



DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-042-2015.

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

1. Esta fiscal instructora 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; la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 374, de 07 de mayo de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 371, de 05 de mayo de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente en la Resolución Exenta N° 1002, de 29 Octubre 2015, 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. Con fecha 10 de octubre de 2013, a través de formulario de denuncia, la Sra. Ximena Rojas Silva, denunció a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), la emisión de ruidos generados desde el Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Región Metropolitana, cuyo titular es Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada.

3. Con fecha 08 de enero de 2014, a través de Ord. U.I.P.S. N° 29, la entonces Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios, actualmente la División de Sanción y Cumplimiento (en adelante, "DSC"), informa al denunciante que la Superintendencia del Medio Ambiente inició una investigación por los hechos denunciados, conforme a las atribuciones y procedimientos legales correspondientes.

4. Con fecha 15 de mayo de 2014, a través del ORD. N° 722, la División de Fiscalización de la SMA, en el marco del subprograma de Fiscalización Ambiental de Normas de Emisión del año 2014, encomendó a la Seremi de Salud de la Región Metropolitana una actividad de fiscalización respecto de los hechos denunciados, esto es, emisión

de ruidos generados por equipos de extracción de aire del Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Región Metropolitana.

5. Con fecha 08 de agosto de 2014, a través del ORD. N° 4942, la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, informa a la División de Fiscalización de la SMA, en relación con la actividad de fiscalización encomendada respecto de la emisión de ruidos generada por los equipos de extracción de aire del Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Región Metropolitana, lo siguiente: a) que con fecha 24 de junio de 2014, siendo las 21:50 horas, funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana realizaron una visita de inspección en el domicilio de la denunciante Sra. Ximena Rojas Silva, ubicado en Pasaje La Parroquia N° 7666, comuna de La Florida, Región Metropolitana; b) que al momento de la visita se constató el funcionamiento de equipos de extracción de aire desde los ductos de extracción del Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida; c) que, siendo las 21:57 horas, se realizaron mediciones de ruidos de acuerdo al procedimiento establecido en el D.S. N° 38/2011; d) que las mediciones se registraron desde el patio del domicilio de la denunciante, individualizado anteriormente, y que el ruido registrado fue el emitido por el sistema de extracción de aire que funciona desde los ductos de extracción del Restaurante Ají Seco; e) que las mediciones anteriormente señaladas, arrojaron como resultado un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 54 dB(A); f) que de acuerdo con el Plan Regulador Comunal de La Florida, publicado en el Diario Oficial el 17 de septiembre de 2001, y a sus respectivas modificaciones, la zona donde se emplaza el domicilio de la denunciante corresponde a la zona Z-AA+CB/CM del Plan Regulador de la comuna de La Florida; g) que se adjuntó al ORD. N° 4942, los siguientes documentos: Ficha de Información de Medición de Ruido, Ficha de Evaluación de Ruido por lugar de medición, Ficha de Georreferenciación de la Medición de Ruido, Certificados de Calibración de Sonómetros y Calibrador, y Acta de Inspección Ambiental.

6. Con fecha 05 de febrero de 2015, la División de Fiscalización remite a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, los siguientes documentos: a) Acta de Inspección Ambiental, en la cual se da cuenta de las mediciones realizadas por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, respecto de la emisión de ruidos generados desde el sistema de extracción de aire del Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Región Metropolitana; b) el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2014-137-XIII-NE-IA contenido en el documento identificado como Anexo Acta: Detalles de Actividad de Fiscalización; c) el Anexo 1: Registros: Fichas de Informe Técnico de Medición de Ruido, y; d) el Anexo 2: Certificados de calibración de sonómetro y calibrador acústico.

