

Valdivia, veintisiete de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

1. Con fecha 7 de marzo de 2018, a fs. 1 y ss., el Sr. José Antonio Santander Gidi, abogado, RUN N° 10.980.332-4, domiciliado en Avda. Santa María N° 2450, comuna de Providencia, provincia de Santiago, en representación judicial convencional de la empresa EBCO S.A -en adelante «Reclamante» o «Empresa»-, RUT N° 96.844.950-8, del mismo domicilio, interpuso ante este Tribunal recurso de reclamación conforme al art. 17 N° 3 de la Ley N° 20.600 - en adelante «LTA»-, contra la Res. Ex. N° 206, de 16 de febrero de 2018, -en adelante «Resolución reclamada»-, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente -en adelante «SMA» o «Reclamada»-, por la que se puso término al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-031-2017, seguido en contra de la Reclamante, y le impuso una multa equivalente a 42 Unidades Tributarias Anuales -en adelante «UTA»-, producto del incumplimiento de la norma de emisión de ruidos para fuentes estacionarias, establecida en el Decreto Supremo N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente -en adelante «norma de ruido»-.

A. Antecedentes del acto administrativo reclamado

2. De los antecedentes administrativos acompañados al informe de la SMA, a fs. 137 y ss., consta que:
 - a) El 24 de abril de 2015, la Ilustre Municipalidad de Concepción recibió la denuncia formulada por doce vecinos de la faena de construcción de un edificio en el sector céntrico de la ciudad de Concepción, de titularidad de la Reclamante, cuyos trabajos les ocasionarían diversos perjuicios, fundamentalmente por las emisiones de ruido causadas por el uso de maquinaria pesada, retroexcavadoras, grúas, camiones, y otros similares.



- b) El 13 de mayo de 2015, mediante Ord. N° 102, la Municipalidad remitió a la Oficina Regional de la SMA, la antedicha denuncia, solicitando se efectuaren las fiscalizaciones respectivas.
- c) El 19 de mayo de 2015, mediante Ord. OBB N° 037, la Oficina Regional del Biobío, encomendó a la Secretaría Regional Ministerial de Salud -en adelante «Seremi de Salud»- la fiscalización de la obra denunciada.
- d) El 14 de agosto de 2015, la Seremi de Salud llevó a cabo la citada fiscalización, según da cuenta Acta de Inspección Ambiental.
- e) El 16 de noviembre de 2015, la División de Fiscalización de la SMA, remitió a la División de Sanción y Cumplimiento -en adelante «DSC»- de dicho organismo, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-1805-VIII-NE-1, que dio cuenta y analizó la fiscalización realizada por la Seremi de Salud.
- f) El 19 de mayo de 2017, mediante Res. Ex. N° 1/D-031-2017, la SMA formuló cargos contra la Reclamante, por incumplimiento del art. 36 letra e) de la Ley Orgánica de la SMA -en adelante «LOSMA»- en relación con los límites máximos del art. 7° de la norma de ruido.
- g) El 16 de febrero de 2018, la SMA dictó la Resolución Reclamada, estimando configurada la infracción imputada e imponiendo a la Reclamante una multa de 42 UTA.

B. Antecedentes del proceso de reclamación

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

- a) A fs. 1, con fecha 7 de marzo de 2018, la Empresa interpuso ante este Tribunal recurso de reclamación en contra de la Resolución reclamada; en éste solicitó dejar sin efecto la Resolución Reclamada, o, en subsidio, que se aplique la sanción de amonestación

por escrito, o que se rebaje total o parcialmente la multa impuesta, con costas.

