



Antofagasta, doce de febrero de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1. Consta que Gavina Hotel Limitada ("reclamante" o "Hotel Gavina"), RUT 96.664.060-K, representado por el abogado Sr. Patricio Canales Hertrampf, domiciliado para estos efectos en Avenida Arturo Prat N°1497, de la ciudad y comuna de Iquique, con fecha 10 de diciembre de 2020 interpuso reclamación judicial ante esta magistratura.

La reclamación judicial fue interpuesta, conforme al artículo 56 de la Ley N°20.417, Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA") y artículos 17 N°3, 18 N°3 y siguientes de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en contra de la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020, ("Res. Ex" o "resolución reclamada" o "resolución exenta") dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente ("reclamada" "Superintendencia" o "SMA"), RUT 61.979.950-K, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol D-156-2019 aplicando una sanción consistente en 84 Unidades Tributarias Anuales ("UTA").

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, acogiéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto.
- b) O en subsidio, disponer una rebaja de la multa impuesta.

I. Antecedentes del acto administrativo reclamado:

2. De los antecedentes administrativos consta que:

Con fecha 22 de agosto de 2018, se recibió por parte de la SMA una denuncia por ruidos molestos que emanarían del Hotel Gavina, efectuada por parte del Sr. Sergio Burg Urbina.

Con fecha 8 de noviembre de 2018 se deriva el Informe de Fiscalización el que contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 7 de septiembre de 2018 y sus respectivos anexos.

Posteriormente el 11 de octubre de 2018, se les informó al denunciante y al titular de los resultados de la fiscalización realizada.





Con fecha 11 de octubre de 2019 se nombra fiscal instructor para que investigue los hechos constatados en el respectivo informe.

Se formulan cargos en contra del titular con fecha 28 de octubre de 2019, siendo notificado personalmente el hotel de tal resolución.

De esta resolución el titular no presentó programa de cumplimiento ni tampoco presentó descargos en el procedimiento sancionatorio.

Con fecha 23 de marzo de 2020, en contexto de la contingencia sanitaria provocada por el COVID 19, la SMA según Res. Ex. N°518, estableció la suspensión de la tramitación de la totalidad de los procedimientos sancionatorios seguidos ante la Superintendencia hasta el 31 de marzo de 2020, suspendiendo asimismo plazos administrativos conferidos para el cumplimiento de medidas, requerimientos de información y cualquier otra actuación desarrollada en el marco de otros procedimientos administrativos derivados del ejercicio de las potestades reguladoras, fiscalizadoras, o sancionatorias propias de la Superintendencia. Tal suspensión se volvió a establecer entre los días 1 al 7 de abril de 2020, según Resolución Exenta N°548 de fecha 30 de marzo de 2020, y de igual forma, entre los días 8 y 30 de abril de 2020, ambas fechas inclusive, según Res. Ex. N°575 de fecha 7 de abril de 2020.

Posteriormente con fecha 12 de junio de 2020, se dictó la Resolución Reclamada N°992, mediante la cual la SMA resolvió estimar como configurada la infracción atribuida a la reclamante y sancionarla con una multa de 84 UTA.

A raíz de ello, el reclamante interpuso el reclamo de autos.

II. Antecedentes del proceso judicial de reclamación:

3. En lo que respecta a la reclamación y el proceso jurisdiccional derivado de aquella en autos, consta lo siguiente:

A fs. 1 y siguientes, consta que Gavina Hotel Ltda., RUT 96.664.060-K, representado por el abogado Sr. Patricio Canales Hertrampf, domiciliado para estos efectos en Avenida Arturo Prat N°1497, de la ciudad y comuna de Iquique, interpuso reclamación judicial ante esta magistratura con fecha 10 de diciembre de 2020.

La reclamación judicial fue interpuesta en contra de la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente, RUT 61.979.950-K, representada por el Sr. Cristóbal de la Maza Guzmán, toda vez que esta resuelve el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol



D-156-2019 aplicando una sanción consistente en 84 Unidades Tributarias Anuales.

En conclusión, la parte reclamante solicita en su presentación admitir a trámite el recurso de reclamación, acogiéndolo en todas sus partes, declarando:

- a) La ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto,
- b) O en subsidio, disponer una rebaja de la multa impuesta.

Además, en el primer otrosí de su presentación, el reclamante acompañó los siguientes documentos:

1. Copia simple de documento titulado "Confirmación de Eventos".
2. Copia simple de Órdenes de Compra del Departamento de Administración y Finanzas de la Corporación Municipal de Desarrollo Social Iquique, de fechas 04 y 06 de septiembre de 2018.
3. Copia simple de factura emitida por DID SONIDO Y COMPANIA SPA.
4. Reporte Técnico Decreto Supremo N°38/11 del Ministerio del Medio Ambiente.
5. Certificación notarial del estado del expediente electrónico del proceso administrativo sancionatorio en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, SNIFA, al tiempo de la preparación de esta reclamación (a 3 de diciembre de 2020), extendido por el Notario Público Sr. Néstor Juan Araya Blazina de la ciudad de Iquique
6. Copia simple de la página web de Correos de Chile.
7. Copia de Balance del año comercial 2019.
8. Copia de Pre balance del año comercial 2020.
9. Copia de finiquitos de extrabajadores del Hotel, extendidos durante el año 2020.
10. Mandato judicial al Sr. Patricio Canales Hertrampf.
11. Mandato Especial al Sr. Alejandro Vilches Flores.
12. Copia de inscripción de mandato especial.
13. Copia simple de escritura de Sociedad Gavina Limitada.

A fs. 226, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N°20.600.

A fs. 228 y siguientes, la parte reclamada, es decir, la Superintendencia del Medio Ambiente, representado por el Superintendente del Medio Ambiente, Sr. Cristóbal de La Maza Guzmán, quien a la vez otorga patrocinio al abogado Sr. Emanuel Ibarra Soto,



solicitó la ampliación del plazo para evacuar su informe, a lo que el Tribunal accedió por resolución de fs. 238.

A fs. 239 y siguientes, la Superintendencia del Medio Ambiente, evacúa informe solicitando el rechazo de la reclamación en todas sus partes, declarando que la Resolución Exenta N°992 de fecha 12 de junio de 2020 de la SMA es legal y fue dictada conforme a la normativa vigente, con expresa condenación en costas.

Además, en el otrosí de su presentación, acompañó los siguientes documentos:

1. Copia digital del expediente administrativo objeto de autos ROL D-156-2020.
2. Certificado del ministro de fe de esa Superintendencia, que acredita la autenticidad de las copias.

A fs. 414, el Tribunal resolvió tener por evacuado el informe requerido y por acompañados los documentos.

A fs. 415, la Relatora de la causa certificó que de acuerdo al artículo 372 N°3 del Código Orgánico de Tribunales, la causa quedó en estado de relación.

A fs. 416, el Tribunal atendido al estado procesal de autos, resolvió fijar audiencia para la vista de la causa, para el día 21 de enero de 2021.

