

TRIBUNAL AMBIENTAL

SANTIAGO

PROCEDIMIENTO : Reclamación
MATERIA : Reclamación Artículo 56 Ley 20.417 y 17 N°3 Ley N°
20.600 7 FEB'18 12:08
RECLAMANTE : Empresa de Transportes Rurales Limitada Tur Bus Ltda.
RUT : 80.314.700-0
REPRESENTANTE : Víctor Ide Benner
RUT : 7.254.107-3
PATROCINANTE Y : Jorge Concha Cáceres
APODERADO
RUT : 14.390.605-1
DOMICILIO : Jesús Diez Martínez N°800, Comuna de Estación Central,
Región Metropolitana
RECLAMADO : Superintendencia de Medio Ambiente
RUT : 61.979.950-K
REPRESENTANTE : Cristian Franz Throud
RUT : 10.768.911-7
DOMICILIO : Teatinos 280, Piso 8 y 9, Comuna de Santiago, Región
Metropolitana

EN LO PRINCIPAL: Interpone reclamación ilegalidad del artículo 56 Ley N°20.417 y 17 N°3 Ley N° 20.600; en el **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; en el **SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita forma de notificación que indica; en el **TERCER OTROSÍ:** Acredita personería; en el **CUARTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

JORGE CONCHA CÁCERES, Abogado, cédula nacional de identidad N°14.390.605-1, en representación, según se acreditará, de **EMPRESA DE TRANSPORTES RURALES LTDA.,** sociedad del giro de su denominación, Rol Único

Tributario 80.314.700-0, representada legalmente por don Víctor Ide Benner, todos domiciliados en calle Jesús Diez Martínez N°800, Estación Central, Santiago, respetuosamente digo:

Que encontrándome dentro del plazo y de conformidad al artículo 56 de la Ley Orgánica N°20.417 de la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante e indistintamente LOSMA) y artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, deduzco reclamación en contra de la Resolución Exenta N°71 del 15 de enero de 2018 dictada por el Superintendente de Medio Ambiente Sr. Cristián Franz Thorud *-en adelante R.E. N°71/2018-* que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, ROL D-020-2017, seguido en contra de mi representada (que se acompaña en un otrosí).

Solicitamos a este Tribunal Ambiental se sirva tener por presentada la reclamación y, en su mérito y conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Tribunales Ambientales *-en adelante LTA-* acogerla, declarando la anulación total o parcial de la R.E. N°71/2018. Todo ello conforme a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación se expondrán de la siguiente forma:

- I. **ASPECTOS PRELIMINARES: DEL TRIBUNAL AMBIENTAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN.**
- II. **ASPECTOS PRELIMINARES: DEL PLAZO PARA PRESENTAR RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE.**
- III. **DE LA RECLAMACIÓN PROPIAMENTE TAL.: DE LOS DEFECTOS DE ILEGALIDAD AL CALIFICAR LA INFRACCIÓN.**

A continuación, se desarrollarán cada uno de estos apartados.

I. ASPECTOS PRELIMINARES: DEL TRIBUNAL AMBIENTAL

COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN.

A) El artículo 56 de la LOSMA permite a los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, reclamen de las mismas, ante el Tribunal Ambiental.

B) En el mismo sentido, la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales prescribe en su artículo 17 N°3 que este órgano jurisdiccional será competente para: *“3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción.”*

C) Los hechos que motivan la denuncia, tuvieron lugar en un estacionamiento de buses de propiedad de mi representada, ubicada en la Calle Morris N°157, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso.

D) El artículo 5 letra b) de la ley N°20.600 indica que el Segundo Tribunal Ambiental tiene competencia en las regiones de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, del Libertador General Bernardo O'Higgins y del Maule.

E) Por tanto, en atención a estas disposiciones legales, es posible concluir que S.S. Iltrre es el Tribunal Ambiental competente para conocer de esta reclamación.

II. ASPECTOS PRELIMINARES: DEL PLAZO PARA PRESENTAR RECLAMACIÓN DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE.

A) De acuerdo a lo prescrito en el artículo 56 incisos 1 y 2 de la LOSMA, se señala que *“Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”*.

Pues bien, la presente reclamación se interpone en contra de la Resolución Exenta N°71, de fecha 15 de enero de 2018, dictada por el Superintendente de Medio Ambiente previamente individualizado, ingresada a la empresa correos de Chile para su notificación por carta certificada, el día 17 de enero de 2018, dentro del plazo de 15 días hábiles a que se refiere el artículo 56.

III. DE LA RECLAMACIÓN PROPIAMENTE TAL: LOS DEFECTOS DE ILEGALIDAD EN LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA.

A) El procedimiento administrativo sancionatorio contra mi representada, tuvo lugar a propósito de una denuncia presentada con fecha 27 de septiembre de 2016, en cuyo contenido -de acuerdo a lo consignado en la resolución impugnada- se sostiene que la denunciante es propietaria de un departamento ubicado al frente del recinto denunciado, en el que funcionarían aproximadamente 20 buses que, debido a su movimiento, estarían provocando emisiones de ruidos molestos desde las 5:30 horas en la mañana, hasta las 0:00 horas en la noche, dificultando su descanso y el de sus vecinos.

B) Luego, de acuerdo al Considerando 9° de la R.E. N°71/2018, se señala que *“el día 5 de diciembre de 2016, entre las 20:30 y 22:30 horas, personal de la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) llevó a cabo una actividad de inspección ambiental que consistió en*

mediciones de niveles de presión sonora en la vivienda de la denunciante, ubicada en calle Morris N° 106, departamento 113 (identificado como receptor N°1), colindante con el establecimiento denunciado”.

Agrega el mismo considerando que “se realizó una (01) medición externa en el balcón del departamento. Además, se realizó una (01) mediciones de ruido de fondo desde el departamento 114, ubicado en el mismo piso, con orientación poniente, no expuesto a las emisiones de ruido del recinto denunciado y sí al ruido de fondo, que, conforme a lo establecido en el Acta, correspondió al tráfico vehicular de Av. Brasil y de calle Yungay”.

Para establecer cuáles son las ilegalidades de la R.E. N°71/2018 contra la que se reclama, esta sección se dividirá en dos partes: a) Análisis de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA; b) Análisis de la falta de explicación sobre la sanción específica aplicada y su cuantía, para determinar su proporcionalidad con la infracción.

a) **Respecto de la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA aplicables a la infracción realizada por la SMA.**

En el acápite IX de la resolución reclamada la SMA realizó una ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Los criterios que anuncia este organismo público están, a su vez, expuestos en la Guía de Bases Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, que se aprobó a través de la Resolución Exenta N°1002 del 29 de octubre de 2015 de esta misma autoridad y han sido aplicados por la SMA en varios otros expedientes sancionatorios, revisados por este mismo Tribunal y por la Excma. Corte Suprema.

Esta parte cuestionará la forma de aplicar y entender algunos criterios que efectúa la SMA, por las siguientes razones:

1. Sobre la circunstancia de la “importancia del daño causado o del peligro ocasionado”, del artículo 40 letra a).-

Respecto de esta circunstancia, el órgano fiscalizador parte precisando el contenido de la misma, a través del Numeral 125° de la resolución reclamada. Sostiene que “*el concepto de “daño” comprende todos los casos en que se estima que exista un menoscabo o afectaciones a la salud de la población o al medioambiente o a uno o más de sus componentes, sean significativos o no, reparables o no reparables*”. La SMA señala a continuación que la expresión “*importancia*” alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determina la aplicación de sanciones más o menos intensa. Por otra parte, indica que cuando se habla de “*peligro*”, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho (acción u omisión) imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso. Concluye la SMA indicando que *riesgo es la probabilidad que ese daño se concretice*, mientras que *daño es la manifestación cierta del peligro*.

Ahora, en cuanto a los efectos generados de los hechos que fundan la resolución, la SMA indica que **respecto del daño no está acreditado**, puesto que no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño o consecuencias negativas producto de la infracción. En cuanto al **peligro ocasionado**, asegura que **la superación de los límites de presión sonora, constituirían efectivamente un riesgo constatado** en la medición de ruido realizado por la propia SMA y una empresa externa contratada por mi representada.