- b) A fs. 90 y ss., con fecha 3 de abril de 2018, la Reclamante acompañó los siguientes documentos: i) Informe de evaluación de ruido del edificio «Concepto Now», de fecha agosto de 2015, elaborado por la consultora ambiental «ECOS»; ii) Copia del certificado de título profesional del autor. A fs. 120, este Tribunal resolvió tener por acompañados los documentos.
- c) A fs. 121 y ss., con fecha 9 de abril de 2018, la Reclamada evacuó el informe requerido por el Tribunal; además, acompañó copia autenticada del expediente administrativo sancionatorio que dio origen a la Resolución Reclamada, y copia de la Res. Ex. N° 867, de fecha 16 de septiembre de 2016, dictada por la SMA, que contiene el protocolo técnico para la medición de la norma de emisión de ruido -en adelante «Protocolo Técnico de 2016»-; a lo que este Tribunal resolvió a fs. 275, tener por evacuado el informe y por acompañados los documentos.
- d) A fs. 276, con fecha 17 de abril de 2018, este Tribunal decretó autos en relación.
- e) A fs. 308, obra certificación de haberse realizado la audiencia de alegatos con fecha 3 de mayo de 2018, a las 10.00 horas.
- f) A fs. 309, con fecha 3 de mayo de 2018, obra nota de acuerdo; y, a fs. 310, con igual fecha, se designó como ministro redactor al Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, del análisis de los argumentos de las partes, expuestos en sus presentaciones, documentos y alegaciones vertidas en audiencia, el Tribunal determina que existen las siguientes controversias:

- 1) Error en los supuestos de hecho en que se funda la sanción.

- 2) Error respecto de la ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.
- 3) Falta de fundamento respecto de la sanción e indeterminación de su cuantía.

Conforme a lo anterior, el Tribunal procederá a resolver las controversias en el orden que se ha planteado.

1) Error en los supuestos de hecho en que se funda la sanción

SEGUNDO. Que, respecto del hecho que funda la infracción, la Reclamante está conteste en que la inspección de la Seremi de Salud se desarrolló el día 14 de agosto de 2015, entre las 14:30 h y 15:10 h, y que consistió en una medición externa del nivel de presión sonora en el edificio ubicado en Ongolmo N° 551, al costado inmediato de la construcción denunciada, actividad que consta en el Acta de Inspección Ambiental de 14 de agosto de 2015 y su Anexo «Acta: Detalles de Actividad de Fiscalización (DFZ-2015-1805-VIII-NE-IA)», que rola a fs. 190 y ss. de autos.

TERCERO. Que, sin embargo, la Reclamante señala que la medición efectuada por Seremi de Salud incurre en un error metodológico que invalida las conclusiones, al no hacer la corrección de la medición con el ruido de fondo existente, pues el acta señala *«ruido de fondo correspondiente a tráfico vehicular, no afecta la medición asociada a la fuente emisora asociada»*. Añade que, dado el entorno del lugar -con alto tráfico vehicular por calle Ongolmo y circulación de locomoción colectiva por calle Freire-, y la fecha y hora de la medición -hora de alta congestión vehicular-, la medición del ruido de fondo era necesaria. Según las mediciones en las que se basa el informe de la consultora ambiental «ECOS», a fs. 101 de autos, en dicha situación el ruido de fondo alcanza un nivel 15 decibeles (en adelante «dB(A)») más bajo que el nivel de presión sonora corregido (En adelante, «NPC»). Siendo así, este valor debió considerarse para determinar el NPC, y determinar si existía incumplimiento de la norma de emisión. Todo ello

lleva a la Reclamante a afirmar que la sanción carece de motivos, siendo nula la Resolución Reclamada.

CUARTO. Que, por su parte la Reclamada, a fs. 127 y ss. de autos, señaló que la medición fue correcta, ya que el ruido de fondo puede descartarse si éste no es perceptible en presencia de la fuente emisora, conforme al art. 19 de la norma de emisión: *«En el evento que el ruido de fondo afecte significativamente las mediciones, se deberá realizar una corrección a los valores obtenidos en el artículo 18°»*. Añadió la SMA que, al momento de la medición, se evalúa si el ruido de fondo es percibido en presencia de la fuente emisora, lo que permitiría definir si éste afecta o no significativamente la medición; si se identifica sólo la fuente, no es preciso medir el ruido de fondo para comprobar que no afecta.

QUINTO. Que, agregó la SMA, este criterio práctico concuerda con el punto 9.3 de su Protocolo Técnico de 2016, que indica que *«la afectación del ruido de fondo sobre el campo sonoro de la fuente, puede ser evaluado mediante dos criterios, uno técnico, que se basa en medir ambos niveles y compararlos, comprobándose que estos no se afectan y estableciendo las correcciones que correspondan según la normativa; y uno práctico, basado en la percepción clara de una única fuente predominante, pudiendo descartarse cualquier otra fuente de ruido»*. Por ello, añadió la Reclamada, el que, durante la operación, los fiscalizadores de la Seremi de Salud hayan determinado que el ruido de fondo no afectaba la medición, sin necesidad de medirlo, tiene justificación técnica.

