

AEG

DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-048-2016.

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. Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, RUT 76.4136.622-5, es titular de un establecimiento de esparcimiento denominado “Siddhartha Lounge”, ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 195, 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 1 de marzo de 2016, la Superintendencia del Medio Ambiente 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 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 “Cavanha” – 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.

4. En virtud de lo anterior, con fecha 30 de abril de 2016, desde las 02:30 a las 03:30 horas, Fiscalizadores de la SMA concurren al domicilio ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 712, Departamento 23, Iquique (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 07 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: la primera se desarrolló en el interior de la casa del receptor (living comedor del inmueble, en condiciones de ventana cerrada); la segunda, en el exterior de la casa del receptor (balcón del departamento), consignándose los resultados 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, consignando, como observación de la actividad, que no fue posible entregar el Acta debiendo, mediante ORD.MZN N° 178, remitir copia de la misma al administrador de local Siddhartha Lounge.

6. 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 3° de este dictamen, 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-2016-1010-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. Mediante memorándum N° 427, 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 don Antonio Razeto Cáceres como Fiscal Instructor Suplente.

9. De este modo, a través de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-048-2016, de fecha 09 de agosto de 2016, se formularon cargos contra Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, 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 62 y 53 dBA, para las dos 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. Dicha Formulación de Cargos fue notificada mediante carta certificada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, que arribó al Centro de Distribución Postal de Correos de Chile, con fecha 13 de agosto de 2016, lo que puede ser consultado en la página web de Correos de Chile, a través del número de seguimiento 117004662007-0.

10. 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. Dicha resolución fue notificada mediante carta certificada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, que arribó al Centro de Distribución Postal de Correos de Chile, con fecha 30 de agosto de 2016, lo que puede ser consultado en la página web de Correos de Chile, a través del número de seguimiento 117005033675-2.

11. Con fecha 1 de septiembre de 2016, Aldo Solimano Quiroga, en representación de Sociedad Gastronómica Lounge Limitada, presentó un escrito por medio del cual se allana a los cargos formulados por este servicio. En dicha presentación reconoce la infracción a la norma de emisión, solicitando la amonestación por escrito, toda vez que se cumplirían los requisitos para su imposición. Asimismo, solicita en el primer y segundo otrosí de su presentación, que se tenga presente su personería y por acompañada copia de escritura pública en la que consta dicha calidad.

12. Con fecha 7 de noviembre de 2016, mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-048-2016, se resolvió tener por presentado escrito de allanamiento 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. Dicha resolución fue notificada personalmente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, con fecha 6 de diciembre de 2016.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR.

13. El presente procedimiento administrativo, Rol D-048-2016, fue iniciado en contra de Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, RUT 76.413.622-5, titular de "Siddhartha Lounge", ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 195, Iquique, Región de Tarapacá.

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:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión									
1	La obtención, con fecha 30 de abril de 2016, de niveles de presión sonora corregido de 62 y 53 dBA, en horario nocturno, medido desde un receptor ubicado en Zona II.	<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="683 2128 1370 2280"> <thead> <tr> <th colspan="3" data-bbox="683 2128 1370 2202">Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A)</th> </tr> <tr> <th data-bbox="683 2202 824 2245"></th> <th data-bbox="824 2202 1089 2245">De 7 a 21 horas</th> <th data-bbox="1089 2202 1370 2245">De 21 horas a 7 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="683 2245 824 2280">Zona II</td> <td data-bbox="824 2245 1089 2280">60</td> <td data-bbox="1089 2245 1370 2280">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									

V. EXAMEN DEL ALLANAMIENTO EFECTUADO POR EL PRESUNTO INFRACTOR RESPECTO DEL CARGO FORMULADO.

i. Resumen del allanamiento presentado por Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada.

15. Con fecha 3 de noviembre de 2016, Aldo Solimano Quiroga, en representación de Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, realizó una presentación ante la Superintendencia del Medio Ambiente, en la cual se allanó los cargos formulados en la resolución que dio inicio al presente procedimiento sancionatorio.