7. Que los antecedentes señalados en el punto precedente de este dictamen, dieron cuenta de lo siguiente: a) con fecha 24 de junio de 2014, personal técnico de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, realizó una medición de nivel de presión sonora respecto de la fuente emisora Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Región Metropolitana, de acuerdo con el procedimiento indicado en la Norma de Emisión contenida en el D. S. N° 38/2011; b) que la actividad generadora de ruido y la fuente emisora asociada, presente al momento de la medición, fue el funcionamiento de un sistema de extracción de aire, ubicado en los ductos de extracción del Restaurante Ají Seco;



c) que las mediciones se realizaron desde el patio del domicilio de la denunciante, ubicado en pasaje La Parroquia N° 7666, de la comuna de La Florida, identificado como Receptor N° 1; d) que las mediciones se realizaron en condiciones de medición externa; e) que las mediciones se realizaron en horario nocturno entre las 21:57 y las 22:02 horas; f) que el ruido de fondo no afectó significativamente las mediciones realizadas; g) que las mediciones se realizaron utilizando un sonómetro marca Larson Davis, modelo LxT-1, N° de serie 2625 y un calibrador acústico de la misma marca, modelo CAL 200, N° de serie 8007, ambos debidamente calibrados; h) que una vez obtenido el Nivel de Presión Sonora Corregido, el cual fue de 54 dB(A), se realizó una evaluación de los niveles medidos, para lo cual se homologó la zona donde se ubica el receptor, concluyéndose que esta, correspondiente a Zona Z-AA+CB/CM del Plan Regulador de la comuna de La Florida, es homologable a Zona III del D.S. N° 38/2011; i) que con base en los límites que se deben cumplir para esta zona, esto es 50 dB(A), y el NPC obtenido a partir de las mediciones realizadas el día 24 de junio de 2014, se indica que existe una superación del límite en el Receptor N° 1, obteniéndose una excedencia de 4 dB(A).

8. Luego, habiéndose constatado que el sistema de extracción de aire del Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, de la comuna de La Florida, constituye una fuente emisora de ruidos, y que existió superación del nivel de presión sonora fijado para la zona III, en horario nocturno, resultado a partir de las mediciones realizadas el día 24 de junio de 2014, las cuales obtuvieron como resultado valores de NPC de 54 dB(A), generando una excedencia de 4 dB(A) por sobre el máximo establecido, calculado de acuerdo al procedimiento señalado en D.S. N° 38/2011, la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA concluye, que existe mérito para dar inicio a la instrucción de un procedimiento sancionatorio respecto de la titular de la fuente emisora Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, de la comuna de La Florida, esta es, Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, designando, por medio del Memorándum D.S.C. N° 380, de 25 de agosto de 2015, de la División de Sanción y Cumplimiento, a Dánisa Estay Vega como Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Máximo Nuñez Reyes como Fiscal Instructor Suplente.

9. De este modo, a través de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-042-2015, de fecha 05 de octubre de 2015, se formularon cargos contra Inversiones Hermanos Perez Vargas Limitada, titular de la fuente emisora Restaurante Ají Seco, por la superación del nivel de presión sonora fijado para la zona III, en horario nocturno, la cual corresponde a 54 dB(A), resultado a partir de las mediciones realizadas el día 24 de junio de 2014, realizadas por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana. Se otorgó el carácter de interesado en el procedimiento, a la Sra. Ximena Rojas Silva, por su calidad de denunciante que dio inicio al presente procedimiento sancionatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la LO-SMA. La Res. Ex. N° 1/Rol D-042-2015, fue notificada, por carta certificada, el día 31 de agosto de 2015 a la presunta infractora, Inversiones Hermanos Perez Vargas Limitada, y el día 31 de agosto de 2015, a la Sr. Ximena Rojas Silva, en su carácter de interesada en el presente procedimiento.

10. Con fecha 29 de septiembre de 2015, estando dentro del plazo legal, la presunta infractora Inversiones Hermanos Perez Vargas Limitada, presentó ante la SMA, una solicitud de ampliación del plazo otorgado para la presentación de un



Programa de Cumplimiento, fundando, esto último, en el hecho que la empresa se encontraba “recopilando los antecedentes suficientes para preparar un programa de cumplimiento adecuado”.

11. Con fecha 05 de octubre de 2015, a través de Res. Ex. N° 2/Rol D-042-2015, esta Superintendencia resuelve la solicitud de ampliación de plazo presentado por Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, ampliando el plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

12. Finalmente, se hace presente que la presunta infractora Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, no realizó presentaciones posteriores a la indicada en el punto 10 de este dictamen, por lo que no consta la presentación de un Programa de Cumplimiento en el presente procedimiento sancionatorio, ni de descargos como más adelante se menciona.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR.