SEXTO. Que, agregó la Reclamada, que el mismo informe acompañado en autos por la Reclamante, elaborado por la consultora ambiental "ECOS", reafirman esta decisión, pues señala que la norma de emisión se incumple respecto del punto receptor R3, que está en una ubicación similar a la del punto desde donde se realizó la fiscalización. En resumen, que la fuente emisora supera el límite de la norma de emisión vigente, ya sea aplicando el criterio práctico de la Seremi de Salud, o el criterio técnico del informe aportado por la Reclamante.

SÉPTIMO. Que, el Tribunal considera que la controversia versa sobre si la fiscalización de Seremi de Salud ha incurrido a

una violación a la metodología de medición de ruido, y si esa vulneración significó la invalidez técnica de las conclusiones acerca de la existencia de una infracción. Para aclarar el punto anterior, en audiencia de alegatos consultó el Tribunal al abogado de la SMA, si el criterio práctico aplicado por Seremi de Salud estaba refrendado en algún documento oficial anterior a la adopción del Protocolo Técnico de 2016. A esto contestó dicho apoderado que la decisión se basó en el documento *«Manual de Aplicación: Norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas D.S. N° 146/97 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia»*, elaborado el año 2000, por la hoy desaparecida Comisión Nacional del Medio Ambiente -en adelante, *«Manual de CONAMA»*-, que contenía una provisión idéntica a la del Protocolo Técnico de 2016. Tal aseveración, referente al procedimiento indicado en el Manual de CONAMA, no fue contradicha en audiencia por la Reclamante, lo que es comprensible por ser de público conocimiento de fiscalizadores, empresas y consultores.

OCTAVO. Que, el Manual de CONAMA, en su sección 5.3, relativo a la medición, específicamente su párrafo 5.3.1., punto 4, indica que se requiere establecer cuál es la fuente emisora, para lo cual se debe *«verificar si el ruido producido por la fuente es claramente identificable auditivamente del resto de los ruidos que existan (ruido de fondo). En caso de no ser así, se recordará que se debe medir el ruido de fondo con el procedimiento respectivo»*, lo que concede un margen de apreciación al fiscalizador. Este mismo criterio fue recogido en el Protocolo Técnico de 2016, en su punto 7.3.3, que referencia a su punto 9.3.

NOVENO. Que, la evidencia presentada por la misma Reclamante, consistente en medir el ruido de fondo y determinar el NPC, muestra que se incumple la norma de emisión en el punto receptor R3, cercano en ubicación al punto donde se realizó la medición por Seremi de Salud. Por tanto, confirma que la determinación práctica, que por demás está permitida tanto en el Manual de CONAMA como en el Protocolo Técnico de 2016, fue correcta. También confirma que no hay error en la determinación del hecho

que funda la infracción, razón por la cual, se rechazará esta alegación de la Reclamante.

2) Error respecto de la ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA

DÉCIMO. Que la Reclamante sostuvo que la SMA se contradijo, pues por una parte concluyó que no hay afectación grave ni riesgo significativo a la salud de la población, clasificando el incumplimiento de la norma de ruido como infracción leve según el art. 36 núm. 3 de la LOSMA, pero por otra, luego señaló que sí existió riesgo a la salud de las personas para aplicar la circunstancia del art. 40 letra a) de la misma ley.

UNDÉCIMO. Que, en ese sentido, expone que en el considerando 71° de la Resolución Reclamada se incurrió en contradicción, pues primero indicó que *«no se ha constatado de manera formal un perjuicio en la salud de los receptores sensibles»*, pero luego agrega que *«es posible concluir, razonablemente, que la actividad de la fuente emisora genera un riesgo para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la misma»*. Añade que la jurisprudencia ha determinado que, respecto del art. 40 letra a) de la LOSMA, hay que demostrar: un resultado -en forma de daño- o un peligro concreto -riesgo de daño, pero no daño- (sentencia R-33-2014, R- 128-2016, ambos del Segundo Tribunal Ambiental, R-15-2015, del Tercer Tribunal Ambiental).

DUODÉCIMO. Que, junto con lo anterior, la Reclamante hace presente que lo señalado en el considerando anterior sería -a su juicio- una infracción a la debida congruencia del acto administrativo sancionador.

