruidos *"supuestamente emitidos por Pizzeria Huentelauquén, cuestión que en la especie no ocurrió y, por tanto, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del DS-38-2011 (sic)"*.

b) **Del análisis de los descargos por parte de esta Superintendencia:**

76. Al respecto, es menester señalar que en lo referido al Nivel de Presión Sonora Corregido, corresponde contrastar el resultado obtenido al momento de realizarse la medición en los receptores sensibles, con el nivel máximo permitido por el D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, respecto a la Zona en que se ubican los receptores, ya que una vez determinada la Zona homologable, se tiene establecido el límite máximo de NPC permitido. Por tanto, al encontrarse los receptores ubicados en Zona II, el límite máximo permisible de presión sonora corregido es de 45 dB(A) en horario nocturno.

77. A mayor abundamiento, respecto a la forma en que se realizan las mediciones, estas efectivamente se realizaron conforme al D.S. N° 38/2011, y así consta en los antecedentes sobre los que se basó la formulación de cargos del presente procedimiento sancionatorio, que fueron incorporados en este conforme al Resuelvo IX de la mencionada formulación.

78. Por otra parte, respecto a la medición de ruido de fondo, la diferencia registrada entre éste y la emisión de la Unidad Fiscalizable objeto de este procedimiento sancionatorio es tal, que justamente respecto a las mediciones realizadas en los Receptores R1, R2 y R3 se procedió a corregir el Nivel de Presión Sonora con el ruido de fondo, y una vez realizada esa corrección, se constata la superación del nivel máximo permitido. Por lo anterior, no tiene fundamento la alegación del titular, referida a que el ruido de fondo alteró la medición de ruido, ya que justamente esta alteración fue corregida y así se dejó constancia en la respectiva Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido.

79. Finalmente, respecto a los valores obtenidos de la medición de ruido de fondo, cabe señalar que estos fueron registrados en el mismo horario (nocturno), y que, al constatarse que afectaban el Nivel de Presión Sonora de emisión de ruido proveniente de Restaurant Huentelauquén, conforme al artículo 19 del D.S. N° 38/2011, efectivamente se procedió a la corrección de los valores, obteniéndose los Niveles de Presión Sonora Corregidos, los que registraron una superación al nivel de presión sonora máximo permitido para la Zona II.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR

PROBATORIO

80. El artículo 53 de la LOSMA, establece como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma mediante la cual se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

81. En el presente caso, no se han efectuado otros requerimientos de diligencias de prueba por parte de los interesados o del presunto infractor.

82. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LOSMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

83. Por otro lado, el artículo 51 de la LOSMA, señala que *"Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y*

² De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavolari Raúl, *El Proceso en Acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento". Por su parte, el artículo 8° de la LOSMA señala "el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal".

84. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la Jurisprudencia Administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que "(...) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad".

85. A su vez, la doctrina nacional ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección. En este sentido, Jaime Jara y Cristián Maturana han manifestado que "La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad"³.

86. Por lo tanto, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizaron las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valorización que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración y calificación de la infracción, como de la ponderación de la sanción.

87. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 19 de enero de 2017, así como en la Ficha de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración. Todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización remitido a la División de Sanción y Cumplimiento. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los considerandos 10 y siguientes de esta resolución.

88. En el presente caso, tal como consta en el capítulo VI de esta resolución, el titular presentó descargos con alegaciones referidas a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental iniciada el día 19 de enero de 2017.

89. Los descargos presentados por el titular fueron analizados y descartados por esta Superintendencia, tal como se expresa en lo razonado en los considerandos N° 76 y siguientes de la presente resolución.

90. A mayor abundamiento, los resultados de la medición de la Presión Sonora, obtenidos durante las mediciones realizadas en los receptores sensibles en las actividades de fiscalización, fueron corregidos conforme la medición de ruido de

³ JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. "Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo". Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009. P.11.

fondo, obteniéndose el Nivel de Presión Sonora Corregido que superaba el Nivel máximo permitido por el D.S. N° 38/2011, para la Zona II.

91. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 19 de enero de 2017, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 60 dB(A), 52 dB(A), y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de niveles de presión sonora corregidos de 61 dB(A) y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, homologable a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada pese a haber sido controvertida por parte del titular, en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

92. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-064-2017, esto es, la obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II.

93. Para ello fue considerado el Informe de medición señalado en el Capítulo II de la presente resolución, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011.

94. Tal como se indicó en el capítulo VII de la presente resolución, la validación de los resultados de las mediciones de fechas 19 de enero de 2017 y 20 de enero de 2017, se realizó conforme al D.S. N° 38/2011, cuyos resultados fueron corregidos teniendo en consideración la medición de ruido de fondo, y que, por otro lado, al constatar que los receptores sensibles se encontraban en Zona II, se consideró que el límite máximo permisible de presión sonora corregido para su ubicación es de 45 dB(A) en horario nocturno.

95. Finalmente, el referido hecho se identifica con el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011, por lo que se tiene a su vez por configurada la infracción.

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

96. Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/D-064-2017, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011.

97. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve⁴, considerando que, de manera preliminar, se estimó que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36.

98. Al respecto, es de opinión de este Superintendente modificar dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento es posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LOSMA, de acuerdo a lo que se señala a continuación.

99. En efecto, en relación a la generación de riesgo significativo a la salud de la población, es necesario considerar que, según se aprecia en la Ficha de Información de Medición de Ruido de fecha 20 de enero de 2017, se observa una superación sobre el nivel de presión sonora permitido de 17 dB(A) decibeles. El análisis respecto de la significancia del riesgo que la infracción ha generado, y que sustenta la modificación de la clasificación de la infracción a grave, se describirá en la sección de la presente resolución destinada a la ponderación de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, relativa a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado por motivo de la infracción.

100. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 39 de la LOSMA, las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA APLICABLES QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

a) Rango de sanciones aplicables según gravedad asignada a la infracción.

101. El artículo 38 de la LOSMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA.

102. Por su parte, el artículo 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal b) que "Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales".

103. La determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro de dicho catálogo, está sujeta a la configuración de las circunstancias indicadas en el artículo 40 de la LOSMA.

⁴ El artículo 36 N° 3, de la LOSMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave.

104. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización" de la Superintendencia del Medio Ambiente, aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

b) Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, al caso particular.

105. El artículo 40 de la LOSMA, dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado⁵.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁶.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁷.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁸.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁹.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁰.*

⁵ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

⁶ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

⁷ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

⁸ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁹ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

¹⁰ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3¹¹.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹².*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹³.*

106. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, no son aplicables en el presente procedimiento:

- **Letra d), intencionalidad**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de la empresa.
- **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional.
- **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE.

Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la letra i) del artículo 40, en este caso no aplican las siguientes:

- **Letra i), respecto de cooperación eficaz**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40.
- **Letra i), respecto de falta de cooperación**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan dificultado al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40.
- **Letra i), respecto a la aplicación de medidas correctivas**, puesto que si bien se tienen antecedentes que permiten acreditar la implementación de acciones adoptadas por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, consistentes en medidas de mitigación de ruidos, en el presente caso se descartó considerar las medidas que indicó el titular haber ejecutado mediante su presentación de fecha 03 de septiembre de 2019, como medidas correctivas, ya que corresponden a una ejecución tardía del programa de cumplimiento incumplido.

¹¹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

¹² Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹³ En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

107. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación, se expone la ponderación de dichas circunstancias:

A. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c).

108. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o de un aumento en los ingresos, en un determinado momento o periodo de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción. En términos generales, el beneficio económico obtenido por motivo de la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella.

109. Es así como para su determinación es necesario configurar dos escenarios económicos contrapuestos: un escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental y el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. A partir de la contraposición de estos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

110. Se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios en este caso –los costos involucrados y las respectivas fechas en que fueron o debieron ser incurridos–, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia, la cual se encuentra descrita en las Bases Metodológicas.

111. Cabe destacar que la configuración y el análisis de los escenarios que se describen a continuación, fueron efectuados considerando la situación existente durante la actividad de medición de ruido efectuada con fecha 20 de enero de 2017 ya señalada, en donde se registró como máxima excedencia 17 dB(A) por sobre la norma en horario nocturno, en el receptor N° 3, ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, región de Coquimbo, siendo el ruido emitido por Restaurant Huentelauquén.

(a) Escenario de Cumplimiento.

112. Este se determina a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas de forma oportuna, hubiesen posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, y por lo tanto, evitado el incumplimiento. Las medidas identificadas como las más idóneas para haber evitado la excedencia de la norma por parte del establecimiento objeto del presente procedimiento y sus respectivos costos son los siguientes:

Tabla N° 4: Costos de medidas que debieron ser ejecutadas en un escenario de cumplimiento¹⁴¹⁵.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
1. Reducir la cantidad de altavoces de 6 a 2, ubicados en la terraza y al interior del local habrá sólo 6 parlantes de pequeño formato.	\$	50.000	PCD ROL D-064-2017
2. Se bajará la potencia del audio en terraza e interior del local a través del máster es marca Novick NVK 802 FX que será ajustado para que las emisiones se encuentren bajo el límite establecido por el D.S. N° 38/2011.	\$	450.000	PCD ROL D-064-2017
3. Se sellarán todas las rendijas en todo el perímetro del local, con énfasis en la muralla que tiene orientación Sur. Para lo anterior, se acompañará plano del local indicado la ubicación de rendijas.	\$	300.000	PCD ROL D-064-2017
5. Se mutaron todos los vidrios en las ventanas de la terraza del local, más los vidrios del costado su del Local (12 ventanas en total). Esta acción propone 30 dB de atenuación aprox., además de minimizar las resonancias. Se incluirá sistema de bloqueo de los ventanales, para evitar que éstos sean abiertos por clientes.	\$	1.600.000	PCD ROL D-064-2017
Costo total que debió ser incurrido	\$	2.400.000	

Fuente: Elaboración propia en base a la Res. Ex. N° 6/ Rol D-064-2017.

113. En relación con las medidas y costos señalados anteriormente, cabe indicar que la efectiva implementación de todas ellas en su conjunto resultaba fundamental a la hora de establecer el escenario de cumplimiento considerando el tipo de unidad fiscalizable, las características y las dimensiones del establecimiento, resultando así efectiva la atenuación de la cantidad de decibeles excedidos respecto de la normativa, en el caso que se hubiesen implementado en su totalidad.

114. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma previa a la fecha de fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, esto es el día 20 de enero de 2017.

(b) Escenario de Incumplimiento.

¹⁴ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo debió ser incurrido.

¹⁵ Respecto a la acción N° 4, consistente en "(...) en la terraza del local no podrá funcionar música en vivo, sino solo música envasada. Los horarios de funcionamiento de la terraza serán desde las 13:00 horas, hasta las 24:00; respetando los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011 para la Zona II", esta no fue considerada, al consistir en una acción netamente de gestión, que dependerá de la mera liberalidad del titular.

115. Este se determina a partir de los costos que han sido incurridos por motivo de la infracción -en este caso, los costos asociados a medidas de mitigación de ruidos u otros costos incurridos por motivo de la excedencia de la norma-, y las respectivas fechas o periodos en que estos fueron incurridos.

116. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, cabe indicar que, si bien se acreditó que el titular ejecutó ciertas acciones, las mismas fueron implementadas de manera parcial en el contexto de la ejecución del PdC, y que, además, el titular no acreditó su eficacia, por lo que dichas medidas no fueron consideradas como medidas correctivas, tal como se describió en el considerando N° 106, letra i), de esta resolución.

117. En vista de lo anterior, para efectos de la estimación del beneficio económico, y dentro de la implementación de las acciones comprometidas en el PdC, cabe indicar que, si bien el titular no hizo entrega de un informe final del programa de cumplimiento, así como tampoco de medios de prueba fehacientes que permitieran acreditar la ejecución correcta de cada una de las medidas del PdC ni su efectividad, el informe de fiscalización de fecha 27 de junio de 2018, entregó evidencia visual y cuantitativa de que la acción N°1 de reducción de altavoces no se llevó a cabo, razón por la cual, desde el punto de vista económico se entiende que existe un beneficio económico retrasado producto de esta situación.

Respecto de la acción N°2, el informe de fiscalización de fecha 27 de junio de 2018, entregó evidencia visual de la existencia de un equipo master con las características señaladas en el PdC. Si bien dicho equipo no se encontraba conectado a todos los altavoces del local, tal como se desarrolla más adelante, se entiende razonablemente que ha existido un costo de inversión retrasado de parte del titular respecto del escenario de cumplimiento.

Respecto de la acción N°3, el informe de inspección de junio de 2018 revela la ejecución parcial de dicha medida, toda vez que existe evidencia visual de varias zonas sin sellar en el local, por lo cual, de manera conservadora, se estimará que hubo un costo de inversión ejecutado por el titular, pero que este costo sólo constituye un 50% de lo que debió haber ejecutado, razón por la cual existen costos retrasados.

Respecto de la acción N°4, ésta no fue valorizada económicamente por parte del titular, razón por la cual no será considerada en este capítulo. Finalmente, respecto de la acción N°5, la inspección realizada concluye la ejecución de un cambio de vidrios. Sin embargo, al no contar con facturas que acrediten los montos invertidos, ni las características de los vidrios instalados, lo cual en este caso resultaba fundamental, toda vez que el titular comprometió la atenuación de 30 dB(A) y la minimización de las resonancias, se entenderá, de manera conservadora, que la ejecución de dicha medida fue realizada en un 50%, y fue ejecutada con fecha 30 de abril de 2017, fecha en la que según el propio titular, se habría ejecutado la medida según lo expresa en su programa de cumplimiento presentado.

118. Respecto de los descargos presentados por el titular, recibidos por esta SMA con fecha 10 de abril de 2019, cabe destacar que el titular no entregó nueva información a la presentada en el informe de PdC, que le permitiera a este Superintendente cambiar su conclusión respecto de la implementación de las acciones comprometidas para volver al cumplimiento, toda vez que el titular no entregó facturas asociadas a la ejecución de cada acción, ni fotografías fechadas y georreferenciadas que permitieran ver en contexto, un antes y un después de la aplicación de las medidas.

(c) Determinación del beneficio económico

119. En la siguiente tabla se resume el origen del beneficio económico, que resulta de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, así como también el resultado de la aplicación del método de estimación de beneficio económico utilizado por esta Superintendencia. Para efectos de la estimación, se consideró una fecha de pago de multa al 05 de diciembre de 2019, y una tasa de descuento de 11%, estimada en base a información de referencia del rubro de entretenimiento. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de noviembre de 2019.

Tabla N° 5: Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	2.400.000	4,0	0,4

Fuente: Elaboración propia.

120. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

B. Componente de Afectación

b.1. Valor de Seriedad

121. El valor de seriedad se determina a través de la ponderación conjunta del nivel de seriedad de los efectos de la infracción y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, y el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, quedando excluida del análisis la letra h) del artículo 40 de la LOSMA, debido a que en el presente caso no resulta aplicable.

b.1.1. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a)

122. La letra a) del artículo 40 de la LOSMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño o de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor.

123. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, es más amplio que el concepto de daño

ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LOSMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

124. En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas que sea consecuencia directa de la infracción constatada. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

125. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que *"De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de "peligro ocasionado", es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma"*¹⁶. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

126. Conforme a lo ya indicado, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) -en el marco de una evaluación del riesgo para la salud de la población- definió el concepto de riesgo como la "probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor"¹⁷. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹⁸ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹⁹, sea esta completa o potencial²⁰. El SEA ha definido el peligro como "capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor"²¹. Conforme a lo anterior, para determinar si existe

¹⁶ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 (caso MOP – Embalse Ancoa)

¹⁷ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. "Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población". pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

¹⁸ En este punto, debe indicarse que el concepto de "peligro" desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de "peligro ocasionado" contenido en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA.

¹⁹ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. "Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población". pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

²⁰ Véase Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. "Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población". Al respecto, una ruta de exposición completa, es la que se configura cuando se presentan todos los elementos enlistados en la página 39 del documento, y una ruta de exposición potencial es aquella a la que le falta uno o más de los elementos indicados, pero respecto de la cual existe información disponible que indica que la exposición es probable.

²¹ Ídem.

un riesgo, a continuación se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

127. En relación al primer requisito relativo a la existencia de un peligro, entendido como capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor, el conocimiento científicamente afianzado²² ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas, reconocidos por la Organización Mundial de la Salud y otros organismos como la Agencia de Protección Ambiental de EEUU, y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCA), son: efectos cardiovasculares, respuestas hormonales (hormonas de estrés) y sus posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y sistema inmune, rendimiento en el trabajo y la escuela, molestia, interferencia en el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental²³.

128. Ahora bien, respecto al peligro específico del ruido nocturno, se puede señalar que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño y calidad de vida y bienestar. Respecto a la calidad del sueño, el ruido nocturno, genera efectos como: despertares nocturnos o demasiado temprano, prolongación del periodo del comienzo del sueño, dificultad para quedarse dormido, fragmentación del sueño, reducción del periodo del sueño, incremento de la movilidad media durante el sueño. Respecto a la calidad de vida y bienestar, existe evidencia para efectos como molestias durante el sueño y uso de somníferos y sedantes. También, el ruido nocturno puede afectar condiciones médicas, provocando insomnio (diagnosticado por un profesional médico). Además de efectos directos en el sueño, el ruido durante el sueño, provoca; incremento de la presión arterial, de la tasa cardíaca y de la amplitud del pulso; vasoconstricción; cambios en la respiración; arritmias cardíacas; incremento del movimiento corporal; además de procesos de excitación de los sistemas nervioso central y vegetativo²⁴.

129. Asimismo, la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida de las personas por cuanto incide en la generación de efectos emocionales negativos, tales como irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio, siendo mayor el efecto cuanto más prolongada sea la exposición al ruido²⁵.

130. Conforme a lo indicado en los considerandos anteriores, el ruido es un agente con la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor, por lo que se configura el primer requisito del riesgo, o sea, el peligro del ruido.

131. Por otra parte, es posible afirmar que la infracción generó un riesgo a la salud de la población, puesto que, en el presente caso, se verificaron los elementos para configurar una ruta de exposición completa²⁶. Lo anterior, debido a que existe

²² World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications. Disponible online en: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe>

²³ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

²⁴ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), páginas 22-27.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ La ruta de exposición completa se configura cuando todos los siguientes elementos están presentes: Una fuente contaminante, por ejemplo, una chimenea o derrame de combustible; un mecanismo de salida o liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte;

una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁷ y un punto de exposición (receptores identificados en las fichas de medición de ruidos de las actividades de fiscalización realizadas los días 19 y 20 de enero de 2017 en Avenida Del Mar N° 4600, comuna de La Serena), y un medio de desplazamiento, que en este caso es el aire, y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que, al constatarse la existencia de personas expuestas al peligro ocasionado por el nivel de presión sonora emitida por la fuente, cuyo valor registrado excedió los niveles permitidos por la norma, se configura una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, un riesgo.

132. Una vez determinada la existencia de un riesgo, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor. Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

133. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N° 38/2011 fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar. Por tanto, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

134. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 62 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 45 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 50 en la energía del sonido²⁸ aproximadamente, respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma. Lo anterior da cuenta de la magnitud de la contaminación acústica generada por la actividad del titular.

135. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo en el caso concreto, es la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, tal como se ha mencionado en la presente resolución, las máximas de la experiencia permiten inferir que los equipos que emiten el ruido tendrían un funcionamiento reiterado, de domingo, martes y miércoles, desde las 13:00 hasta las 02:00 horas y de jueves a sábado desde las 13:00 hasta las 03:00 horas, según lo indicado en portales web asociados al rubro²⁹, lo que da cuenta del nivel de exposición de los receptores al ruido en el presente caso.

136. En razón de lo expuesto, es de opinión de este Superintendente, que la superación de los niveles de presión sonora constatada durante el

un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingesta [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes.

²⁷ SEA, 2012. Guía de Evaluación de impacto ambiental riesgo para la salud de la población en el SEIA. Concepto de riesgo en el artículo 11 de la Ley N°19.300, página N°20.

²⁸Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

²⁹ <https://cutt.ly/yeR4vw0>

procedimiento sancionatorio, permite inferir que efectivamente se ha generado un riesgo de carácter significativo, y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.

b.1.2 El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b)

137. Mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto –riesgo– ocasionado por la infracción, esta circunstancia introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a). Si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LOSMA, no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud, sea este significativo o no.

138. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 04 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 25931-2014, disponiendo: *“a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N° 146 del año 1997”*.

139. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados debido a las emisiones de dicha fuente. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (en adelante, “AI”) de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una Zona II.

140. Para determinar el AI, se consideró el hecho que la propagación de la energía sonora se manifiesta en forma esférica, así como su correspondiente atenuación con la distancia, la que indica que, al doblarse la distancia se disminuye 6 dB(A) la presión sonora. Para lo anterior, se utilizó la expresión que determina que la amplitud del nivel de presión del sonido emitido desde una fuente puntual es, en cada punto, inversamente proporcional a la distancia de la fuente, para lo cual se utilizó la siguiente fórmula³⁰:

$$L_p = L_x - 20 \log_{10} \frac{r}{r_x} \text{ db}$$

Donde,

L_x : Nivel de presión sonora medido.

r_x : Distancia entre fuente emisora y receptor más lejano donde se constata excedencia.

L_p : Nivel de presión sonora en cumplimiento de la normativa.