16. En dicha presentación, el presunto infractor indica que reconoce la infracción al D.S N° 38/2011, en cuanto a la emisión de ruidos molestos, razón por la cual dispuso e instruyó sobre estos aspectos al personal de la empresa. Asimismo, indica que ha regulado las emisiones de ruidos provenientes de los parlantes instalados en las dependencias de la empresa. Señala que, en virtud de las reuniones sostenidas con el Consejo Municipal de Iquique, celebradas los días 1 y 3 de agosto de 2016, se acordó iniciar un proceso de autorregulación con el resto de los locales del sector, con el objeto de terminar con los permanentes conflictos que se desarrollan en torno a la apertura de los locales nocturnos de la península de Cavancha. Por tales antecedentes, solicita como sanción la aplicación de una amonestación por escrito, justificado su petición en el análisis de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la intencionalidad en la comisión de la infracción y grado de participación, la conducta anterior del infractor y su capacidad económica, todas circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA, por lo que su análisis y ponderación se efectuará en el punto IX del presente Dictamen.

ii. Análisis del allanamiento.

17. En relación al allanamiento presentado por la presunta infractora, este puede ser dividido en dos puntos: a) Reconocimiento de la infracción imputada en la Formulación de Cargos; y b) Existencia de medidas de mitigación de los ruidos que genera Siddhartha Lounge. Respecto a la solicitud de la aplicación de la sanción de amonestación por escrito, en atención a que el presunto infractor efectúa un análisis a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que a su juicio resultan aplicables, su análisis y ponderación se realizará en el punto IX del presente Dictamen.

a) Reconocimiento de la infracción imputada en la Formulación de Cargos.

18. Tal como se indicó en el considerando 16° de este Dictamen, el presunto infractor presentó escrito de allanamiento a los cargos formulados mediante Res. Ex. N° 1/Rol D-048-2016. En este sentido, Aldo Solimano Quiroga, en representación de Sociedad Gastronómica Lounge Limitada, reconoce la emisión de ruidos molestos, lo que implicó infracciones a la norma de emisión contenida en el D.S N° 38/2011, sin adicionar argumentación alguna que desvirtuará la validez de las mediciones efectuadas por Fiscalizadores de la SMA.

b) Existencia de medidas de reducción de los ruidos que genera Siddhartha Lounge.

19. El presunto infractor, sostiene en su escrito de allanamiento que ha implementado una serie de medidas de reducción de ruidos desde que tomó conocimiento de la infracción cometida, consistentes en la instrucción del personal de la empresa, la regulación de las emisiones de ruidos provenientes de los parlantes instalados en las dependencias de la empresa, y reuniones sostenidas con el Consejo Municipal de Iquique donde se acordó iniciar un proceso de autorregulación con el resto de los locales del sector de Cavancha.

20. En la substanciación del presente procedimiento sancionatorio, el representante de Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada no acompañó documentación alguna tendiente a acreditar que las medidas de reducción de ruidos fueron implementadas, en este sentido, la información aportada es vaga y no permite ponderar su efectividad e idoneidad.

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.

21. 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.

22. 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.

23. Tal como se indicó en los considerandos 4° y 5° del presente dictamen, los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos fueron constatados por Fiscalizadores de la SMA, que con fecha 30 de abril de 2016, realizaron mediciones de nivel de presión sonora en el domicilio ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 712, Departamento 23, Iquique, Región de Tarapacá. Dicha actividad fue registrada en el Acta de Inspección Ambiental correspondiente, la cual fue detallada en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1010-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 el referido Informe de Fiscalización, se consigna que la fuente emisora

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 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.

Siddhartha Lounge, del titular Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, ubicado Calle Filomena Valenzuela N° 195, 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 62 y 53 dBA, para las mediciones efectuadas con fecha 30 de abril de 2016 - desarrolladas en el exterior (balcón del departamento) e interior de la casa del receptor (living comedor del inmueble, en condiciones de ventana cerrada) - 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 17 y 8 dB(A) por sobre el máximo establecido.