DECIMOTERCERO. Que, además, sostuvo que la SMA fundó la existencia del riesgo derivado del ruido, a partir de información de la Organización Mundial de la Salud -en adelante «OMS», pero en la Resolución Reclamada no precisó cuál ese es peligro concreto que exige la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSM; pues sólo se refirió a una generalidad de externalidades negativas. Añadió, que la norma de emisión vigente eliminó la expresión *«ruidos molestos»*, dados los problemas de interpretación a que daba lugar; pues la molestia

no estaría directamente relacionada con un nivel de ruido determinado. Siendo así, agregó la Reclamada, todas las externalidades que generan molestias, si bien afectarían la calidad de vida de la población, no estarían -a juicio de la reclamante- consideradas en la norma de emisión vigente, sino cuando se identifiquen en concreto.

DECIMOCUARTO. Que, además, la Reclamante indicó que la jurisprudencia ha sostenido que la Administración se encuentra sometida al principio de exhaustividad, y 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»* (38.817-2017, Excma. Corte Suprema); y que dicho principio habría sido violado por la SMA, pues entendió configurada la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA atendida la mera existencia de ruido, sin haber sido exhaustiva en determinar con precisión cuál es el riesgo concreto.

DECIMOQUINTO. Que, para concluir, la Reclamante señaló que, al no existir un daño, ni un peligro concreto que lo distinga de una mera molestia, ni tampoco claridad en las razones por las que se determina este peligro como de importancia media, hace que esta parte de la Resolución Reclamada sea ilegal por falta de fundamentación adecuada.

DECIMOSEXTO. Que, la Reclamada, por su parte, indicó que la Reclamante confundió los términos «riesgo significativo» del art. 36 núm. 2 letra b) de la LOSMA, con el de «importancia del peligro ocasionado», del art. 40 letra a) de la misma Ley. Añadió que la empresa confundió dos momentos sancionatorios distintos: la clasificación de la infracción y la determinación de la sanción específica a aplicar; pues estos serían momentos distintos, dentro de la lógica específica establecida por la LOSMA, tanto en su finalidad jurídica como en las premisas de hecho que deben ser acreditadas para determinar su procedencia en cada caso.

DECIMOSEPTIMO. Que, añadió la Reclamada, la aplicación de la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA, requirió la verificación de un riesgo concreto, lo que también es necesario

para clasificar un hecho como infracción grave según el art. 36 núm. 2 letra b) de la misma ley. Pero, en este último caso, según expuso la Reclamada, se trata de un riesgo concreto que además sea significativo, y en eso radica la diferencia entre ambos. Agregó que, en el procedimiento administrativo, se determinó un riesgo concreto, pero no su significancia -ya que para hacerlo debía contar datos sobre las condiciones etarias, fisiológicas y psicológicas de la población expuesta, los cuales no constaban en el expediente administrativo- y, por tanto, clasificó el hecho como infracción leve. Luego, al momento de la individualización de la sanción, sí tuvo en cuenta la existencia de ese riesgo concreto, aplicando la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA.

DECIMOCTAVO. Que, continuó la SMA, se determinó la configuración de la circunstancia del art. 40 letra a) de LOSMA, entre los considerandos 67 a 72 de la Resolución Reclamada. En ella se expusieron los fundamentos para determinar el riesgo concreto, así como su importancia; teniendo en cuenta la cercanía entre la fuente emisora del ruido y los receptores, la magnitud de las superaciones constatadas respecto de los límites permitidos, la frecuencia estimada de las superaciones de acuerdo al funcionamiento de la fuente emisora y, por último, el peligro vinculado a la infracción en base al conocimiento científicamente afianzado: La OMS reconoce que las emisiones de ruido, en niveles por sobre la norma permitida producen efectos cardiovasculares, respuestas hormonales con posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y sistema inmune, rendimiento en el trabajo y la escuela, molestia, interferencia en el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental, siendo mayor el efecto cuanto más prolongada sea la exposición al ruido.

DECIMONOVENO. Que a través de evidencia documental, añadió la SMA, fue posible determinar el número de personas aproximado cuya salud fue puesta en riesgo, al estar expuestas al peligro ocasionado por la presión sonora emitida por la fuente. Además, que, dado el conocimiento científico afianzado, a mayor nivel

de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, y, por tanto, mayor es el riesgo ocasionado. También que, a través de una presunción, la frecuencia de exposición al ruido por parte del receptor fue alta, pues la construcción de las inmobiliarias se desarrolla durante el día, de lunes a sábado.