Luego, en el Considerando 129° de la resolución impugnada, la SMA sostiene que en relación al daño o peligro vinculado a la infracción, el conocimiento científicamente afianzado ha señalado que -respecto de los efectos del ruido nocturno- existe una **potencial afectación** de la calidad de vida de las personas, alterando y perturbando los ciclos de sueño de aquellos

que se encuentran expuestos a este tipo de ruido, con consecuentes repercusiones en sus funciones biológicas, como trastornos del sueño y la afectación de la salud mental. Para ello se funda en la *Guideline for Community Noise* (1999; disponible on-line en el siguiente vínculo: <http://apps.who.int/iris/handle/10665/66217>) elaborada por la Organización Mundial de la Salud, y *Night Noise Guidelines for Europe* (2009) publicado por la Oficina Regional para Europa del referido organismo internacional (disponible on-line en el siguiente vínculo electrónico: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe>).

La SMA sostiene que el límite de presión sonora planteado en este último documento para evitar efectos nocivos sobre la salud, en una exposición media nocturna actual, es de 40 decibeles. Señala además que la exposición a largo plazo a niveles superior a los 55 decibeles, puede desencadenar hipertensión arterial y otras patologías cardiovasculares, y que el ruido nocturno se relacionaría con cambios en los estados de ánimo y fatiga, y que los niños, ancianos y enfermos crónicos son las personas que más afectadas se ven.

En base a lo anterior, y considerando las emisiones de ruido registradas en la resolución impugnada, la SMA concluye que si bien *“no se ha constatado de manera formal un perjuicio en la salud de los receptores sensibles, es posible concluir, razonablemente, que la actividad de la fuente emisora genera un riesgo medio para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la misma, en consideración de los niveles constatados de excedencia respecto de los límites máximos en presión sonora, especialmente en horario nocturno, sumado a la característica de funcionamiento permanente en el tiempo de este tipo de fuente emisora”* (Considerando 136° de la resolución impugnada)

Finalmente, para categorizar el “*peligro*”, la SMA infiere en el Considerando 137º que se ha acreditado un peligro que, si bien no se considera significativo, concluye que **será considerado** como de **importancia media** en la determinación de la sanción específica.

Respecto de la circunstancia de la letra a) del artículo 40, este Ilustre Tribunal Ambiental ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido que de acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen 2 hipótesis que permitan configurarla: La primera de ellas, es de resultado, exigiendo la concurrencia de un daño; mientras la segunda, es una **hipótesis de peligro concreto**, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, mas no la producción de la misma (Sentencia Rol N° R- 33-2014; el mismo razonamiento ha sido utilizado en la Sentencia del 31 de marzo de 2017, Rol N° R- 128-2016).

En cuanto a la primera hipótesis, la SMA descartó la generación de daño debido a la ausencia de antecedentes que permitiesen concluir que se dio aquel resultado lesivo que exige la primera parte de la letra a) en análisis, es decir, se descarta la posibilidad de existir un menoscabo de una cierta importancia producto de los hechos materia de la resolución impugnada.

Sobre la segunda hipótesis del peligro ocasionado que, según lo consigna este Ilustre Tribunal, es una **hipótesis de peligro concreto**, se requiere que el bien jurídico haya efectivamente experimentado un riesgo, lo que se perfecciona cuando el sujeto provoca la situación de riesgo específica que el tipo infraccional señala (siguiendo a CARLOS ACHIARDI ECHEVERRÍA (1999). “*SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX-DELICTO EN CIERTAS HIPÓTESIS PENALES*” EN REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO XX).

Asimismo, hay que tener presente la definición de la Real Academia Española de la Lengua (RAE), que entiende para la expresión “*concreto*” por algo opuesto a lo que es abstracto y

general; que resulta de un proceso de concreción y que es preciso, determinado y sin vaguedad.

Delimitada entonces la segunda hipótesis de la circunstancia de la letra a) del artículo 40, corresponde verificar cómo la SMA ha razonado sobre el punto en este caso concreto. En ese sentido, de lo que se lee en el Considerando 126° de la resolución impugnada la SMA indica que ***“cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor”***, y termina concluyendo que **en este caso existiría un peligro ocasionado**. Sin embargo, cabe destacar a este Ilustre Tribunal que, previamente en el Considerando 91°, la SMA señala que ***“en este caso, no existe información o antecedentes que permitan acreditar la circunstancia del riesgo significativo”*** sobre la salud de la población, lo que se condice con lo dicho en el Considerando 97° donde indica que ***“los antecedentes acompañados en el presente procedimiento no contienen elementos relativos al riesgo a la salud de la población, sino que solamente se refieren a molestias que genera en los vecinos el ruido emitido en función de los buses que operan en el estacionamiento que detenta Tur Bus”***.

En vista de lo anterior, cabe preguntarse finalmente qué es lo que hace cambiar de parecer a la SMA, para que en la misma resolución primero estime que *no hay riesgos* (Considerandos 91° y 97°), para luego decir que efectivamente *hay un peligro ocasionado* (Considerando 126°).

Por otra parte, si se revisan los argumentos sostenidos por la SMA respecto del análisis de esta circunstancia, el único antecedente bajo el cual la SMA funda la existencia de este riesgo, es la guía elaborada por la Organización Mundial de la Salud de 1999 y 2009, donde se señala -respecto de los efectos del ruido nocturno- que existe una potencial afectación de la calidad de vida de las personas. Señala que el conocimiento científicamente afianzado ha mostrado

que -respecto de los efectos del ruido nocturno- existe una potencial afectación de la calidad de vida de las personas, alterando y perturbando los ciclos de sueño de aquellos que se encuentran expuestos a este tipo de ruido, con consecuentes repercusiones en sus funciones biológicas, como trastornos del sueño y la afectación de la salud mental.

En base a la evidencia científica este documento internacional recomienda una exposición media nocturna anual de 40 dB, según lo consigna la propia la SMA en la resolución impugnada. Sobre este punto, se debe destacar que, pese a que el mismo documento con el que la SMA funda la existencia de este riesgo a la salud de las personas, recomienda una exposición media nocturna anual muy por debajo de los límites consignados en la norma de ruido nacional del D.S N°38/2011. En efecto, mientras la organización internacional recomienda 40 dB, la misma norma nacional de ruido, ya para la zona II está permitiendo un máximo en horario nocturno de 45 dB, y más aún en las zonas III y IV. En otras palabras, aun cuando se cumpla la norma en una zona II, III o IV, tales emisiones de ruido estarían generando ya afectaciones a la calidad de vida de las personas.

Por otra parte, en el considerando 131° la SMA indica que 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 cuando más prolongada sea la exposición al ruido”*. La SMA utiliza la guía de la OMS para intentar acreditar que son los conocimientos científicamente afianzados los que darían cuenta de la afectación a la calidad de vida de las personas.

Sin embargo, si se revisa la resolución impugnada, no queda claro cuál sería el peligro concreto que se estaría generando. La SMA señala que *“la exposición al ruido tiene un impacto negativo”*, pero no se precisa cuál ese es peligro concreto, y solo refiere a una

generalidad de externalidades como las perturbaciones del sueño, o la “*irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio*”, que finalmente las reúne en la expresión afectación a la “*calidad de vida*”, o como lo hiciere en el Considerando 97º solo de “*molestia*”.

Bajo este respecto, el D.S. N° 38/2011 que aprobó la norma de emisión de ruidos, dejó sin efecto la norma anterior aprobada en el Decreto Supremo N°146 de 1997 que establecía una norma de emisión para ruidos “*molestos*”, expresión eliminada con la norma de ruido vigente dado los problemas de interpretación a que daba lugar, y porque el concepto de molestia no está directamente relacionado con un nivel de ruido determinado. Es decir, todas las externalidades que generan “*molestias*” y por tanto afectarían la calidad de vida de la población no están consideradas en la norma de emisión de ruidos vigente, sino en la medida que ellos se identifiquen en el caso concreto.

