

MCPB

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-049-2016.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

1. Este fiscal instructor ha tenido como marco normativo aplicable al presente procedimiento administrativo sancionatorio, la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; El Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011"); el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus respectivas modificaciones (Res. Ex. N° 906/2015, Res. Ex. N° 461/2016 y Res. Ex. N° 40/2017); en la Resolución Exenta N° 731, de 8 de agosto de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por las Resoluciones Exenta N° 21, de 16 de enero de 2017 y N° 40, de 20 de enero de 2017, ambas de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 1002, de 29 Octubre 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y la Resolución N° 1600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA

INSTRUCCIÓN.

2. Romina Rebollo Divasto, cédula nacional de identidad 16.594.167-5, es titular de un establecimiento de esparcimiento denominado "Bar Divasto Lounge", ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 146, Iquique, Región de Tarapacá, el cual genera ruidos como consecuencia de su funcionamiento. De acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, numeral 3° y 13 del D.S. N° 38/2011, el establecimiento referido, al servir para el desarrollo de actividades esparcimiento, corresponde a una fuente emisora de ruidos afecta al cumplimiento de los límites señalados en la misma norma.

3. Con fecha 30 de enero de 2015, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA"), recepcionó una denuncia ciudadana remitida por la Junta de Vecinos N° 18 "Cavanca", presentada por don José Ponce Escobar y Doña Ruth Salinas Ávalos, en la que declaran representar a la citada Junta de Vecinos, en contra de los locales que se emplazan en la Península de Cavanca de la ciudad de Iquique, a raíz de la proliferación de establecimientos que, teniendo patente municipal de restaurant, realizan actividades propias de pubs, bares, salones de bailes y similares.

4. En virtud de lo anterior, con fecha 21 de marzo de 2015, desde las 01:25 hasta las 02:00 hrs, Fiscalizadores de la SMA concurren al domicilio ubicado en Calle Capitán Roberto Pérez N° 251 (Receptor N° 1), para efectuar mediciones de ruidos de acuerdo a las disposiciones del D.S N° 38/2011, mediante sonómetro marca Cirrus, Modelo CR 162 B, Número de serie G066127, calibrado con fecha 06 de noviembre de 2014.

5. Una vez obtenido el nivel de presión sonora corregido, se procedió a realizar la evaluación de los niveles medidos, para esto se homologó la zona donde se encuentra el receptor, concluyendo que el Receptor N° 1, ubicado en un sector habitado, corresponde al subsector Península de Cavancha (SPC), del Plan Regulador de la comuna de Iquique, la que es homologable a Zona II del D.S N° 38/2011 MMA. La referida actividad constó de dos mediciones, ambas realizadas en lugar externo (patio) del inmueble, consignándose los resultados en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 21 de marzo de 2015, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman el informe técnico;

6. Con fecha 27 de abril de 2015, esta Superintendencia informó al denunciante, a través del ORD. D.S.C N° 706, la realización de actividades de medición de ruidos, cuyos resultados se encontraban siendo analizados

7. Analizados los antecedentes de la actividad de inspección realizada, la División de Fiscalización de la SMA, procedió a elaborar un Informe de Fiscalización identificado como DFZ-2015-458-I-NE-IA, el cual fue remitido a la División de Sanción y Cumplimiento de la misma, con fecha 01 de junio de 2016, a través del respectivo comprobante de derivación.

8. Con fecha 01 de marzo de 2016, la SMA recepcionó una denuncia derivada por el Gobernador Provincial Subrogante de Iquique, Sr. Luigi Ciocca Barrera, mediante Ordinario N° 378, en la que se da cuenta de una denuncia por la existencia de presuntas excedencias a lo establecido en el D.S N° 38/2011. La presentación fue realizada por Arturo Zuñiga Díaz y Ruth Salinas Ávalos, en representación de la Junta de Vecinos N° 18 “Cavancha” – en sus calidades de Presidente y Secretaria, respectivamente – según lo que se indica en la Constancia de Registro N° 1017 2015, en la que Guillermo Cerda Albornoz, Secretario Municipal Subrogante de la Ilustre Municipalidad de Iquique, da fe de la personalidad jurídica y la Directiva Vigente.

9. Con fecha 08 de abril de 2016, la SMA recepcionó Oficio N° 656, emitido por el Gobernador Provincial de Iquique, Sr. Francisco Pinto Madariaga, en el que expone la situación de contaminación acústica que estaría afectando a los residentes agrupados en la Junta de Vecinos individualizada en el considerando 8° de este dictamen, solicitando la realización de las actividades de fiscalización que sean pertinentes.

10. En virtud de lo anterior, con fecha 30 de abril de 2016, desde las 01:50 a las 2:20 horas, Fiscalizadores de la SMA concurren al domicilio ubicado en Calle Los Rieles N° 251 (Receptor N° 1), para efectuar una medición de ruidos de acuerdo a las disposiciones del D.S N° 38, mediante sonómetro marca Cirrus, Modelo CR 162 B, Número de Serie G066127, calibrado con fecha 06 de noviembre de 2014.

11. Una vez obtenido el nivel de presión sonora corregido, se procedió a realizar la evaluación de los niveles medidos, para estos, se homologó la

zona donde se encuentra el receptor, ubicado en un sector habitado, corresponde al subsector Península de Cavancha (SPC), del Plan Regulador de la comuna de Iquique, la que es homologable a Zona II del D.S N° 38/2011 MMA. La referida actividad constó de dos mediciones, una desarrollada en el interior del inmueble - en condiciones de ventana cerrada - y otra el exterior - patio de dicho domicilio - consignándose esta información en el Acta de Inspección ambiental de fecha 30 de abril de 2016, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman el informe técnico

12. Analizados los antecedentes de la actividad de fiscalización realizada, la División de Fiscalización de la SMA, procedió a elaborar un Informe de Fiscalización identificado como DFZ-2016-1015-I-NE-IA, el cual fue remitido a la División de Sanción y Cumplimiento de la misma, con fecha 06 de mayo de 2016, a través del respectivo comprobante de derivación.

13. La SMA, a través del ORD. D.S.C N° 923, de fecha 20 de mayo de 2016, informó al denunciante individualizado en el punto 8° de este dictamen, la realización de actividades de medición de ruidos, cuyos resultados se encontraban siendo analizados.

14. Mediante memorándum N° 428, de fecha 08 de agosto de 2016, de la División de Sanción y Cumplimiento, se procedió a designar a don Sebastián Tapia Camus como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a doña Maura Torres Cepeda como Fiscal Instructora Suplente.

15. De este modo, a través de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-049-2016, de fecha 09 de agosto de 2016, se formularon cargos contra Romina Rebollo Divasto, por las superaciones del nivel de presión sonora fijado para la Zona II, en horario nocturno. Lo anterior se debe a que las mediciones que arrojaron las actividades de fiscalización, corresponden a 61 dBA, para las dos mediciones efectuadas con fecha 21 de marzo de 2015, y 58 y 56 dBA, para las mediciones efectuadas con fecha 30 de abril de 2016, realizadas por Fiscalizadores de la SMA. Se otorgó el carácter de interesado en el procedimiento, a la Junta de Vecinos N° 18 Cavancha por su calidad de denunciante en el presente procedimiento sancionatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la LO-SMA.