13. El presente procedimiento administrativo, Rol D-042-2015, fue iniciado en contra de Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, Rol Único Tributario N° 76.216.165-6, domiciliada en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Santiago, Región Metropolitana, en calidad de posible infractora.

IV. CARGO FORMULADO.

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

Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma eventualmente infringida						
<p>La obtención de un nivel de presión sonora corregido (NPC) de 54 dB(A), en horario nocturno, resultado a partir de las mediciones realizada el día 24 de junio de 2014, entre las 21:57 y 22:02 horas, advirtiéndose que de la fuente fija emisora de ruido, se obtiene un nivel de presión sonora corregido que supera la norma de emisión en el receptor evaluado, de</p>	<p>D.S. N° 38/2011, artículo siete, 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="618 1707 1312 1864"> <caption>Tabla N° 1: Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A)</caption> <thead> <tr> <th></th> <th>De 7 a 21 horas</th> <th>De 21 a 7 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Zona III</td> <td>65</td> <td>50</td> </tr> </tbody> </table>		De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas	Zona III	65	50
	De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas					
Zona III	65	50					



Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma eventualmente infringida
acuerdo al procedimiento señalado en el D.S. N° 38/2011, generándose una excedencia de 4 dB(A), por sobre el máximo establecido.	

V. NO SE PRESENTA PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NI DESCARGOS POR PARTE DE INVERSIONES HERMANOS PÉREZ VARGAS LIMITADA.

15. Habiendo sido debidamente notificada de la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-042-2015, la presunta infractora, Inversiones Pérez Vargas Limitada, no presentó un Programa de Cumplimiento, tampoco presentó Descargos, ni efectuó alegación alguna ante esta Superintendencia.

VI. 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.

16. 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 crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

17. 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.

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



¹ 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 el 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.

19. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos han sido constatados por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, que con fecha 24 de junio de 2014, realizaron mediciones de nivel de presión sonora en el domicilio de la denunciante ubicado en Pasaje La Parroquia N° 7666, comuna de La Florida, Región Metropolitana, siendo dicha actividad registrada en el Acta de Inspección Ambiental correspondiente, la cual fue detallada en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2014-137-XIII-NE-IA elaborado por la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenido en el Anexo Acta: Detalles de Actividad de Fiscalización y sus Anexos. En ambos documentos se consigna, que la fuente emisora Restaurante Ají Seco, de la titular Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, comuna de La Florida, Región Metropolitana, no cumple con lo establecido en el D.S. N° 38/2011, obteniéndose un nivel de presión sonora corregido de 54 dB(A), advirtiéndose de este modo la existencia de una superación del Nivel de Presión Sonora fijado para la zona III en horario nocturno, el cual corresponde a 50 dB(A), generándose una excedencia de 4 dB(A) por sobre el máximo establecido.

20. Como consecuencia, en el proceso de emisión del dictamen, es necesario tomar en consideración las particularidades del procedimiento de medición realizado por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, el cual consta en el Acta de Inspección Ambiental y en el Informe DFZ-2014-137-XIII-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia indicados, específicamente en cuanto a la certeza de su resultado final.

21. Los detalles del procedimiento de medición indicados en el Acta de Inspección Ambiental correspondiente y en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2014-137-XIII-NE-IA y sus Anexos, se describen en el punto 7 de este dictamen.

22. 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”.

23. Luego, el artículo 156 del Código Sanitario, señala que el funcionario que practique la diligencia y levante el acta de la misma, tendrá el carácter de ministro de fe. En virtud de lo anterior, los hechos constatados por dicho ministro de fe gozan de una presunción de veracidad que sólo puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

24. Adicionalmente, cabe mencionar lo señalado al respecto por la jurisprudencia administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la Republica, en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que “(...) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada



legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad”.

25. En consecuencia, la medición efectuada por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana señalada, 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 la no presentación de prueba por parte de Inversiones Pérez Vargas Limitada.

26. En el presente procedimiento sancionatorio no fueron presentados descargos ni medios de prueba por parte de Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, por lo que se concluye que no ha habido presentación de prueba en contrario respecto de los hechos constatados por los funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, y que ha servido de base para la instrucción del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

27. 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 Resolución Exenta N° 1/Rol D-042-2015, esto es, la obtención de un nivel de presión sonora corregido de 54 dB(A), en horario nocturno, en un receptor ubicado en zona III, calculado de acuerdo al procedimiento señalado en el D.S. N° 38/2011, resultado a partir de las mediciones realizadas el día 24 de junio de 2014, por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana.

