

DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-026-2016.

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

Esta Instructora ha tenido como marco normativo aplicable la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley 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 N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente 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"); la Resolución Exenta N° 731, de 8 de agosto de 2016, de la Superintendencia de Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta N° 906, de 29 de septiembre de 2015; en la Resolución Exenta N° 1002, de 29 octubre 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, y en 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.

1. El local "Pub Tasca Brava", de titularidad de Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L., se encuentra ubicado en calle Matta N° 454, comuna de San Carlos, Región del Biobío. Dicha actividad se encuentra regulada por el D.S. N° 38/2011, por cuanto realiza actividades comerciales y de esparcimiento en el establecimiento indicado.

2. Con fecha 4 de enero de 2016, doña María Mireya Pincheira Guajardo, presentó una denuncia ante esta Superintendencia por la emisión de ruidos molestos generados por Pub Tasca Brava. Dicha denuncia se contestó a través de Ord. D.S.C. N° 539 de 29 de marzo de 2016, informando que la Superintendencia del Medio Ambiente ya había efectuado una actividad de fiscalización asociada a las instalaciones denunciadas, cuyos resultados estaban en análisis.

3. Atendido lo anterior, la Oficina Regional del Biobío de la SMA, mediante Memorándum Ord. OBB N° 004 de 7 de enero de 2016, encomendó a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío la realización de actividades de fiscalización ambiental.

4. De esta forma, el día 30 de enero de 2016, personal técnico de la SEREMI de Salud de la Región del Biobío, llevó a cabo actividades de inspección ambiental en el receptor localizado en calle Matta N° 458, comuna de San Carlos, Región del Biobío, con el objeto de evaluar el cumplimiento del D.S N° 38/2011.

5. La referida actividad consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 30 de enero de 2016, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman el informe técnico, aprobadas por Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de esta Superintendencia.

6. En forma electrónica, con fecha 12 de abril de 2016, la División de Fiscalización derivó a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Ambiental asociado al local "Pub Tasca Brava", identificado como DFZ-2016-833-VIII-NE-IA, junto al Acta de Inspección Ambiental mencionada en el numeral 5° de este Dictamen, el Anexo de Acta: Detalles de actividad de fiscalización, las Fichas de Informe Técnico de Medición de Ruido y los Certificados de Calibración de Sonómetro y Calibrador Acústico.

7. En los documentos señalados en el párrafo anterior se consigna que los receptores desde los cuales se efectuaron mediciones se encuentran emplazados en un sector habitacional y mixto comercial correspondiente a la Zona ZHMC del Plan Regulador Comunal de San Carlos, lo que es homologable a Zona II, de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 38/2011. Las mediciones indicadas arrojaron los siguientes resultados:

Receptor	Resultados NPC [dBA]	Ruido de Fondo [dBA]	Zona	Límite [dBA]	Excedencia respecto del límite [dBA]
Receptor (calle Matta N° 458, comuna de San Carlos, Región del Biobío)	55,6	N/A	(Zona ZHMC) Zona II	45	10,6

8. Mediante Memorándum N° 291/2016, de 6 de junio de 2016, se procedió a designar a Sigrid Scheel Verbakel como Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Maura Torres Cepeda como Fiscal Instructor Suplente.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR.

9. El presente procedimiento administrativo, Rol D-026-2016, fue iniciado en contra de Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L., Rol Único Tributario N° 76.333.145-8, domiciliada en calle Matta N° 454, comuna de San Carlos, Región del Biobío, en calidad de posible infractora.

10. Se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio con la formulación de cargos por medio de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-026-2016.

11. Dicha resolución fue notificada a Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L., mediante Carta Certificada por Correos de Chile, siendo recepcionada en la oficina de Correos de San Carlos con fecha 10 de junio de 2016; teniéndosele como notificado el día 15 de junio de 2016. Lo anterior consta en el Registro de Correos de Chile, obtenido desde su página web, y que ha sido adjuntado al expediente del presente procedimiento sancionatorio.