16. Con fecha 25 de agosto de 2016, mediante Res. Ex. N° 2/Rol D-049-2016, este Servicio procedió a rectificar de oficio errores de referencia en la Formulación de Cargos, acto que no modificó el cómputo de los plazos para la presentación de programa de cumplimiento y/o descargos.

17. Ambas resoluciones fueron notificadas personalmente al presunto infractor el día 29 de septiembre de 2016, como consta en el expediente del presente procedimiento sancionatorio.

18. Con fecha 11 de octubre de 2016, Romina Rebollo Divasto, presentó un escrito por medio del cual solicita ampliación de plazo para la presentación de un programa de cumplimiento, dado que requería información técnica y personal para evaluar su ejecución.

19. Con fecha 12 de octubre de 2016, mediante Res. Ex. N°3/ Rol D-049-2016, esta Superintendencia del Medio Ambiente resolvió otorgar la ampliación

de plazo solicitada, concediendo un plazo adicional para la presentación del programa de cumplimiento de 5 días hábiles y, otorgando de oficio, una ampliación de plazo para la presentación de descargos de 7 días hábiles, ambos contados desde el vencimiento de los plazos originales

20. Con fecha 03 de noviembre de 2016, estando dentro del plazo legal, la presunta infractora presentó Descargos en el procedimiento en curso. En dicha presentación solicita, en base a diversos argumentos, la absolución de los cargos, y en su defecto la aplicación de la mínima sanción que en derecho corresponda. Asimismo, junto con los descargos, la titular de la fuente presentó un escrito por el medio del cual acompaña 4 documentos que serán analizados en los Capítulos VI y VII del presente dictamen.

21. Con fecha 01 de diciembre de 2016, mediante Res. Ex. N° 4/Rol D-049-2016, se resolvió tener por presentado escrito de descargos y requerir de información a la presunta infractora con el fin de propender a una correcta determinación de la sanción específica que en el caso particular corresponda aplicar, si así procediera. Con fecha 19 de diciembre de 2016, fueron entregados los antecedentes solicitados en el requerimiento de información antes indicado, que, a través de documentación tributaria, acredita los ingresos percibidos por la presunta infractora durante los años 2015 y 2016.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR.

22. El presente procedimiento administrativo, Rol D-049-2016, fue iniciado en contra de Romina Rebollo Divasto, cédula nacional identidad 16.594.167-5, titular de “Bar Divasto Lounge”, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 146, Iquique, Región de Tarapacá.

IV. CARGO FORMULADO.

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

| N° | Hecho que se estima constitutivo de infracción | Norma de Emisión | | | | | | | | | |
|--|--|---|--|--|--|--|-----------------|-----------------------|---------|----|----|
| 1 | <p>La obtención de las siguientes excedencias:</p> <p>a. Con fecha 21 de marzo de 2015, de un nivel de presión sonora corregido de 61 dBA, en horario nocturno, medido desde un receptor ubicado en zona II.</p> <p>b. Con fecha 30 de abril de 2016, de niveles de presión sonora corregido de 58 y 56 dBA, en horario nocturno, medido</p> | <p>D.S. 38/2011, artículo séptimo, título IV: los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1:</p> <table border="1" data-bbox="682 1881 1372 2043"> <thead> <tr> <th colspan="3">Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A)</th> </tr> <tr> <th></th> <th>De 7 a 21 horas</th> <th>De 21 horas a 7 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Zona II</td> <td>60</td> <td>45</td> </tr> </tbody> </table> | Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A) | | | | De 7 a 21 horas | De 21 horas a 7 horas | Zona II | 60 | 45 |
| Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A) | | | | | | | | | | | |
| | De 7 a 21 horas | De 21 horas a 7 horas | | | | | | | | | |
| Zona II | 60 | 45 | | | | | | | | | |

| | | |
|--|---------------------------------------|--|
| | desde un receptor ubicado en Zona II. | |
|--|---------------------------------------|--|

V. EXAMEN DE LOS DESCARGOS Y PRESENTACIONES EFECTUADAS POR EL PRESUNTO INFRACTOR RESPECTO DEL CARGO FORMULADO.

i. Resumen de los descargos presentados por Romina Rebollo Divasto.

24. Con fecha 03 de noviembre de 2016, la presunta infractora, Romina Rebollo Divasto, realizó una presentación ante la Superintendencia del Medio Ambiente, en la cual formuló descargos y acompañó antecedentes relacionados con el actual procedimiento sancionatorio.

25. En dicha presentación, Romina Rebollo Divasto indica que efectuó mediciones sonoras en Bar Divasto Lounge, optando por suprimir la terraza ubicada en calle Alcalde Godoy N° 146, por lo tanto, asegura, en dicho lugar no existen ruidos que puedan molestar a la comunidad, a diferencia del resto de los establecimientos existentes en el sector de Cavanca, Iquique.

26. Asimismo, indica que su rubro es el hotelero, por lo que sus fuentes de ingreso dicen relación con los pasajeros hospedados en Hotel Divasto, dando prioridad a una atención de excelencia y de comodidad para sus huéspedes. De esta manera, una molestia de ruidos ocasionados por su establecimiento se contradeciría con su pensamiento empresarial, indicando que son igualmente afectados por los ruidos generados por los establecimientos ubicados en las inmediaciones.

27. Indica que Hotel Divasto y Bar Divasto Lounge tiene un horario de funcionamiento de lunes a miércoles, de 18:00 hasta 02:00 hrs, y de jueves a sábado, de 19:00 a 03:00 horas, no funcionando los días domingos. Dicha información sería entregada a los pasajeros del Hotel Divasto.

28. Señala que no duda que la denuncia presentada por la Junta de Vecinos N° 18 de Cavanca diga relación con el resto de los establecimientos que funcionan en dicho sector, pero que no implica la vinculación de Bar Divasto Lounge en este grupo.

29. Finalmente, en razón a que las excedencias a la norma son leves, solicita la absolución de los cargos o la aplicación de la sanción consistente en la amonestación por escrito. Asimismo, indica que los hechos denunciados y objeto de la Formulación de Cargos están siendo analizados, con el objetivo de evitar diferencias con el sector residencial de Cavanca.

ii. Análisis de los descargos.

30. En relación a los descargos presentados por la presunta infractora, estos pueden ser divididos en tres puntos, a saber: a) Que, en razón a las mediciones de ruidos efectuadas en el establecimiento Bar Divasto Lounge, se eliminó la terraza ubicada en Calle Alcalde Godoy N°146, lo que permitió mitigar las emisiones sonoras; b) Que, dado

el giro principal de su empresa es la industria hotelera, el Bar Divasto Lounge es un elemento accesorio a éste, por lo tanto, no podría contradecir su política de buena atención a sus huéspedes generando ruidos molestos que perturben el descansos de los mismos; y c) Que, la denuncia presentada por la Junta de Vecinos N° 18 de Cavanca se refiere a otros establecimientos que funcionan en el sector.

a) Análisis respecto del argumento que indica la supresión de las emisiones de ruidos por la eliminación de la terraza ubicada en calle Alcalde Godoy N° 146.