A fs. 418, el reclamante delega poder en el abogado Sr. Juan Pablo Leppe Guzmán y José Narváez Armazan. A fs. 422 se tuvo presente por el Tribunal.

A fs. 423, y 425 se anunciaron para alegar la parte reclamante y la reclamada respectivamente.

A fs. 427, consta que este Tribunal se constituyó el día 21 de enero de 2021 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90 N°2 del Código Orgánico de Tribunales, para la realización de la vista de la causa en causa rol R-40-2020 caratulada "Gavina Hotel Ltda. con Superintendencia del Medio Ambiente".

A fs. 428, se dejó constancia de los alegatos realizados por la parte reclamante, Sr. Juan Pablo Leppe Guzmán y la parte reclamada Sra. Katharina Buschmann Werkmeister.

A fs. 432, la causa queda en acuerdo ante el Primer Tribunal de Ambiental.

A fs. 433, se designa como redactor de la sentencia, al Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.



CONSIDERANDO:

Primero. Que, conforme a los argumentos expuestos por la parte reclamante y defensa de la parte reclamada, así como las alegaciones que constan en autos y que se dan por reproducidas, se han determinado como hechos controvertidos de la causa, los siguientes: I) Sobre la configuración de la infracción cometida por Hotel Gavina; y, II) Sobre la petición subsidiaria y la ponderación de los criterios del art. 40 de la LOSMA.

I. Sobre la configuración de la infracción cometida por Hotel Gavina.

A. Sobre la Resolución Sancionatoria.

Segundo. Sobre este punto la reclamante sostuvo que la resolución sancionatoria impugnada de acuerdo al artículo 56 de la LOSMA no se ajustaría a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar; y alega también que existieron una serie de irregularidades en el procedimiento de fiscalización del que fue objeto.

Tercero. Hotel Gavina señala que se constata en el Acta de Inspección Ambiental, que el acto administrativo que ahí se contiene resulta ilegal a su juicio por no adecuarse al régimen jurídico aplicable, principalmente al Decreto Supremo N°38 de fecha 11 de noviembre de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente ("DS N°38"), viciando de ilegalidad el proceso sancionatorio completo en forma prospectiva hasta la resolución misma que se reclama. Lo anterior concluye, ya que para gozar de valor probatorio en el proceso administrativo el acta de inspección ambiental tendría que haber sido levantada con arreglo a lo que dispone la LOSMA y las disposiciones que correspondía aplicar, las cuales son en la especie, tanto aquellas contenidas en la Resolución N°1184/2015 de la SMA, que dicta e instruye normas de carácter general sobre la fiscalización ambiental ("Res. Ex. N°1184/2015"), como en la Guía de la SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental aprobada mediante Resolución Exenta N°251/2018, dictada con fecha 1 de marzo de 2018; Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA, aprobado mediante la Resolución Exenta N°867/2016.

Cuarto. Se alega en particular que el acta sería ilegal por



incumplir con las instrucciones generales, ya que los hechos no se encontrarían contextualizados, no se habrían consignado antecedentes referidos a circunstancias que alteren el desarrollo de la inspección, ni se habrían descrito los hechos constatados y/o actividades realizadas.

Quinto. Por su parte la SMA sostuvo sobre este punto, que los antecedentes del procedimiento sancionatorio permitieron tener por probado el hecho que funda la formulación de cargos, esto es, la obtención, con fecha 7 de septiembre de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos ("NPC") de 68 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición interna, con ventana cerrada, en un receptor sensible ubicado en Zona 2, lo que se acreditó por medio del Informe de Medición de Ruidos.

Sexto. Que, el acta de fiscalización estableció que ésta se realizó entre las 23:00 hrs. de la fecha antes indicada hasta las 00:45 hrs. del día 8 de septiembre del 2018. Además, la ficha de medición de ruido identifica como lugar de medición el domicilio del denunciante, explicitándose que se trata de una medición interna, con ventana cerrada.

Séptimo. De acuerdo con los antecedentes señalados precedentemente, tanto la ubicación de la fuente emisora, así como el receptor en el que se realizó la medición de ruidos, esto es en Avda. Arturo Prat N°430, departamento 1701, Iquique, se encontraban debidamente individualizadas y georreferenciadas de conformidad al procedimiento establecido en el Título V del Decreto Supremo N°38/2011, verificándose la excedencia de la norma de emisión contenida en dicho decreto, en 23 dB(A); configurándose el tipo infraccional establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, por lo que se tiene por configurada la infracción.

Octavo. Además, la reclamada concluyó que de acuerdo a lo establecido tanto en los arts. 8 y 51 de la LOSMA, la medición efectuada por la SMA goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, y además, por el hecho que esta no fue desvirtuada ni controvertida en el procedimiento sancionatorio, agregando que el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental, tampoco en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-156-2019, y solo el 31 de octubre de 2018, el titular indicó que ejecutaría medidas correctivas que nunca fueron acreditadas en el procedimiento sancionatorio, ni aún



en el marco del presente procedimiento de reclamación. Tampoco aportó antecedentes que permitieran controvertir los hechos constatados por la SMA, por el contrario, acompañó prueba que acreditaría que el día de la medición se llevó a cabo un evento en el salón del Hotel Gavina, confirmando así lo constatado por la Superintendencia.

B. Sobre la supuesta falta de contextualización de los hechos constatados por los fiscalizadores.

Noveno. La reclamante sostuvo que el acta de inspección ambiental fundante del cargo y de la sanción aplicada no gozaría de presunción de legalidad, por incumplir con las instrucciones generales de la SMA, esto dado que los hechos no se encontrarían contextualizados, no se consignaron antecedentes referidos a circunstancias que alteren el desarrollo de la inspección ni se describieron los hechos constatados y/o actividades realizadas.

Décimo. Agregó la reclamante que el acta e Informe Técnico (i) no permitirían saber en qué lugar se realizó la inspección de ruido; (ii) no permitirían entender cómo el fiscalizador atribuye el ruido medido a la actividad del Hotel en uno de sus salones ni cómo pudo determinar el horario en que habría comenzado la actividad en el Salón Gaviota; (iii) no permitirían entender el trayecto que siguió el fiscalizador de la SMA la noche del 7 de septiembre de 2018, en qué minuto visitó el Hotel y realizó su inspección ambiental, que se trataría "de la realización de dos actividades de fiscalización ambiental (inspección ambiental y medición) por un solo funcionario que no podía estar presente en dos lugares distintos a la vez"; (iv) respecto a la medición del ruido de fondo, alega que no se expresa en qué condiciones se llevó a cabo, ya que no se aludiría al sonido del oleaje del mar, al tráfico vehicular, ruidos que pudieran generar vecinos del mismo edificio del denunciante, eventuales actividades que se pudieran haber estado llevando a cabo en la plaza 21 de mayo ubicada al frente del hotel, ni a la existencia o inexistencia de otras instalaciones más próximas a aquél que el Hotel Gavina.