IV. CARGO FORMULADO.

12. 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 de 55,6 dbA en horario nocturno, con fecha de 30 de enero de 2016.</p>	<p>D.S. N° 38/2011, artículo siete, Título III: <i>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 que se fijan a continuación:</i></p> <table border="1" data-bbox="621 824 1312 981"> <thead> <tr> <th colspan="3">Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A) Lento</th> </tr> <tr> <th></th> <th>De 7 a 21 horas</th> <th>De 21 a 7 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Zona II</td> <td>60</td> <td>45</td> </tr> </tbody> </table>	Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A) Lento				De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas	Zona II	60	45
Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A) Lento										
	De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas								
Zona II	60	45								

V. NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DE SERGIO AROLDI PACHECO RODRIGUEZ E.I.R.L.

13. Habiéndose notificado con fecha 15 de junio de 2016 a Sergio Aroldi Pacheco Rodriguez E.I.R.L. la formulación de cargos, contenida en la Resolución Exenta N°1/Rol D-026-2016, ésta no solicitó reunión de asistencia, no presentó Programa de Cumplimiento, pudiendo hacerlo, ni 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.

14. El artículo 53 de la LO-SMA, señala como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma mediante la cual se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

15. 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 deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹.

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

16. En este sentido, el Código Sanitario en su artículo N° 156, indica que los funcionarios del Servicio Nacional de Salud tendrán el carácter de ministro de fe, con respecto a los hechos materia de infracciones normativas que determinen en el desempeño de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización, la que deberá ser firmada por el funcionario que practique la diligencia.

17. Cabe mencionar lo señalado por la jurisprudencia administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República 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".

18. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos han sido debidamente constatados por funcionarios de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Biobío encomendados por esta Superintendencia, tal como quedó consignado en el acta de inspección ambiental, de 30 de enero de 2016 (Anexo 1), en el Anexo 2: Extracto Ordenanza Local de Plan Regulador comunal de San Carlos y Anexo 3: Certificados de Calibración de Sonómetro y Calibrador Acústico.

19. En el presente caso, tal como se indicó, Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L., no presentó descargos ni alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental de 30 de enero de 2016, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados.

20. En consecuencia, las mediciones efectuadas por personal técnico de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío encomendada por esta Superintendencia, realizadas el día 30 de enero de 2016, que arrojaron un nivel de presión sonora corregido de 55,6 dBA, en horario nocturno desde el receptor desde el cual se efectuaron las mediciones, gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuadas por un ministro de fe, y a su respecto no han sido desvirtuadas en el presente procedimiento.

21. Como se aprecia, conforme a las reglas de la sana crítica, se dará valor a esta prueba en el presente procedimiento, por cuanto se trata de una medición de niveles de presión sonora que se ha ejecutado conforme a las metodologías válidas para ello, y resulta un medio de prueba consistente con las condiciones y situaciones descritas en las denuncias y además porque no existe en el expediente administrativo antecedente alguno que haga dudar de la información contenida en el referido informe DFZ-2016-833-VIII-NE-IA y sus Anexos.

VIII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

22. Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los

apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por el que 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

conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tendrán por probados los hechos que fundan la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-026-2016 ya individualizada, constatados en medición de presión sonora realizada 30 de enero de 2016, tal como consta en las actas de Inspección Ambiental de las mismas fechas.

23. 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.

IX. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

24. 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-026-2016, 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.

25. 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.

26. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos 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.

27. 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.

28. En segundo lugar, 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."

29. En relación a lo anterior, de acuerdo a lo expresado en el acta de fiscalización señalada en el numeral 5°, sólo fue posible constatar que el incumplimiento de la normativa ocurrió una vez y no fue posible establecer, de manera fehaciente, que el incumplimiento a la norma de emisión fuese un hecho permanente. Y que, por tanto, haya generado un riesgo significativo a la salud de la población.

30. Al respecto, es necesario mencionar que de la denuncia presentada en contra del local "Pub Tasca Brava", sólo da cuenta de la emisión de ruidos, mas no se entregan otros antecedentes que así lo comprueben. De esta forma, las presentaciones,

por sí sola, no es suficiente para concluir que el supuesto infractor continúa sobrepasando la normativa respectiva.