VIGÉSIMO. Que, a juicio del Tribunal, la presente controversia contiene un elemento interpretativo y otro probatorio. El primero viene dado por la discrepancia en cuanto lo exigido en el art. 36 núm. 2 letra b), el art. 36 núm. 3, y el art. 40 letra a), todos de la LOSMA. El segundo viene dado por la discrepancia de sí, dados los antecedentes del procedimiento administrativo, la SMA pudo concluir válidamente que existía riesgo concreto para aplicar la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA.

VIGÉSIMO PRIMERO. Que, respecto de la controversia interpretativa, debe recordarse que la existencia de infracciones en la LOSMA únicamente se determina según su art. 35, norma que establece el núcleo básico de la infracción, la que en ciertos supuestos de hecho debe complementarse con referencia a actos administrativos de efecto general, es decir, de tipo reglamentario, como lo son las normas de emisión. De esta forma, la medición de ruido permite conocer la presión sonora del emisor -hecho- y se contrasta con el nivel permitido por la norma de emisión -supuesto de hecho-, lo que supone el ejercicio de subsunción del art. 35 letra c). Si esto resulta en una superación del límite permitido por la norma de emisión, se considerará que existe infracción. Al respecto, el Tribunal ya ha concluido que se ha demostrado que existe infracción a la norma de ruido.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, configurada la infracción, el art. 36 de la LOSMA exige que ésta se clasifique en términos de gravedad: gravísima, grave o leve. Esta norma conlleva nuevamente un ejercicio de subsunción. En el presente caso, importa su ejercicio sólo respecto del art. 36 núm. 2 letra b), y el art. 36 núm. 3 de la LOSMA. Para el primero, la norma exige que se constate que se ha generado un riesgo

significativo para la salud de la población, pero si no se puede constatar ni ese ni cualquier otro supuesto de hecho del art. 36 núm. 2, entonces la infracción debe clasificarse como leve (ya que el art. 36 núm. 3 es residual). Como coinciden las partes, en ambos casos se trata de riesgo concreto, pero la Reclamante olvida que para efectos de la clasificación se exige además que sea significativo. Este último aspecto es valorativo, y su determinación quedará sujeta a las pruebas que hayan podido reunirse para acreditar la adecuada clasificación de la infracción configurada. En el presente caso, la SMA no consideró el daño como significativo, debido a que no encontró prueba suficiente para establecerlo durante el procedimiento sancionatorio.

VIGÉSIMO TERCERO. Que, estando las partes contestes en que es correcta la clasificación de la infracción como leve, la controversia se traslada a la aplicación de los criterios que determinan el monto de la sanción. Al respecto, el Tribunal concuerda con la SMA en que hay descripciones distintas en el supuesto de hecho del art. 36, núm. 2, letra b), y en el del art. 40 letra a) de la LOSMA.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, más allá de que las citadas normas cumplan funciones distintas, resulta contradictorio afirmar que un efecto que no fue considerado como significativo al momento de clasificar la infracción, luego sí sea considerado como importante, en cuanto a su gravedad, al momento de determinar el monto de la sanción. Así, entiende este Tribunal que <<significancia>> e <<importancia>> son conceptos equivalentes. No obstante lo anterior, esta contradicción a que se ha hecho referencia resulta residual para la determinación que se ha hecho de la sanción aplicada, toda vez que se estima que, en este caso, existe proporción entre la infracción cometida y la sanción aplicada.

VIGÉSIMO QUINTO. Que, respecto de la controversia probatoria, el Tribunal examinará, como ya indicó, si la SMA pudo concluir válidamente que existía riesgo concreto para aplicar la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA. En ese sentido, la SMA concluyó que la superación de la norma de emisión generó un riesgo a la salud de la población,

representada en el estimativo de habitantes en la zona amagada por los ruidos emitidos, de manera que este sobrepaso de la norma de ruido constituye riesgo para salud de las personas. Que, la Reclamante sostuvo que no se demuestra cuáles personas estarían concretamente en riesgo, lo que podría haberse demostrado, verificando si los vecinos fueron afectados en la forma que consigna la OMS en el documento señalado en considerandos previos. Sin embargo, yerra la Reclamante, por cuanto la falta de constatación de perjuicio en la salud de las personas no impide configurar el riesgo, puesto que lo que se sancionó por la SMA fue el riesgo que la superación de la norma de ruido tiene implícita en sí misma.

