

MCPB

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-055-2016.**

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, de 29 de septiembre de 2015, Res. Ex. N° 461, de 23 de mayo de 2016 y Res. Ex. N° 40, de 20 de enero de 2017, rectificada a su vez por la Res. Ex. N° 95, de 10 de febrero de 2017), todas de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 y N° 95, de 10 de febrero de 2017, todas de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 857, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S N° 38/2011 y exigencias asociadas al control de ruido en instrumentos de competencia de la SMA; 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. Abarzua y Piazza Limitada, RUT 76.326.659-1, es titular de un establecimiento de esparcimiento denominado "Pub Saladero Restobar", ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 220, 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 recibió 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 “Cavanca”, 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 00:50 a las 01:40 horas, Fiscalizadores de la SMA concurren al domicilio ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 236, Iquique (en adelante, 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 Cavanca (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 desarrolladas en el interior de la casa del receptor: la primera en condiciones de ventana abierta y la segunda en condiciones de ventana cerrada, 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° 177, remitir copia de la misma al administrador de local Pub Saladero Restobar.

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-2016-1017-I-NE-IA, el cual fue remitido a la División de Sanción y Cumplimiento de la misma, con fecha 06 de mayo de 2016, a través del respectivo comprobante de derivación.

8. Mediante memorándum N° 450, de fecha 22 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 Maldonado Barra como Fiscal Instructor Suplente.

9. De este modo, a través de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-055-2016, de fecha 22 de agosto de 2016, se formularon cargos contra Abarzua y Piazza 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 60 y 57 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 Cavanca 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 26 de agosto de 2016, lo que puede ser consultado en la página web de Correos de Chile, a través del número de seguimiento 117004970047-2.

10. Con fecha 7 de noviembre de 2016, mediante Res. Ex. N° 2/Rol D-055-2016, se resolvió requerir de información al presunto infractor 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.

11. Con fecha 16 de noviembre de 2016, mediante Oficio N° 2035, Francisco Pinto Madariaga, Gobernador Provincial de Iquique, remite escrito de descargos presentados por don Alberto Urzúa Aravena, en representación del presunto infractor. Dicha presentación fue ingresada ante la Gobernación Provincial de Iquique con fecha 16 de septiembre de 2016.

12. En el escrito de descargos, en base a diversos argumentos, el presunto infractor solicita la absolución de los cargos, ofreciendo voluntariamente la ejecución de un programa de cumplimiento a fin de garantizar, más allá de toda duda, el cumplimiento de la normativa ambiental. Solicita tener presente la personería de don Alberto Urzúa Aravena para representar al presunto infractor.

13. Con fecha 1 de diciembre de 2016, mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-055-2016, en atención a que el escrito de descargos fue presentado dentro de plazo, pero ante una autoridad administrativa que no tiene competencias relativas al presente procedimiento sancionatorio, se solicitó al presunto infractor la ratificación de sus descargos, así como el poder de representación del Alberto Urzúa Aravena, debiendo ser presentados en la oficina regional de Tarapacá de esta Superintendencia, todo dentro de un plazo de 15 días. 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 9 de diciembre de 2016, lo que puede ser consultado en la página web de Correos de Chile, a través del número de seguimiento 117007162674-0.

14. Finalmente, se hace presente que habiendo transcurrido los plazos otorgados en las resoluciones indicadas en los considerandos 10° y 13° de este Dictamen, para la presentación de información para propender a una correcta determinación de la sanción específica y la ratificación del escrito de descargos presentados ante una autoridad administrativa incompetente, el presunto infractor no dio cumplimiento con lo solicitado.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR.

15. El presente procedimiento administrativo, Rol D-055-2016, fue iniciado en contra de Abarzua y Piazza Limitada, RUT 76.326.659-1, titular de “Pub Saladero Restobar”, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 220, Iquique, Región de Tarapacá.