31. Romina Rebollo Divasto expone que, en razón a mediciones efectuadas en el establecimiento Bar Divasto Lounge, optó por eliminar la terraza que se ubica en calle Alcalde Godoy N° 146. Como efecto de tal medida, no existirían emisiones de ruidos que pudiesen perturbar a la comunidad circundante.

32. Sin perjuicio que en el punto VI del presente dictamen se hará referencia a los antecedentes presentados por la presunta infractora y que dice relación con la eliminación de la terraza indicada anteriormente, no se acompañaron al presente procedimiento sancionatorio antecedentes sobre las mediciones de ruidos que respaldan las alegaciones efectuadas y, por lo tanto, la incidencia de la decisión de eliminar dicho espacio en la mitigación de los ruidos emitidos, ni las fechas en que estas acciones habrían ocurrido. Lo anterior tiene importancia pues hubiese permitido contrastarlas con las mediciones de ruido que constan en los Informes de Fiscalización fundantes de la Formulación de Cargos.

b) Análisis respecto del argumento que indica que el giro principal de la presunta infractora es el rubro hotelero, por lo tanto, Bar Divasto Lounge opera en consonancia con su política empresarial.

33. En este punto, Romina Rebollo Divasto sostiene que dada la accesoriadad de los servicios prestados por Bar Divasto Lounge al Hotel Divasto, su política de funcionamiento es concordante en la entrega de hospitalidad, tranquilidad y comodidad a turistas y vecinos.

34. Al respecto, las características de la política empresarial de la presunta infractora no tienen relevancia para la determinación de la existencia de las excedencias que fueron imputadas en la Formulación de Cargos, toda vez que las mediciones se realizaron dentro del rango de horario de funcionamiento y la aludida accesoriadad del Bar Divasto Lounge al funcionamiento de Hotel Divasto no cuestiona la asignación de la zona que corresponde a la localización del receptor del ruido o que las mediciones que dan cuenta los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-458-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA fueron efectuados de forma incorrecta a la norma.

35. De esta manera, se concluye que los descargos de la presunta infractora, no cuestionan los hechos constatados en el acta de inspección ni logran desvirtuar los resultados de las mediciones realizadas por los fiscalizadores de esta Superintendencia.

c) Análisis respecto del argumento que indica que los niveles de presión sonora corregida medidos por los Fiscalizadores de la SMA, provienen de otros establecimientos del sector.

36. En este punto, Romina Rebollo Divasto sostiene que los ruidos denunciados por la Junta de Vecinos N° 18 de Cavancha, indicadas en los considerandos 3° y 8° de este Dictamen, provienen de los establecimientos que se emplazan en el sector de Cavancha, Iquique, por lo tanto, descarta que Bar Divasto Lounge sea fuente de éstos.

37. Al respecto, tal como se indicó en el considerando 32° de este Dictamen, la presunta infractora no acompañó al presente procedimiento sancionatorio antecedentes sobre las mediciones de ruidos que respaldan las alegaciones efectuadas, por lo que no permite, a priori, descartar a Bar Divasto Lounge como fuente emisora de ruidos. Sin perjuicio de lo anterior, es de público conocimiento que en el sector donde se emplaza el establecimiento fiscalizado existen numerosos locales de entretención y esparcimiento que pueden ser fuentes sujetas al cumplimiento del D.S N° 38/2011.

38. Para poder determinar que las mediciones efectuadas por Fiscalizadores de la SMA provienen del establecimiento Bar Divasto Lounge, es necesario analizar los detalles de los procedimientos de medición indicados en los considerandos 4°, 5°, 10° y 11° de este Dictamen, cuyos antecedentes y resultados se encuentran contenidos en las Actas de Inspección Ambiental correspondientes y en los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-458-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA. Cabe destacar que dicho procedimiento de medición se efectuó dando pleno cumplimiento a la normativa aplicable, esto es, Decreto Supremo N°38 de 2011, ya citado, y Resolución Exenta N° 201, de fecha 01 de marzo de 2013, que *“Aprueba contenido y formatos de las fichas para informe técnico del procedimiento general de determinación del nivel de presión sonora corregido, contenido en el artículo 15 letra d) del Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente”*.¹

39. Asimismo, y en uso de la atribución contemplada en la letra ñ) del artículo 3 de la LO-SMA, que establece, a grandes rasgos, que corresponde a la Superintendencia impartir directrices técnicas de carácter general y obligatorio, que deberán ser aplicadas por los sujetos de fiscalización para el examen, control y medición del cumplimiento de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión, este servicio desarrolló una serie de criterios para el correcto desarrollo de las actividades de fiscalización ambiental asociadas a la generación de ruido. Dichos criterios han sido aplicados por los fiscalizadores desde la plena entrada en vigencia de las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de esta superintendencia, siendo formalizados mediante Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprobó el Protocolo técnico para la fiscalización del D.S. N° 38/2011 y exigencias asociadas al control del ruido en instrumentos de competencia de la SMA.

40. Como se señaló precedentemente, dicho Protocolo vino a recoger una serie de criterios que se estaban aplicando en los procedimientos de medición de ruidos, entre los cuales se encuentra el desarrollo de una metodología para efectuar

¹ Al respecto, es menester señalar que dicha Resolución fue derogada por la Resolución Exenta N° 693, de fecha 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que *“Aprueba contenido y formatos de las fichas para informe técnico del procedimiento general de determinación del nivel de presión sonora corregido”*. No obstante, dado que la medición de ruidos se efectuó con fecha 21 de marzo de 2015, corresponde aplicar al presente caso la Resolución 201/2013.

las mediciones, muestreos y análisis,² que contempla consideraciones previas a la actividad, consideraciones durante la realización de las mediciones, un procedimiento de medición, reporte técnico de la medición, y consideraciones para el llenado del acta de inspección. Específicamente en la sección que contempla las consideraciones que se deben tener en cuenta al momento de efectuar la medición, y el que describe el procedimiento de medición propiamente tal, se desarrollan una serie de hipótesis a las que se puede ver enfrentado el fiscalizador, en especial, aquella referente a los distintos ruidos que se pueden percibir al momento de efectuar una medición, y cómo distinguir el ruido generado por la fuente emisora de interés, del ruido de fondo (ruidos habituales del lugar pero que no forman parte de la fuente), y aquellos que son ocasionales.

41. Lo anterior cobra especial relevancia, en los casos en que la fuente emisora de interés está emplazada en una zona donde funcionan simultáneamente establecimientos de similares características que emiten ruidos. Así, el uso correcto de la metodología señalada, permite asegurar que el nivel de presión sonora medido en un receptor de interés, resultante de la aplicación del procedimiento contemplado en el Protocolo antes citado, sea efectivamente el nivel de presión sonora generado por la fuente emisora.

42. En este caso particular, se inició el presente procedimiento administrativo sancionatorio, a raíz de una denuncia genérica contra los establecimientos emplazados en la Península de Cavanha que emiten ruidos molestos. Así, utilizando las directrices técnicas señaladas precedentemente, se concluyó que el ruido de fondo no afectaba la medición, por lo que no fue necesario realizar las respectivas correcciones del nivel de presión sonora obtenido. Ello se debe, principalmente, a las características del lugar de emplazamiento de la fuente emisora de interés- Bar Divasto Lounge- que está situada en un pasaje y no colinda con otros establecimientos similares, y que el punto desde el cual se realizó la medición, es la casa habitación inmediatamente contigua a la fuente.