31. De lo anterior se desprende que, para efectos del presente procedimiento sancionatorio, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, por parte de Sergio Aroldo Pacheco Rodríguez E.I.R.L., no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población.

32. Por último, de conformidad lo dispone 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 anuales.

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

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

33. 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

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.

programa señalado en la letra r) del artículo 3^o; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado⁹; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹⁰.

34. 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 no presentó un programa de cumplimiento, y “Pub Tasca Brava” ubicado en calle Matta N° 454, comuna de San Carlos, Región del Biobío, 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**.

35. La expresión “importancia” alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determina la aplicación de sanciones más o menos intensas¹¹. Ahora bien, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso. Por lo tanto, riesgo es la probabilidad que ese daño se concrete, mientras que daño es la manifestación cierta del peligro.

36. Respecto al daño, el acta de fiscalización levantada por funcionarios de la SEREMI de Salud de la Región del Biobío y sus anexos, así como lo señalado por la denunciante no permite 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 de más de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas cuyo nexo causal sea indubitado, para efectos de este procedimiento sancionatorio. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento.

37. En cuanto al peligro, la superación de los límites de niveles de presión sonora señalados en la norma de emisión en horario nocturno para la zonificación II en este caso concreto, efectivamente, constituye un peligro que será considerado en la configuración de la sanción específica, por las razones que a continuación se explicitarán.

38. Ahora bien, cabe tener en consideración que una referencia de cómo afecta los niveles de presión sonora a la salud de las personas, es la

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.

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.

¹¹ La referencia a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado parece vincularse con otro criterio frecuentemente utilizado en normativas sancionatorias: la gravedad de la infracción. Bermúdez indica que la mayor o menor gravedad de las infracciones no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto. BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición. Thomson Reuters. Santiago. 2014, p. 351.

actual “Guía sobre el Ruido Nocturno para Europa” de la Organización Mundial de la Salud¹². Ésta proporciona evidencias sobre cómo el ruido nocturno afecta a la salud de las personas, indicando que la exposición a este, a largo plazo, puede desencadenar hipertensión arterial y otras patologías cardiovasculares. Además, en la citada guía se indica que hay evidencia de que el ruido nocturno se relaciona con cambios en los estados de ánimo y fatiga, y que los niños, los ancianos y los enfermos crónicos son las personas que se ven más afectadas producto de dichos ruidos.

39. De esta forma, el D.S N° 38/2011, establece que los niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos para la zona II es de 45 dBA lento en horario nocturno. Tal como ya se ha indicado, la fiscalización realizada a “Pub Tasca Brava”, con fecha 30 de enero de 2016, arrojó un Nivel de Presión Sonora Corregido de 55,6 dbA.

40. Lo anterior, implica una excedencia de 10,6 dBA, sobre el límite establecido en la norma para la zona II en horario nocturno, medido en el receptor localizado en calle Matta N° 458, comuna de San Carlos, Región del Biobío.

41. Por lo tanto, es de opinión de esta fiscal instructora que si bien esta sola superación de los niveles de presión sonora señalados en la norma de emisión no permite acreditar la existencia de un riesgo de importancia tal que permita configurar la infracción como grave, sí debe ser considerado como un riesgo para la salud de las personas, el cual debe ser considerado en la determinación de la sanción específica.

42. Al respecto, se tiene como fundamento que el ruido nocturno puede tener efectos sobre la salud de la población, por regla general, más graves que el ruido diurno, en cuanto el primero tiene el potencial de afectar el ciclo de sueño/vigilia, aspecto fundamental que incide en múltiples funciones biológicas. En consecuencia, a medida que se incrementan los niveles de ruido nocturno aumenta el riesgo de afectación de la salud de la población. De esta manera es importante señalar que cada decibel adicional o marginal tiene un impacto proporcionalmente mayor en el aumento de riesgo en la población, que el anterior decibel¹³.