IV. CARGO FORMULADO.

16. 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 60 y 57 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="683 775 1369 929"> <thead> <tr> <th colspan="3" data-bbox="683 775 1369 849">Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A)</th> </tr> <tr> <th data-bbox="683 849 824 887"></th> <th data-bbox="824 849 1089 887">De 7 a 21 horas</th> <th data-bbox="1089 849 1369 887">De 21 horas a 7 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="683 887 824 929">Zona II</td> <td data-bbox="824 887 1089 929">60</td> <td data-bbox="1089 887 1369 929">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 DE LOS DESCARGOS EFECTUADO POR EL PRESUNTO INFRACTOR RESPECTO DEL CARGO FORMULADO.

i. Resumen de los descargos presentado por Alberto Urzua Aravena en representación de Abarzúa y Piazza Limitada.

17. Tal como se indica en el considerando 11° de este Dictamen, con fecha 16 de noviembre de 2016, mediante Oficio N° 2035, Francisco Pinto Madariaga, Gobernador Provincial de Iquique, remitió escrito de descargos presentados por don Alberto Urzúa Aravena, en representación del presunto infractor. Dicha presentación fue ingresada ante la Gobernación Provincial de Iquique con fecha 16 de septiembre de 2016.

18. En atención a que el escrito de descargos se presentó dentro de plazo, pero ante una autoridad administrativa incompetente, mediante Res. Ex. 2/Rol D-055-2016 se solicitó su ratificación, no obstante, el presunto infractor no dio cumplimiento a aquello. Sin perjuicio de lo anterior, esta Superintendencia analizará dicha presentación de oficio, atendida la necesidad de realizar la instrucción del presente procedimiento con objetividad, para lo cual resulta necesario analizar toda la información contenida en el expediente del procedimiento.

19. En dicha presentación, el presunto infractor indica que no se encuentra probado la concurrencia de los Fiscalizadores de la Superintendencia, el día 30 de abril de 2016, al domicilio del receptor entre las 00:50 y las 01:40 hrs. Asimismo, sostiene que en el informe no se especifica la distancia entre la fuente y el receptor, ni se hace cargo de la existencia de locales en el sector de la Península de Cavanha, los cuales atienden al público con música estridente.

20. Asimismo, sostiene que las mediciones se habrían efectuado con un sonómetro que no es direccional - en caso que lo fuese, no da garantía que pueda discriminar las variadas fuentes emisoras de ruidos - y que la calibración del instrumental tiene una data muy antigua, en contradicción con las instrucciones del fabricante.

ii. Análisis de los descargos.

21. En relación al escrito de descargos presentado por la presunta infractora, este puede ser dividido en tres puntos: a) No se encontraría probado que Fiscalizadores de la Superintendencia del Medio Ambiente concurrieran, el 30 de abril de 2016, al domicilio del receptor; b) Cuestionamientos técnicos a las mediciones realizadas; c) Existencia de otras posibles fuentes emisoras de ruidos en la Península de Cavancha.

a) Concurrencia de los Fiscalizadores de la Superintendencia del Medio Ambiente, el 30 de abril de 2016, al domicilio del receptor.

22. Tal como se indicó en el considerando 19° del presente Dictamen, el presunto infractor sostiene que no se encuentra probado que los Fiscalizadores de la Superintendencia del Medio Ambiente, el 30 de abril de 2016, hayan concurrido al domicilio del receptor, sin acompañar en el escrito de descargos o durante la prosecución del presente procedimiento sancionatorio, antecedente alguno que justifique su aseveración.

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

24. En consecuencia, la medición efectuada por Fiscalizadores de la SMA y los antecedentes que se consignan en el acta de fiscalización, en la cual se indica los funcionarios que concurrieron a la actividad y la ubicación del receptor, 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 por el presunto infractor en el presente procedimiento.

b) Cuestionamientos técnicos a las mediciones realizadas.