43. En otro orden de ideas, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que *“los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8º, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8 de la LO-SMA señala *“el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”*.

44. En consecuencia, la medición efectuada por Fiscalizadores de la SMA, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por ministros de fe, y se realizó dando pleno cumplimiento a la normativa aplicable, sin que haya sido desvirtuada en el presente procedimiento.

² Numeral 7.3. de la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

VI. EXAMEN DE OTROS ANTECEDENTES REUNIDOS EN LA INSTRUCCIÓN DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.

i. Presentaciones realizadas por doña Romina Rebollo Divasto, con fecha 03 de noviembre de 2016 y 19 de diciembre de 2016.

45. Tal como se indicó en el punto 20° del presente dictamen, junto con los descargos la presunta infractora presentó un escrito solicitando que se tuviesen por acompañados los siguientes documentos: a) Tres fotografías, destinadas a acreditar la ubicación de Divasto Lounge; b) Copia de anexo de contrato de trabajo en el que consta horario de barman; c) Dos contratos de prestación de servicios del Hotel Divasto; y d) Instructivo del Hotel Divasto.

46. Los documentos enumerados en el punto anterior se refieren a imágenes de las instalaciones de los servicios de hotelería y sector de la terraza, donde se ofrecerían los servicios del Bar Divasto Lounge, contratos celebrados por la presunta infractora y un instructivo denominado “Tarifa convenio 2016-Tecmind Chile S.A”, pero sin ofrecer elementos de juicio que cuestionen las mediciones que dan cuenta los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-458-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA. Asimismo, en la presentación de la infractora de fecha 19 de diciembre de 2016, indicada en el considerando 21° de este dictamen, no se cuestiona ni desvirtúa el cargo formulado.

VII. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA, EN BASE A LOS CRITERIOS LÓGICOS Y DE EXPERIENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS.

i. Valoración de los medios probatorios relativos a los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos.

47. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica³, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

48. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

49. Tal como se indicó en los considerandos 4°, 5°, 10° y 11° del presente dictamen, los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos fueron constatados por Fiscalizadores de la SMA, que con fecha 21 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016,

³ De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

realizaron mediciones de nivel de presión sonora en el domicilio ubicado en Calle Capitán Roberto Pérez N° 251, comuna de Iquique, Región de Tarapacá. Dicha actividad fue registrada en el Acta de Inspección Ambiental correspondiente, la cual fue detallada en los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-459-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA, elaborados por la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman los informes técnicos. En los referidos Informes de Fiscalización, se consigna que la fuente emisora Bar Divasto Lounge, de la titular Romina Rebollo Divasto, ubicado Calle Alcalde Godoy N° 146, comuna de Iquique, Región de Tarapacá, no cumple con lo establecido en el D.S N° 38/2011, obteniéndose dos niveles de presión sonora corregido de 61 dB(A), para las mediciones efectuadas con fecha 21 de marzo de 2015, 58 y 56 dB(A), para las mediciones efectuadas con fecha 30 de abril de 2016, advirtiéndose de este modo la existencia de superaciones del Nivel de Presión Sonora fijado para la Zona II, en periodo nocturno, correspondiente a 45 dB(A), generándose excedencias de 16, 13 y 11 dB(A) por sobre el máximo establecido. Es necesario recordar que, a propósito de mediciones de ruidos que se efectúan en lugares con múltiples fuentes emisoras, es posible identificar tres campos sonoros: i) el generado por la fuente emisora de interés, que es medido según el procedimiento regulado en el artículo 11 y siguientes del D.S N° 38/2011; ii) el campo sonoro producto del ruido de fondo, que corresponde a todos los ruidos que son habituales de un lugar pero que no forman parte de la fuente, cuyo procedimiento de medición también es abordado en el artículo 19 de la norma de emisión en comento; y (iii) el campo sonoro producto de ruidos ocasionales, que corresponde a aquellos ruidos que no son parte de la fuente y que no son habituales en el ruido de fondo, cuestión que es abordada a propósito de la regulación de la técnica de medición de los niveles de ruido, establecida en el artículo 17 del D.S N° 38/2011, que establece, entre otras exigencias, que “[...] las mediciones se harán en las condiciones habituales de uso del lugar [y se] deberán descartar aquellas mediciones que incluyan ruidos ocasionales”. Asimismo, tal como se expresó en los considerandos 38° y siguientes de este Dictamen, en atención a la atribución contemplada en la letra ñ) del artículo 3 de la LO-SMA, este servicio ha desarrollado criterios para la correcta realización de las actividades de fiscalización ambiental asociadas a la generación de ruidos, las cuales fueron observadas en procedimientos efectuados con fecha con fecha 21 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016, según lo que indica las respectivas Actas de Fiscalización y los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-459-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA.

50. En virtud de lo anterior, la observancia de los procedimientos de medición de ruidos establecidos en la norma de emisión, permite establecer que la obtención de dos niveles de presión sonora corregida de 61 dB(A), para las mediciones efectuadas con fecha 21 de marzo de 2015, 58 y 56 dB(A), para las mediciones efectuadas con fecha 30 de abril de 2016, provienen de Bar Divasto Lounge.

51. Los detalles del procedimiento de medición indicados en las Actas de Inspección Ambiental correspondientes y en los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-459-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA y sus respectivos Anexos, se describen en el punto 5° y 11° de este Dictamen.

52. En relación con lo anterior, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que “Los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”. Por su parte, el artículo 8 de la LO-SMA señala “el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los

hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”.

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

54. En consecuencia, la medición efectuada por Fiscalizadores de la SMA, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por ministros de fe, la que no fue desvirtuada en el presente procedimiento.

ii. En cuanto a los documentos presentados por doña Romina Rebollo Divasto, en sus escritos de fecha 03 de noviembre de 2016 y 19 de diciembre de 2016.

55. Los antecedentes presentados están referidos a cuestiones que no dicen relación a las mediciones o a la asignación de la zona que corresponde a la localización del receptor del ruido, sino que a elementos ajenos a los hechos imputados en la Formulación de Cargos, como lo son los contratos de trabajos acompañados y las fotografías del sector que rodean al establecimiento Bar Divasto Lounge. Tampoco logran acreditar que la empresa no hubiese funcionado en las fechas de las mediciones realizadas por la SMA.

56. Asimismo, en la presentación de la infractora de fecha 19 de diciembre de 2016, indicada en el considerando 21° de este dictamen, además de entregar información tributaria relativa a los ingresos percibidos por la infractora durante los años 2015 y 2016, no se presentan antecedentes destinados a cuestionar o desvirtuar el cargo formulado.

57. Por lo tanto, se concluye que no se ha presentado prueba en contrario respecto a los hechos de la Formulación de Cargos, y que han servido de base para la instrucción del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

VIII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

58. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-049-2016, esto es, la obtención de las siguientes excedencias: a) Con fecha 21 de marzo de 2015, dos niveles de presión sonora corregido de 61 db(A), en horario nocturno, medido desde un receptor ubicado en Zona II; y b) Con fecha 30 de abril de 2016, de niveles de presión sonora corregido de 58 y 56 dB (A), en horario nocturno, medido desde un receptor ubicado en Zona II.