24. Al respecto, es conveniente indicar de qué forma este servicio determinó que las mediciones efectuadas provienen del establecimiento Siddhartha Lounge, cuestión fundamental a la hora de ponderar el efecto del allanamiento del presunto infractor. Según consta en el expediente sancionatorio, el establecimiento indicado como fuente de emisión de ruidos, se encuentra emplazado en un sector donde existen numerosos locales de entretención y esparcimiento que pueden ser fuentes sujetas al cumplimiento del D.S N° 38/2011.

25. Para poder determinar que las mediciones efectuadas por Fiscalizadores de la SMA provienen del establecimiento Siddhartha Lounge, es necesario analizar los detalles de los procedimientos de medición indicados en los considerandos 4° y 5° de este Dictamen, cuyos antecedentes y resultados se encuentran contenidos en el Acta de Inspección Ambiental correspondientes y en el ya indicado Informe de Fiscalización DFZ-2016-1010-I-NE-IA. 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° 693, de fecha 21 de agosto de 2015, que *“Aprueba contenido y formatos de las fichas para informe técnico del procedimiento general de determinación del nivel de presión sonora corregido”*.

26. Lo anterior se encuentra en relación, con el 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.

27. 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 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

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

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.

28. 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*”. 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.

29. 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 Cavancha 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- Siddhartha Lounge- que está situada en la intersección de las calles Filomena Valenzuela y Alcalde Godoy, y no colinda con otros establecimientos similares.

30. 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 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 consignent 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”*.

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

32. 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 62 y 53 dB(A), para las mediciones efectuadas con 30 de abril de 2016, provienen de Siddhartha Lounge.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

33. 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-048-2016, esto es, la obtención con fecha 30 de abril de 2016, de niveles de presión sonora corregido de 62 y 53 dB (A), en horario nocturno, medido desde un receptor ubicado en Zona II.

34. 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.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

35. 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-048-2016, 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.

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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 el Informe de Fiscalización DFZ-2016-1010-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 30 de abril de 2016, por lo que la generación de un riesgo significativo, no se configura en el presente caso.

40. 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.

41. De este modo, los antecedentes que constan en el procedimiento, sólo permiten afirmar que, específicamente, el 30 de abril de 2016, en horario nocturno, se produjeron excedencias de 62 y 53 dB(A) respecto del límite de presión sonora restablecido en el D.S. N° 38/2011, en la fuente emisora Siddhartha Lounge, ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 195, Iquique, Región de Tarapacá, sin que ello permita concluir, fehacientemente, que dicho incumplimiento haya ocurrido en forma permanente.

42. 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 Siddhartha Lounge, no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población y debe mantenerse la clasificación de gravedad imputada.

43. 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 Anuales.

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

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

44. 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 ocasionado³; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁴; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁵; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁶; e) La conducta anterior del infractor⁷; f) La capacidad económica del infractor⁸; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º⁹; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁰; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹¹”.

45. 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 Siddhartha Lounge, ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 195, Iquique, Región de Tarapacá, 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**.

46. 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 intensas¹².

47. Respecto al daño, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1010-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

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

⁹ 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.

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹¹ 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.

¹² 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

componentes, ni otras consecuencias negativas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

b. Respecto al peligro, la expresión está referida a un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso. En este caso, la superación de los límites de presión sonora señalados en la norma de emisión constatada, efectivamente constituye un riesgo, pero no tiene la significancia para incidir en la configuración de la sanción específica, considerando que en el presente procedimiento sólo fue posible constatar el incumplimiento a la norma de emisión de ruidos, en período nocturno, en una ocasión puntual durante el mes de abril de 2016. Para mayor detalle, se puede señalar que debe considerarse que, en el presente procedimiento, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1010-I-NE-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, y sus Anexos, conforme con lo indicado en los considerandos 4° y 5° 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 de 30 de abril de 2016, respecto del funcionamiento del establecimiento Siddhartha Lounge, ubicado en Calle Filomena Valenzuela N° 195, Iquique, Región de Tarapacá.