Undécimo. Que, de este modo, desconociéndose el orden, secuencia y la cronología de las acciones ejecutadas en el marco de la fiscalización, en la base del respectivo procedimiento administrativo sancionatorio existiría un acto que contraviene los principios constitucionales de juridicidad y de legalidad, pilares sobre los que descansa el derecho público y sus distintas ramas, cuya observancia por parte de los órganos públicos es fundamental



para contar en un caso concreto con las garantías de un debido proceso y de una investigación racional y justa, eliminando cualquier atisbo de parcialidad o discriminación arbitraria en el trato que dispensa el Estado.

Duodécimo. La Superintendencia por su parte señaló que el procedimiento de fiscalización se realizó conforme menciona el acta de fiscalización, de acuerdo al procedimiento que establece el DS N°38/2011 en los artículos 11 y siguientes.

Decimotercero. Respecto de la 1° sub alegación, se señala que conforme indica el artículo 16 de la citada norma de emisión, la medición se realizó en la propiedad donde se encontraba el receptor, es decir en el domicilio del denunciante, constando en el acta.

Decimocuarto. Respecto de la 2° sub alegación, indicó que el acta da cuenta que "siendo las 00:30 hrs. se constató que la fuente emisora denunciada comenzó a operar generando el ruido asociado a la denuncia" y que "el ruido generado por la fuente emisora está producido por música en vivo, animación, cantos", por lo que queda claro que el fiscalizador, en su calidad de ministro de fe, pudo constatar que el ruido provenía de la fuente. Estos hechos no fueron controvertidos en sede administrativa y el recurrente tampoco aportó antecedentes que permitieran desvirtuarlos, sino todo lo contrario, los antecedentes por él aportados confirman que se desarrolló una actividad en la fuente en esa fecha.

Decimoquinto. Respecto de la 3° sub alegación como consta en el acta de fiscalización y fichas de medición, la SMA señaló que llevó a cabo una única actividad de inspección que, en cumplimiento al procedimiento dispuesto en la Norma de Emisión de Ruidos, se llevó a cabo en el domicilio del receptor, ya que por la naturaleza de las actividades de medición de ruido estas se deben siempre realizar en la propiedad en la que se encuentra el receptor y no en la fuente. De esto se le entregó copia al titular como lo exige el art. 28 de la LOSMA, solo con el fin de dar cumplimiento al deber de información al fiscalizado.

Decimosexto. Respecto de la 4° sub alegación, la SMA precisa lo que se define por ruido de fondo de acuerdo al art. 6° N°22 del DS N°38 como aquel que está presente en el mismo lugar y momento de medición de la fuente que se desea evaluar, en ausencia de ésta. Éste corresponderá al valor obtenido bajo el procedimiento establecido en la respectiva norma; y por su parte, el art. 19 del mismo cuerpo legal establece el procedimiento que debe realizarse en caso que el ruido de fondo afecte significativamente las mediciones.



Decimoséptimo. A su vez se señala por la reclamada que el acta de fiscalización da cuenta que se realizó una medición de ruido de fondo. Consta además en la Ficha de medición de niveles de ruido, específicamente en el Registro de Ruido de Fondo, que se llevó a cabo una medición de presión sonora de ruido de fondo en el receptor, la que arrojó un resultado de 47 dB(A). Posteriormente, se determinó la diferencia aritmética entre 68 dB(A) y el límite normativo para la zona II de 45 dB(A); es decir, entre nivel de presión sonora obtenido de la emisión de la fuente emisora de ruido y el nivel de presión sonora del ruido en el DS N°38/2011, obteniéndose una diferencia de 23 dB(A), que es el valor de excedencia.

C. En cuanto a otras supuestas irregularidades del procedimiento.

Decimoctavo. La reclamante sostiene que (i) El Reporte Técnico sería un documento que no se encuentra previsto ni regulado en la LOSMA ni en ningún cuerpo normativo, que "aparecería" en el marco del proceso administrativo sancionatorio representando una novedad jurídica que debe ser substanciado con estricto apego a la ritualidad. En el proceso sancionatorio cobra una particular relevancia el Acta referida previamente, atendida la ausencia de un Informe de Fiscalización Ambiental en el mismo ya que el artículo 19 de la Res. Ex. N°1184 de la SMA dispuso el año 2015 que: "Sin perjuicio de lo anterior, atendida la naturaleza de las normas de emisión y las medidas de planes de prevención y/o descontaminación, el acta de inspección ambiental hará las veces de informe técnico de fiscalización ambiental en aquellos casos donde su contenido y anexos sean autosuficientes para dar cuenta sobre los resultados de la fiscalización".

Decimonoveno. De este modo, encontramos en el expediente que un acto administrativo nominado "Reporte Técnico", que hace las veces de Informe de Fiscalización Ambiental, cuenta entre sus anexos con el Acta ya mencionada. Reporte que, por cierto, da cuenta de la actividad de medición, y que junto al Acta -que supuestamente da cuenta de la actividad de inspección, pero que en la práctica ahonda en la medición también más que en otra cosa-, no presentan la necesaria complementariedad que cabría esperar de actos de constancia y registro de actividades de fiscalización estatal.

Vigésimo. Además, (ii) El SNIFA se encontraba desactualizado no obstante el mandato del legislador del artículo 32 de la LOSMA en el sentido contrario.

Vigésimo primero. Alega la reclamante que, (iii) Habrían recibido

la resolución sancionatoria inesperadamente y de un día para otro, luego de perder contacto con la SMA durante meses, sin haber podido saber de la reapertura del proceso administrativo suspendido ni conocer el Dictamen recaído en el proceso administrativo.

Vigésimo segundo. Por su parte la Superintendencia del Medio Ambiente sostuvo respecto de la 1° sub alegación, que el Reporte Técnico se encuentra expresamente regulado en el procedimiento que establece la propia norma de emisión, específicamente en el literal d) del artículo 15 de DS N°38. Dando cumplimiento a este artículo la SMA dictó la Res. Ex. N°693, de 21 de agosto de 2015, que aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido. Considerando que el Reporte Técnico de la actividad de fiscalización de Hotel Gavina cumple con el contenido y formato de las fichas aprobadas en tal resolución, la alegación de la recurrente no tendría sustento y debe ser rechazada.

Vigésimo tercero. Respecto de la 2° sub alegación la SMA reconoce el error e indica que éste fue subsanado.

Vigésimo cuarto. Respecto de la 3° sub alegación, se señala que el reclamante no consideró los tiempos en que los procedimientos estuvieron suspendidos por la pandemia. Las resoluciones indicadas establecieron expresamente los plazos de duración de las suspensiones del procedimiento sancionatorio con motivo de la alerta sanitaria, concluyendo estas suspensiones el 30 de abril de 2020.

Vigésimo quinto. Que, este Tribunal una vez analizado y ponderado los elementos puestos a disposición en la presente reclamación de ilegalidad, y de lo expuesto por las partes en audiencia de alegatos, en el expediente tanto en la reclamación judicial como en el respectivo informe emanado por el órgano reclamado, así como el mérito de los antecedentes del procedimiento de fiscalización y sanción, tiene a bien desarrollar los siguientes puntos.