Así como no se precisa cuál sería la afectación, tampoco se explica en la resolución impugnada, el vínculo directo y concreto que debiese existir entre el hecho denunciado y el eventual peligro concreto ocasionado, puesto que si se tiene en cuenta la misma Guía de la OMS (1999) que utilizó la SMA, es posible apreciar que:

- Las personas responden de manera diferente al mismo estímulo de ruido. Estas diferencias pueden ser muy amplias y por lo mismo se recomienda porcentajes para según sea el grupo de personas de que trate (Pág. 10 Guía OMS, 1999).
- Hay estudios científicos que informan que un mundo completamente silencioso puede tener efectos perjudiciales. Por lo tanto, un sonido muy pequeño y uno muy grande puede ser perjudicial (Pág. 37 Guía OMS, 1999)

- La capacidad de un ruido de inducir a molestias depende de muchas características físicas, incluyendo nivel de presión del sonido y características espectrales, como de las variaciones de esas propiedades en el tiempo. Sin embargo, reacciones de molestias son sensibles a muchos factores no acústicos de naturaleza social, fisiológicas o económicas, y hay también diferencias considerables en las reacciones individuales diferentes sobre el mismo ruido (Pág. 62 Guía OMS, 1999).

Como se aprecia de los conocimientos recopilados por la OMS en dicha Guía, existen diversas variables que están vinculadas con una posible afectación a la calidad de vida, donde incluso la ausencia de ruido puede generar externalidades. De acuerdo a lo expuesto por la SMA es posible concluir que ella estima que el peligro ocasionado se configura tan solo por un peligro abstracto generado por el hecho en que se funda la resolución impugnada.

Sin embargo, como se ha dicho por este Ilustre Tribunal Ambiental, lo que la SMA debe buscar para configurar la circunstancia en comento, es la **existencia de un peligro concreto**.

Incluso el Iltre. Tercer Tribunal Ambiental sostuvo que *“De no ser capaz la Superintendencia de determinar la existencia de este peligro concreto, este componente no debiere ser considerado como circunstancia para la determinación de la sanción”* (Rol N° R-15-2015, de fecha 8 de febrero de 2016).

De ahí entonces la importancia de precisar la expresión “concreto” que utiliza este Ilustre Tribunal, porque su empleo implica la necesidad de **incorporar un criterio de vinculación** directa entre el hecho y el peligro ocasionado, lo que en la resolución impugnada no queda establecido, ya que solo asume que la generación de ruido puede generar ciertas externalidades que, como la misma Guía de la OMS señala, se pueden verificar por diversas fuentes y según la condición de personas expuestas. Además, existen claras diferencias entre generar irritabilidad, depresión hasta perturbaciones del sueño, lo que refleja **vaguedad** en la

formulación del cargo contrario, por la mera asimilación de las externalidades, que claramente no es el estándar que debe seguir la SMA de acuerdo a los criterios legales y precisados por la más alta Jurisprudencia.

A mayor abundamiento, recientemente la Corte Suprema ha señalado que *“la actividad del órgano reclamado se encuentra sometida al principio de exhaustividad, como surge de lo estatuido en el inciso final del artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”*. Agrega el máximo Tribunal que, *“De dicha disposición se desprende que los órganos de dicha Administración se hallan regidos por un conjunto de principios que los obligan, en el desempeño de sus labores, a obrar, entre otras exigencias, con la mayor responsabilidad, eficiencia, probidad y transparencia, de manera que su actividad no puede entenderse caracterizada por un cariz de pasividad o de indiferencia, sino que, por el contrario, en su desempeño tales entidades han de impulsar el avance de los procedimientos de que deben conocer, deben emplear con eficiencia los recursos que han sido puestos a su disposición, han de obrar coordinadamente y deben someter sus decisiones a la revisión de sus superiores. De tales predicamentos se desprende, como es evidente, un mandato que los engloba y que obliga a la Administración a ejercer sus facultades y a cumplir sus deberes de manera que los mismos se vean plenamente satisfechos, de lo que se sigue, como es natural, que si reprocha a un particular la comisión de una determinada infracción deberá agotar los medios disponibles para verificar si dicha transgresión fue, efectivamente, cometida, de qué modo ocurrió y quién es el responsable de su realización”* (Sentencia de la Exma. Corte Suprema del 8 de enero de 2018, Rol N° 38.817-2017). Más aún, la misma SMA cita un fallo de la Exma. Corte Suprema donde se indica que si bien no se requiere probar que se haya afectado la salud de

las personas, “*debe establecerse la posibilidad de afectación*” (Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 4 de junio de 2015, Rol N° 25.931-2015).

De la sola lectura de la resolución impugnada es posible apreciar que la SMA entiende configurada la circunstancia atendida la mera existencia de ruido, sin ser exhaustivos (como exige la Excma. Corte Suprema) en determinar con precisión cuál es el riesgo concreto (como ha sostenido este Ilustre Tribunal), ni tampoco existe una vinculación entre los hechos y un peligro concreto. Básicamente, la autoridad fiscalizadora entiende que hay afectación a la “*calidad de vida*” por el mero hecho del ruido, que por su función produce cualquier automóvil.

Tampoco queda claro cómo obtiene que se trata de un *peligro de importancia media*, como lo indica en el considerando 137° con el que termina de analizar la circunstancia de la letra a) del artículo 40. Se limita a concluir que “*al no ser significativo*” se considerará de importancia media. Esto ya es un contrasentido pues –como tantas veces se ha resuelto y escrito con ocasión del daño ambiental, que debe ser una alteración, etc. *significativa*- según la RAE “*significativo*” es “*importante*”, de tal manera que si la SMA concluye que no es significativo, quiere decir que no es “*importante*”. Y ella, en cambio, concluye que es de *importancia media*.

Al respecto cabe señalar que la Guía Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales ya citada, se indica que dado que “*existe una evidente diferencia entre el “daño causado” y el “peligro ocasionado”, que se refleja primariamente en la propia calificación, contemplada en la letra b) del artículo 36 N° 2 de la LO-SMA sobre infracciones graves, esto es, riesgo significativo para la salud de la población. Podrá, asimismo, considerar otros tipos de riesgos como, por ejemplo, cuando se trate de uno de carácter no significativo a la salud de las personas, o riesgos significativos o no significativos al medio ambiente o a*

alguno de sus componentes. Luego, para la determinación de la sanción, la consideración del peligro ocasionado deberá guardar coherencia con la consideración del daño causado, siendo improcedente que la generación de peligro determine respuestas sancionatorias iguales o más intensas que la concreción de ese mismo peligro en un daño" (el énfasis es agregado).

De lo anotado es posible concluir al menos dos cuestiones: 1º) Para determinar la circunstancia pueden seguirse los criterios del artículo 36 y; 2º) Al momento de determinar la sanción la consideración del peligro debe ser coherente con el daño causado, de tal manera que el peligro ocasionado no podrá tener idéntica o mayor relevancia que el daño, al momento de determinar la sanción.

Pues bien, de seguirse lo sostenido por la misma SMA en su Guía de Bases Metodológica para la determinación de sanciones, en el sentido de considerar el artículo 36º fácilmente podría concluirse que no estaríamos en presencia de un importancia significativa puesto que *ni hay daño ambiental, no susceptible de reparación* (Artículo 36 Numeral 1, literal a), *ni hay afectación grave de la salud de la población* (Artículo 36 Numeral 1, literal b). Tampoco es posible considerarlo grave, puesto que no hay daño ambiental, susceptible de reparación (Artículo 36 Numeral 2, literal a). También la ley contempla en el artículo 36 numeral 2 literal b) que es grave la infracción, si se generó un riesgo significativo para la salud de la población, lo que en la especie tampoco queda demostrado por la SMA en la resolución impugnada.

Por tanto, sólo podría ser considerada como una circunstancia de carácter leve. Sin embargo, todo este razonamiento no está desarrollado por la SMA, por lo que no resulta comprensible la conclusión anotada en el considerando 137º respecto de la importancia media de la circunstancia en la determinación de la sanción.

De ahí entonces, que al no existir un **daño causado** (primera hipótesis) de acuerdo a lo sostenido por la misma SMA; ni un **peligro ocasionado** (segunda hipótesis) que lo distinga de una mera molestia, o que se describa concretamente cuál es el peligro o el vínculo concreto entre el hecho y el peligro ocasionado; ni tampoco claridad en las razones por las que la SMA determina este peligro como de importancia media, sin seguir los mismos criterios que ha diseñado, hace que esta parte de la resolución donde pondera la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, sea ilegal al no fundamentarla adecuadamente, obrando de manera arbitraria, lo que es contrario a nuestro ordenamiento jurídico según se señalará más adelante, pues en definitiva, se trata de una circunstancia respecto a la cual como no existen antecedentes del peligro ocasionado concreto en las personas, no debiese ser considerada al momento de calificar la sanción impuesta o, en su defecto, ponderarla con la menor entidad posible por las mismas razones expuestas precedentemente.