³⁰ Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977, P. 74

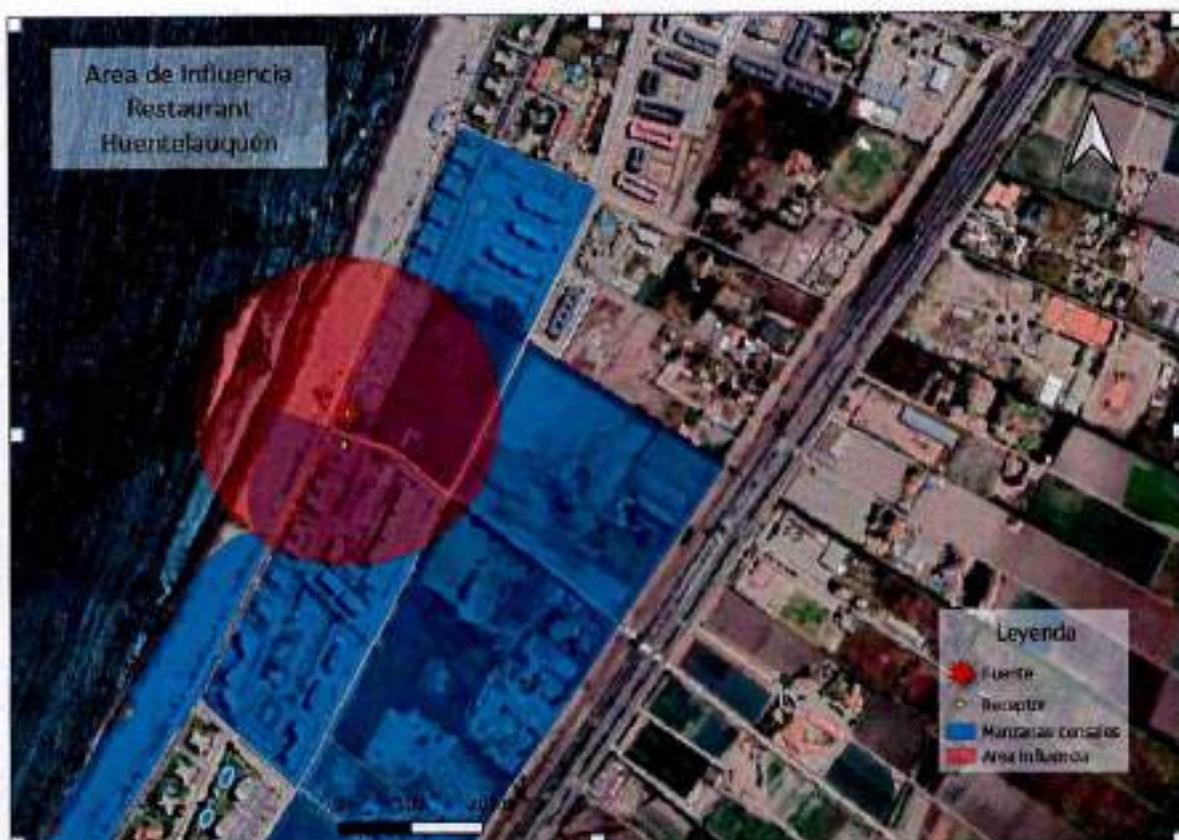
r : Distancia entre fuente emisora y punto en que se daría cumplimiento a la normativa (radio del AI).

141. En relación con lo señalado en el párrafo anterior, cabe destacar que la fórmula presentada no incorpora la atenuación que provocarían factores tales como la disminución por divergencia - debido a la dispersión de la energía del sonido -, la reflexión y la difracción en obstáculos sólidos, y la reflexión y la formación de sombras por los gradientes de viento y temperatura; debido principalmente a que las condiciones del medio de propagación del sonido no son ni homogéneas ni estables. En función de esto, cabe manifestar que el conocimiento empírico adquirido por esta SMA en estos 7 años de funcionamiento, a través de los más de 360 casos analizados de infracciones al D.S. N°38/2011, le han permitido actualizar su estimación del AI, incorporando factores de atenuación del radio del AI orientados a aumentar la representatividad del número de personas afectadas en función de las denuncias presentadas ante esta Superintendencia.

142. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 20 de enero de 2017, que corresponde a 62 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor más lejano en donde se constató excedencia de la normativa, que es de aproximadamente 44 metros; se obtuvo un radio del AI aproximado de 212 metros desde la fuente emisora.

143. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales del Censo 2017, para la comuna de La Serena, en la región de Coquimbo, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

Imagen N° 1: Área de Influencia (AI)



Fuente: Elaboración propia en base a aplicación Google Earth y coberturas del censo 2017 para la comuna de La Serena.

144. A continuación, se presenta la información correspondiente a cada manzana censal del AI definida, indicado: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), sus respectivas áreas totales y número de personas en cada manzana. Asimismo, se indica la cantidad estimada de personas que pudieron ser afectadas, determinada a partir de la proporción del AI sobre el área total, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea.

Tabla N°5: Distribución de la población correspondiente a manzanas censales.

IDPS	ID Manzana Censo	N° de personas	Área aprox. (M ²)	Área Afectada aprox. (M ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	4101041002002	389	77.681	28.409	37	142
M2	4101041002901	91	239.206	10.582	4	4
M3	4101041006005	173	88.300	40.084	45	79
M4	4101041006007	37	175.921	4.836	3	1

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Censo 2017.

145. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en la tabla anterior, el número de personas que se estimó como potencialmente afectada por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de **226 personas**.

146. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

b.1.3 La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i)

147. La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos propios que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

148. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma.

149. Dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada. Esto se diferencia de las circunstancias que se relacionan con los efectos de la infracción, las que pueden concurrir o no dependiendo de las características del caso.

150. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el Decreto Supremo N° 38, del año 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, la cual tiene por objetivo *“proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido que esta norma regula”*³¹. Los niveles máximos de emisión de ruidos se establecen en términos del nivel de presión sonora corregido, medidos en el receptor sensible. Estos límites son diferenciados de acuerdo a la localización del receptor, según la clasificación por zonas establecida en la norma, así como por el horario en que la emisión se constata, distinguiendo horario diurno y nocturno.

151. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno, radica en que la emisión de niveles de presión sonora por sobre los límites establecidos en la norma vulnera el objetivo de protección a la salud de la población, de los riesgos propios de la contaminación acústica, encontrándose en todos los casos un receptor expuesto al ruido generado, ocasionándose un riesgo a la salud y potencialmente un detrimento en la calidad de vida de las personas expuestas. Cabe agregar, asimismo, que esta corresponde a la única norma que regula de forma general y a nivel nacional los niveles de ruido a los cuales se expone la comunidad, aplicándose a un gran número de actividades productivas, comerciales, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura, que generan emisiones de ruido.

³¹ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

152. En este caso, fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, 2 ocasiones de incumplimiento de la normativa. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 17 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada el día 20 de enero de 2017, y que fue motivo de la formulación de cargos asociada a la resolución Res. Ex. N° 1/Rol D-064-2017. Cabe señalar, sin embargo, que dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del art. 40.

b.3. Factores de disminución

b.3. 1 Irreprochable conducta anterior (letra e)

153. La concurrencia de esta circunstancia es ponderada por la SMA en base al examen de los antecedentes disponibles que dan cuenta de la conducta que, en materia ambiental, ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable. Se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior cuando no se encuentra en determinadas situaciones que permiten descartarla, entre las cuales se cuenta la conducta anterior negativa -en los términos descritos anteriormente-, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

154. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación, para efectos de la sanción correspondiente a la infracción ya verificada.

b.4. La capacidad económica del infractor (letra f)

155. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

156. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias

determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones³².

157. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2019 (año comercial 2018). De acuerdo a la referida fuente de información, Salute Per Aqua SpA, se encuentra en la **categoría de tamaño económico Mediana I**, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 25.000,01 UF a 50.000 UF.