Vigésimo sexto. Sobre la normativa y directrices administrativas aplicables se tiene a la vista el DS N°38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente que "Establece Norma de Emisión de Ruidos generados por fuentes que indica, elaborada a partir de la revisión del Decreto N° 146, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia", en especial sus artículos 6°, 16°, 19°; además, la Res. Ex. N°1184 de la SMA del año 2015, la Guía de la SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental, la Resolución Exenta N°867/2016 que Aprueba Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38/2011 y exigencias asociadas al Control del



Ruido en instrumentos de competencia de la SMA.

Vigésimo séptimo. Que, por su parte el DS N°38/2011, en su artículo 6°, señala que se entenderá por: **Fuente Emisora de Ruido:** toda actividad productiva, comercial, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura que generen emisiones de ruido hacia la comunidad. **Decibel A (dB(A)):** es la unidad adimensional usada para expresar el nivel de presión sonora, medido con el filtro de ponderación de frecuencias A. **Fuente receptora de Ruido:** 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.

Vigésimo octavo. Que, en doctrina, el profesor BERMUDEZ (2014)¹ ha señalado "[...] que al subsumir los hechos en la norma infraccional determinada, la Superintendencia tiene una labor doble, consistente en la constatación de los hechos infraccionales, y en la determinación de las circunstancias que permiten graduar el tipo de infracción. En esta labor no existe margen de discrecionalidad para la Administración del Estado, sino que deberá aplicar los conceptos jurídicos indeterminados que, sobre todo, se contienen en el artículo 36 de la Ley N° 20.417. Esta labor resultará capital, ya que al fijar uno de dichos conceptos, la actuación administrativa al momento de determinar la infracción administrativa ambiental podrá ser controlable por la vía de la errónea aplicación de los hechos".

Vigésimo noveno. Que, este Tribunal en sentencia dictada en causa R-12-2018 ha señalado: "Cuadragésimo primero. Que, no habiendo antecedentes en el expediente sancionatorio ni en la reclamación que pongan en duda el instrumental de medición, ni el procedimiento de medición, este Tribunal no ve ilegalidad alguna en el actuar de la Superintendencia".

Trigésimo. Que, así las cosas, **sobre la Resolución Sancionatoria**, este Tribunal analizará la correcta configuración de la infracción de acuerdo con los antecedentes que posee, y de conformidad con el marco de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Medio Ambiente, a fin de verificar si se ha vulnerado algún derecho del regulado o se hayan cometido vicios de ilegalidad en su actuar que hayan influido en lo sustancial de su acto, tornándolo ilegal.

Trigésimo primero. Que, de la revisión del proceso sancionatorio

¹ (BERMÚDEZ, Jorge: "Reglas para la determinación de las sanciones administrativas en materia ambiental", en ARANCIBIA, Jaime ALARCÓN, Pablo: Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo (ADA), Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 615).



aplicado a Hotel Gavina y en particular del Reporte Técnico que contiene el Acta de Inspección Ambiental, consta que la fiscalización se hizo en el domicilio del denunciante afectado (receptor del ruido) debidamente identificado, y se informó al respecto a Hotel Gavina (fuente del ruido), ambos en Datum 84, Huso 19S., aplicando el Protocolo Técnico para la Fiscalización asociadas al Control de Ruido (Resolución Exenta N°867/2016), en el receptor del ruido y utilizando el instrumental de medición que consta de un identificador sonómetro, marca Cirrus, modelo CR:162B, y un identificador de calibrador marca Cirrus modelo CR514 con número de certificado de calibración CAL20180041 emitido el 24 de mayo de 2018 por el Laboratorio de Calibración Acústica del Instituto de Salud Pública de Chile; y con el cual se midió el Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 68 dB(A) en el interior de la casa habitación, según consta en el Informe de Fiscalización DFZ-2018-2491-I-NE, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 7 y 8 de septiembre de 2018 y sus respectivos anexos.

Trigésimo segundo. Que, según el reporte técnico y acta de fiscalización, en relación con la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se constata que se determinó el ruido de fondo en 47 dB(A) (NPSeq Ruido fondo), realizándose mediciones internas en tres puntos, haciendo la corrección por ventana cerrada, obteniendo un NPC 68 dB(A), que al contrastar con el límite máximo de la norma para zona II de 45 dB(A) genera una excedencia de 23 dB(A); no habiendo por tanto reproche alguno por parte de este Tribunal en el ejercicio técnico realizado por la Superintendencia.

Trigésimo tercero. Además, no existiendo antecedentes en el expediente sancionatorio ni en la reclamación administrativa que pongan en duda el instrumental de medición, ni el procedimiento mismo con que ésta se efectuó por parte del fiscalizador, este Tribunal no observa ilegalidad alguna en el actuar de la Superintendencia. Es más, estos sentenciadores consideran que en todo momento se cumplió con las exigencias del DS N°38 del Ministerio de Medio Ambiente que establece la Norma de Emisión de Ruido.

Trigésimo cuarto. Por otro lado, se constata del expediente judicial, ratificándose en la audiencia de alegatos, que el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental, tampoco en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-156-2019 y solo el 31 de octubre de 2018, el Gerente General de Hotel Gavina Sr. Hernán Donato Cornejo Rocabado, a nombre del titular, reconoce

que hace 25 años que realizan este tipo de actividades en el hotel, emitiéndose los ruidos señalados. Además, se realizarían actividades en el salón "La Gaviota", especialmente los fines de semana, y que se podía controlar el nivel de ruido que se generaba. Precisa en su carta que el Hotel Gavina ejecutaría cuatros medidas correctivas y de mitigación, detallándolas:

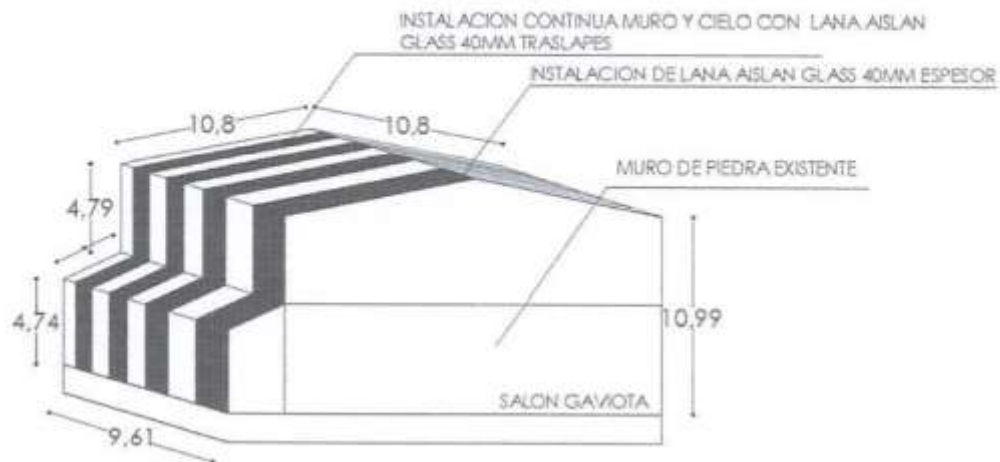
- 1) Solicitud a Arquitecto asesor de obras civiles, un estudio del problema y presentación de un proyecto de solución.
- 2) Se adjunta informe técnico de obras el que incluye la propuesta de medidas de mitigación que se adoptarán a la brevedad (documento firmado por el arquitecto Sr. Roland Gómez Contreras).