25. El presunto infractor sostiene, en su escrito de descargos, cuestionamientos a aspectos técnicos de la medición de ruidos que sirvió de antecedente para el inicio de presente procedimiento sancionatorio. En este sentido, critica que las mediciones se efectuaran en un único receptor, desde habitaciones con tres ventanas abiertas, que posteriormente habrían sido cerradas, a varios metros de altura y distancia, indicando que dicha información no fue especificada en el Informe de Fiscalización antes individualizado.

26. Indica que la medición carece de credibilidad, ya que Pub Saladero Restobar se encuentra en una zona donde existen otras fuentes de ruido, sosteniendo que las mediciones fueron afectadas con las emisiones provenientes de dichos establecimientos. Asimismo, argumenta que el equipo sonómetro no es un aparato direccional, y

en caso que lo fuera, en la forma en que se efectuó la medición no da garantía de su capacidad de discriminación entre las variadas fuentes de sonido que existen en la zona estudiada

27. Sostiene que la calibración del sonómetro es muy antigua, pues data del 7 de noviembre de 2014, y en atención a que la medición efectuada por los Fiscalizadores de la SMA se realizó el 30 de abril de 2016, concluye que el equipo se encontraba sin calibrar por un periodo de un año y cinco meses, situación que es contraria a las recomendaciones del fabricante, que indica que este proceso debe realizarse cada 6 meses.

28. Respecto a la primera de las alegaciones, el artículo 16 del D.S N° 38/2011 establece las condiciones en las que se deben efectuar las mediciones para obtener el nivel de presión sonora corregido (NPS), preceptuando en su artículo 16 que estas se realizarán *“en la propiedad donde se encuentre el receptor, en lugar, momento y condición de mayor exposición al ruido, de modo que represente la situación más desfavorable para dicho receptor”*. Posteriormente, la norma en comento establece indicaciones para el caso de mediciones externas e internas, relativas al número de puntos de medición y su ubicación. En el reporte técnico que se acompaña junto con el Acta de Fiscalización Ambiental, se efectúa una descripción de las condiciones de medición (en ventana abierta y cerrada), dando cuenta del cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma en comento. Como es posible advertir, los aspectos relevados por el presunto infractor no fueron establecidos en el D.S N° 38/2011 como elementos que debían ser corroborados en las actividades de medición, ni tampoco se tratan de condiciones que puedan afectarla, tales como la temperatura, humedad o velocidad de viento.

29. Sin perjuicio de que en el considerando 33° y siguientes se analizará el descargo del presunto infractor relativo a la existencia de otras fuentes emisoras de ruidos en la Península de Cavancha, es necesario referirse a las alegaciones que cuestionan el instrumental utilizado en la medición que sirvieron de antecedente a la Formulación de Cargos. El artículo 11 del D.S N° 38/2011 establece que las mediciones *“se efectuarán con un sonómetro integrador-promediador que cumpla con las exigencias señaladas para las clases 1 o 2, establecidas en la norma IEC 61672/1:2002 “Sonómetros” (“Sound Level Meters”)*. En el anexo al Informe de Fiscalización se acompaña la documentación correspondiente al sonómetro marca Cirrus, Modelo CR 162 B, Número de serie G066127, dando cuenta de que el instrumental utilizado por los Fiscalizadores de la SMA cumple con los requerimientos técnicos exigidos por la norma de emisión.

30. Finalmente, respecto del descargo que cuestiona la calibración del sonómetro por no seguir la recomendación del fabricante, el artículo 13 del D.S N° 38/2011 indica que *“las exigencias relativas a los certificados de calibración periódica, respecto a su contenido, periodo de vigencia, trazabilidad y otros aspectos técnicos, tanto para los sonómetros integradores-promediadores como para sus respectivos calibradores acústicos, se sujetarán a las normas técnicas que para tales efectos dicte el Ministerio de Salud”*. En este sentido, la Norma Técnica N° 165 sobre el Certificado de Calibración Periódica para Sonómetros Integrados-Promediadores y Calibradores Acústicos, del Ministerio de Salud, indica en su artículo 3° que *“el periodo de vigencia de los certificados de calibración de los sonómetros es de 2 años. Las mediciones realizadas con sonómetros cuyo certificado de calibración no se encuentre vigente al momento de realizar tales mediciones, no serán consideradas válidas de acuerdo a la reglamentación vigente”*. Según los antecedentes que fueron acompañados en el Informe de Fiscalización DFZ-2016-1017-I-NE-IA, el sonómetro y su calibrador, fueron calibrados con fecha 6 y 7 de noviembre de 2014, por tanto, las mediciones efectuadas por los Fiscalizadores de la SMA son perfectamente válidas.

c) Existencia de otras posibles fuentes emisoras de ruidos en la Península de Cavancha.