158. En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada como Mediana I, **se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción**, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

C. Incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° (artículo 40 letra g) de la LOSMA)

159. Dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA, en su letra g), se considera el incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3, en relación a la función de la SMA de aprobar programas de cumplimiento de la normativa ambiental de conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LOSMA. En este último artículo se indica que el presunto infractor puede, frente a una formulación de cargos, presentar un plan de acciones y metas, dirigido a cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental. El mismo artículo regula los requisitos de aprobación del programa de cumplimiento, así como los efectos de su aprobación. Se refiere también a los casos en los cuales el presunto infractor, habiendo comprometido un programa de cumplimiento, no cumpliere con las acciones establecidas en él. En el inciso quinto del artículo 42 de la LOSMA se señala que el *"... procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia"*.

160. En el presente caso, con fecha 22 de septiembre de 2017, el titular presentó un programa de cumplimiento (en adelante, "PdC") para su aprobación, el cual fue observado en 2 ocasiones, solicitándose la presentación de una versión refundida que incorporara las observaciones efectuadas. El PdC refundido presentado por el titular, acompañado el día 14 de diciembre de 2017, fue finalmente aprobado por la SMA mediante Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017, con correcciones de oficio. Dicha resolución fue notificada mediante carta certificada dirigida al titular, con fecha 27 de diciembre de 2017. La versión refundida final de dicho PdC, solicitada mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, fue acompañada por el titular con fecha 05 de febrero de 2018.

³² Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

161. Posteriormente, con fecha 23 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC. Dicho Informe describe hallazgos en relación al incumplimiento de varias acciones del PdC.

162. En atención al incumplimiento del programa de cumplimiento en que incurrió el titular, declarado mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-064-2017, corresponde que en la presente resolución se pondere la magnitud de dicho incumplimiento, de modo de poder incrementar proporcionalmente la sanción que originalmente hubiera correspondido aplicar, en conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LOSMA. Este análisis debe ser realizado respecto de cada una de las acciones asociadas a cada uno de los cargos formulados, lo que se pasará a desarrollar a continuación.

163. Cabe señalar que para acreditar la ejecución del PdC, tal como se señaló en la resolución de reinicio del presente procedimiento sancionatorio, el titular no entregó medio de verificación alguno.

164. En base al Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC, el nivel de cumplimiento alcanzado del mismo es resumido en la siguiente tabla:

Tabla N° 7: Grado de ejecución de las acciones comprometidas en el PdC.

Infracción	Acción N°	Plazo	Cumplimiento
La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en	1. Reducir la cantidad de altavoces de 6 a 2, los que estarán ubicados en el sector de la terraza del local. Uno de los altavoces ubicados en la terraza estará ubicado a la mitad de la muralla norte de la terraza, con orientación hacia el centro del sector terraza. El segundo de los altavoces, estará ubicado a la mitad de la muralla sur de la terraza, con orientación hacia el centro del sector terraza. Al interior del local habrá sólo 6 parlantes de pequeño formato, ubicando dos unidades en las esquinas de las murallas norte, sur y central del interior del local.	3 días corridos desde la notificación de la resolución de aprobación del PdC.	Incumplida. Se trata de una acción por ejecutar respecto de la cual el titular no acompañó los documentos e informes comprometidos en la acción final Obligatoria. No obstante, en la actividad de inspección de fecha 27 de junio de 2018 se constató que el titular no redujo la cantidad de altavoces como fue comprometido en su PDC. Se constató que en el interior del local habían 7 parlantes más de los comprometidos, (13 parlantes en total) mientras que en la terraza había 1 parlante adicional a lo comprometido (3 parlantes en total). Respecto de los parlantes que señala la administradora del local que se encuentran sin uso o con desperfectos, el propio hecho de que éstos se encuentren instalados y conectados, permite inferir que pueden ser usados o reparados en cualquier minuto.

<p>horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II.</p>	<p>2. Se bajará la potencia del audio tanto en la terraza e interior del local. Se hace presente que el master es marca Novick NVK 802 FX (...) Se ajustará el master de mezcladores de audios, a fin de dejar un límite establecido máximo de trabajo para mantener controlado el nivel de presión sonora. El master será ajustado en forma digital para que las emisiones se encuentren bajo el límite establecido por el D.S. N° 38/2011.</p> <p>Para asegurar que el master no sea manipulado con el objeto de superar el límite establecido en el D.S. N° 38/2011, la empresa incorporará un bloqueo físico con llave.</p> <p>Para cumplir lo anterior, se designará al administrador del local, como el único responsable de mantener el master ajustado bajo el límite establecido por el D. S N° 38/2011 y, asimismo, será la única persona que manejará y custodiará las llaves del bloqueo físico.</p>	<p>3 días corridos desde la notificación de la resolución de aprobación del PdC.</p>	<p>Cumplida parcialmente. Se trata de una acción por ejecutar respecto de la cual el titular no acompañó los documentos e informes comprometidos en la acción final Obligatoria. No obstante, en la actividad de inspección de fecha 27 de junio de 2018 se constató una consola master NOVIKC NVK-802FX, conectada solo a los parlantes de la terraza, existiendo otro master, independiente del primero usado para el control de los parlantes del primer piso. Por otro lado, a partir de las 18.30 hrs los equipos de música son operados por otra persona diferente a la administradora (el DJ). Entonces, se da la situación de que se concluye la existencia de un master de las características descritas en el PDC, pero, la existencia de otro sistema maestro, independiente del primero, que puede ser manejado de manera independiente en el control de la música, y de acuerdo a las preferencias de quien se encuentre a cargo del sonido pasadas las 18.30 hrs.</p>
	<p>3. Se sellarán todas las rendijas en todo el perímetro del local, con énfasis en la muralla que tiene orientación Sur. Para lo anterior se acompañará plano del local indicando la ubicación de rendijas.</p>	<p>10 días corridos desde la fecha de la notificación que apruebe el PdC.</p>	<p>Cumplida parcialmente. Se trata de una acción por ejecutar respecto de la cual el titular no hizo entrega de los documentos e informes comprometidos en la acción final Obligatoria, por lo que no fue posible constatar con facturas y fotografías fechadas el cierre de las rendijas.</p> <p>En virtud de lo anterior, en la actividad de inspección realizada con fecha 27 de junio de 2018 se constató que el titular solo selló algunas rendijas ubicadas en la pared poniente. En las otras paredes no se realizaron trabajos de sellado.</p>
	<p>4. Además de la acción N° 2, en la terraza del local no podrá funcionar música en vivo, sino solo música envasada. Los horarios de funcionamiento de la terraza serán desde las 13:00 horas, hasta las 24:00; respetando los límites</p>	<p>3 días corridos desde la notificación de la resolución de</p>	<p>Incumplida. Se trata de una acción por ejecutar respecto de la cual el titular no hizo entrega de los documentos e informes comprometidos en la acción final Obligatoria, por lo que no fue posible constatar con medios de prueba fehacientes. Sin embargo, durante la</p>