59. El referido hecho se identifica con el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, por lo que se tiene a su vez configurada la infracción.

IX. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

60. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/Rol D-049-2016, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011.

61. A su vez, respecto de la clasificación de las infracciones, el artículo 36 N° 3, de la LO-SMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

62. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos del presente procedimiento clasificar dicha infracción como leve, considerando que, de manera preliminar, no es posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener dicha clasificación, debido a las razones que a continuación se expondrán.

63. En primer lugar, de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permiten clasificar la infracción como gravísima o grave.

64. En segundo lugar y atendido el tipo de infracción imputada, la única causal establecida en la LO-SMA, que en el presente caso podría llevar a concluir que la infracción es grave, es el artículo 36 N° 2, literal b) de la ley ya mencionada, que señala que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente “hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población”. Sin embargo, en este caso, no existe información o antecedentes que permitan acreditar la circunstancia del riesgo significativo para la salud de la población, debido, en primer lugar, a que los Informe de Fiscalización DFZ-2015-459-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, y sus Anexos, no contienen otros elementos de hecho relativos al riesgo a la salud de la población, distintos a la excedencia puntual en los límites del nivel de presión sonora resultado de las mediciones realizadas el día 21 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016, por lo que la generación de un riesgo significativo, no se configura en el presente caso.

65. Luego, no se mencionan ni acreditan otras circunstancias que permitan concluir la generación de un riesgo significativo debido a la infracción, tales como, la concurrencia de características de magnitud, frecuencia o extensión de la superación de la norma.

66. De este modo, los antecedentes que constan en el procedimiento, sólo permiten afirmar que, específicamente, los días 25 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016, en horario nocturno, se produjeron excedencias de 61, 58 y 56 dB(A) respecto del límite de presión sonora restablecido en el D.S. N° 38/2011, en la fuente emisora Bar Divasto Lounge, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 146, Iquique, Región de Tarapacá, sin que ello permita concluir, fehacientemente, que dicho incumplimiento haya ocurrido en forma permanente.

67. De todo lo anterior se desprende, que para efectos del presente procedimiento sancionatorio, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, por parte de la fuente emisora Bar Divasto Lounge, no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población y debe mantenerse la clasificación de gravedad imputada.

68. Finalmente, conforme con lo dispuesto en el literal c) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil Unidades Tributarias Mensuales.

X. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES AL PRESENTE PROCEDIMIENTO.

Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

69. El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: “a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado⁴; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁵; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁶; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁷; e) La conducta anterior del infractor⁸; f) La capacidad económica del infractor⁹; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°¹⁰; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹¹;

⁴ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime que exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental.

⁵ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminente, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

⁶ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento de los ingresos, o por una disminución de los costos, o una combinación de ambos.

⁷ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que esta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permite imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuridicidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁸ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente de la unidad del proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

⁹ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio.

¹¹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹²”.

70. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las letras g) y h) del artículo 40 de la LO-SMA, no son aplicables en el presente procedimiento, puesto que el presunto infractor, como se indicó, no presentó un programa de cumplimiento, y la fuente emisora Bar Divasto Lounge, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 146, no se encuentra emplazada en un área silvestre protegida del Estado. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, se expone a continuación la propuesta de aplicación de dichas circunstancias:

a. En cuanto a la importancia del **daño causado o del peligro ocasionado**.

71. Respecto al daño, los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-458-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia y sus Anexos, no permiten confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni otras consecuencias negativas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

72. En cuanto al peligro, debe considerarse que, en el presente procedimiento, los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-458-I-NE-IA y DFZ-2016-1015-I-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, y sus Anexos, conforme con lo indicado en los considerandos 4°, 5°, 10° y 11° de este dictamen, dan cuenta de mediciones de Nivel de Presión Sonora en dB(A), conforme a las disposiciones del D.S. N° 38/2011, realizadas en horario nocturno, el día 21 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016, respecto del funcionamiento del establecimiento Bar Divasto Lounge, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 146, Iquique, Región de Tarapacá.

73. Según se desprende de los Informes de Fiscalización indicados en el punto anterior, las mediciones efectuadas el 21 de marzo de 2015 constaron de dos mediciones, ambas realizadas en lugar externo – patio - del inmueble ubicado en Calle Capitán Roberto Pérez (ex Los Rieles) N° 251, identificándose este punto como Receptor N° 1. El resultado de las mediciones indicó, que, en el punto evaluado, se produce un exceso de los máximos permitidos por la normativa aplicada, obteniéndose excedencias de 16 dB(A). Los detalles del procedimiento de las mediciones realizadas, se encuentran descritos en el punto 6° de este dictamen.

74. Para las mediciones efectuadas el 30 de abril de 2016, se constó de dos mediciones, una desarrollada en el interior del inmueble ya individualizado en condiciones de ventana cerrada - y otra el exterior – patio – identificándose este punto como Receptor N° 1. El resultado de las mediciones indicó, que, en el punto evaluado, se produce un exceso de los máximos permitidos por la normativa aplicada, obteniéndose excedencias de 58 y 56

¹² En virtud de la presente disposición en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

dB(A). Los detalles del procedimiento de las mediciones realizadas, se encuentran descritos en el considerando 11° de este dictamen.

75. Se hace presente, que el conocimiento científicamente afianzado¹³ ha señalado, respecto de los efectos del ruido nocturno, que existe una potencial afectación de los ciclos de sueño de las personas que se encuentran expuestas a este tipo de ruido, con consecuentes repercusiones en sus funciones biológicas, como trastornos del sueño y afectación de la salud mental. Asimismo, la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la salud de las personas por cuanto incide en la generación de efectos emocionales negativos, tales como irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio, siendo mayor el efecto cuanto más prolongada sea la exposición al ruido¹⁴. En relación a este último punto, cabe señalar que, aun cuando en el presente procedimiento sancionatorio se tienen por constatadas sólo tres excedencias a la norma referida, en dos fechas distintas, es pertinente considerar que el funcionamiento de la fuente emisora en este caso, dada las características de su actividad, se encuentra acotado a determinados días de la semana, en un horario específico.

76. En razón de lo señalado, si bien la probabilidad de ocurrencia del perjuicio es baja, existe un riesgo para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la fuente emisora, por tanto, la superación de los límites de presión sonora señalados en la norma de emisión, en consideración de este fiscal instructor, constituyen riesgo en el caso concreto, que, si bien no es significativo, incide en la determinación de la sanción específica.

77. Por tanto, la superación de los niveles de presión sonora señalados en el D.S. N° 38/2011, constatada en ocasiones puntuales por mediciones realizadas por Fiscalizadores de la SMA, el día 21 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016, indicada en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2015-459-I-NE-IA, DFZ-2016-1015-I-NE-IA y sus Anexos, permite inferir que se ha acreditado un peligro que, si bien no se considera significativo, será considerado como de importancia baja en la determinación de la sanción específica.

b. En cuanto al **número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.**

78. La fuente emisora Bar Divasto Lounge se encuentra situada en Calle Alcalde Godoy N° 146, de la comuna de Iquique, Región de Tarapacá, cercana a múltiples hogares.