28. 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 por configurada la infracción.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

29. 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-042-2015, 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.

30. 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.



31. 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, se estimó que 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 esta Fiscal Instructora mantener dicha clasificación, debido a las razones que a continuación se expondrán.

32. 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.

33. 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, letra 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 el Acta de Inspección Ambiental que da cuenta de las mediciones realizadas por la Seremi de Salud de la Región Metropolitana y el Informe de Fiscalización DFZ-2014-137-XIII-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 24 de junio de 2014, por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, por lo que la generación de un riesgo significativo, no se configura en el presente caso.

34. 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, extensión o intensidad de la superación de la norma.

35. De este modo, los antecedentes que constan en el procedimiento, sólo permiten afirmar que, específicamente, el día 24 de junio de 2014, en horario nocturno, se produjo una excedencia de 4 dB(A) respecto del límite de presión sonora establecido en el D.S. N° 38/2011, en la fuente emisora Restaurante Ají Seco ubicada en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, La Florida, Región Metropolitana, sin que ello permita concluir, fehacientemente, que dicho incumplimiento haya ocurrido permanentemente.

36. En conclusión, la probabilidad de ocurrencia del perjuicio es bajo en el presente caso, y si bien, existe un riesgo para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la fuente denunciada, producto de los ruidos generados por el sistema de extracción de aire, este riesgo no es significativo, razón por la cual este hecho se analizará en el capítulo siguiente, relativo a las circunstancias para la determinación de la sanción específica que corresponde aplicar.



37. 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 Restaurante Ají Seco, no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población y debe mantenerse la clasificación de gravedad imputada.

38. Finalmente, conforme con lo dispuesto en la letra 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.

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

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

39. 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 ocasionado²; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción³; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁴; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁵; e) La conducta anterior del infractor⁶; f) La capacidad económica del infractor⁷; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o⁸; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del

² 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. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo debidamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

³ 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 inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

⁴ 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.

⁵ 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 permiten 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.

⁶ 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.

⁷ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

⁸ 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.



Estado⁹; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹⁰”.

40. 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 Restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, La Florida, Región Metropolitana, 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.

41. Respecto al daño, el Acta de Inspección donde constan las mediciones realizadas por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana y el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2014-137-XIII-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.

42. En cuanto al peligro, debe considerarse que en el presente procedimiento, el Acta de Inspección donde constan las mediciones realizadas por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana y el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2014-137-XIII-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, y sus Anexos, conforme con lo indicado en el punto 7 de este dictamen, dan cuenta de mediciones de Nivel de Presión Sonora en dB(A), realizadas en horario nocturno, el día 24 de junio de 2014, en consideración a la normativa aplicable correspondiente al D.S. N° 38/2011, respecto de ruidos generados por el funcionamiento de equipos de extracción del restaurante Ají Seco, ubicado en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, La Florida, Región Metropolitana.

43. Según se desprende del Acta de Inspección donde constan las mediciones realizadas por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana y el Informe de Fiscalización DFZ-2014-137-XIII-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de la SMA, y sus Anexos, las mediciones se efectuaron en un punto en donde se ubica un receptor sensible, esto es, en el patio trasero del domicilio de la denunciante, ubicado en pasaje La Parroquia N° 7666, comuna de La Florida, en condiciones de medición externa, identificándose este punto, como Receptor N° 1. El resultado de las mediciones indicó, que en el



⁹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹⁰ 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.

punto evaluado, se produce un exceso de los máximos permitidos por la normativa aplicada, obteniéndose una excedencia de 4 dB(A). Los detalles del procedimiento de las mediciones realizadas, se encuentran descritos en el punto 7 de este dictamen.

44. Adicionalmente, se hace presente, que el conocimiento científicamente afianzado 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, afectación de la salud mental.

45. En razón de lo señalado, en consideración de esta fiscal instructora, la superación de los límites de presión sonora señalados en la norma de emisión, constituye riesgo en el caso concreto, que incide en la determinación de la sanción específica.