43. Considerando la circunstancia específica de haberse obtenido niveles de presión sonora corregido de 55,6 dBA, en horario nocturno, esta fiscal instructora ha considerado que en el presente caso, se ha generado un riesgo de afectación a la salud de las personas de importancia baja.

44. Es necesario destacar que lo anterior no sólo constituye una superación del límite fijado en la norma, sino que equivale a un exceso del 23,5% del valor fijado por la norma. En este sentido, en términos de percepción del volumen asociado, cabe destacar que por cada 10 dBA emitidos en forma adicional, la percepción del ruido se duplica¹⁴, siendo posible señalar que los 10,6 dBA de excedencia en el caso concreto, equivaldrían a duplicar la percepción del ruido que corresponde a cumplir la norma de emisión.

¹² World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications.

En http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0017/43316/E92845.pdf.

¹³ World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications.

¹⁴ *Ibíd.*

45. Por lo tanto, es de opinión de esta fiscal instructora que esta sola superación de los niveles de presión sonora señalados en la norma de emisión, permite inferir que, efectivamente, se ha acreditado un riesgo, aunque de baja importancia y, en cuanto tal, 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.

46. Si bien, tal 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 baja importancia para la salud de las personas, la forma en que esta circunstancia 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.

47. El razonamiento expuesto en el párrafo anterior ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, que en sentencia de fecha 4 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.”

48. Ahora bien, con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde el local Pub tasca Brava, esta fiscal instructora ha procedido a analizar el número de habitantes de la manzana en que se ubica la fuente. Dicha manzana se identifica, de acuerdo a los datos del Censo 2002, con el N° 8416021001030. El local “Pub Tasca Brava”, se encuentra ubicado en calle Matta N° 458, comuna de San Carlos, Región del Biobío.

49. Por su parte, se ha analizado el número de habitantes correspondientes a la manzana aledaña a la fuente emisora de ruidos, la cual se identifica con el código 8416021001040, correspondiendo todas a la comuna de San Carlos, Región del Biobío.

50. En consecuencia, utilizando la base de datos del Censo 2002, sistematizada en el programa Redatam, se determinó que en las Manzanas censales descritas en el párrafo anterior habitan aproximadamente 400 personas.

51. Considerando la distancia entre el emisor y el receptor, así como el nivel de presión sonora medido en el receptor durante la actividad de inspección, es plausible indicar que debido al proceso de emisión con divergencia esférica y su correspondiente atenuación por distancia, característico de este tipo de agente, la cantidad estimada de personas afectadas bordearía las 110 personas.

52. Es así como se concluye que las infracción por los ruidos nocturnos tiene la potencialidad de afectar la salud de 110 personas, siendo de especial relevancia que se trate de ruidos en dicho horario, pues es éste el momento en que la mayor parte de los residentes se encuentran en sus casas, y la relevancia que tiene el descanso nocturno para la salud de las personas.

53. Sobre la base del análisis indicado, la presente circunstancia es aplicable al caso concreto, puesto que si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que haya personas cuya salud se vio afectada producto de las emisiones sonoras desde el local en comento, sí existe un número de potenciales afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la infracción.

54. 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.

55. 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. El método de estimación utilizado por esta Superintendencia se encuentra explicado en el documento que describe las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones SMA.

56. Conforme ha sido señalado, el presunto infractor no presentó descargos, ni acompañó antecedentes que permitan concluir que haya implementado medidas de mitigación de ruidos en el “Pub Tasca Brava”.

57. En otro orden de ideas, si bien la empresa titular, Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L., como titular del local “Pub Tasca Brava”, no está afecto a un acto administrativo que determine previamente medidas de mitigación específicas para el ruido, sí se encuentra obligado 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.

58. Luego, resulta necesario determinar cuáles son las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas, para ser aplicadas en un local comercial con emisión de música por medio de un sistema de amplificación, ya sea envasada o en vivo.