48. Según se desprende del Informe de Fiscalización indicado en el punto anterior, las mediciones efectuadas el 30 de abril de 2016, se constó de dos mediciones, una desarrollada en el interior del inmueble ya individualizado – en el living comedor, en condiciones de ventana cerrada - y otra el exterior – balcón del departamento – 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 62 y 53 dB(A). Los detalles del procedimiento de las mediciones realizadas, se encuentran descritos en el considerando 5° de este dictamen.

49. Según lo expresado por el infractor, en su escrito de allanamiento a los cargos formulados, no se ha producido daño o peligro con ocasión de las superaciones a los límites establecidos en el D.S N° 38/2011, ya que no existen antecedentes que determinen su ocurrencia. En este sentido, se hace presente que el conocimiento científicamente afianzado¹³ ha señalado, respecto de los efectos del ruido nocturno, que existe una potencial afectación de la calidad de vida de las personas, afectando 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. Al respecto, la "Guía sobre el Ruido Nocturno para Europa" de la Organización Mundial de la Salud¹⁴ proporciona evidencias sobre cómo el ruido nocturno afecta a la salud de las personas. El límite de presión sonora planteado en dicho documento para evitar efectos nocivos sobre la salud es una exposición media nocturna anual que no exceda de los 40 (dB). Además, indica que la exposición a largo plazo a niveles superiores a

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 World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications. Disponible online en: http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0017/43316/E92845.pdf.

los 55 (dB), puede desencadenar hipertensión arterial y otras patologías cardiovasculares. Por último, en la citada guía se indica que hay evidencia que el ruido nocturno se relaciona con cambios en los estados de ánimo y fatiga, y que los niños, ancianos y enfermos crónicos son las personas que se ven más afectadas. Asimismo, la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida 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 ruido¹⁵. En relación a este último punto, cabe señalar que, aun cuando en el presente procedimiento sancionatorio se tienen por constatadas sólo dos excedencias a la norma referida, 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.

50. Como se detalla en el considerando 49°, al haberse detectado una superación de 17 db(A) y 8 db(A), en el presente caso hay un exceso de un 38% y 18% respectivamente del valor fijado por la norma, lo cual implica al menos un aumento en un factor de 10 la energía del sonido¹⁶, respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma.

51. Del mismo modo, en relación a la temporalidad o frecuencia de la actividad que desarrolla el Siddhartha Lounge, se puede señalar que, de acuerdo a información entregada por el denunciante, ésta se desarrolla en horario nocturno, al menos los fines de semana. En base a lo anterior, se sostiene que la fuente de ruido posee una frecuencia media en el desarrollo de la actividad.

52. En razón de lo señalado, en relación al riesgo, 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.

53. 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 30 de abril de 2016, indicada en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1010-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.

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

54. La fuente emisora Siddhartha Lounge se encuentra situada en Calle Filomena Valenzuela N° 195, de la comuna de Iquique, Región de Tarapacá, en una zona de uso residencial.

¹⁵ "Guidelines for Community Noise", Organización Mundial de la Salud, 1999.

¹⁶ Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

55. 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 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.

56. 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”.

57. El infractor, en su escrito de allanamiento, sostiene que no existen antecedentes fundantes para determinar la afectación a la salud de las personas, sin acompañar antecedentes que respalden sus aseveraciones. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora “Siddhartha Lounge”, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven afectados debido a las emisiones de dicha fuente. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (“AI”) de la fuente de ruido.