La propuesta contempla envoltura perimetral en muros y techo del salón La Gaviota del Hotel Gavina, formando colchonetas de aislación térmica y absorción acústica; como se observa en las 2 figuras siguientes.

SECTOR DE MONTAJE PARA LOS COLCHONES ACUSTICOS



PLANTA ISOMETRICA DEL RECINTO



Fuente: Expediente Judicial sobre Informe Técnico de Obras, de fojas 311 y siguientes.

Se indica que, una vez aprobada la propuesta de mitigación, se iniciarán las obras, las que contemplan una duración de 30 días para su ejecución.

- 3) Con dichas acciones, afirma que se espera bajar los niveles de ruido actualmente generados, llevándolos a los permisibles según uso de suelo.
- 4) Se incorporará la generación de un manual de medidas e instrucciones técnicas, con las que se condicionará a las productoras y a ellos mismos, sobre decibeles permitidos.

Indica finalmente su compromiso de trabajo por parte de Hotel Gavina para encontrar una solución efectiva y definitiva al problema.

Trigésimo quinto. Sin embargo, estos sentenciadores de la revisión de los documentos acompañados al expediente judicial, como de la revisión del procedimiento sancionatorio, constatan que estas medidas nunca fueron ejecutadas ni acreditadas en el procedimiento sancionatorio, ni en el marco del presente procedimiento de reclamación judicial, hecho ratificado por la reclamante en estrado, al reconocer que pasado más de 26 meses desde dicho pronunciamiento hasta el día de hoy, su representada no ha realizado obra o acción alguna para abordar la problemática de ruidos molestos con mejoras constructivas y procedimientos internos, con el fin de mitigar el hecho que es causante de la sanción, y así, cumplir con lo exigido en el DS N°38/2011 y con ello no afectar la salud y calidad de vida de la comunidad aledaña, lo que a juicio de este Tribunal mantiene en incumplimiento legal al titular sancionado, cuya conducta a lo menos debe ser catalogada como negligente.



Trigésimo sexto. Ahora bien, sumado a lo anterior, se debe tener presente que el artículo 36 de la Ley N°20.417 clasifica las infracciones en gravísimas, graves y leves, siguiendo el criterio relativo al impacto que los hechos, actos u omisiones que configuran la infracción generen o puedan generar en el medio ambiente o en la salud de la población, entre otros factores. El artículo 36 N°3 establece que son infracciones leves todas aquellos actos u omisiones que, constituyendo una infracción, no sean de aquéllas gravísimas o graves.

Trigésimo séptimo. Que, en la revisión del cumplimiento normativo y procedimental del actuar de la SMA se advierte de la revisión documental, las alegaciones y documentos anexos del expediente judicial y administrativo, que la Superintendencia ha actuado dentro del marco de sus atribuciones y competencias de fiscalización ante un hecho denunciado, aplicando correctamente el procedimiento de medición de ruido de fondo y descartando otras posibles fuentes, utilizando el instrumental apropiado y calibrado, haciendo los ejercicios de cálculos técnicos correspondientes, según la Res. Ex. N°1184/2015, Guía de la SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental, la Res. Ex. N°867/2016 que Aprueba Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38/2011 y exigencias asociadas al Control del Ruido en instrumentos de competencia de la SMA, y su Protocolo Técnico para la Fiscalización y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA; y, finalmente ha configurado los hechos y su calificación jurídica en forma consistente tanto desde el punto de vista técnico-científico, como jurídico normativo.

Trigésimo octavo. Por tanto, este Tribunal procederá a rechazar la alegación de la reclamante sobre que la resolución sancionatoria impugnada no se ajustaría a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, y que habrían existido una serie de irregularidades en el procedimiento de fiscalización del que fue objeto.

Trigésimo noveno. A su vez, respecto a la **supuesta falta de contextualización de los hechos constatados por el fiscalizador**, queda claramente establecido en el Informe de Fiscalización DFZ-2018-2491-I-NE, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 7 de septiembre de 2018 y sus respectivos anexos, entre ellos el Informe de Fiscalización de fecha 7 y 8 de septiembre de 2018, que en horario nocturno (0:30 hrs), en condición interna y con ventana cerrada, en el domicilio del receptor sensible, ubicado en Zona 2 (cuyo límite es 45 dB(A) en horario nocturno de 21:00 a 7:00



hrs), se efectuó la medición de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 68 dB(A), implicando una excedencia contaminante de 23 dB(A).

Cuadragésimo. Que, este Tribunal constata entonces, que los elementos fundamentales y que dan contorno a los hechos, circunstancias, características generales y específicas sobre la medición del Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC), incluyendo horarios, emplazamiento del denunciante afectado, como la ubicación precisa dentro del domicilio del mismo, cumplen con los estándares y normativas imperantes, no siendo necesario ni exigible la medición en la fuente, ni la bitácora en el Hotel Gavina cuando se le comunica sobre la medición en el receptor afectado, como pretende la parte reclamante.

Cuadragésimo primero. En este sentido, el razonamiento del Tribunal advierte que el reclamante confunde y pretende exigir elementos contextuales y del proceder del fiscalizador no contemplados en su procedimiento contenido en la Res. Ex. N°1184/2015, ni por Guía de la SMA para el llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental, ni por la Res. Ex. N°867/2016 que Aprueba Protocolo Técnico para la Fiscalización del DS N°38/2011 y exigencias asociadas al Control del Ruido en instrumentos de competencia de la SMA, ni por su Protocolo Técnico para la Fiscalización y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA; más aún, pretende obtener garantía y derechos inexistentes, incluso mayores que aquel al cual afecta con el ruido generado por su incumplimiento normativo.

Cuadragésimo segundo. Por todo lo anterior, esta alegación del reclamante no puede prosperar, tal como se señalará en lo dispositivo de la sentencia.

Cuadragésimo tercero. Por último, **sobre otras supuestas irregularidades del procedimiento**, este Tribunal advierte que todos los documentos, contenidos en el Expediente de Fiscalización DFZ-2018-2491-I-NE, así como en el acta de inspección, acta de reunión, antecedentes del titular fuente, antecedentes del receptor y otros anexos son parte integrante y constitutivo de la aplicación del rol de fiscalización que le compete a la Superintendencia, y en particular el Reporte Técnico que se encuentra regulado en literal d) del artículo 15 de DS N°38/2011.