2. Sobre la circunstancia del “Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción” del artículo 40 letra c).

La SMA ponderó, en los Considerandos 105º y siguientes, esta circunstancia que la entiende como la combinación del aumento de ingresos y una disminución de costos asociados al incumplimiento.

En el escrito de alegaciones de 5 de septiembre de 2017 mi representada propuso un conjunto de acciones con el objeto de mitigar los efectos generados a partir de los hechos que motivan la resolución impugnada. Luego, en el considerando 110º, la autoridad fiscalizadora indica que Tur Bus no ha acreditado su implementación de modo que no se acompañó información al respecto y los costos asociados a cada medida de implementación, en base a la presentación realizada por mi representada con fecha 20 de diciembre de 2017.

Con esta información, la SMA concluye que *“respecto de cada una de las propuestas de acciones para volver al cumplimiento ambiental, Tur Bus no ha acreditado su implementación, de modo que no acompañó información al respecto a su implementación y los costos asociados a las mismas, sin perjuicio que las acciones propuestas debieron haber iniciado su ejecución a la fecha de la solicitud de información formulada por esta Superintendencia, de acuerdo a lo señalado por la misma compañía en su escrito de descargos”*.

Luego, en base a la medida mitigatoria propuesta por Tur Bus, esto es, la construcción de un techo que cubra el total del estacionamiento, con material absorbente, la SMA decide utilizar como cálculo para estimar una cotización de una empresa especializada en control de ruido, la misma cotización utilizada en la resolución sancionatoria del procedimiento Rol N° D-046-2015, seguido contra *“Hostería Chañaral”*. La implementación de dicha medida asciende aproximadamente a \$56.000.000 equivalentes a 99 UTA, según lo consigna la propia autoridad fiscalizadora. Luego, agrega que *“Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que el estacionamiento de Tur Bus debió invertir, al menos, el referido monto en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria”*.

Al respecto y tal como la ha sostenido la Exma. Corte Suprema en el fallo citado anteriormente (Rol N° 38.817-2017), si la administración reprocha a un particular la comisión de una determinada infracción deberá agotar los medios disponibles para verificar si dicha transgresión fue, efectivamente, cometida, de qué modo ocurrió y quién es el responsable de su realización. Lo dicho puede ampliarse a la determinación de la sanción aplicable al hecho infraccional respectivo, más aún cuando se considera que las *“sanciones administrativas son un instrumento privilegiado que el legislador ha puesto a disposición del regulador con el*

preciso objeto de asegurar el cumplimiento de los fines de política pública que aquel ha dispuesto” (Guillof, Matías y Soto, Pablo (2015). “*Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva*” en La Nueva Justicia Ambiental; p.101 y sgtes.). Además, el inciso 2° del artículo 11 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, señala que los “*hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos*”, norma que es complementada por los artículos 40 inciso final y 41 inciso 4° de la misma ley, que disponen que una decisión de este tipo, debe ser fundada, por lo que la justificación racional y legal del acto administrativo es una condición de validez del mismo. En consecuencia, el órgano del Estado actuante debe fundamentar suficientemente su decisión, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, explicando al administrado el porqué del acto, su sustento material y juridicidad (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol: 3205-2017 del 29 de septiembre de 2017). La doctrina precisa asimismo que “*toda actuación de la administración pública debe actuar razonable, proporcionada y legalmente habilitada por lo que la causa o motivo es un elemento que debe expresarse en toda clase de acto administrativo*” (BERMÚDEZ, JORGE (2011) *DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL*, P.119).

En este escenario, la SMA no ha cumplido con el estándar que la legislación le exige como organismo de la administración de Estado que, respecto de esta circunstancia, recae al menos en la aplicación de un injustificado y arbitrario razonamiento para la determinación del supuesto beneficio obtenido por mi representada.

En efecto, al remitirse a los considerandos 115° a 118° de la resolución impugnada, la autoridad utiliza como medio para la determinación del beneficio económico obtenido, una cotización empleada para otro procedimiento sancionatorio (D-046-2015 contra Hostería Chañaral). Si se revisa dicho procedimiento, que finalizó con la resolución exenta N°498 del 1 de junio de 2016 de la SMA, se lee en su considerando 10° que se realizó una inspección por funcionarios de la SMA mientras la referida hostería se encontraba en funcionamiento, donde se pudo constatar ruidos generados *“por el funcionamiento de equipos de amplificación pertenecientes al establecimiento denunciado, ubicados en el sector de la terraza”*, y se constató además que *-a diferencia de lo que ocurre en la especie-* el ruido de fondo presente al momento de realizarse las respectivas mediciones no se veían afectadas. Las denuncias que dieron inicio a dicho procedimiento, según se consigna en el considerando 8°, provenían de actividades de karaoke, bailes y fiestas realizadas al aire libre que utilizaban amplificadores. Como se aprecia, la naturaleza de los ruidos generados en tal procedimiento administrativo no tiene relación con los ruidos generados en el estacionamiento de mi representada, donde la misma SMA señala en el considerando 114° que *“los ruidos molestos se genera debido al movimiento de los buses, principalmente en horario nocturno, así como por el sonido de sus motores y el estado de ralenti de los mismos”*, lo que no es baladí de considerar puesto que las medidas de mitigación variarán según se trate de la naturaleza de los ruidos. Sin embargo, la autoridad fiscalizadora opta por utilizar como referencia una medida de mitigación distinta a la que se recomienda en la resolución impugnada, careciendo, por tanto, de una congruencia específica que habilite considerar el presupuesto utilizado en tal procedimiento, en el que se inició contra mi representada.

Más incongruente resulta la comparación con el procedimiento administrativo contra la hostería, si se considera que el procedimiento iniciado contra dicha hostería, la medida de

mitigación propuesta fue un “*encierro acústico de 300 m², correspondiente al sector de la hostería Chañaral*” y para ello se requería de “*material específico para la atenuación de ruido generado por la Hostería Chañaral, como son las barreras acústicas*”, en cambio, para el procedimiento de estos autos, lo que se resolvió fue la construcción de un techo que cubra todo el estacionamiento, con material absorbente. En resumidas palabras, allá la medida de mitigación es la construcción de un muro, en tanto que acá es la construcción de un techo.

Mayor incongruencia se puede apreciar si se considera que para el caso del muro de la hostería Chañaral, la SMA sostiene en el considerando 78° que “*los costos asociados a la implementación de dichas medidas ascienden a \$31.507.963*”, en tanto que para el caso de mi representada y, pese a que la SMA sostiene que “*se utilizó como valor de referencia*”, este organismo fiscalizador señala que los “*costos asociados a la implementación de dicha medida de mitigación, asciende a aproximadamente a \$56.000.000*”. Queda abierta la pregunta respecto a cómo se obtuvo la diferencia por más de 25 millones de pesos.

Luego, respecto del beneficio reportado, en el caso de la hostería, la SMA concluye que el beneficio reportado es de \$1.952.964 equivalente a **3,59 UTA** (Considerando 80° R.E. N° 498/2016); en tanto que en la resolución impugnada en autos, la SMA concluye que el beneficio económico es de **86,4 UTA** equivalente a \$48.749.299 (tomada la UTA al valor que tiene a enero 2018, fecha de la resolución impugnada), que corresponde casi al valor de implementación de la medida de mitigación.

Dejamos constancia que esta medida de mitigación fue exigida por la SMA en el proceso de aceptación del plan de cumplimiento y luego mi representada la ofreció incluso en las alegaciones (que se acompaña en un otrosí) cuando dicho plan se rechazó. Pero la medida más importante y eficiente, ofrecida por mi representada, que es el dejar de funcionar en horario nocturno (y cumplir de inmediato la norma) ya se hizo efectiva (como se podría

comprobar con una visita inspectiva del Tribunal) e implica cero costo en términos de constructibilidad. En efecto, desde el mes de octubre de 2017 mi representada no se encuentra utilizando el recinto entre las 23:00 hrs. y las 7:00 hrs. del día siguiente. Además, desde la fecha de esta presentación, mi representado no utilizará el estacionamiento entre las 21:00 a las 7:00 hrs.