	<p>establecidas en el D.S .N° 38/2011 para la Zona II.</p>	<p>aprobación del PdC.</p>	<p>actividad de inspección realizada con fecha 27 de junio de 2018, la administradora del local señaló que en la terraza del local funciona música envasada con un horario de funcionamiento hasta la 1:00 AM de jueves a sábado y hasta las 12: 30 AM el resto de los días. Con todo, el titular no presentó registro que permita corroborar que en la terraza no funciona música en vivo. Lo anterior solo se constató de acuerdo a lo señalado por la administradora, no obstante, de acuerdo a lo informado por ella, el horario de funcionamiento de la terraza excede el horario comprometido en el programa de cumplimiento aprobado por esta superintendencia.</p>
	<p>5. Se mutaron todos los vidrios en las ventanas de la terraza del local, más los vidrios del costado sur del Local (12 ventanas en total), que tienen orientación hacia el Hotel Campanario. Esta acción propone 30 dB de atenuación aprox., además de minimizar las resonancias. Se incluirá sistema de bloqueo de los ventanales, para evitar que éstos sean abiertos por clientes. Las dimensiones de los vidrios que se cambiaron son las siguientes: Vidrios Terraza: 0,80 metros de ancho, por 1 metro de alto; Vidrios Primer piso: 0,75 metros de ancho, por 1,12 metros de alto. Vidrios sector Barco: 0,70 metros de ancho por 0,70 metros de alto; Se hace presente que en el costado sur de la terraza, no existen ventanas, sino paneles del tipo de vidrio que se especifica. En el costado oeste de la terraza son sólo 6 ventanas y el resto corresponde a paneles de vidrios, todos con las mismas especificaciones.</p>	<p>El cambio de las ventanas fue ejecutado en abril de 2017. El sistema de bloqueo de los ventanales se implementará en el plazo de 7 días corridos desde la notificación de la resolución que aprueba el PdC.</p>	<p>Cumplida parcialmente. Se trata de una acción por ejecutar respecto de la cual el titular no hizo entrega de los documentos e informes comprometidos en la acción final Obligatoria, por lo que no fue posible constatar que los vidrios sean de las características señaladas en el PDC y que permitan atenuar 30 decibelés con minimización de resonancias.</p> <p>Sin embargo, en la inspección realizada el día 27 de junio de 2018 se constató que en la terraza del local se cambiaron los vidrios de la pared norte, sur y poniente.</p> <p>Se constató la existencia de sistema de bloqueo solo en las ventanas de la terraza, en las ventanas del primer piso no hay sistema de bloqueo.</p> <p>En el sector Barco se constató la existencia de paneles de vidrio montados en una pared de madera con tablas cuya separación es de 10 cm y no posee otro tipo de cierre.</p>
	<p>6. Enviar a la Superintendencia un reporte con: a) Una prueba para acreditar que todas las medidas han sido implementadas. Esto puede ser una fotografía de las medidas</p>	<p>El plazo de ejecución será de 10 días hábiles, contados</p>	<p>Incumplida. El titular no hace entrega de informe que permita acreditar la implementación de las medidas contenidas en el Programa de Cumplimiento, así como tampoco hizo entrega de informe de Medición</p>

	<i>implementadas. b) El resultado de la medición de ruido realizada luego de haber implementado las medidas</i>	desde la ejecución de la acción N° 3.	de Ruido luego de la implementación de las medidas.
--	---	---------------------------------------	---

Fuente: Elaboración propia.

165. En resumen, la tabla anterior muestra que el titular incumplió 3 de las acciones comprometidas respecto al cargo que ha sido configurado en la presente resolución. Las acciones que fueron cumplidas parcialmente, son las N° 2, N° 3 y N° 5, acciones que se refieren a bajar la potencia del audio en terraza e interior del local, sellar las rendijas de todo el perímetro del local, y mutar los vidrios de las ventanas de los sectores terraza y barco, incorporándoles un sistema de bloqueo que impidiera su apertura. Dichas acciones son de esencial relevancia para evitar la propagación del ruido a los receptores sensibles. El nivel de cumplimiento antes señalado será considerado para los efectos del incremento de la sanción base de conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LOSMA. En esta línea, es dable señalar que el grado de incumplimiento de dichas acciones y su relevancia es alto, lo cual será considerado en dichos términos para efectos del incremento de la sanción aplicable en este caso.

166. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Atendido lo expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente en *"La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 60, 52 y 59 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; y la obtención, con fecha 20 de enero de 2017, de Niveles de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 y 62 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II"*, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, **aplíquese a Salute per Aqua SpA, Rol Único Tributario N° 76.078.576-8, la sanción consistente en una multa de doscientas catorce unidades tributarias anuales (214 UTA).**

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma Ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso.

Asimismo, ante la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa.** Dicho

pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo.

El monto de las multas impuestas por la Superintendencia serán a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario. Para mayores detalles, puede consultarse el siguiente link: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley, prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

QUINTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LOSMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE



SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
SUPERINTENDENTE

EIS/IMA

Notifíquese por carta certificada:

- Representante legal de Salute per Aqua SpA, titular de Restaurant-Pizzería Huentelauquén, domiciliado en Avenida del Mar N° 4.500, Lote 2 de 3, comuna de La Serena, región de Coquimbo.



- Mauricio Olguín Peña, domiciliado en calle Los Lúcumos N° 660, departamento 1003, comuna de La Serena, región de Coquimbo.

- Rodrigo Zegers Reyes, representante legal de Hoteles Campanario Limitada, [REDACTED]

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Coquimbo, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol D-064-2017



La Serena

ORD.: N° 04 - 1885 /

ANT.: Oficio E375254 de Contraloría Regional de Coquimbo; Carta denuncia a Contraloría de don Rodrigo Zegers de fecha 07.07.23., Oficio E388664 de Contraloría Regional de Coquimbo de fecha 04.09.23.

MAT.: Lo que indica.

LA SERENA, 12 de Septiembre del 2023

DE : FERNANDO RUIZ ZAMARCA
ARQUITECTO; DIRECTOR DE OBRAS

A: SR. RODRIGO ZEGERS REYES
[REDACTED]
AVENIDA DEL MAR N° 4600
LA SERENA.-

En atención a oficios y carta del ANT., respecto de sus denuncias realizadas en las fechas 01 de agosto del 2022, 20 de enero y 23 de junio del 2023, me permito informar a Ud. las siguientes gestiones realizadas por esta Dirección de Obras:

1. Denuncia de fecha 01 de agosto de 2022.

Se deriva su denuncia a la Superintendencia de Medio Ambiente, mediante Ord. N 04-1387 de fecha 08 de agosto del 2022, por ruidos molestos proveniente de los locales Terraza Sunset, Huentelauquén y El Muelle, debido a que la fiscalización de este tipo de denuncias corresponde a esa repartición, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo DS N° 38 del Ministerio de Medio de Ambiente.

Adicionalmente, se informa a Ud. que esta Dirección de Obras, recibió una denuncia similar en el mes de enero del año 2022, realizada por el Sr. Mauricio Olguín, por ruidos molestos de los locales Amelie, Sunset y Huentelauquén, la cual también fue derivada a la Superintendencia de Medio Ambiente, mediante Ord. N 04-321 de fecha 22 de febrero del 2022.

2. Denuncia de fecha 20 de enero de 2023.

Cabe señalar que esta denuncia no fue derivada a esta Dirección de Obras, por lo cual no se dio respuesta de nuestra parte.

3. Denuncia de fecha 23 de junio de 2023.

- En cuanto a lo denunciado, respecto de "altos niveles de ruido por sobre la norma", cabe señalar que, tal como se indicó en punto 1 de este ordinario, ya habían sido derivadas a la Superintendencia de Medio Ambiente a través de los Ords. N° 04-1387 del 08.08.22 y 04-321 del 22.02.22.

