
TRIBUNAL



Somos 
Primer Tribunal Ambiental

ÍNDICE

VISTOS

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

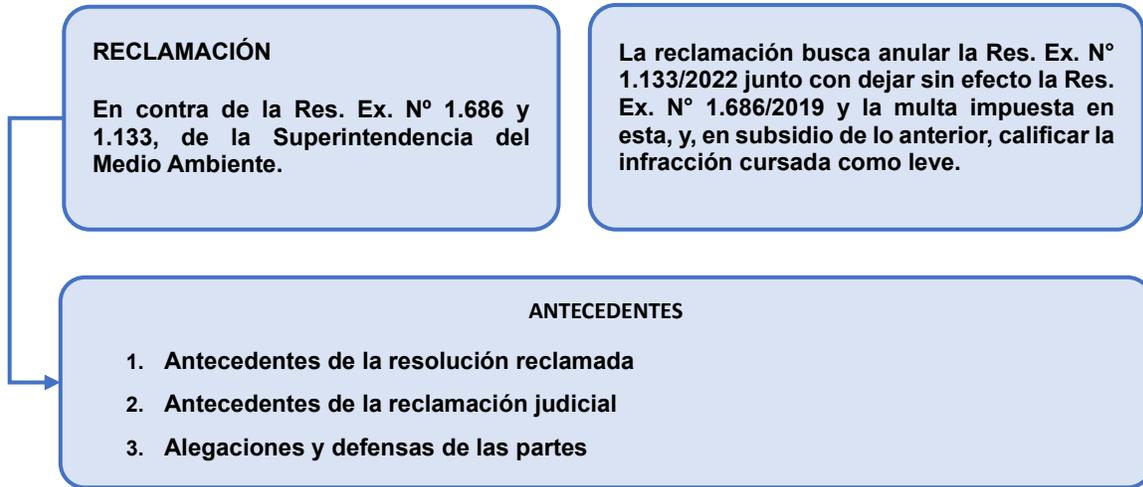
CONSIDERANDO

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

RESOLUCIÓN

VISTOS:

Estructura expositiva de la sentencia

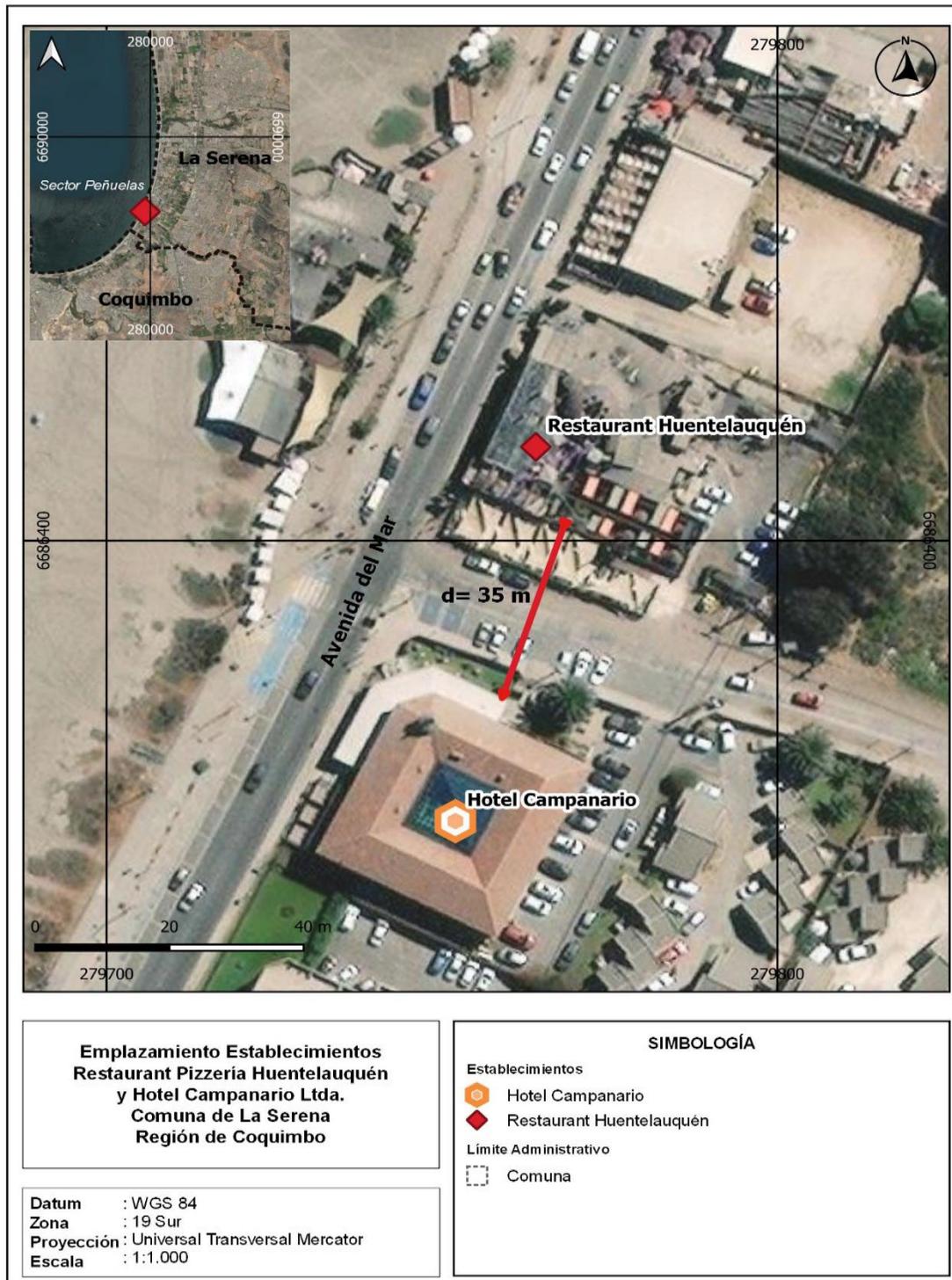


I. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA

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

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

Figura 1. Emplazamiento Establecimientos Causa R-73-2022



1.1. CRONOLOGÍA DE ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN RECLAMADA

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

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

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

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

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

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

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO JUDICIAL DE RECLAMACIÓN

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

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

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

III. ALEGACIONES Y DEFENSAS DE LAS PARTES

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

A.- Alegaciones y defensas de la reclamante y reclamada

A.3.1. Legalidad de la resolución

A.3.2. Legalidad de procedimiento medición de ruido

A.3.3. Clasificación de la infracción

A.3.4. Monto de la sanción

A.3.1. LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN 1686/2019

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

A.3.2. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE MEDICIÓN DE RUIDO

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

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

A.3.3. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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

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

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

A.3.4. MONTO DE LA SANCIÓN

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

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

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

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

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

B.- ALEGACIONES Y DEFENSAS DE TERCERO COADYUVANTE

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

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

IV. Determinación de las controversias

CONTROVERSIAS

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

1. LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE MEDICIÓN DE RUIDO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tercero: Del Procedimiento de Medición del Ruido

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PUNTO R1: Patio del Hotel

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

PUNTO R2: Estacionamiento interior del Hotel

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

PUNTO R3: Terraza de cocina del Hotel

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

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

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

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

Cuarto: Del ruido de fondo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La reclasificación de la infracción aplicada

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

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

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

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

Sexto. Del principio de congruencia.

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

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

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

Séptimo. Del principio de contradictoriedad.

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

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

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

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

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

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

3. La determinación de la sanción aplicada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SE RESUELVE:

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

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

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

Notifíquese y regístrese.

Redactó la sentencia la Ministra Srta. Sandra Álvarez Torres.

Rol N° R-73-2022

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

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

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

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

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



Somos 
Primer Tribunal Ambiental