De esta manera, actualmente no existe incumplimiento de la norma en horario nocturno y en horario diurno, sólo se superarían 2 decibeles, que la empresa está evaluando como cumplir con diversas alternativas que no necesariamente son el muro exigido por la SMA para superar los 20 decibeles que se daban en horario nocturno.

Bajo este contexto resulta importante lo señalado por la doctrina respecto de que todo acto administrativo debe ser causado o motivado, que se exprese la razón que lo justifica tanto por motivos jurídicos o de derecho, como fácticos o de hecho. Respecto de esta circunstancia, las motivaciones de hecho no están consignadas o bien nacen de un proceso racional arbitrario, de ahí entonces que se sostiene que frente a la inexistencia o error en los motivos del acto administrativo, en particular de los motivos de hecho, la resolución adolecerá de un vicio de abuso o exceso de poder y podrá ser tachada de arbitraria (BERMÚDEZ, JORGE. (2011). DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL. PÁG. 118-119).

De ahí entonces, que la ponderación arbitraria realizada por la SMA sobre esta circunstancia justifica que se solicite por esta parte que la resolución sancionatoria de manera íntegra o esta parte sea anulada por este Tribunal.

3. Sobre la circunstancia *“Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”* del artículo 40 letra i).

Uno de los criterios que utiliza la SMA para determinar las sanciones aplicables, es la *cooperación eficaz para el establecimiento de la sanción*, circunstancia que en el caso que nos ocupa fue injustamente desechada.

La cooperación eficaz como circunstancia, disminuye el componente de afectación de la sanción específica a aplicar, dependiendo si el infractor ha realizado acciones que han permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos.

En el caso sub-lite, la SMA indica que, para que proceda esta circunstancia a favor del infractor, es necesario que *la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz*, lo que guarda relación con la **utilidad real** de la información o antecedentes proporcionados (Considerando 157°).

Pues bien, la SMA reconoce en varios considerandos diversas acciones que mi representada ejecutó con el objetivo de cooperar eficazmente con el procedimiento de fiscalización que ejecutaba, a saber: **Considerando 16° y 43°** (donde reconoce que mi representada responde a un requerimiento de información, a través de un informe de ruido elaborado por una empresa externa), **Considerando 19°** (donde reconoce ciertas prácticas que causen ruido y entrega detalles del funcionamiento de la fuente emisora), **Considerando 26°** (que consigna una primera reunión de asistencia solicitada por mi representada con la autoridad fiscalizadora), **Considerando 37°** (donde se consigna que mi representada responde a un nuevo requerimiento de información), **Considerando 155°** (respecto a no existir intención de incumplir la norma ni de omitir acciones tendientes a cumplirla), el citado **considerando 157°**, **Considerando 158°** (que indica que en base al Informe de ruido de la empresa contratada por Tur Bus se procedió a formular cargos), **Considerando 159°** (que dice que la información de mi representada fue útil).

De hecho, tan útil fue la información entregada por mi representada, que sólo puedo ser sancionada gracias a las mediciones que ella costó en horario diurno y nocturno, mientras que la SMA sólo realizó una medición nocturna. Y desde el inicio reconoció expresamente que habían prácticas de los vehículos que causaban ruido; prácticas que planteó cambiar cuando presentó un plan de cumplimiento, que fue finalmente rechazado. De hecho, rechazado el plan, mi representada presentó descargos o alegaciones, sin negar jamás su responsabilidad, sino cuestionando algunas cuestiones, PERO presentando en dichas alegaciones nuevamente medidas y acciones para superar la infracción, manteniendo una actitud de colaboración y reconocimiento.

Pues bien, pese a que la misma SMA reconoce expresamente, en varios considerandos ya transcritos, que mi representada en suma entregó información útil, etc., concluye arbitrariamente, en su Considerando 160° y 161° que por el hecho de que mi representada hubiere formulado descargos, *“no existió allanamiento, circunstancia que no permite disminuir el componente de afectación por este factor”*. Se funda en que, para que la circunstancia de la cooperación eficaz pueda ser ponderada, los elementos que se consideran son los siguientes: (i) allanamiento al hecho constitutivo de infracción imputado y su calificación; (ii) respuesta oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la SMA, a los requerimientos de información formulados; y (iii) colaboración en las diligencias ordenadas por la SMA (Considerando 157°). **Es decir, exige que estos elementos concurren copulativamente.**

Cabe señalar que estos elementos están considerados en la Guía de bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales elaborada por la SMA tanto en la versión 2015 y 2017. Pero a diferencia de lo que resulta de la resolución sancionatoria que se impugna, en las distintas versiones de la Guía de la SMA no se exige jamás que estos elementos deban

verificarse copulativamente. La Guía vigente exige que el infractor haya realizado acciones, durante la etapa de investigación y/o el procedimiento sancionatorio, que hayan permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, así como también a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, a través de alguna de las acciones indicadas.

Si estos elementos no están contemplados – en la Guía elaborada por la SMA - de manera copulativa para estimar si procede o no la circunstancia, tampoco resulta justificable que la autoridad administrativa concluya que por el solo hecho de que mi representada no se hubiere allanado, no podría haber una respuesta oportuna, íntegra y útil o una colaboración en las diligencias que decrete la autoridad. Más bien da cuenta de un rechazo arbitrario de la circunstancia, vulnerando el artículo 4° y 11° de la Ley N°19.880 en cuanto dispone que la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte, lo que la obliga a considerar todas las circunstancias relevantes al caso particular, incluidas aquellas favorables, puesto que de lo contrario dejaría de respetar el deber de imparcialidad y objetividad que se impone a todos los órganos de la Administración del Estado.

Incluso el mero hecho de exigir un allanamiento a los cargos formulados por la SMA, amilana una garantía constitucional como es el derecho a defensa, también recogida en el artículo 10 de la Ley N°19.880 a través del “*Principio de contradictoriedad*”, que habilita a los interesados para que, en cualquier momento del procedimiento, puedan aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Repetimos además que mi representada *reconoció* desde el inicio de la investigación que habían ciertas prácticas que causaban molestias a los vecinos, costeó mediciones de ruido, asistió a reuniones con la SMA,

respondió los requerimientos de información etc. Ante el rechazo del plan (que se acompaña en un otrosí), en definitiva presentó alegaciones o descargos (que se acompaña en un otrosí), pero incluso en ellas presentó una serie de acciones para cumplir la normativa.

En efecto, la doctrina ha señalado que el procedimiento administrativo es una garantía formal de los derechos de los ciudadanos, que sirve de base para la participación y defensa de los derechos de los interesados (JARA, JAIME Y MATURANA, CRISTIÁN (2009). ACTAS DE FISCALIZACIÓN Y DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO N° 3. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO).

Por lo demás, el mismo artículo 17 letra f) de la Ley N°19.880 señala como derecho de las personas el de *“formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”*.

Por otra parte, de la **revisión de casos anteriores**, donde la autoridad fiscalizadora reclamada ha aplicado esta circunstancia es posible apreciar que ella misma ha aplicado criterios diferentes:

En el **Expediente D-010-2014**, Resolución Exenta N°772 de fecha 23 de diciembre de 2014, sostuvo que *“la circunstancia debe ser considerada como una circunstancia claramente reductora”* cuando por una parte *“es plausible afirmar que ha entregado la información solicitada, sin dilaciones, en forma oportuna, lo que ha permitido una tramitación expedita del procedimiento sancionatorio”* y por otra parte, habiendo requerido al infractor que *“proporcionara antecedentes en relación a las inversiones o gastos en los que ha incurrido asociados a las medidas adicionales de control de ruido, así como todas aquellas medidas, acciones y obras destinadas a evitar que vuelva a ocurrir el hecho objeto de formulación de cargos”* el infractor *“cumplió con lo solicitado en la resolución, en la forma y modo*

solicitados (...) entregando información útil para el procedimiento.”; ambas actitudes reconocidas a mi representado, pero que por no allanarse, no atenuaron la sanción aplicada. No hubo referencia a la falta de allanamiento en este caso.