VIGÉSIMO SEXTO. Que lo medular es que todas las normas de emisión establecen límites que, si se incumplen, generan una situación de riesgo. Junto con ello, este riesgo será significativo, dependiendo de las condiciones específicas del entorno en donde se produzca. En el caso concreto de la norma de ruido, la superación del límite permitido crea una situación antijurídica manifiesta y, contrario a lo que sostuvo la Reclamante, la infracción incurrida se sanciona por el riesgo de que tal superación de la norma hubiere afectado al entorno, usándose para ello un criterio objetivo al cuantificar los individuos susceptibles de ser afectados en el lugar en que tal infracción se produjo. Así, el término «molestia», usado por la reclamante al referirse a la afectación concreta, no es el apropiado para definir los efectos de su infracción. En consecuencia, existiendo una superación objetiva de la norma de ruido, este Tribunal es de la opinión de que, a este respecto, la SMA también ha actuado conforme a Derecho.

3) Falta de fundamento respecto de la sanción e indeterminación de su cuantía

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que la Reclamante alegó que la SMA no fundamentó por qué su sanción fue una multa, en lugar de haber sido amonestada por escrito.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que la Reclamada contestó que su opción por la multa, en lugar de la amonestación, radicó primeramente en que se trató de una sanción que, conforme al art. 39 letra

c) de la LOSMA, se encuentra habilitada legalmente para aplicar, y que su adopción definitiva dependió de la ponderación de las circunstancias del art. 40 de la misma ley, sobre la infracción ya configurada, siempre teniendo a la vista la finalidad disuasiva de la sanción.

VIGÉSIMO NOVENO. Que al respecto, este Tribunal debe hacer presente que, para la individualización de la sanción, efectivamente se aplican las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, y que, dentro de la amplia discrecionalidad otorgada a la SMA por dicha ley a estos efectos, ella misma la ha moderado a través de sus bases metodológicas para la determinación de sanciones.

TRIGÉSIMO. Que según se expresa en la página 85 de dicho documento, una amonestación por escrito se considerará "*(i) si la infracción no ha ocasionado riesgo ni afectación al medio ambiente ni a la salud de las personas; (ii) si no se ha obtenido un beneficio económico con la infracción o este no ha sido de una magnitud significativa; (iii) si el infractor no cuenta con un conducta anterior negativa; (iv) si la capacidad económica del infractor es limitada; y, (v) si se ha actuado sin intencionalidad y con desconocimiento del instrumento de carácter ambiental respectivo, lo cual se pondera de acuerdo al tipo y alcance del instrumento*".

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, de un análisis de los antecedentes que tuvo a la vista la SMA, al momento de resolver el proceso sancionatorio, y del análisis que este Tribunal ha llevado a cabo, es posible concordar con dicha institución que en el caso concreto, no se cumplían 3 de los 5 requisitos que hacen posible la aplicación de una amonestación por escrito, en particular los de los ordinales (i), (ii) y (iv) antes señalados, toda vez que la Resolución Reclamada ha establecido que la infracción ocasionó riesgo concreto de afectación a la salud de las personas, que la empresa obtuvo un beneficio económico con la infracción, y que su capacidad económica está en la clasificación de empresa «Grande 4». Además, siendo estos criterios y razones de público conocimiento, y habiéndose hecho cargo de ellos en la resolución impugnada, la Reclamada no está obligada a justificar explícitamente en sus resoluciones

sancionatorias las razones que justifican la no aplicación de una amonestación por escrito, o incluso porqué la cuantía específica de la multa no es otra, inferior o superior. Si bien la administración está obligada a justificar la forma en que configura la infracción, la forma en que la clasifica y, por último, la forma en que determina la sanción en función de su propio instructivo, no está obligada a justificar las razones por las cuales desecha las demás posibilidades de sanción susceptibles de aplicar. Conforme a lo previamente señalado, se rechazará esta alegación de la Reclamante.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Que la Reclamante impugnó, además, la determinación de la cuantía de la multa, argumentando que la SMA, al realizar la ponderación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, se limitó a decir que la respectiva circunstancia «será considerada» para determinar la «sanción específica», pero sin especificar cómo esa circunstancia será considerada para determinar la sanción específica, y sin explicar qué significa eso ni cómo llega a dicha conclusión.