79. Si bien, como ya se indicó, los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han sido suficientes sólo para formar la convicción de la existencia de un peligro de importancia baja, para la salud de las personas, la forma en que esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA está redactada, implica una potencialidad o posibilidad

¹³ El D.S N° 38/2011, en su parte considerativa, expone que *“la Organización Mundial de la Salud, OMS, ha publicado un estudio referente al ruido nocturno y sus efectos en la salud, específicamente el documento llamado “Night Noise Guidelines for Europe” (2009), donde se señala que para la prevención primaria de efectos subclínicos adversos en la salud de la comunidad relacionados con el ruido nocturno, se recomienda que la comunidad no debe estar expuesta a niveles de ruido superiores a 40 dB durante el período nocturno, cuando la mayoría de la gente se encuentra durmiendo. Agrega que este valor puede ser considerado como límite basado en salud, en las políticas de control de ruido nocturno necesarias para proteger a la comunidad, incluyendo grupos más vulnerables como niños, enfermos crónicos y los ancianos”.*

¹⁴ “Guidelines for Community Noise”, Organización Mundial de la Salud, 1999.

de afectación a la salud producto de la infracción, que debe considerarse en este caso. Efectivamente, ella permite evaluar no sólo el número de personas cuya salud se vio afectada de manera cierta, sino también el número de potenciales afectados.

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

81. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora Bar Divasto Lounge, este fiscal instructor procedió a determinar el número aproximado de habitantes contenidos en las manzanas ubicadas alrededor de la fuente emisora de ruido. Para determinar las manzanas, se consideró una circunferencia alrededor del punto ubicado en el domicilio de la fuente emisora, con un radio de giro de ésta de 143,3 metros¹⁵, distancia que resulta de aplicar el criterio de atenuación de ruidos debido a la distancia¹⁶, el que disminuye en 6 dB (A) al doblarse la distancia entre la fuente de emisión y el punto de medición de ruido. Así, en el caso concreto, entre la fuente de emisión y el punto donde se midió el ruido que diera lugar a la configuración de la infracción, hay aproximadamente 39,16 metros. En la siguiente figura se muestra esta distancia:

Figura N°1 – Distancia de la fuente al receptor con mayor excedencia



82. En la siguiente tabla, se muestra el cálculo realizado para encontrar la distancia a la cual no se esperarían excedencias a la norma infringida,

¹⁵ Distancia más conservadora, que resulta de la excedencia más alta, vale decir los 16 dB(A).

¹⁶ http://www.ugr.es/~ramosr/CAMINOS/conceptos_ruido.pdf.

utilizando el criterio de atenuación ya descrito, tomando en consideración la medición que dio más excedencia por sobre la norma:

| Distancia (m) | Exceso de ruido sobre la norma (dB(A)) |
|---------------------|--|
| 39,1 | 16 |
| 78,2 | 10 |
| 117,3 | 4 |
| 156,4 ¹⁷ | -2 |

83. Los lugares desde los cuales fueron realizadas la medición de fecha 21 de marzo de 2015 y 30 de abril de 2016, está contenido en la circunferencia resultante, tal como se visualiza en la siguiente figura N° 2:

Figura N°2 – Circunferencia de 143,3 metros alrededor de la fuente emisora¹⁸.



84. Luego, utilizando la base de datos del Censo 2002, sistematizada en el programa Redatam, se determinó que existen 5 manzanas censales dentro de la circunferencia, como se muestra en la figura 3 siguiente. Al evaluar la superposición de las

¹⁷ Al interpolar entre 117,3 y 156,4 metros para obtener exceso de ruido = 0, se obtiene 143,3 metros

¹⁸ La imagen representada es de fecha 17 de julio de 2016, obtenida a través del software *Google Earth*®.

manzanas censales con la circunferencia de radio 143,3 metros, se obtiene que una manzana se encuentra totalmente contenida, una manzana se encuentra en alrededor un 40%, otra en un 30%, dos manzanas en un 10%. Lo anterior permite aproximar la población que pudo afectarse con la mayor excedencia ocurrida en las mediciones, correspondería una población aproximadamente 289 personas. Debe tenerse en consideración que en horario nocturno la mayor parte de estos residentes se encuentran en sus casas, dispuestos a efectuar su descanso diario, el cual es fundamental para su salud.

Figura N° 3 – Manzanas censales más cercanas a la fuente emisora



85. En conclusión, la presente circunstancia es aplicable al caso concreto, debido a que, si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que haya personas cuya salud se vio afectada producto del funcionamiento de las instalaciones de Bar Divasto Lounge, sí existe certeza del riesgo respecto de un número de personas potencialmente afectadas por la ocurrencia de la infracción.

86. En virtud de lo anterior, el número de personas potencialmente afectadas, será considerado como un factor para determinar el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar.

c. En relación al beneficio **económico obtenido con motivo de la infracción**.

87. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. El beneficio económico obtenido como producto del incumplimiento puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, o de una disminución en los costos, o una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de tres componentes, los cuales ya han sido definidos en las Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales.

88. Conforme ha sido señalado, en el presente procedimiento, en las presentaciones de la presunta infractora no se dan cuenta de la implementación de medidas de mitigación de ruidos en Bar Divasto Lounge, solo se informa de la eliminación de una terraza de dicho establecimiento sin acompañar información técnica que avale la pertinencia y efecto de dicha acción.

89. En otro orden de ideas, la fuente emisora Bar Divasto Lounge, está obligada a cumplir con los niveles máximos de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/ 2011, para lo cual debió haber adoptado las medidas orientadas a dicho objetivo. Luego, resulta necesario determinar cuáles son las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas para implementar en un local comercial de esparcimiento, teniendo presente los costos de mercado asociado. En este sentido, dado que no se cuenta con antecedentes atinentes a las medidas a implementar en la instalación objeto de cargos, se ha procedido a analizar las medidas contenidas en el Programa de Cumplimiento presentado por don Isaac Aravena Navarrete en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-014-2014¹⁹, aprobado mediante Resolución Exenta N° 4 / Rol D-004-2014, de fecha 4 de marzo de 2015. Dicho Programa de Cumplimiento dice relación con la implementación de medidas de mitigación de ruidos en el Pub Restaurant Jhot Pizza, a propósito de la presentación de una denuncia por ruidos molestos generados a consecuencia de la música en vivo y envasada que se tocaba en el lugar, es decir, actividades similares a las realizadas en Bar Divasto Lounge.

90. En el presente caso, el beneficio económico fue calculado sobre la base del costo asociado a la implementación de medidas destinadas a disminuir o mitigar los ruidos. Para los efectos de la estimación del beneficio, dicho costo de inversión asciende a aproximadamente \$ 1.000.000, el cual ha sido evitado hasta la fecha presente, pero en tanto se pretenda la continuación del funcionamiento de Bar Divasto Lounge, deberá ser incurrido en un futuro próximo, considerando que la emisión de música alcanza niveles que sobrepasan el límite establecido en el D.S N° 38/2011 para el receptor desde el cual fue medido.

91. Luego, el motivo de considerar el costo de dichas medidas para así determinar el beneficio económico se debe a que, como ya fuera dicho, Bar Divasto Lounge se encontraba obligada a llevar a cabo aquellas medidas necesarias para mantener los niveles de presión sonora dentro del rango permitido por el D.S N° 38/2011, cuestión que no realizó, esto debido a que no presentó la documentación que acredite su ejecución.