Tampoco se considera la falta de allanamiento en el caso **contra de Metro S.A**, en el cual la SMA sostiene que *“se entiende concurrente la circunstancia de cooperación eficaz, por lo que se tomará en consideración como un factor de disminución de la sanción”,* pues *“Metro S.A ha entregado la información solicitada, sin dilaciones, en forma ordenada y oportuna, lo que ha permitido una tramitación expedita del procedimiento sancionatorio”;* y que habiéndose requerido a la empresa que *“proporcionara antecedentes en relación a las inversiones o gastos en los que ha incurrido asociados a las medidas adicionales de control de ruido, así como todas aquellas medidas, acciones y obras destinadas a evitar que vuelva a ocurrir el hecho objeto de la formulación de cargos”* (...) *“la empresa cumplió con lo solicitado en la resolución, en la forma y modo solicitados (...) entregando información útil para el procedimiento”*.

Lo mismo ocurre en el **expediente D-010-2013**, Resolución Exenta N°1542 de 30 de diciembre de 2013, la autoridad recurrida señaló que considerará la circunstancia como atenuante, ya que *“el titular mostró una actitud de cooperación dentro del procedimiento, respondiendo oportunamente al requerimiento de información”,* o en el **expediente D-088-2016**, Resolución Exenta N° 1145 de 28 de septiembre de 2017, sostuvo *“A través de la presentación de fecha 24 de marzo del presente año, Instrucciones Deportivas L.J.L.C SpA respondió oportunamente la diligencia decretada (...) proporcionando documentación íntegra y útil asociada a los ingresos percibidos durante los años 2015 y 2016, a fin de configurar con mayor precisión las circunstancias del artículo 40. Por tanto, este elemento será considerado como un factor de disminución del componente de afectación para*

determinar la sanción en este caso.” Reiteramos que la misma SMA ha reconocido a mi representada que entregó oportunamente información útil que incluyó sus estados financieros, mediciones de ruido, entre otros.

Incluso más, la SMA ha reconocido la cooperación eficaz a otros infractores refiriéndose expresamente a la falta de allanamiento al exponer *“solo resulta pertinente analizar si concurren los elementos que permitan determinar si las respuestas de la infractora fueron oportunas, integra y útiles, puesto que en el presente procedimiento sancionatorio no se verificó allanamiento a los cargos formulados ni se decretaron diligencias por este servicio que hayan requerido de la colaboración de la infractora.”* Advierte que *“esta Superintendencia realizó un requerimiento de información (...) a través del cual se le solicitó la entrega de documentación que acreditara la totalidad de ingresos percibidos durante el año 2015” (...)* estando dentro del plazo otorgado, el infractor dio respuesta al requerimiento de información.”, para concluir que: a) *“respecto al criterio de oportunidad, se entiende verificado en atención a que la respuesta de la infractora se realizó dentro del término otorgado para tal efecto.”*; b) *“en lo relativo al criterio de integridad, se entiende satisfecho dado que la información remitida por la infractora respondió completamente al requerimiento efectuado”*; y c) *“en relación al criterio de utilidad (...) los antecedentes permitieron determinar la capacidad económica”*, resolviendo que *“se entiende concurrente la circunstancia de cooperación eficaz, por lo que se tomara en consideración como factor de disminución de la sanción.”* (Rol N° D-049-2016, Resolución Exenta N°179 de 9 de marzo de 2017)

En base al mismo razonamiento (esto es, sin condicionar la operatoria de la circunstancia de la cooperación eficaz a la existencia o no del no allanamiento), la SMA ha resuelto que en *“no resulta pertinente analizar si concurren los elementos que permitan determinar si las*

respuestas de la infractora fueron oportunas, integra y útiles, puesto que en el presente procedimiento sancionatorio no se verificó la entrega de la información que fue solicitada, ni se decretaron diligencias por este servicio que hayan requerido la colaboración de la infractora.” (Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Ltda., Expediente D-048-2016, Resolución Exenta N° 408 de 8 de mayo de 2017).

El que los elementos mencionados en la Guía no son copulativos, está además ya claramente resuelto por este mismo Tribunal, en sentencia recaída en Rol N° R-128-2016 del 31 de marzo de 2017, que *“la incidencia de la cooperación eficaz en la determinación de la sanción definitiva, dependerá del grado de colaboración por parte del infractor, que puede consistir —entre otros— en un allanamiento (total o parcial) o en la entrega de información que la SMA considere relevante”*, agregando que *“en ese sentido, el allanamiento es uno más de los criterios con que cuenta la SMA para determinar si procede o no la cooperación eficaz, mas no el único”* (considerando quincuagésimo octavo). (el subrayado es nuestro)

Más injustificada resulta la no consideración de esta circunstancia si se tiene presente que mi representada proporcionó a la SMA información que fue esencial para la formulación de cargos que realizó, pues este organismo sólo pudo formular cargos contra mi representada, respecto del horario diurno en 3 fechas distintas, en base al informe elaborado por una empresa externa contratada por esta reclamante. Ella solo hizo una medición y nocturna.

Lo anterior se puede apreciar en la Resolución Exenta N°1 del 24 de abril del 2017 de la SMA, que formuló cargos contra mi representada para este procedimiento administrativo sancionatorio (que se acompaña en un otrosí). En tal acto administrativo, se señala en el considerando 7° que *“el informe de fiscalización ambiental adjunta el Acta de Inspección Ambiental, de fecha 5 de diciembre de 2016, el cual constata que entre 20:30 y 22:00 horas, personal de la SMA acudió a efectuar mediciones de nivel presión sonora en la vivienda de*

la denunciante, ubicada en calle Morris N°106, departamento 113”. Luego, el considerando 10° indica que “se consigna el incumplimiento al D.S. N° 38/2011, norma de referencia. En efecto, la medición realizada en el receptor N° 1°, en horario nocturno (entre 21:00 y 07:00 horas) registró una excedencia de 20 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona II. Luego en el mismo considerando presenta la siguiente tabla:

Tabla 2: Evaluación de mediciones de ruido (Informe SMA)

Receptor N°	Fecha y hora de medición	Horario de medición	Ruido de Fondo [dB(A)]	NPC [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
1 (Externa)	05/12/2016 21:52 – 22:19	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	63	65	II	45	20	No Conforme

Fuente: Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido. Tabla de Evaluación. Anexo Acta.

Como se aprecia, la SMA realizó mediciones solo un día (5 de diciembre) y en horario nocturno, registrando una excedencia a la norma.

Luego, en los Considerandos 11° y siguientes de la resolución de formulación de cargos, la SMA se refiere al informe de ruidos presentado por esta reclamante y que fuere desarrollado por la Empresa Sonar Ingeniería. En el Considerando 11° detalla que las mediciones se realizaron por 3 días, durante el 19, 20 y 21 de diciembre de 2016, en horario diurno y nocturno respectivamente, en tres receptores cada día. Posteriormente, se acompaña la siguiente tabla:

Tabla 4: Evaluación de mediciones de ruido (Informe Sonar Ingeniería)

Receptor N°	Fecha y hora de medición	Horario de medición	Ruido de Fondo [dB(A)]	NPC [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
1 (Externa)	20/12/2016 5:41 – 5:44	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	54	66	II	45	21	No Conforme
1 (Externa)	21/12/2016 8:15 – 8:19	Diurno (7:00 a 21:00 hrs)	60	63	II	60	3	No Conforme
1 (Externa)	21/12/2016 5:36 – 5:39	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	54	66	II	45	21	No Conforme
2 (Externa)	19/12/2016 19:40 – 19:44	Diurno (7:00 a 21:00 hrs)	63	63	II	60	3	No Conforme
2 (Externa)	20/12/2016 5:47 – 5:51	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	54	67	II	45	22	No Conforme
2 (Externa)	20/12/2016 8:21 – 8:24	Diurno (7:00 a 21:00 hrs)	62	62	II	60	2	No Conforme
2 (Externa)	21/12/2016 5:42 – 5:47	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	53	64	II	45	19	No Conforme

Finalmente en el resuelvo 1 de la resolución que formaliza cargos a mi representada, la SMA consideró como hecho constitutivo de infracción la obtención de NPC nocturno los días 5, 20 y 21 de diciembre de 2016; y por la obtención de NPC diurno los días 19 y 20 de diciembre de 2016.