58. Para determinar el área de influencia (AI), se consideró la circunstancia de que la propagación de la energía sonora se realiza en forma esférica, así como su correspondiente atenuación por distancia, la que indica que al doblarse la distancia se disminuye 6 dB(A). Para lo anterior, se utilizó la expresión que determina que, la amplitud del nivel de presión del sonido emitido desde una fuente puntual es, en cada punto, inversamente proporcional a la distancia a la fuente, para lo anterior se utilizó la siguiente fórmula:

Ecuación 1

$$L_p = L_x - 20 \log_{10} \frac{r}{r_x} \text{ db}$$

59. De esa forma, utilizando la expresión antedicha, y considerando que bajo la utilización del criterio, antes indicado, el escenario de mayor incumplimiento incluye el área de influencia de la medición en donde se registraron 53 db(A), para la determinación del área de Influencia se utilizará el peor escenario medido, es decir, el registro de nivel de presión sonora de 62 dB(A), el que es obtenido en el punto en donde se ubica el receptor sensible, situado a una distancia lineal de aproximadamente 60 metros de la fuente, se estima que de la propagación sonora en campo libre para el nivel de ruido registrado en el punto P1, se encuentra a una distancia de 424 metros desde la fuente, el ruido alcanza nivel de cumplimiento de la norma según el D.S. 38/2011.

60. En base a lo anterior, se determinó un Área de Influencia o Buffer cuyo centro corresponde al domicilio de la fuente emisora que fue determinado mediante las coordenadas geográficas indicadas en el acta de fiscalización, con un radio de 424 metros aproximadamente.



Ilustración 1 Determinación del Área de Influencia con un radio de 424 metros. Elaboración propia en base a software Google Earth. En color rojo se puede observar el perímetro del área de influencia determinada para la fuente "Siddhartha Lounge"

61. Una vez determinada el Área de Influencia, se procedió a interceptar dicha información con los datos contenidos en el software Radatam, el que integra la base a los datos del Censo del año 2002 con información georreferenciada respecto a las manzanas censales. En base a ello, se identifica que el Área de Influencia intercepta a nueve manzanas censales, identificadas como ID 1101061001079 (M1), 1101061001064 (M2), 1101061001065 (M3), 1101061001066 (M4), 1101061001063 (M5), 1101061001062 (M6), 1101061001067 (M7), 1101061001058 (M8) y 1101061001035 (M9). De acuerdo a la mencionada fuente de información, la manzana censal identificada como M1, posee un área total de 300.757 m², la manzana censal identificada como M2, posee un área total de 20.472 m², la manzana censal identificada como M3, posee un área total de 14.629 m², la manzana censal identificada como M4, posee un área total de 10.656 m², la manzana censal identificada como M5, posee un área total de 14.037 m², la manzana censal identificada como M6, posee un área total de 5.232 m², la manzana censal identificada como M7, posee un área total de 20.768 m², la manzana censal identificada como M8, posee un área total de 65.782 m², la manzana censal identificada como M9, posee un área total de 323.298 m². Para las manzanas censales descritas se registra un total de 2.775 personas.

62. Ahora bien, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea y obteniendo la proporción del área de influencia en relación a dichas manzanas censales, se puede señalar que el 51% del área total de la manzana M1 (153.699 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 15 personas; el 100% del área total de las manzanas M2 (20.472 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 312 personas, el 100% del área total de las manzanas M3 (14.629 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un

aproximado de 37 personas, el 100% del área total de las manzanas M4 (10.565 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 33 personas, el 100% del área total de las manzanas M5 (14.037 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 162 personas, el 100% del área total de las manzanas M6 (5.232 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 66 personas, el 100% del área total de las manzanas M7 (20.768 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 149 personas, el 28% del área total de las manzana M8 (18.498 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 51 y el 2% del área total de la manzana M9 (6.905 m²) se ve influenciada por la fuente de ruido, afectando a un aproximado de 39 personas. En consecuencia, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas, que habitan en el buffer delimitado, es de 864.



Ilustración 2 Manzanas censales identificadas dentro del Área de Influencia determinada para la fuente de ruido, Siddhartha Lounge.

63. En conclusión, si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que haya personas cuya salud se vio afectada producto de la actividad generadora de ruido de la fuente emisora “Siddhartha Lounge”, sí existen antecedentes de riesgo respecto de un número de potenciales afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la ocurrencia de la infracción.