31. Tal como se indicó en el considerando 19° de este Dictamen, el presunto infractor sostiene que en el Informe de Fiscalización no existen antecedentes que permitan determinar que las mediciones de ruidos que da cuenta provienen de fuente emisora de ruidos identificada como Pub Saladero Restobar, buscando desvirtuar la validez de las mediciones efectuadas por Fiscalizadores de la SMA.

32. En vista de lo anterior, es necesario indicar de qué forma este servicio determinó que las mediciones efectuadas provienen del establecimiento Pub Saladero Restobar, cuestión fundamental a la hora de ponderar el mérito del descargo del presunto infractor. Según consta en el expediente sancionatorio, efectivamente el establecimiento indicado como fuente de emisión de ruidos, se encuentra emplazado en un sector donde existen varios locales de entretención y esparcimiento que pueden ser fuentes sujetas al cumplimiento del D.S N° 38/2011.

33. Para poder determinar que las mediciones efectuadas por Fiscalizadores de la SMA provienen del establecimiento Pub Saladero Restobar, 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 Informe de Fiscalización DFZ-2016-1017-I-NE-IA. Cabe destacar que dicho procedimiento de medición se efectuó siguiendo lo prescrito en el 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”*.

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

35. 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,¹ 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

¹ 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.

36. 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.

37. 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, Pub Saladero Restobar, que está situada en la intersección de las calles Filomena Valenzuela y Alcalde Godoy, no colindando con otros establecimientos similares, y que el punto desde el cual se realizó la medición, es la casa habitación inmediatamente contigua a la fuente, tal como queda de manifiesto en la Figura N° 1 del presente dictamen, incorporada en el considerando 71.

38. En otro orden de ideas, tal como se indicó en el considerando 23°, en virtud de los artículos 8 y 51 de la LO-SMA, la medición efectuada por Fiscalizadores de la SMA goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por ministros de fe, sin que haya sido desvirtuada en el presente procedimiento.

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.

39. 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 crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

² 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.

40. 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.

41. 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 Alcalde Godoy N° 236, 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-2016-1017-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 Pub Saladero Restobar, del titular Abarzua y Piazza, ubicado Calle Alcalde Godoy N° 220, 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 60 y 57 dBA, para las mediciones efectuadas con fecha 30 de abril de 2016, advirtiéndose de este modo la existencia de superaciones del Nivel de Presión Sonora fijado para la Zona II, en periodo nocturno, correspondiente a 45 dB(A), generándose excedencias de 15 y 12 dB(A) por sobre el máximo establecido. Como ya se indicó, a propósito de mediciones de ruidos que se efectúan en lugares con múltiples fuentes emisoras, es posible identificar tres campos sonoros: i) el generado por la fuente emisora de interés, que es medido según el procedimiento regulado en el artículo 11 y siguientes del D.S N° 38/2011; ii) el campo sonoro producto del ruido de fondo, que corresponde a todos los ruidos que son habituales de un lugar pero que no forman parte de la fuente, cuyo procedimiento de medición también es abordado en el artículo 19 de la norma de emisión en comento; y (iii) el campo sonoro producto de ruidos ocasionales, que corresponde a aquellos ruidos que no son parte de la fuente y que no son habituales en el ruido de fondo, cuestión que es abordada a propósito de la regulación de la técnica de medición de los niveles de ruido, establecida en el artículo 17 del D.S N° 38/2011, que establece, entre otras exigencias, que “[...] las mediciones se harán en las condiciones habituales de uso del lugar [y se] deberán descartar aquellas mediciones que incluyan ruidos ocasionales”. Asimismo, tal como se expresó en los considerandos 31° y siguientes de este Dictamen, en atención a la atribución contemplada en la letra ñ) del artículo 3 de la LO-SMA, este servicio ha desarrollado criterios para la correcta realización de las actividades de fiscalización ambiental asociadas a la generación de ruidos, las cuales fueron observadas en el procedimiento efectuado con fecha con fecha 30 de abril de 2016, según lo que indica las respectivas Actas de Fiscalización y los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1017-I-NE-IA.