Cuadragésimo cuarto. Además, se advierte por esta magistratura que, la Superintendencia ha dado estricto cumplimiento a la Res. Ex. N°693/2015, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para

Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido, según los documentos tenidos a la vista y analizados por estos sentenciadores.

Cuadragésimo quinto. Que, en lo que respecta a la desactualización puntual del SNIFA, y que el reclamante alega como un vicio de ilegalidad, si bien es reprochable todo retraso por parte de la Administración del Estado, esta fue reconocida y corregida por la Superintendencia, situación que se constata en el link <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2045> , no constituyendo un vicio esencial que vuelque al acto reclamado ilegal per sé.

Cuadragésimo sexto. A mayor abundamiento, dichas circunstancias no afectaron los derechos del regulado, ni menos sus posibilidades de actuación para aportar con nuevos antecedentes que pudieran dar cuenta de su rol proactivo en el tratamiento de su incumplimiento normativo y de afectación a sus vecinos; dado que Hotel Gavina se notificó del procedimiento con fecha 05 de noviembre de 2019, sobre la Rex. Ex. N° 1 de fecha 28 de octubre de 2019 de la SMA, por lo que, a juicio de estos sentenciadores, no existió afectación al derecho de defensa toda vez que los cargos se formularon mucho antes de la pandemia y no fueron afectados por la falta de publicación posterior.

Cuadragésimo séptimo. Por lo demás, es el propio Gerente General Sr. Hernán Cornejo Rocabado con fecha 31 de octubre de 2018, ya había reconocido los hechos denunciados en representación del titular, incluso comprometiendo acciones correctivas y de mitigación que serían realizadas por parte de Hotel Gavina.

Cuadragésimo octavo. Por último, respecto de la alegación referida a la recepción de la resolución sancionatoria en forma inesperada a que alude el reclamante, mediando el tiempo que habría perdido contacto con la SMA durante meses, este Tribunal estima que precisamente es responsabilidad del reclamante mantener diligentemente comunicación con el servicio que lleva su proceso de fiscalización y sanción, más aún y como ya se mencionó, la Res. Ex. N° 1 de fecha 28 de octubre de 2019, que inicia el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-156-2019, le fue notificada personalmente el 5 de noviembre de 2019.

Cuadragésimo noveno. Que, a mayor abundamiento, el tiempo de suspensión del procedimiento por la situación de emergencia sanitaria COVID 19 según las Res. Ex. N°518 del 23 de marzo de 2020, Res. Ex. N°548 del 30 de marzo de 2020 y Res. Ex. N°575 del 7 de abril de 2020, solo limitó la revisión del mismo entre el 23 de



marzo y el 30 de abril de 2020, no afectando por tanto los derechos del reclamante en dicho procedimiento.

Quincuagésimo. Que, por lo razonado precedentemente, este Tribunal concluye que en la alegación no puede prosperar, tal como se señalará en lo dispositivo de la sentencia.

II. Sobre la petición subsidiaria y la ponderación de los criterios del art. 40 de la LOSMA.

Quincuagésimo primero. En cuanto a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, la reclamante cuestionó alguno de los criterios usados para la ponderación de la sanción, solicitando a este Tribunal que ordene rebajar en todo o parte la multa impuesta.

Quincuagésimo segundo. Por su parte, la SMA indicó que se clasificó la infracción como leve ya que ésta generó un riesgo para la salud de la población, aunque no de carácter significativo. La resolución realizó un extenso análisis técnico referido a la infracción, donde se incorporaron los lineamientos de las bases metodológicas y las exigencias normativas de la LOSMA.

Quincuagésimo tercero. Se indicó por la Superintendencia que, para la determinación de la sanción, se consideró el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c del artículo 40 de la LOSMA) y el componente de afectación, el cual se basa en el valor de seriedad de la infracción, que fue determinado a través de la ponderación del riesgo causado en la salud de las personas (letra a y b del artículo 40 de la LOSMA) y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i del artículo 40 la LOSMA). Se ponderaron los factores de incremento y disminución del valor de seriedad, asociados particularmente a la falta de cooperación (letra i del artículo 40 la LOSMA), la irreprochable conducta anterior (letra e del artículo 40 la LOSMA) y la capacidad económica del infractor (letra f del artículo 40 la LOSMA).

Quincuagésimo cuarto. Que, además, para la determinación de la sanción la SMA consideró, como circunstancia extraordinaria, el impacto de la pandemia de COVID 19 que se encuentra actualmente en curso. Así, ponderó que el manejo sanitario de la pandemia ha generado restricciones a los derechos de las personas, que han significado un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando



transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según su tamaño económico o giro. De ahí que se internalizaron en la determinación de la sanción los efectos económicos que la pandemia ha implicado. En la determinación de la sanción de Hotel Gavina se aplicó un factor de ponderación base de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor como gran empresa 1, resultando en una disminución de la sanción a aplicar.

Quincuagésimo quinto. Se señala por el órgano reclamado que en el caso concreto, no se aplicaron las siguientes circunstancias: i) Intencionalidad, ya que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma; ii) El grado de participación ya que se entiende que el titular es el autor de la infracción; iii) La conducta anterior negativa tampoco se consideró, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional. Tampoco hubo detrimento o vulneración en un Área Silvestre Protegida del Estado ("ASPE"), ni presentación de Programa de Cumplimiento ("PdC").

Quincuagésimo sexto. Prosigue la Superintendencia señalando que, sin embargo, las circunstancias que si son relevantes para la determinación de la sanción: i) La cooperación eficaz, puesto que el infractor no habría realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de la misma. ii) Respecto de medidas correctivas, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor.

Quincuagésimo séptimo. Por todo lo anteriormente dicho es que la SMA estableció la multa en 84 UTA.

A. Respecto a la LOSMA.

Quincuagésimo octavo. Respecto al literal a, del artículo 40 de la LOSMA, que se refiere a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; la reclamante señala que la SMA no habría determinado cuál es el riesgo concreto, ni en la supuesta vinculación entre los hechos y un peligro concreto, y habría considerado que hay afectación en la calidad de vida por el mero hecho de existir un ruido, aunque provenga de un parlante o un elemento de sonido y su volumen sea moderado, sin atender a los elementos de contexto ni a las características específicas del o los



receptores. Además, agrega que el Salón La Gaviota del Hotel tendría un funcionamiento esporádico (fines de semana) y no periódico. De esta manera, no existiría ningún antecedente que permita concluir, fehacientemente, que el incumplimiento a la normativa haya ocurrido con habitualidad y menos de forma permanente en el tiempo.

Quincuagésimo noveno. A este respecto la SMA señaló que en este caso si se generó un peligro concreto a la salud de las personas. Si bien no existen antecedentes para confirmar la existencia de un daño producto de la infracción, es posible afirmar que si existió un riesgo. La Res. Ex. N°992/2020 evaluó si los antecedentes permitían concluir que existió un peligro y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro. Respecto al peligro específico del ruido nocturno, la resolución reclamada señala que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño, calidad de vida y bienestar de las personas. Incide también en la generación de efectos emocionales negativos. Por otro lado, la infracción habría generado un riesgo o peligro concreto a la salud de la población, puesto que, en el presente caso, se habrían verificado los elementos para configurar una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, el riesgo.