Como se puede concluir, el informe presentado por mi representada fue esencial, determinante y útil para la formulación de cargos que realizó la SMA, ya que esta realizó mediciones un solo día y registró datos para el horario nocturno; en tanto que el informe de mi representada posibilitó a la SMA que formulara cargos para el periodo diurno en base a mediciones de otros 3 días. Además, como reconoce la SMA mi representada respondió a un requerimiento de información, a través de un informe de ruido elaborado por una empresa externa (considerando 16° y 43°); reconocen ciertas prácticas y entrega de detalles del funcionamiento de la fuente emisora (considerando 19°); reunión de asistencia con la

autoridad fiscalizadora (considerando 26°); respuesta a un nuevo requerimiento de información (considerando 37°); no existir intención de incumplir la norma ni de omitir acciones tendientes a cumplirla (considerando 155°); en base al informe de ruido de la empresa contratada por mi representada la SMA procedió a formular cargos (considerando 157° y 158°); y que la información de mi representada fue útil (considerando 159°).

Además, como se ha señalado, con posterioridad a la sanción impuesta, se dejó de funcionar en horario nocturno (y así se cumplió de inmediato la norma), como se podría comprobar con una visita inspectiva del Tribunal o nuevas mediciones.

Así las cosas, este proceder de la SMA es contrario al principio de imparcialidad del artículo 11 de la Ley N°19.880 respecto del cual se le exige a la autoridad fiscalizadora ambiental actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, y por lo tanto -como ya se indicó- considerar todas las circunstancias relevantes al caso particular, incluidas aquellas favorables, puesto que de lo contrario dejaría de respetar el deber de imparcialidad y objetividad que se impone a todos los órganos de la Administración del Estado.

Además, a proceder de la SMA resulta contrario a la razonabilidad que debe existir en toda resolución, más aún cuando de ello, deriva una sanción tan gravosa. Como se ha sostenido, *“el principio de razonabilidad encuentra su fundamento en el inciso segundo de esta norma artículo 11, que obliga a la Administración a fundamentar sus actos, así como las resoluciones que resuelvan recursos. Este principio se encuentra estrechamente vinculado con el principio de motivación, también consagrado implícitamente en el artículo 41 de la ley N° 19.880. De esta manera, los actos administrativos, ya sean reglados o discrecionales, deberán cumplir con expresar los motivos (fácticos y normativos) que ha tenido la Administración en consideración para su dictación”* (LARA, JOSÉ LUIS Y HELFMANN, CAROLINA

(2011). REPERTORIO: LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SANTIAGO, EDITORIAL LEGAL PUBLISHING. PÁG. 101.).

En el mismo sentido, la Contraloría a través de su Dictamen N° 33.479/2008 señaló que: *“[...] es dable manifestar que los actos administrativos [...] deben contener los hechos y fundamentos de derecho en que se basan, de acuerdo con lo que disponen los artículos 11, inciso segundo, y 41, inciso cuarto, ambos de la Ley N° 19.880, [...] debiendo acreditarse la efectividad de los supuestos de hecho que habilitan el ejercicio de un derecho o potestad”.*

También la Corte Suprema ha sostenido, en Causa Rol N° 5.313–2008, lo siguiente: *“Que a lo anterior importa desde luego que a tal respecto rige en forma supletoria la Ley N° 19.880, la que en su artículo 41 regula el contenido de la resolución que pone término al procedimiento, estableciendo que está contendrá la decisión, que debe ser fundada. La obligación de fundamentar la decisión tiene su origen en los principios que inspiran los procedimientos administrativos que rigen a los órganos de la Administración del Estado, específicamente, los de imparcialidad, transparencia y publicidad a que se refieren los artículos 11 y 16 de la Ley N° 19.880. La ley contempla la obligación de fundar las decisiones, lo que, sin duda, propende al respeto del debido proceso consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental”.*

Pues bien, la SMA al excluir esta circunstancia obra arbitrariamente (exigiendo como copulativos elementos que no lo son) en atención a que no se enmarca dentro de las mismas pautas que ha dictado, ni tampoco respecto a lo que en este procedimiento administrativo ocurrió, donde mi representada tuvo una acreditada cooperación eficaz. Esta decisión arbitraria contraria a los principios de razonabilidad y motivación, puesto que las decisiones del poder público deben estar fundadas en el Derecho y no en el capricho o antojo de quien ostenta el deber público, pues ello configura un acto abusivo que limita indebidamente el

ámbito de libertad reconocido por el Ordenamiento (CAMACHO CÉPEDA, GLADYS (2010). LA ACTIVIDAD SUSTANCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO).

b) Respecto de la indeterminación de la sanción y su cuantía.

Todo lo dicho precedentemente recae, en definitiva, en una falta de motivación que explique la sanción que la SMA aplicó (multa), y su monto.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la SMA en la resolución impugnada sólo determina que la infracción se considerará leve, como se concluye en el Considerando 90º, por lo que el artículo 39 literal c) señala que estas infracciones podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

Por tanto, la autoridad al haber realizado una aplicación del artículo 36 calificando los hechos como una infracción leve -como correctamente se concluye de los antecedentes-, la ley le ofrece 2 alternativas a la SMA para aplicar la sanción en específico: amonestación por escrito o multa.

Sin embargo, en la misma resolución no se detalla qué llevó a la SMA a optar derechamente por la multa y excluir una amonestación por escrito. Tampoco se explica cómo se determinó el monto de la multa aplicable.

Este Ilustre Tribunal Ambiental ya ha fijado ciertos umbrales mínimos en el proceder de la SMA propósito del caso **Rol N° R- 6-2013** (acumuladas Rol N° R- 7-2013 y 8-2013), de 3 de marzo de 2014, sostuvo que: "*En consecuencia, cuando la resolución concluye que: "tomando en cuenta los antecedentes ya expuestos, corresponde señalar que la conducta previa del sujeto infractor representa un estándar bajo de cumplimiento a sus compromisos y obligaciones para con el Medio Ambiente y su normativa, debiendo configurarse una agravante en la determinación de la sanción", en rigor, no está señalando nada en concreto,*

pues no se sabe cuál es el efecto de la agravante. La única forma de conocer cómo afecta la conducta anterior del infractor en la determinación de la sentencia es realizando la debida fundamentación, que es de carácter cualitativa y no cuantitativa. El desarrollo de los criterios contenidos en el artículo 40 de la LOSMA para elegir alguna de las sanciones contenidas en el artículo 39 del citado cuerpo legal, no puede limitarse a señalar -como fue en este caso y respecto de todos los otros criterios del citado artículo 40- que la conducta anterior será considerada una agravante sin más, omitiendo razonar respecto de lo más importante, que es precisar cómo se trasunta ese efecto agravante, o lo que es mejor, cómo la conducta anterior influye en el Superintendente para imponer una multa de un determinado monto y no la revocación de la RCA".

Pues bien, de la lectura de la resolución impugnada, no es posible concluir ni porqué se opta por la multa excluyendo la amonestación, ni cómo se obtuvo la cuantía de la multa aplicada, que apenas se alza por sobre el mínimo legal para sanciones leves, por lo que podría presumirse que hubo factores que agravaron la sanción lo que no se explica, contrariando lo que este Ilustre Tribunal estableció en el citado fallo.

Por otra parte, no se explica por qué la SMA omite las mismas reglas que ha publicado a través de las guías metodológicas de determinación de sanciones, que más arriba han sido citadas. Como tampoco es posible determinar qué versión de la Guía de la SMA consideró para determinar la sanción y su cuantía, si la del año 2015 (vigente al momento de formalizar cargos) o la del año 2017 (vigente al momento de resolver el procedimiento administrativo). Esto tiene especial relevancia si se considera que ambas guías contemplan un esquema metodológico general que, "a través de una función matemática, materializa la aplicación conjunta de las diversas circunstancias definidas en el artículo 40 de la LO-SMA, entregando una referencia objetiva, proporcional y consistente para la definición de una respuesta

sancionatoria específica, de carácter pecuniario, frente a las diferentes infracciones ambientales de competencia de la SMA” (Capítulo 3.2 de la guía versión 2015 y 2017), lo que en la especie no tuvo lugar.