TRIGÉSIMO TERCERO. Que la Reclamada contradujo lo anterior, en cuanto indicó que la LOSMA únicamente exige una fundamentación suficiente que impida incurrir en decisiones arbitrarias, pero esto no puede conllevar a que se revele en el acto administrativo, y respecto de cada una de las circunstancias del art. 40, el factor numérico específico que se le otorgó en la ecuación para la determinación de sanciones. De lo contrario, se pasaría a un sistema de determinación de sanciones tarifado, que desnaturaliza la finalidad disuasiva de la sanción, y que elimina completamente su discrecionalidad.

TRIGÉSIMO CUARTO. Que, como este Tribunal ya señaló, la LOSMA otorga al Superintendente discrecionalidad, la que ha sido moderada a través de sus propias bases metodológicas para la determinación de sanciones. En ese sentido, de la revisión del expediente administrativo y de la Resolución Reclamada es evidente que la SMA constató hechos que subsumió en ciertas circunstancias del art. 40 de la LOSMA, y explicó cuál fue el proceso lógico para hacerlo.

TRIGÉSIMO QUINTO. Que, de esta forma, la fórmula de cálculo usada por la SMA, del análisis de la información especificada en la Resolución Reclamada, tomó en consideración, para la determinación de la multa que rola a fs. 271, por una parte, el beneficio económico determinado a fs. 258 de autos, y el componente de afectación que fue determinado a fs. 258 y 271 de autos, lo que se refleja en la fórmula $M = BE + CA$, donde "M" es la multa, "BE" es el Beneficio Económico del art. 40 letra c) de la LOSMA, y "CA" es el Componente de Afectación, concepto que agrupa las demás circunstancias del art. 40 de la misma ley. En este caso, la multa aplicada de 42 UTA, tiene un CA de 10,6 UTA, resultante de restar del total de la multa el BE que es de 31,4 UTA, según fs. 258 de autos.

TRIGÉSIMO SEXTO. Que, en cuanto al BE, que corresponde con la circunstancia del art. 40 letra c), esto es, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, este es un tema pacífico, en donde la Reclamante no ha hecho una alegación específica. Así, ya confirmada la superación del límite de la norma de inmisión de ruidos, los costos evitados fueron correctamente considerados, y además no fueron contradichos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en cuanto al CA, determinado en 10,6 UTA, puede apreciarse que el valor de seriedad de la infracción, ponderado de acuerdo a las circunstancias del art. 40 letras a), b), e i) de la LOSMA, sirvió de base para el cálculo de la multa asociada al componente de afectación. En ese sentido, el Tribunal ya confirmó que se configura el riesgo que exige el art. 40 letra a) de la citada ley.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Que, dado lo anterior, se configura el que la salud humana ha sido puesta en riesgo con motivo de la infracción, por lo que se determina el número de personas en dicha situación, según exige el art. 40 letra b) de la LOSMA. Para hacerlo, la SMA determinó el número aproximado de personas cuya salud fue expuesta a riesgo, a través del establecimiento del área de impacto de la fuente, considerando que la propagación de la energía sonora se realiza de forma esférica y que se atenúa por distancia. Esto resultó que, en condición de propagación sonora en campo libre, la norma de emisión se cumple a partir de un radio de 80 metros de la fuente, por lo

que el área del círculo que forma ese radio es donde se incumple, como consta a fs. 262 de autos. Luego se estimó el número de personas potencialmente afectadas dentro de dicha área, con la información del Censo 2002, además de la estimación de personas que habitan el edificio vecino a la construcción, concluyendo que la población total estimada de dicha área es de 865 personas, como consta a fs. 266 de autos; determinación que además no ha sido contradicha por la Reclamante.

TRIGÉSIMO NOVENO. Que, respecto del art. 40 letra i) de la LOSMA, en cuanto al criterio general establecido por la SMA denominado «importancia de la vulneración al sistema de protección ambiental», la Resolución reclamada indicó que, si bien aquélla existe en toda infracción, dicho parámetro de seriedad se pondera según la norma específica que se ha incumplido, y según la manera en que ha sido incumplida. Sin embargo, en el caso concreto, esta circunstancia no fue tomada en cuenta por la Reclamada para determinar el valor de seriedad.