Sexagésimo. Para la determinación de la infracción, y específicamente para la ponderación de la importancia del riesgo generado, la SMA indicó que se consideró la excedencia real de las emisiones sonoras sobre el límite que establece el DS N°38/2011, que es de una magnitud de 23dB(A), y no respecto de los límites que recomienda la Guía de la Organización Mundial de la Salud.

Sexagésimo primero. Para determinar la importancia generada por la infracción del Hotel Gavina, la SMA consideró la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor, pidiendo expresamente información al titular respecto de la frecuencia de funcionamiento, a lo que el reclamante no respondió, por lo que debió utilizar las máximas de la experiencia concluyendo que tendría un funcionamiento periódico acotado principalmente a los fines de semana, teniéndose por acreditado el riesgo a la salud de las personas por presión sonora emitida por la fuente.

Sexagésimo segundo. Respecto al literal b, la reclamante cuestionó la determinación efectuada por la SMA en relación al número de personas potencialmente afectadas por la infracción, ya que la mayor parte del área de influencia no correspondería a una zona residencial o de descanso, sino que predominaría la presencia de colegios, universidades, instituciones públicas, etc.



Sexagésimo tercero. La reclamada señala que se utilizó un criterio conservador interceptando el área de influencia con la cobertura georreferenciada de las manzanas censales llegando a una cantidad de 1.056 personas potencialmente afectadas versus 17.000. La estimación efectuada en base al Censo de 2017 resulta del todo legal y ajustada al criterio establecido por las Bases Metodológicas de la SMA, así como por la judicatura ambiental.

Sexagésimo cuarto. Respecto al Literal f, la reclamante señala que la capacidad económica de la empresa no habría sido debidamente ponderada por la SMA, al haber considerado la información "autodeclarada" por el titular ante el Servicio de Impuestos Internos ("SII") el año 2019, correspondiente al año comercial 2018. La SMA tendría que haber tenido también a la vista los estados financieros de la empresa correspondientes al año 2019 e, idealmente, los del primer semestre del año 2020. Se indica además, que el Hotel se habría visto afectado por la situación económica desde octubre de 2019 a la fecha por el estallido social y luego por la pandemia de COVID-19.

Sexagésimo quinto. La SMA a su vez indica que esta alegación debe ser rechazada atendido que: (i) los antecedentes acompañados en sede de reclamación debieron ser presentados en el procedimiento administrativo sancionador; (ii) los antecedentes aportados no controvierten la ponderación realizada por la SMA; (iii) la SMA utilizó la última clasificación por tamaño económico del SII publicada a la fecha, basada en las ventas anuales, que permite realizar una comparación objetiva entre empresas.

Sexagésimo sexto. Agrega que el titular acompaña antecedentes en la reclamación, no habiéndolo hecho en sede administrativa, por lo que estos antecedentes no formaron parte del procedimiento sancionatorio y no deben ser considerados en sede judicial.

Sexagésimo séptimo. El órgano reclamado indicó que, de acuerdo a los antecedentes aportados por el SII, se determinó que Gavina Hotel Limitada corresponde a una empresa Grande 1, a las que, de acuerdo a las Bases Metodológicas corresponde aplicar una reducción por factor de tamaño económico, en el rango de 62,5% a 100%, atendido su tamaño económico la SMA aplicó un factor de 81,3% para la determinación de la sanción. Mediante Res. Ex. N° 2567, de 30 de diciembre de 2020, la SMA resolvió rectificar la resolución sancionatoria, ya que se habría incurrido en un error de escritura al indicar que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción tamaño económico, que sí había sido



considerado al determinar la sanción. Además, se consideró en el acto reclamado la circunstancia de la pandemia.

Sexagésimo octavo. Sobre la ponderación de la circunstancia de cooperación del titular, el reclamante controvierte que la SMA consideró la falta de cooperación de la misma, indicando que, el acta de inspección señala que durante el desarrollo de la actividad no existió oposición al ingreso, ni se solicitó el auxilio de la fuerza pública, existiendo colaboración por parte de los fiscalizados en todo momento.

Sexagésimo noveno. La SMA señaló a su vez que la cooperación en la investigación y procedimiento, analiza el comportamiento o conducta del infractor en relación a su contribución al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, durante el proceso de investigación y/o durante el procedimiento sancionatorio y pretende generar un incentivo para obtener la colaboración por parte del infractor, permitiendo considerar la cooperación eficaz o la falta de cooperación del infractor. Cuestión que en los hechos no ocurrió por parte del titular, al no realizar ninguna actuación durante el procedimiento sancionatorio, salvo la presentación de 31 de octubre de 2018; la que tampoco fue cumplida por Hotel Gavina.

Septuagésimo. En virtud de lo anterior, se configura la circunstancia de falta de cooperación para efectos de aumentar el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar, ya que el recurrente no ha cooperado de forma alguna con el esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40.

Septuagésimo primero. En cuanto a la petición subsidiaria formulada por la reclamante de autos, este Tribunal procederá a pronunciarse en forma conjunta respecto a las dos sub alegaciones de las controversias planteadas por las partes.

Septuagésimo segundo. Que, el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, señala las circunstancias que en cada caso corresponde aplicar para la determinación de la sanción. La cuestión a resolver, a juicio de este Tribunal, es si existen ilegalidades en la aplicación y ponderación de las circunstancias identificadas por la Superintendencia para la aplicación de la sanción.

Septuagésimo tercero. De los antecedentes tenidos a la vista y analizados por estos sentenciadores, se evidencia que la Superintendencia consideró para la determinación de la sanción, tanto el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción



según el literal c) del artículo 40 de la LOSMA, como el componente de afectación, el cual se basa en el valor de seriedad de la infracción, el cual fue determinado a través de la ponderación del riesgo causado en la salud de las personas (literales a) y b) del artículo 40 de la LOSMA) y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (literal i) del artículo 40 de la LOSMA).

Septuagésimo cuarto. Además, en el componente de afectación, se ponderaron los factores de incremento y disminución del valor de seriedad, asociados particularmente a la falta de cooperación (literal i) del artículo 40 de la LOSMA), la irreprochable conducta anterior (literal e) del artículo 40 de la LOSMA) y la capacidad económica del infractor (literal f) del artículo 40 de la LOSMA).