46. Por tanto, la superación de los niveles de presión sonora señalados en el D.S. N° 38/2011, constatada en una ocasión puntual por mediciones realizadas por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, entre el día 24 de junio de 2014, indicada en el Acta de Inspección Ambiental y el Informe de Fiscalización DFZ-2014-137-XIII-NE-IA y sus Anexos, permite inferir que se ha acreditado un peligro, que si bien no se considera significativo, será considerado, en esos términos, en la determinación de la sanción específica.

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

47. La fuente emisora Restaurante Ají Seco se encuentra situada en Avenida Vicuña Mackenna N° 7630, de la comuna de La Florida, Región Metropolitana, cercana a múltiples hogares.

48. 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, no significativo, para la salud de las personas, la forma en que esta circunstancia del artículo 40 de LO-SMA está redactada, implica una potencialidad o posibilidad 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.

49. 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."



50. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora Restaurante Aji Seco, esta fiscal instructora procedió a evaluar el número de habitantes de la manzana donde se ubica dicha fuente, la cual, conforme a los datos del Censo 2002, se identifica con el ID 13110031001002. Para determinar el número de habitantes de la manzana identificada, se consideró la base de datos presentada en el Censo 2002, la cual fue sistematizada en el software Redatam. Conforme a ello, se determinó que en dicha manzana habita una población de 666 personas. Posteriormente, en consideración al hecho que la propagación de la energía sonora se realiza de forma esférica, así como también a su correspondiente atenuación por distancia, se evaluó la distancia entre el emisor y el receptor sensible, así como el nivel de presión sonora obtenido durante la actividad de fiscalización. Dado que en este caso, el nivel de presión sonora, con que se sobrepasa la norma es de 4 dB(A) percibidos en el receptor, y encontrándose éste a una distancia aproximada de 11 metros, se estimó que el número de personas potencialmente afectadas aproximadamente, es de 16.

51. Para lo anterior, complementariamente, se consideró información entregada por el software *Google Earth*, de modo de evaluar el contexto urbano en donde se ubica la fuente, así como también el supuesto que indica que por cada casa habitan al menos cuatro residentes, los que se estima serían afectados en horario nocturno, momento en el cual la mayor parte de los residentes se encuentran en sus casas, dispuestos a efectuar su descanso nocturno, descanso que es fundamental para la salud de las personas.

52. 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 del equipo de extracción de aire del Restaurante Aji Seco, sí existe certeza de riesgo respecto de un número de potencialmente afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la ocurrencia de la infracción.

53. 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.**

54. 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 la Guía de Determinación de Sanciones SMA.



55. Conforme ha sido señalado, en el presente procedimiento, la presunta infractora no presentó descargos, realizando como única presentación, una solicitud de ampliación de plazo para presentar un Programa de Cumplimiento, posteriormente no realizó presentación alguna, por lo que no consta que haya implementado medidas de mitigación de ruidos en el Restaurante Ají Seco.

56. En otro orden de ideas, si bien la fuente emisora Restaurante Ají Seco, no está obligada a implementar medidas de mitigación específicas, debido a que no requirió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si estaba 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 restaurante que posee dentro de sus instalaciones equipos de extracción de aire. Para esto, dado que no se cuenta con antecedentes atinentes a las medidas que se deben implementar en la insonorización de equipos de aire específicos en el Restaurante Ají Seco, se procedió a analizar las medidas consideradas en el procedimiento sancionatorio Rol D-015-2015¹¹ de esta Superintendencia, seguido contra El Toro Restaurante SpA. De este modo, como se indicó en la Resolución Exenta N° 922, de 06 de octubre de 2015, que resolvió el procedimiento sancionatorio Rol D-015-2015 señalado, con el objeto de obtener un valor de referencia para el cálculo del beneficio económico en dicho caso, se realizó una solicitud de cotización relativa a la insonorización de un extractor de aire de restaurante, la cotización fue realizada por la empresa Siracústica Limitada, especializada en medidas de control de ruido. La solicitud fue respondida el 14 de agosto de 2015, mediante el envío de la Cotización CO-SR-2388/2015, indicado que el encierro acústico de un extractor de aire requiere de las siguientes medidas: 1) Panel Acústico SIR PAM 50 (3.2 m²); 2) Estructura auto soportante; 3) Puerta Registro acústica RW35, y 4) Silenciador Splitter descarga de aire. El costo asociado a la implementación de las medidas descritas correspondería a 26 UF más IVA.