En efecto, cuando la SMA realiza la ponderación de las circunstancias del artículo 40, se limita a decir que la respectiva circunstancia “será considerada” para determinar la “sanción específica”. Para demostrar este punto, se ha elaborado la siguiente tabla:

Nº del Considerando	Circunstancia a la que aplica	Texto literal de la Resolución Impugnada
123º	Beneficio económico del infractor	“Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor para la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción”
137º	La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.	“En definitiva, la superación de los niveles de presión sonora señalados en el D.S. N° 38/2011, constatada en la “medición de ruido SMA” y la “medición de ruidos Tur Bus”, permite inferir que se ha acreditado un peligro que, si bien no se considera significativo, será considerado como de importancia media en la determinación de la sanción específica”.
151º	El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción	“Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como factor para la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción”.

Elaboración propia.

En el primer caso, no se sabe cómo esa circunstancia será considerada para determinar la sanción específica, además de todo lo ya planteado sobre el punto más arriba. En el segundo caso, la SMA señala que se considerará la infracción como de importancia media, sin explicar qué significa eso ni cómo llega a dicha conclusión. En el tercer caso, solo hay una referencia a que “se considerará”.

La **Excma. Corte Suprema, en Rol N° 17736-2016**, del 13 de diciembre de 2016, ha sido clara en señalar que la SMA debe considerar la guía como un mecanismo para apoyar sus resoluciones: “Sexto: Que, a mayor abundamiento, es útil destacar que la remisión que el basamento vigésimo cuarto del fallo recurrido hace a la Resolución Exenta N° 1.002, que

contiene la metodología de cálculo de castigos es sólo una defensa más que refrenda la conclusión arribada, en orden a que la Superintendencia del Medio Ambiente no acató su obligación de apoyar circunstanciadamente la cifra de incremento de la multa en comentario”.

Luego, en el mismo fallo pero esta vez, respecto del recurso de casación en el fondo, señala que: “Decimocuarto: *Que el artículo 41 de la Ley N° 19.880, atinente al contenido del pronunciamiento final de un procedimiento administrativo, dispone: "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada". Tal soporte pasa por dejar claramente acreditados los elementos de hecho que componen la vulneración, la forma en que aquéllos satisfacen el supuesto legal y la explicitación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al determinar la naturaleza del reproche y, de ser éste pecuniario (multa), la cuantía del mismo*”, razón por la cual termina concluyendo en el Considerando decimooctavo que “*si bien es cierto lo señalado por la recurrente, en orden a que la Ley N° 20.417 proporciona un rango que puede recorrerse al momento de regular el monto específico de la multa en cuestión, lo que da cuenta de la entrega de cierto ámbito de discrecionalidad al órgano administrativo, dicha facultad no puede derivar en la fijación de una cuantía arbitraria, sin explicitación de los motivos que se tuvieron en cuenta para la valoración de la sanción pecuniaria, de manera de permitir al administrado la realización de un examen de proporcionalidad entre la infracción imputada y el castigo finalmente aplicado*”.

En resumen: en el ejercicio de las potestades sancionatorias como la que le corresponde aplicar a la Superintendencia de Medio Ambiente, la autoridad debe ajustarse a los principios consignados en la Ley N°19.880, en especial a los que han sido citados acá respecto de la imparcialidad, probidad, contradictoriedad y de exhaustividad entre otros, que emanan de la legislación aplicable a la administración del Estado, y que determinan el deber que tiene la SMA de imponer determinadas sanciones en base a criterios no arbitrarios, ya sea para elegir

la sanción aplicable de entre varias posibles (en este caso entre amonestación y multa), incluyendo también el monto específico de la multa que en la especie fue aplicada. La omisión a estos aspectos no considerados devela falta de motivación, razonabilidad y racionalidad, que afecta a mi representada, al no aplicarse criterios formalizados por la propia reclamada en sus Guías y especialmente en otras resoluciones sancionatorias, vulnerando así los estándares fijados por la Constitución Política y la ley en sentencias de este mismo Tribunal y la Exma Corte Suprema en diversas ocasiones.

POR TANTO,

SOLICITO A S.S ILUSTRE, tener por interpuesta la presente reclamación del artículo 56 de la Ley N°20.417 y artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600 en contra de la Resolución Exenta N°71 del 15 de enero de 2018, del Superintendente de Medio Ambiente Sr. Cristian Franz, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-020-2017, seguido en contra de Empresa de Transportes Rurales Limitada admitirla a tramitación, y previa tramitación de rigor, acogerla en todas sus partes, declarando:

- i) Que, se aplique -o se ordene aplicar- la sanción de amonestación por escrito prevista en el artículo 36 de la Ley N°20.417, conforme a la ponderación, ajustada a derecho que realice este Ilustre. Tribunal, de las circunstancias atenuantes del artículo 40 de la citada legislación.
- ii) **EN SUBSIDIO**, se rebajen -o se ordene rebajar-, en todo o parte, la multa impuesta en la resolución impugnada, conforme al mérito de lo expuesto.
- iii) Cualquier otra medida favorable a mi parte que S.S. Ilustre estime del caso decretar conforme al mérito de autos.
- iv) Que se condene en costas a la reclamada.

PRIMER OTROSÍ: RUEGO A S.S. Ilustre tener por acompañado los siguientes documentos:

- ✓ 1° comprobante emitido por Correos de Chile, donde consta recepción de la resolución impugnada.
- ✓ 2° Resolución Exenta N°71 del 15 de enero de 2018 dictada por el Superintendente de Medio Ambiente Sr. Cristián Franz Thorud, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, ROL D-020-2017, seguido en contra Empresa de Transportes Rurales Limitada.
- ✓ 3° Resolución Exenta N°1 del 24 de abril del 2017 de la SMA, que formula cargos contra Empresa de Transportes Rurales Limitada, procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-020-2017.
- ✓ 4° Programa de Cumplimiento presentado Empresa de Transportes Rurales Limitada a la SMA con fecha 24 de mayo de 2017.
- ✓ 5° Programa de Cumplimiento refundido Empresa de Transportes Rurales Limitada a la SMA con fecha 06 de julio de 2017.
- ✓ 6° Descargos de Empresa de Transportes Rurales Limitada del 5 de septiembre de 2017 y su anexo.

Sírvase a S.S. Ilustre tener por acompañado el referido documento, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N°20.600, solicito a S.S. Ilustre notificar las resoluciones de presente procedimiento a los correos electrónicos jorge.concha@turbus.cl y rodrigo.lepin@turbus.cl

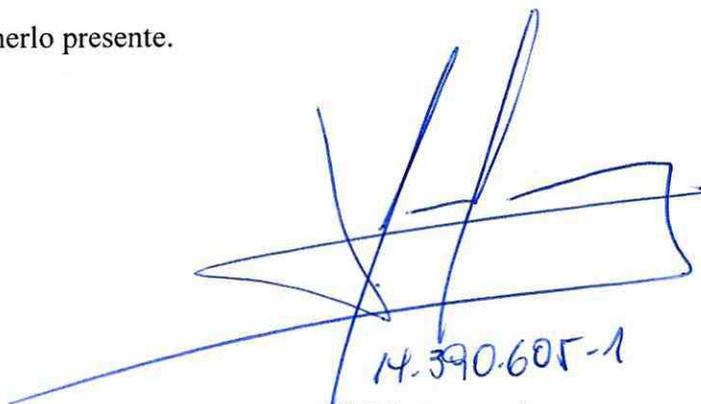
Sírvase a S.S. Ilustre acceder a lo solicitado

TERCER OTROSÍ: Acompaño, con citación, copia autorizada de la escritura pública de fecha 29 de septiembre de 2016, suscrita ante el notario Sr. Juan Ricardo San Martín Urrejola, que acredita mi personería para representar a Empresa de Transportes Rurales Limitada Tur Bus Ltda.

Sírvase a S.S. Ilustre tener por acompañado el referido documento, con citación, y por acreditada mi personería.

CUARTO OTROSÍ: Sírvase S.S. tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio y poder en esta causa.

Sírvase a S.S. Ilustre tenerlo presente.



14.390.605-1
JORGE L. CONCHA CÁCERES
ABOGADO