- En cuanto a lo denunciado, respecto de "el funcionamiento del local Huentelauquén, a pesar de las Observaciones "graves" encontradas al mismo e informadas por esta DOM mediante Ordinario N°2374 del 27.12.22.", le informo a usted que, con fecha 08 de Agosto del 2023 se realiza inspección al local para constatar el cumplimiento de las observaciones señaladas, habiendo cumplido con la mayoría de ellas excepto la regularización de los recintos sin permiso, por lo que se le cursó la **Infracción N° 01237 del 08.08.23 quedando citado al Juzgado de Policía Local para el día 24.08.23.**

En relación a la demolición mencionada de la edificación con Permiso de Edificación N°43 (14.03.2019 y recepción N°1747 del 27.03.2019), cuyo permiso se encuentra acogido al Art. 124, cabe señalar que solamente 34 m² de superficie, del señalado permiso, tienen esa condición. Por otra parte, dicho permiso (34 m² acogidos al art. 124), se encuentra vigente hasta el 04.11.23., según pronunciamiento MINVU a través de Ord. N° 472 del 14.04.22.

De acuerdo a lo indicado en este punto, no procede la demolición de la señalada superficie en estos momentos, sino hasta la fecha indicada.

- En cuanto a lo denunciado, respecto de "Dictación de la medida provisional de detención de funcionamiento del restaurant Huentelauquén", cabe señalar que no es materia, facultad ni competencia de esta Dirección de Obras.

- En cuanto a lo denunciado, respecto de "OTRAS INFRACCIONES GRAVES", sobre los siguientes puntos:

(i) Ocupación Ilegal del Restaurant Huentelauquén

En atención a la obstrucción de la vía de evacuación Los Lúcumos, se informa que hasta el 30 de junio la Empresa Huentelauquén contaba con autorización municipal de ocupación de Bien Nacional de Uso Público (BNUP) para la instalación de mesas y sillas, no obstante se le envió el Ord. N° 04-1584 del 04.08.23, en que se le instruyó el retiro de la estructura, ya que no se le renovarían los permisos.

Se desglosa a continuación, detalle de permisos y acciones efectuadas:

- Autorización N° 04-03 del 05 de Enero del 2022 que otorga permiso de ocupación BNUP, por el I semestre del 2022.

- Autorización N° 04-200 del 04 de Noviembre del 2022 que otorga permiso de ocupación por BNUP, por el II semestre del 2022.
- Orden de Ingreso N° 2705 cancelando derechos municipales por ocupación de BNUP, para el periodo de Enero al 15 de Marzo del 2023.
- Decreto Alcaldicio N° 847 del 17 de abril del 2023, por ocupación del BNUP, para el periodo desde el 16 de Marzo del 2023 al 30 de Junio del 2023.
- Carta del representante Salute Per Aqua Spa, Sr. Javier Jorquera Balbontin solicitando extender el plazo para la ocupación del BNUP, de fecha 13 de Junio del 2023.
- Correo DOM consultando al Sr. Juan Gallardo, Jefe de Gabinete, por un pronunciamiento por dicha petición.
- Ord. N° 04-1584 del 04 de Agosto del 2023 al Sr. Javier Jorquera B., denegando dicha autorización, otorgándosele un plazo de 10 días para el retiro de las estructuras emplazadas en el BNUP.
- Con fecha 18 de Agosto del 2023 se realiza una fiscalización y se constata que no ha dado cumplimiento al plazo de días otorgados, para retirar las estructuras instaladas en el BNUP, motivo por el cual se le cursa la infracción N° 001238 de igual fecha, quedando citado al Juzgado de Policía Local para el día 01 de septiembre del 2023.

(ii) Violencia desatada y otras infracciones contra la seguridad

- En cuanto a lo denunciado, cabe señalar que esto no es materia, facultad ni competencia de esta Dirección de Obras.

Saluda Atte. A Ud.



FERNANDO RUIZ ZAMARCA
ARQUITECTO
DIRECTOR DE OBRAS

Distribución:

- Sr. Rodrigo Zegers Reyes
- Correlativo y Archivo DOM.
- FRZ/MPAI/CSC. -



La Serena

ORD. :N° 04-2374/

ANT. Fiscalización en terreno.

MAT. Solicita cumplimiento.

La Serena, 27 de diciembre 2022.-

**DE : FERNANDO RUIZ ZAMARCA.
ARQUITECTO, DIRECTOR DE OBRAS (S)**

**A : INVERSIONES SAN JAVIER LIMITADA
LOCAL "HUELTELAUQUEN"**

De acuerdo a la fiscalización realizada al local comercial "Huentelauquen", se solicita dar cumplimiento a las siguientes observaciones:

- 1) Debe hacer la demolición de la recepción N° 1747 (27.03.2019) la cual se desprende del Permiso de Edificación N° 43 (14.03.2019), ya que se acogieron al Artículo N° 124 de la LGUC, el cual es un permiso provisorio y no renovable, el cual caduco el 27.03.2022.
- 2) Debe regularizar las bodegas, ampliación del segundo piso y las modificaciones y/o remodelaciones realizadas en el local comercial.
- 3) Debe cumplir con el libre desplazamiento de personas discapacitadas en todo el local comercial, ya que en sectores no existían las rampas de accesibilidad graficadas en los planos aprobados por la DOM (art. 4.1.7 numeral 2 OGUC).
- 4) Debe presentar la certificación emitida por el Cuerpo de Bomberos para la Red Húmeda.
- 5) Debe presentar el sello verde actualizado referido a las instalaciones de gas el cual deberá ser revisado por un organismo certificador autorizado por la SEC.
- 6) De acuerdo al informe acústico, no pueden realizar actividades de música envasada, animación, ni karaokes, en el sector del segundo piso, sin instalar las medidas de mitigación indicadas en el informe acústico presentado. Al momento de la inspección estas medidas de mitigación no habían sido concretadas

Finalmente se otorga un plazo de 30 días para dar cumplimiento a las observaciones entregadas, de acuerdo a las facultades que tiene esta Dirección de Obras el incumplimiento de su parte supone multas a las que se puede exponer. En caso de enviar información a través de correo electrónico, enviar a la siguiente dirección; dom@laserena.cl

Saluda atentamente a Ud.


FERNANDO RUIZ ZAMARCA
ARQUITECTO
DIRECTOR DE OBRAS (S)



Distribución:

- Interesado
- Inv. San Javier
- Correlativo/Archivo DOM.
- FRZ/MAI/CGJ/MGB/PPB.