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

65. 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, como ha sido definido en las Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales.

66. Conforme ha sido señalado, en el presente procedimiento, en el escrito de allanamiento del infractor no se da cuenta de la implementación de medidas de mitigación de ruidos en Siddhartha Lounge, solo se informa de una instrucción al personal que trabaja en Siddhartha Lounge, regulación de las emisiones provenientes de parlantes dispuestos en el interior del local y la existencia de un proceso de autorregulación de emisiones adoptado por un grupo de locales del sector de Cavancha. Asimismo, a propósito del análisis de la circunstancia en comento, sostiene que el beneficio económico no reviste mayor trascendencia, ya que, desde el punto de vista de los ingresos del local, en la época de invierno las ventas bajan drásticamente debido a las condiciones climáticas y la celebración de fiestas religiosas. Todas estas medidas y aseveraciones no fueron respaldadas con medios que dieran cuenta de su veracidad y eficacia, por lo tanto, carecen del mérito suficiente para ponderarlas a efectos determinar el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.

67. En otro orden de ideas, la fuente emisora Siddhartha 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.

68. En este sentido, resulta necesario identificar las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas para implementar en un local que sirve como recinto del tipo discoteca que utiliza música envasada, teniendo presente los costos de mercado asociados y las características de la fuente que pudieron ser recopilados mediante el software Google Maps. Para lo anterior, se consideró como referencial los antecedentes del procedimiento sancionatorio Rol D-072-2015, donde se aprobó el Programa de Cumplimiento presentado, por medio de la Resolución Exenta N°4/ROL N°D-072-2015, de 1 de marzo de 2016. Las acciones que en dichos instrumentos se comprometieron fueron estimadas como integrales y eficaces por esta Superintendencia para ser aplicadas en un establecimiento tipo discoteca en cuyo interior se realizan actividades con emisión de niveles de presión sonora del tipo música envasada.

69. En consecuencia, 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, en un escenario de cumplimiento normativo. Para efectos de la estimación del beneficio, dicho costo tiene el carácter de un costo de inversión, el cual ha sido completamente evitado a la fecha del 30 de abril de 2016, fecha en la cual se realizó la actividad de fiscalización y que se considera como fecha de cumplimiento oportuno.

70. A continuación, la siguiente tabla refleja 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	Costos evitados por confinamiento de puertas.	\$ 1.000.000	9,3

Tipo de gasto	Medida	Costos Evitados(pesos)	Beneficio económico (UTA)
mitigatoria de ruido en "Siddhartha Lounge".	Costos evitados por confinamiento de ventanas y revisión de muro perimetral con techumbre	\$ 2.000.000.-	
	Diseño y distribución de altavoces.	\$ 1.000.000.-	
	Instalación de limitador de audio	\$ 2.000.000.-	

71. Como puede observarse, los costos asociados a la implementación de dichas medidas ascienden a aproximadamente \$ 6.000.000, equivalentes a 10,7 UTA¹⁷. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que el Siddhartha Lounge debió invertir dicho monto en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria.

72. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 13%, estimada en base a la información del rubro económico restaurante/entretención.

73. Finalmente, para este procedimiento sancionatorio el periodo de incumplimiento se consideró desde el día 30 de abril de 2016, fecha de realización de la actividad de fiscalización, según consta en el Informe de Fiscalización DFZ-2016-1010-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 16 de mayo de 2017. El beneficio económico, en este caso, corresponde a las ganancias que le generó a Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, titular de la fuente Siddhartha 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 9,3 UTA.

e. 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.

74. 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 Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, titular de la fuente emisora Siddhartha Lounge. El infractor sostiene, en su escrito de allanamiento, que si bien el grado de participación en la comisión de la infracción es de autor, desconocía la circunstancia del estar incumplimiento la norma de emisión, por lo que existiría una actuación culposa.