57. Se hace presente adicionalmente, que en el presente caso, el Acta de Fiscalización no indica la cantidad de equipos de extracción de aire con que cuenta el Restaurante Ají Seco, señalando únicamente, que “el ruido medido correspondió al funcionamiento de equipos de extracción de aire”, debido a ello, se consideró el escenario más conservador para el cálculo de los costos, esto es, que la fuente emisora Restaurante Ají Seco, contó con al menos un equipo de extracción de aire.

58. Se agrega, que el beneficio económico, en el presente dictamen, fue calculado sobre la base del costo asociado a la implementación de medidas destinadas a disminuir o mitigar el ruido generado por los equipos de extracción de aire. Para efectos de la estimación del beneficio económico, dicho costo tiene el carácter de un costo de inversión, el cual, como consta en el presente procedimiento, ha sido completamente evitado hasta la fecha. Junto con lo anterior, se hace presente que en tanto se pretenda la continuación del funcionamiento del local nocturno, el costo deberá ser incurrido, considerando que la emisión de



¹¹ <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/1216>.

ruidos generados por los mencionados equipos sobrepasan el límite establecido en el D.S. 38/2011 para el receptor sensible desde el cual fue medido.

59. El motivo de considerar el costo de dichas medidas para así determinar el beneficio económico, se debe a que Inversiones Hermanos Pérez Vargas Ltda. se encontraba obligado 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 hizo.

60. 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 Restaurante "Ají Seco".	Costo retrasado por concepto de realizar encierro acústico a extractor de aire.	\$ 801.236.-	0,22

61. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 12,9%, estimada en base a la información del rubro económico restaurante/entretención.

62. Finalmente, para este procedimiento sancionatorio el período de incumplimiento se consideró desde el día 24 de junio de 2014, fecha de la realización de la actividad de fiscalización, según consta en el Acta de Inspección Ambiental y en el Informe de Fiscalización DFZ-2014-137-XIII-NE-IA, y sus Anexos. El beneficio económico, en este caso, corresponde a las ganancias que le generó a Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, titular de la fuente emisora Restaurante Ají Seco, el no haber incurrido en los gastos señalados en la tabla anterior, desde la fecha de la inspección, 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 1 de junio de 2016 y asciende a \$801.236, equivalentes a 0,22 UTA.

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

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.

64. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva



de infringir el D.S. 38/2011, por parte de Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, titular de la fuente emisora Restaurante Ají Seco.

65. En conclusión, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora Restaurante Ají Seco, 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.

66. Finalmente respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, titular y responsable de la fuente emisora Restaurante Ají Seco.

e. **En cuanto a la conducta anterior del infractor.**

67. 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.**

68. En el presente procedimiento sancionatorio se constata que, de acuerdo al listado de empresas según su tamaño específico proporcionado por el Servicio de Impuestos Internos, Inversiones Hermanos Pérez Vargas Limitada, titular de la emisora Restaurante Ají Seco, se encuentra en el primer tramo de empresas Medianas, es decir, sus ventas corresponde al tramo de ventas que va desde 25.000,01 UF a 50.000 UF anuales.

69. En virtud de lo señalado con anterioridad, dado la capacidad económica indicada, esta circunstancia se considera como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción, se tiene que, para este caso concreto, esa circunstancia será considerada como un factor que incida en el componente de afectación de la sanción específica aplicada a la infracción

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

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



71. Para el presente caso, se ha estimado que no existen circunstancias a considerar para la determinación de la infracción. Por tanto, esta circunstancia no será considerada como un factor que incida en la sanción específica aplicable a la infracción.

X. PROPONE AL SUPERINTENDENTE.

72. 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 diurno, que generó el incumplimiento de norma establecida en el D.S. N° 38/2011, se propone aplicar la sanción consistente en multa de cuatro unidades tributarias anuales (4 UTA).



Daniela Estay Vega
Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



C.C.:

-División de Sanción y Cumplimiento

Rol N° D-042-2015