Óptimo 1 min 11 min 2 min

Av. del Mar 5400, 1710620 La Serena, Coq

Huentelauquen Resto-Bar Pizzería - Av. del

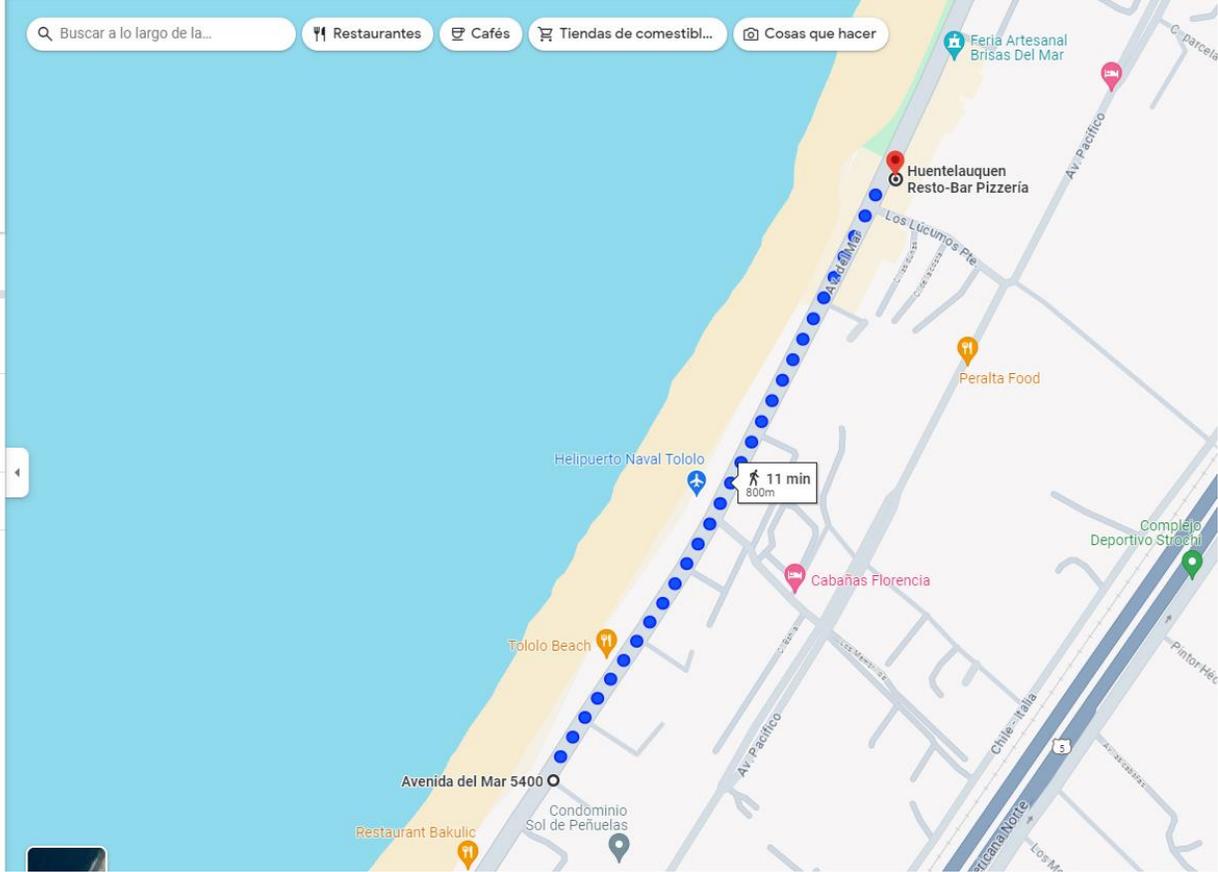
+ Agregar destino

Opciones

Enviar al teléfono instrucciones sobre cómo llegar
 Copiar vínculo

por Av. del Mar 11 min 800 metros
 Detalles

Mayormente plano



📍 Óptimo 1 min 🚗 3 min 🚲 1 min ✖

○ Av. del Mar 4300, 1711019 La Serena, Coq
📍 Huentelauquen Resto-Bar Pizzería - Av. del

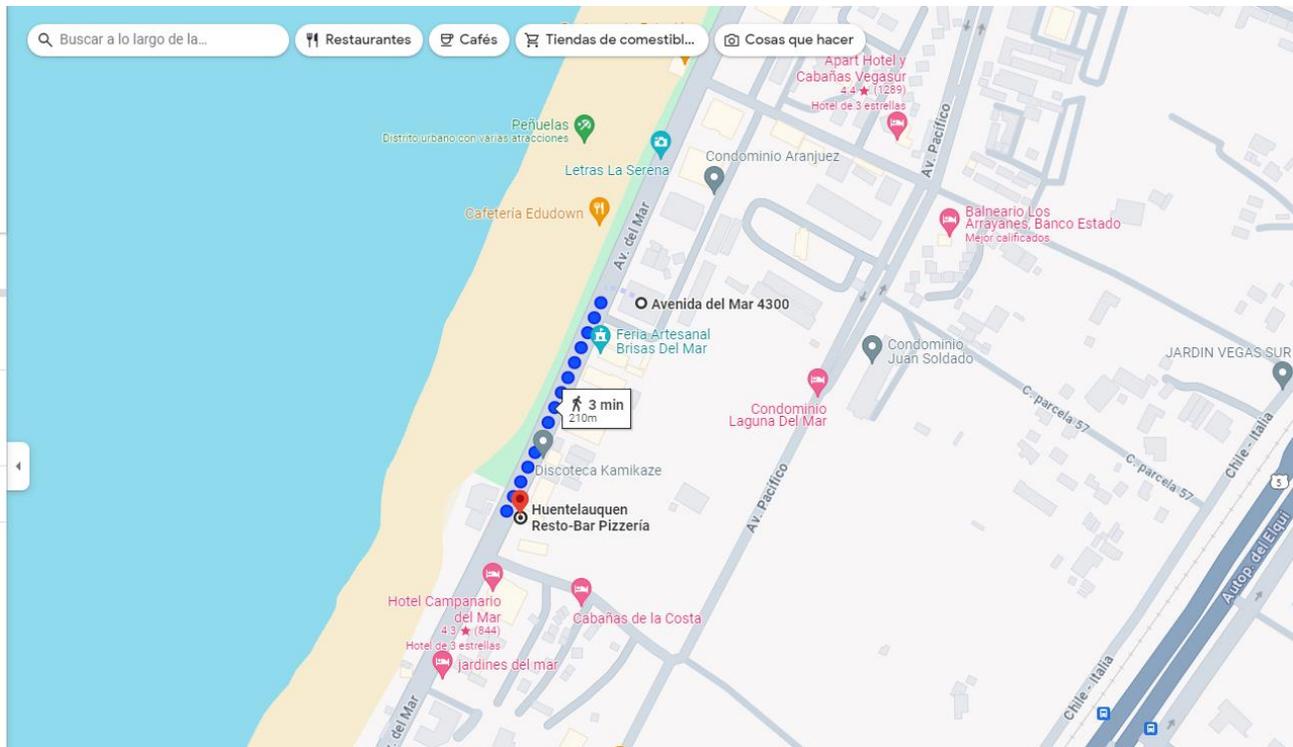
+ Agregar destino

Opciones

📄 Enviar al teléfono instrucciones sobre cómo llegar 🔗 Copiar vínculo

🚶 por Av. del Mar 3 min
 Detalles 210 metros

Mayormente plano ▾





Comparte este mensaje de apoyo a nuestros colaboradores

#aguanteequipoहुente



666 Me gusta

huentelauquen_restobarpizzeria 49 sem · Queridos colaboradores, querida familia Huate,

En momentos de adversidad, nuestra fuerza interior se pone a prueba y es importante recordar que, aunque el camino parezca oscuro, siempre habrá luz al final del túnel. Quiero expresarles mi más profundo apoyo y solidaridad en estos tiempos difíciles.

La envidia y los obstáculos injustos pueden desalentarnos, pero no permitamos que apaguen nuestra determinación y pasión por lo que amamos hacer. Vuestra dedicación y talento son un tesoro invaluable que ningún cierre o demanda puede arrebatarnos.