75. En conclusión, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora Siddhartha 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

¹⁷ Valor expresado en UTA del mes de mayo de 2017.

cumplir la norma. Por este motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

76. 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 Cavancha, Iquique, tal como se indicó en los considerandos 22° y siguientes de este Dictamen, a través de las mediciones y constataciones efectuadas por los fiscalizadores de la SMA se pudo determinar las excedencias provenientes desde Siddhartha 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 Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, titular y responsable de la fuente emisora Siddhartha Lounge.

f. En cuanto a la conducta anterior del infractor.

77. El infractor, en su escrito de allanamiento a los cargos formulados, sostiene que no existen infracciones anteriores cometidas por la empresa, por lo tanto, no existiría reincidencia en el actuar.

78. La revisión de los antecedentes que dispone este servicio, específicamente de los procedimientos de fiscalización y la ausencia de sancionatorios instruidos en su contra, permite concluir que 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.

g. Respecto a la capacidad económica del infractor.

79. 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 Pública¹⁸. Recurrir a este criterio puede justificarse desde distintas ópticas. En primer lugar, como una cuestión de equidad¹⁹, 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 microempresa²⁰. Por

¹⁸ 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, N° 1, 2010, pp. 303 – 332.

¹⁹ 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).

²⁰ “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

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.

80. 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.

81. Así las cosas, el presente procedimiento sancionatorio se dirige contra una persona jurídica titular de la fuente emisora "Siddhartha Lounge". El infractor fue requerido de información, por medio de la Resolución Exenta N° 3/ROL D-048-2016, respecto de antecedentes financieros que permitan determinar su capacidad económica. En este sentido, dado que la empresa no respondió a dicho requerimiento de información, se procedió a utilizar la información existente en el listado de empresas según su tamaño específico proporcionado por el Servicio de Impuestos Internos, dando cuenta que Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada, se encuentra en el tramo de las pequeñas empresas, específicamente, en el segundo rango, es decir, sus ventas corresponden al tramo que va desde las 5.000 a 10.000 UF.

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

82. En virtud de la presente disposición, en cada caso en particular, esta Superintendencia podrá incluir otros criterios innominados que,

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.

fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción tales como cooperación eficaz, presentación de autodenuncia, aplicación de medidas correctivas, entre otras.

83. 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.

84. En el caso en cuestión no 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 la entrega de información que fue solicitada, ni se decretaron diligencias por este servicio que hayan requerido la colaboración de la infractora.

85. Tal como se indicó en el considerando 15° de este Dictamen, el infractor presentó, con fecha 3 de noviembre de 2016, escrito de allanamiento a los cargos formulados en la resolución que dio inicio al presente procedimiento sancionatorio. En dicho escrito, Sociedad Gastronómica Lounge Iquique Limitada sostiene que reconoce la infracción al D.S N° 38/2011, en cuanto a la emisión de ruidos molestos, sin cuestionar la calificación efectuada por este servicio en la Res. EX. N° 1/Rol D-048-2016.

86. 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.

87. 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° y 5°. Asimismo, tal como se indicó en los considerandos 27° y siguientes, pese a que en su escrito de la infractora sostiene que ha implementado una serie de medidas de reducción de ruidos desde que tomó conocimiento de la infracción cometida, consistentes en la instrucción del personal de la empresa, la regulación de las emisiones de ruidos provenientes de los parlantes instalados en las dependencias de la empresa, y reuniones sostenidas con el Consejo Municipal de Iquique donde se acordó iniciar un proceso de autorregulación con el resto de los locales del sector de Cavancha, no se acompañaron antecedentes en el procedimiento sancionatorio que dieran por acreditadas la implementación de dichas medidas, ni su incidencia en la mitigación de los ruidos emitidos.

X. PROPONE AL SUPERINTENDENTE.

88. 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 once unidades tributarias anuales (11 UTA).

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

Acción	Firma Jefe (S) División de Sanción y Cumplimiento
Revisado y aprobado	

C.C.:

-División de Sanción y Cumplimiento

Rol N° D-048-2016