92. En el presente caso, el beneficio económico fue calculado sobre la base del costo asociado a la implementación de medidas destinadas a disminuir o mitigar los ruidos, puesto que Romina Rebollo Divasto, en un escenario de cumplimiento normativo, hubiese llevado a cabo las medidas necesarias para mantener los niveles de presión sonora dentro del rango permitido por el D.S. N° 38/2011, con anterioridad a la fecha de ocurrencia de la infracción. Para los efectos de la estimación del beneficio, dicho costo de inversión asciende a aproximadamente \$ 1.000.000 (considerando instalar sellos de hermeticidad acústica en encuentros de muros techumbre), el cual, de acuerdo a los antecedentes con que se cuenta en este procedimiento sancionatorio, no habría sido incurrido hasta la fecha presente, puesto que el infractor no ha implementado las medidas descritas anteriormente, como tampoco otras posibles medidas para disminuir o mitigar los ruidos. Es por este motivo, y por la naturaleza de la infracción

¹⁹ El expediente electrónico de dicho procedimiento sancionatorio se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://snifa.sma.gob.cl/RegistroPublico/ProcesoSancion/VerExpediente?expediente=D-014-2014>.

cometida, que el beneficio económico se configura en este caso a partir de haber evitado incurrir en los costos señalados. Lo anterior, sin perjuicio que la empresa requiere igualmente adoptar las medidas señaladas para la continuación del funcionamiento del local nocturno en conformidad con las exigencias establecidas en el D.S. N° 38/2011.

93. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 11,9%, estimada en base a la información del rubro económico restaurante/entretención.

94. Finalmente, para este procedimiento sancionatorio el periodo de incumplimiento se consideró desde el día 21 de marzo de 2015, fecha de realización de la primera actividad de fiscalización, según consta en el Informe de Fiscalización DFZ-2015-459-I-NE-IA, y sus Anexos, hasta la fecha de cumplimiento, que se asumirá como la fecha de pago de la multa que finalmente se proponga, y que se estima aproximadamente para el 20 de marzo de 2017. El beneficio económico, en este caso, corresponde a las ganancias que le generó a Romina Rebollo Divasto, titular de la fuente Bar Divasto Lounge, el no haber incurrido en los gastos señalados en la tabla anterior, desde la fecha de la inspección señalada, hasta la fecha de cumplimiento, que se asumirá como la fecha de pago de la multa y asciende a 1,7 UTA.

95. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor de determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

96. A continuación, la siguiente tabla refleja la información relativa al beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción:

| Tipo de gasto | Medida | Costos evitados (pesos) | Beneficio económico (UTA) |
|---|---|-------------------------|---------------------------|
| Gastos de implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en Bar Divasto Lounge. | Costos evitados por implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido (instalar sellos de hermeticidad acústica en encuentros de muros techumbre). | 1.000.000 | 1,8 |

d. Respecto a la **intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación** en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

97. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir el D.S N° 38/2011, por parte de Romina Rebollo Divasto, titular de la fuente emisora Bar Divasto Lounge.

98. En conclusión, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora Bar Divasto Lounge, como único hecho constitutivo de infracción, no permite afirmar que los actos de la presunta infractora reflejen una intención de incumplir la norma, o en su defecto una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por este motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

99. Finalmente, respecto al grado de participación en la infracción configurada, si bien la denuncia indicada en el considerando 8° de este dictamen se dirige en contra de varios establecimientos de esparcimiento emplazados en el sector de Cavanha, Iquique, tal como se indicó en los considerandos 38°, 39°, 40°, 41°, 42°, 43°, 44° y 49° de este Dictamen, a través de las mediciones y constataciones efectuadas por los fiscalizadores de la SMA se pudo determinar las excedencias provenientes desde Bar Divasto Lounge, cuestión que según lo señalado en el inciso segundo del artículo 8 de la LO-SMA, goza de presunción legal y que no fue desvirtuada determinándose que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a Romina Rebollo Divasto, titular y responsable de la fuente emisora Bar Divasto Lounge.

e. En cuanto a la conducta anterior del infractor.

100. La presente circunstancia será considerada en el sentido de que no es necesario incrementar el componente disuasivo de la sanción específica aplicable a la infracción, lo que podría ocurrir en caso de que se detecte nuevamente esta misma infracción por parte de funcionarios de la SMA o de los organismos sectoriales que realicen fiscalizaciones por encomendación de esta Superintendencia.

f. Respecto a la capacidad económica del infractor.

101. Esta circunstancia ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública²⁰. Atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el incumplimiento. Recurrir a este criterio puede justificarse desde distintas ópticas. En primer lugar, como una cuestión de equidad²¹, en la medida que, en el caso concreto, no parece igualmente reprochable el incumplimiento de una gran empresa multinacional, que debiera contar con los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para abordar el cumplimiento de la normativa, que la infracción cometida por una pequeña o microempresa²². Por otra parte, en relación a la eficacia de la sanción -en especial, tratándose de multas-, en cuanto la desproporcionalidad del monto de una multa con relación a la concreta capacidad económica del presunto infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción. Mientras una elevada sanción atribuida a una infracción gravísima podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa podría suponer el cierre del negocio sin hacerse efectiva.

²⁰ CALVO ORTEGA, RAFAEL. *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52. Citado por: MASBERNAT MUÑOZ, PATRICIO: *El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España*. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 – 332.

²¹ El sistema colombiano funda la aplicación de este criterio en lo que denomina el principio de razonabilidad, atendiendo al conjunto de condiciones de una persona natural o jurídica que permiten establecer su capacidad de asumir una sanción pecuniaria (Fuente: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Metodología para el Cálculo de Multas por Infracción a la Normativa Ambiental, 2010).

²² “La multa es la sanción administrativa por excelencia y los rangos del quantum, por lo general, son muy amplios. Como consecuencia de ello resulta discriminatorio que puedan gravarse patrimonios distintos con multas de igual cuantía. La vigencia del principio de proporcionalidad en una vertiente subjetiva (considerando las circunstancias económicas del infractor en concreto) deben llevar a que este criterio sea aplicado de forma general”. BERMÚDEZ, JORGE. *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 190. p. 192.

102. Para la ponderación de esta circunstancia, la SMA considera dos aspectos de la capacidad económica del infractor: por una parte el tamaño económico y por otra parte la capacidad de pago.

Tamaño económico: este aspecto tiene relación con el nivel de ingresos operacionales anuales del infractor, el cual corresponde a un indicador de la capacidad económica del mismo. Este aspecto es conocido, normalmente, por la SMA de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. La consideración del tamaño económico tiene el fin de internalizar las diferencias existentes entre las capacidades económicas de entidades de diferente tamaño económico, bajo la premisa de que las entidades de mayor tamaño tienen la capacidad de hacer frente a la totalidad de una sanción impuesta por la SMA dentro de los rangos definidos por la LO-SMA, en tanto que las entidades de menor tamaño tienen una capacidad económica reducida, en términos relativos, para hacer frente a una sanción similar.

Capacidad de pago: este segundo aspecto, en cambio, tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente, no es conocida por la SMA de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultades financieras, la cual es ponderada por la SMA para evaluar la pertinencia de la aplicación de esta circunstancia.