CUADRAGÉSIMO. Que, además, dado que el CA fue determinado en 10,6 UTA, y considerando que sólo hubo un factor de ajuste aplicado, el del art. 40 letra e), relacionado con la conducta anterior del infractor, que en este caso se consideró irreprochable y por tanto operó como factor de disminución; es posible deducir que el monto asociado al valor de seriedad, previo ajuste del mismo, no debió ser mayor que 21,2 UTA. Lo anterior, considerando que la suma de los factores de disminución no puede superar el 50% de rebaja aplicable al valor de seriedad, como se expresa en las bases metodológicas de la SMA, en su página 60. Por ende, el puntaje de seriedad asociado a la infracción debió ser mayor que 0 y menor o igual que 15, basados en la función de la citada guía, figura 3.2, en su página 58. Este rango de puntaje está asociado a un valor de seriedad de entre 1 a 80 UTA aproximadamente, dada las distancias observadas en el gráfico de la función antes indicada, y su correspondencia con los valores indicados en los ejes X, Y. Por tanto, esto permite determinar que la SMA consideró que los criterios de seriedad estaban en la categoría

1. Determinada la categoría del valor de seriedad, el puntaje es asignado de manera discrecional, lo que no obsta a que la SMA deba fundamentar la existencia de los hechos que le permiten determinar el puntaje, y los que le permiten aplicar factores de aumento o disminución. Este ejercicio, como hemos visto, existe y no hay reproche alguno sobre su integridad y procedencia.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Que, en cuanto a la circunstancia comprendida en el art. 40, letra f) de la LOSMA, relativo a la capacidad económica del infractor, la reclamada se ha extendido respecto de ella en los considerandos 122 y ss., dando razón de la forma en que la empresa se categoriza como «Grande N°4» conforme a la clasificación que de ella ha hecho el Servicio de Impuestos Internos, lo que es una clasificación objetiva. Por lo anterior, estima este Tribunal que, tanto la clasificación asignada a la empresa, los fundamentos esgrimidos por la reclamada para ello, y la decisión razonada de no considerar esta circunstancia como factor de disminución global del CA, se han ajustado a Derecho.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Que, si bien las circunstancias restantes del art. 40 de la LOSMA fueron tratadas en detalle en la Resolución Reclamada, las mismas no fueron consideradas para el cálculo de la sanción pecuniaria, según se expresará en el considerando siguiente.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Que, como consta a fs. 45, la Resolución Reclamada indicó que, respecto de la conducta anterior del infractor, circunstancia indicada en el art. 40 letra e) de la LOSMA, esta se considerará como un factor de disminución del CA, por cuanto el infractor tiene una irreprochable conducta anterior. En ese sentido, como el factor de disminución del CA puede llegar a un 50%, el monto máximo que pudo aplicar la SMA en el valor de seriedad fue de 21,2 UTA. En todo caso, este Tribunal ya ha establecido que todas las demás circunstancias del art. 40 de la LOSMA, fueron correctamente aplicadas y valoradas adecuadamente dentro de la discrecionalidad que dicha ley le permite a este organismo. Siendo así, la SMA no sólo ha considerado para la determinación de la sanción las circunstancias que permite establecer el

valor de seriedad y eventualmente aumentarlo, sino también disminuirlo. Por tanto, no se aprecia que la SMA haya excedido su ámbito de discrecionalidad, estando su actuar ajustado a Derecho también en cuanto a esta última circunstancia, por lo que se rechazará esta alegación.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los art. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N°20.600; 56 del art. Segundo de la Ley N° 20.417; 158, 160, 161 inciso 2°, 164, 169 y 170 del Código de Procedimiento Civil; Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y demás disposiciones pertinentes;

SE RESUELVE:

1. **Rechazar** la reclamación de fs. 1 y ss.
2. **Condenar en costas** a la Reclamante, por haber resultado totalmente vencida.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R 63-2018

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Jorge Retamal Valenzuela.



Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Michael Hantke Domas, Sra. Sibel Villalobos Volpi, y Sr. Jorge Retamal Valenzuela.

Autoriza el Secretario Abogado (I) del Tribunal, Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, se anunció por el estado diario.