Septuagésimo quinto. Este Tribunal verifica que la ponderación del literal a) del artículo 40 de la LOSMA, referido a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado y que la superación de los niveles de presión sonora constatada durante el procedimiento sancionatorio, permitieron determinar que la infracción en el presente caso generó un riesgo a la salud de la población, puesto que el ruido es un agente que posee la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor y que en el caso *sublitem* se verificaron los elementos que configuran la ruta de exposición completa. Para ponderar la importancia del riesgo, se consideró la magnitud de la superación sobre el límite normativo, esto es los 23 dB(A), lo cual implica un aumento en un factor multiplicativo de 199,5 en la energía del sonido aproximadamente; y, la frecuencia del funcionamiento de la fuente que, dada la naturaleza de la actividad, tendría un funcionamiento periódico. Esto se desprende de las evidencias de la fiscalización, la publicidad respecto a eventos periódicos en la página web del Hotel Gavina, y al hecho que el reclamante en ningún momento entregó antecedentes en contrario durante el procedimiento sancionatorio. Es más, reconoció los hechos, presentó una carta de su Gerente General con medidas de mitigación, que hasta la fecha de esta sentencia no se han verificado ni tampoco se ha evidenciado un cumplimiento parcial.

Septuagésimo sexto. Respecto de la revisión de aplicación del literal b) del artículo 40 de la LOSMA, referida al número de personas cuya salud pudo ponerse en riesgo por la infracción, este Tribunal estima que el actuar de la Superintendencia es razonable y legal, cuando realiza su estimación que solo 1.056 personas de un total de 17.000 por distrito censal, que habitan en el buffer identificado como Área de Influencia ("AI"), aproximando a 316

metros de distancia de la fuente, considerando edificios principales cercanos, cuya población sensible se encuentran potencialmente afectadas por la fuente emisora, valor por lo demás conservador en la práctica al entender que dicha zona II tiene un carácter de residencial mixto, en la cual la población procura su tranquilidad, descanso y calidad de vida.

Septuagésimo séptimo. Que para este Tribunal, ambos literales (a y b del artículo 40 de la LOSMA) son vitales en su análisis, ya que sobre ellos también pesa el principio precautorio y se condice con los derechos constitucionales a la salud y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, ello incluye la contaminación acústica y sus efectos sobre la salud y calidad de vida, como lo ratifica la Organización Mundial de la Salud (OMS), refiriendo a los efectos en la salud y calidad de vida del ruido nocturno en el documento "Night Noise Guidelines for Europe (2009)²", donde señala "para la prevención primaria de efectos subclínicos adversos en la salud de la comunidad relacionados con el ruido nocturno, se recomienda que la comunidad no debe estar expuesta a niveles de ruido superiores a 40 dB durante el periodo nocturno, cuando la mayoría de la gente se encuentra durmiendo", valor que incluso es más estricto a norma DS N°38/2011 que recoge estas orientaciones; afirmando que este límite basado en salud, es necesaria para proteger a la comunidad, incluyendo grupos más vulnerables como niños, enfermos crónicos y los ancianos.

Septuagésimo octavo. Además, estos sentenciadores constataron tanto del expediente administrativo y sancionatorio, como de las alegaciones en estrado, que desde la fiscalización realizada por la SMA hasta la formulación de cargos pasó casi un año, tiempo en el que Hotel Gavina habiendo presentado una carta de voluntad de soluciones colaborativas, finalmente no acreditó ni justificó ningún avance en ellas, ni siquiera un programa o minuta orientadora para sus actividades donde se generan ruidos molestos, con el fin de cumplir con la normativa vigente y cuidar de la salud y calidad de vida de las personas.

Septuagésimo noveno. Que respecto al literal f) del artículo 40 de la LOSMA, referido a la capacidad económica del infractor; se evidencia una ponderación razonable y dentro del ámbito de discrecionalidad que tiene la Superintendencia, toda vez que se aplicó un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción asociado a la circunstancia de capacidad económica de

² Hurtley, C. (Ed.). (2009). Night noise guidelines for Europe. WHO Regional Office Europe.



81,3%, de entre un rango de 62,5 a 100%, para el Hotel Gavina que corresponde a una empresa categorizada como Grande 13, según el SII.

Octogésimo. Además, durante todo este espacio de tiempo, el titular obtuvo un beneficio económico, ya que se siguieron realizando actividades en dichos salones del hotel como eventos y fiestas, las que fueron publicitadas en plataformas digitales, incluyendo la página web del titular, tal como consta en el expediente administrativo y judicial. De esta manera, del expediente administrativo, así como de la reclamación de autos, no surgen antecedentes que alteren la presunción de legalidad del acto administrativo. En efecto, la alegación del reclamante no contiene antecedentes que permitan desvirtuar las conclusiones de la Superintendencia, en el sentido de considerar que hubo un riesgo para la salud de las personas que no tiene carácter de significativo, es más, se evidencia que por un lado la clasificación de la infracción se ajustó de grave a leve, y que dentro de la determinación del valor de la multa se consideró y ponderó las afectaciones económicas que el Hotel Gavina pudo tener por la pandemia de COVID 19.

Octogésimo primero. Que, así las cosas, a juicio de este Tribunal, la ponderación de la sanción se encuentra dentro de las facultades discrecionales de la Superintendencia de conformidad al art. 40 de la LOSMA, no apreciándose en el expediente sancionatorio arbitrariedad alguna que permita a estos sentenciadores declarar como ilegal el acto administrativo impugnado. De esta forma, tampoco corresponde a este Tribunal determinar el contenido discrecional del mismo como ajustar el valor de la multa sancionada, ya que es una potestad privativa del órgano administrativo.

Octogésimo segundo. Que, en virtud de lo razonado precedentemente, este Tribunal concluye que la reclamación en este punto no puede prosperar, por lo que también se rechazará en la parte resolutive de esta sentencia.

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.

³ Superintendencia del Medio Ambiente (2017). Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Ministerio de Medio Ambiente de Chile. P.38.



SE RESUELVE:

- I. Rechazar la reclamación interpuesta a fs. 1 y siguientes de autos, en todas sus partes, en contra de la Resolución Exenta N° N°992 de fecha 12 de junio de 2020, emitida por la Superintendencia del Medio Ambiente, declarando la legalidad de la misma.
- II. No condenar en costas al reclamante, por tener motivos plausibles para litigar.

Acordada con la prevención del Ministro Sr. Hernández, quien señala que solo a fin de mejorar en forma práctica los procedimientos con los regulados, considera relevante que la Superintendencia de Medio Ambiente, 1) perfeccione y adapte la forma proceder a practicar la notificación en contexto COVID19, utilizando las vías más idóneas y expeditas, a fin de mejorar la comunicación y acceso a la información por parte de los regulados; y 2) Explícite de manera formal la utilización de criterios de la Cámara de Comercio entre otros organismos, con el fin otorgar conocimiento a los administrados de los criterios excepcionales por ella utilizados.

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Marcelo Hernández Rojas.

Rol N° R-40-2020

Pronunciada por el Primer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Mauricio Oviedo Gutiérrez, Sr. Marcelo Hernández Rojas y Sr. Juan Opazo Lagos.



Autoriza el Secretario Abogado (S) del Tribunal, Sr. Pablo Miranda Nigro.

En Antofagasta, a doce de febrero de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario y correo electrónico la sentencia precedente.