103. Así las cosas, se constata que doña Romina Rebollo Divasto, titular de la emisora Bar Divasto Lounge Rafael Prieto Moreno no figura en el registro electrónico del Servicio de Impuestos Internos, dentro de la lista de “grandes contribuyentes”, disponible en su sitio web (link: http://www.sii.cl/documentos/resoluciones/2014/reso125_anexo1.pdf). Dicha lista fue fijada por el Director del Servicio de Impuestos Internos mediante Resolución Exenta N°45 del 19 de noviembre del 2001 y actualizada por Resolución Exenta SII N° 125 de 30 de diciembre de 2014.

104. En este punto, mediante Resolución Exenta N° 4/Rol D-049-2016, de fecha 01 de diciembre de 2016, esta Superintendencia realizó un requerimiento de información a Romina Rebollo Divasto, a través del cual se le solicitó la entrega de documentación que acreditara la totalidad de ingresos percibidos durante el año 2015. Este requerimiento tuvo por objeto contar con antecedentes que permitiesen estimar la capacidad económica del infractor, de manera de incorporar esta información en el análisis realizado para la determinación de la sanción aplicable. Con fecha 19 de diciembre de 2016, el infractor dio respuesta al requerimiento de información acompañando información tributaria relativa al pago de impuestos mensuales (IVA), para el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 2014 a octubre de 2016. En su escrito, Romina Rebollo Divasto señala que los ingresos percibidos por el Hotel - Bar Divasto Lounge se encontrarían en los ítemes de “Exportaciones” para los ingresos asociados a los clientes del hotel, e ítem “Débito Factura”, que correspondería a todos los ingresos del Hotel y Bar Divasto Lounge, que se encontrarían en las filas 020 y 502 del formulario.

105. Al respecto, es necesario señalar que la Sra. Rebollo Divasto adjuntó copia de los formularios N° 29, correspondiente a la Declaración Mensual y Pago Simultáneo de Impuestos, relativos a la empresa Inmobiliaria de Vivar Ltda., Rut: 77.387.500-6, los cuales serán utilizados para determinar los ingresos anuales de la actividad infractora, en atención a que ha reconocido que son los antecedentes que acreditan los ingresos de la actividad

causante de la infracción. Sin embargo, no se usarán como insumo para esta determinación, la totalidad de los valores que indican en su escrito, en atención a que, de acuerdo al art. 29 de la Ley de Rentas, “Constituyen *“ingresos brutos” todos los ingresos derivados de la explotación de bienes y actividades incluidas en la presente categoría, excepto los ingresos a que se refiere el artículo 17. (...)”* y en los formularios N° 29, los ingresos brutos de la explotación de bienes y actividades son incorporados en la fila N° 563²³. Luego, utilizando los datos aportados para el año 2015, los ingresos anuales percibidos en ese período, corresponden a un monto que equivale a una empresa Pequeña N°3²⁴.

106. En virtud de lo señalado con anterioridad, dado la capacidad económica indicada, esta circunstancia será considerada como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción.

g. En lo referente a **todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.**

107. En virtud de la presente disposición, en cada caso en particular, esta Superintendencia podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción tales como cooperación eficaz, presentación de autodenuncia, aplicación de medidas correctivas, entre otras.

108. Respecto a la ponderación del criterio de cooperación eficaz, esta Superintendencia ha asentado la idea de que la eficacia de la cooperación está relacionada íntimamente con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados. De este modo, son considerados como aspectos de cooperación eficaz: (i) allanamiento al hecho constitutivo de infracción imputado y su calificación; (ii) respuesta oportuna, íntegra y útil, en los términos solicitados por la SMA, a los requerimientos de información formulados; y (iii) colaboración en las diligencias ordenadas por la SMA.

109. En el caso en cuestión solo resulta pertinente analizar si concurren los elementos que permitan determinar si las respuestas de la infractora fueron oportunas, íntegras y útiles, puesto que en el presente procedimiento sancionatorio no se verificó allanamiento a los cargos formulados ni se decretaron diligencias por este servicio que hayan requerido la colaboración de la infractora.

110. En el marco de la sustanciación del presente procedimiento sancionatorio, tal como se indica en el considerando 104° del presente Dictamen, mediante Resolución Exenta N° 4/D-049-2016 esta Superintendencia realizó un requerimiento de información a Romina Rebollo Divasto, a través del cual se le solicitó la entrega de documentación que acreditara la totalidad de ingresos percibidos durante el año 2015, con el objetivo de contar con antecedentes que permitiesen estimar su capacidad económica, de manera de incorporar esta información en el análisis para la determinación de la sanción aplicable. Con fecha 19 de diciembre de 2016, estando dentro del plazo otorgado, el infractor dio respuesta al requerimiento de información acompañando información tributaria relativa al pago de impuestos mensuales (IVA), para el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 2014 a octubre de 2016.

²³ http://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/iva/001_030_1908.htm.

²⁴ http://www.sii.cl/estadisticas/empresas_tamano_ventas.htm#4.

111. Respecto al criterio de oportunidad, se entiende verificado en atención a que la respuesta de la infractora se realizó dentro del término otorgado para tal efecto. En lo relativo al criterio de integridad, se entiende satisfecho dado que la información remitida por la infractora respondió completamente al requerimiento efectuado, mientras que, en relación al criterio de utilidad, tal como se indica en el 105° de este Dictamen, los antecedentes permitieron determinar la capacidad económica de la infractora, lo cual permitió ponderarla adecuadamente como factor de disminución del componente de afectación de la sanción.

112. Por tales motivos, se entiende concurrente la circunstancia de cooperación eficaz, por lo que se tomará en consideración como factor de disminución de la sanción.

113. Respecto a otras circunstancias consideradas relevantes por esta superintendencia, como lo son la presentación de autodenuncia o la aplicación de medidas correctivas, se estima que no concurren en el presente caso, toda vez que este procedimiento sancionatorio tuvo como antecedentes para su inicio las actividades de Fiscalización Ambiental indicadas en los considerandos 4°, 5°, 10° y 11°. Asimismo, tal como se indica en los considerandos 31° y siguientes de este Dictamen, pese a que en los descargos la infractora sostiene que tras la eliminación de la terraza ubicada en calle Alcalde Godoy N° 146 las emisiones de ruidos cesaron, no se acompañaron antecedentes en el procedimiento sancionatorio que dieran por acreditadas la implementación de dicha medida, ni su incidencia de la eliminación de dicho espacio en la mitigación de los ruidos emitidos.

XI. PROPONE AL SUPERINTENDENTE.

114. Sobre la base de lo visto y expuesto en el presente dictamen, respecto al hecho consistente en la superación de los límites máximos de niveles de presión sonora corregidos establecidos para la zona II en horario nocturno, que generó el incumplimiento de la norma establecida en el D.S N° 38/2011, se propone aplicar la sanción consistente en multa de cinco unidades tributarias anuales (5 UTA).

Sebastián Tapia Camus
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

| Acción | Firma Jefa División de Sanción y Cumplimiento |
|---------------------|--|
| Revisado y aprobado | |

C.C.:

-División de Sanción y Cumplimiento

Rol N° D-049-2016