59. Para esto, dado que no se cuenta con antecedentes atinentes a las medidas de reducción de ruido a implementar en la instalación objeto de cargos, se ha procedido a analizar las medidas contenidas en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-046-2015¹⁵ en contra del local “Hostería Chañar” a propósito de la presentación de una denuncia por ruidos molestos generados a consecuencia de la música envasada y en vivo que se tocaba en el lugar, es decir, las mismas actividades realizadas en el Pub Tasca Brava. Según consta en dicho expediente, para la determinación del beneficio económico se realizó una solicitud de cotización a una empresa especializada en control de ruido, relativa al encierro acústico de 300 m², correspondiente al sector de la terraza de la local, la cual, dada la similitud con las características de la fuente emisora, así como del entorno y el tipo de ruido generado, resulta de toda lógica proponer una solución de similares características para este caso específico. El criterio indicado ya ha sido utilizado para determinar la sanción en el Procedimiento Sancionatorio Rol D-009-2015 seguido

¹⁵ Unidad Fiscalizable: Hostería Chañar. El expediente electrónico de dicho procedimiento sancionatorio se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/1264>.

contra Restobar Bruttu's, resuelto por Resolución Exenta N° 659, de 11 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

60. 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 el Pub Tasca Brava, 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 efectos de la estimación del beneficio, dicho costo tiene el carácter de inversión, 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. Es por este motivo, y por la naturaleza de la infracción 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.38/2011.

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

Tipo de costo	Medida	Costos evitados (pesos)	Fecha cumplimiento a tiempo	Beneficio económico (UTA)
Gasto en implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en Pub Tasca Brava	Costos evitados por concepto de realizar aislamiento acústico en Pub Tasca Brava.	\$ 2.643.901	30-01-2016	4,6

62. Como puede observarse, los costos asociados a la implementación de dichas medidas ascienden a \$ 2.643.901. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L. debió invertir dicho monto en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria, sin que a la fecha exista algún antecedente que permita asumir que lo realizará en el futuro.

63. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 12,5 %, estimada en base a la información de referencia del rubro entretenimiento. Para este procedimiento sancionatorio el período de incumplimiento se consideró desde el día 30 de enero de 2016, fecha de la realización de la actividad de medición de ruidos (fecha de incumplimiento), hasta la fecha del probable pago de la multa que finalmente se proponga, y que se estima aproximadamente para el 30 de enero de 2017.

64. El beneficio económico en este caso corresponde al beneficio que le generó a Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L. el haber evitado

incurrir en los costos señalados en la tabla, desde la fecha de la inspección, hasta la fecha proyectada del pago, y asciende a 4,6 UTA.

65. 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.

66. 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 Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L.

67. En conclusión, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en “Pub Tasca Brava” ubicado en calle Matta N° 454, comuna de San Carlos, Región del Biobío, 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.

68. 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 al responsable del establecimiento, esto es Sergio Aroldo Pacheco Rodriguez E.I.R.L.

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

69. 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, dado que no ha sido sancionada por esta Superintendencia con anterioridad, ni tampoco consta en el presente proceso sancionatorio antecedentes de la aplicación de sanciones administrativas por otros Organismos de Estado.

f. Respecto a la **capacidad económica del infractor**.

70. Para la determinación del tamaño económico del infractor, se estimó que la empresa corresponde a una Pequeña Empresa N°1, en base a información disponible de empresas similares del mismo rubro de actividad.

71. En virtud de lo señalado con anterioridad, esta circunstancia se considera como un factor de disminución del 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**.

72. 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.

73. 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.

XI. PROPONE AL SUPERINTENDENTE.

74. 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 norma establecida en el D.S. N° 38/2011, se propone aplicar la sanción consistente en multa de 5 unidades tributarias anuales (5 UTA).

Sigrid Scheel Verbakel
Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Acción	Firma
Revisado y aprobado	<p data-bbox="581 1380 634 1440">X</p> <hr data-bbox="565 1447 1198 1452"/> <p data-bbox="581 1460 1040 1535">Marie Claude Plumer Bodin Jefa División de Sanción y Cumplimiento</p>

C.C.:
-División de Sanción y Cumplimiento

Rol N° D-026-2016