42. 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 60 y 57 dB(A), para las mediciones efectuadas con 30 de abril de 2016, provienen de Pub Saladero Restobar.

43. Los detalles del procedimiento de medición indicados en las Actas de Inspección Ambiental correspondientes y en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1017-I-NE-IA y sus respectivos Anexos, se describen en el considerando 5° de este Dictamen.

44. Por lo tanto, corresponde dar aplicación al artículo 51 de la LO-SMA, ya citado en cuanto que los “hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”.

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

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

47. En lo que respecta al escrito de descargos, analizado de oficio en los considerandos 17° y siguientes del presente Dictamen, la empresa no logró probar sus alegaciones relativas a que el procedimiento de medición se habría realizado de forma defectuosa, al contrario, queda en evidencia que la Fiscalización Ambiental, de fecha 30 de abril de 2016, se realizó con observancia a todos los requisitos establecidos en el D.S N° 38/2011.

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

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

49. 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-055-2016, esto es, la obtención con fecha 30 de abril de 2016, de niveles de presión sonora corregido de 60 y 57 dB (A), en horario nocturno, medido desde un receptor ubicado en Zona II.

50. 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.

51. 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-055-2016, 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.

52. 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.

53. 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.

54. 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.

55. 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-2016-1017-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.

56. 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.

57. 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 60 y 57 dB(A) respecto del límite de presión sonora restablecido en el D.S. N° 38/2011, en la fuente emisora Pub Saladero Restobar, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 220, Iquique, Región de Tarapacá, sin que ello permita concluir, fehacientemente, que dicho incumplimiento haya ocurrido en forma permanente.

58. 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 Pub Saladero Restobar, no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población y debe mantenerse la clasificación de gravedad imputada.

59. 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.

60. 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 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 3^o⁹; 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”.

61. 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 Pub Saladero Restobar, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 220, 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**.

62. Respecto al daño, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1017-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

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.

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.

consecuencias negativas producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni otras consecuencias negativas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

63. En cuanto al peligro, debe considerarse que, en el presente procedimiento, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-1017-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 y 30 de abril de 2016, respecto del funcionamiento del establecimiento Pub Saladero Restobar, ubicado en Calle Alcalde Godoy N° 220, Iquique, Región de Tarapacá.

64. 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, ambas desarrolladas en el interior de la casa del receptor: la primera en condiciones de ventana abierta y la segunda en condiciones de ventana cerrada 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 60 y 57 dB(A). Los detalles del procedimiento de las mediciones realizadas, se encuentran descritos en el considerando 5° de este dictamen.

65. Se hace presente que el conocimiento científicamente afianzado¹² ha señalado, respecto de los efectos del ruido nocturno, que existe una potencial afectación de la calidad de vida de las personas, afectando 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 Salud¹³ 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 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 ruido¹⁴.

¹² 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”*.

¹³ 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.

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

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.

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

67. 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-2016-1017-I-NE-IA y sus Anexos, permite inferir que se ha acreditado un peligro que, si bien no se considera significativo, será considerado como de importancia baja en la determinación de la sanción específica.

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

68. La fuente emisora Pub Saladero Restobar se encuentra situada en Calle Alcalde Godoy N° 220, de la comuna de Iquique, Región de Tarapacá, cercana a múltiples hogares.

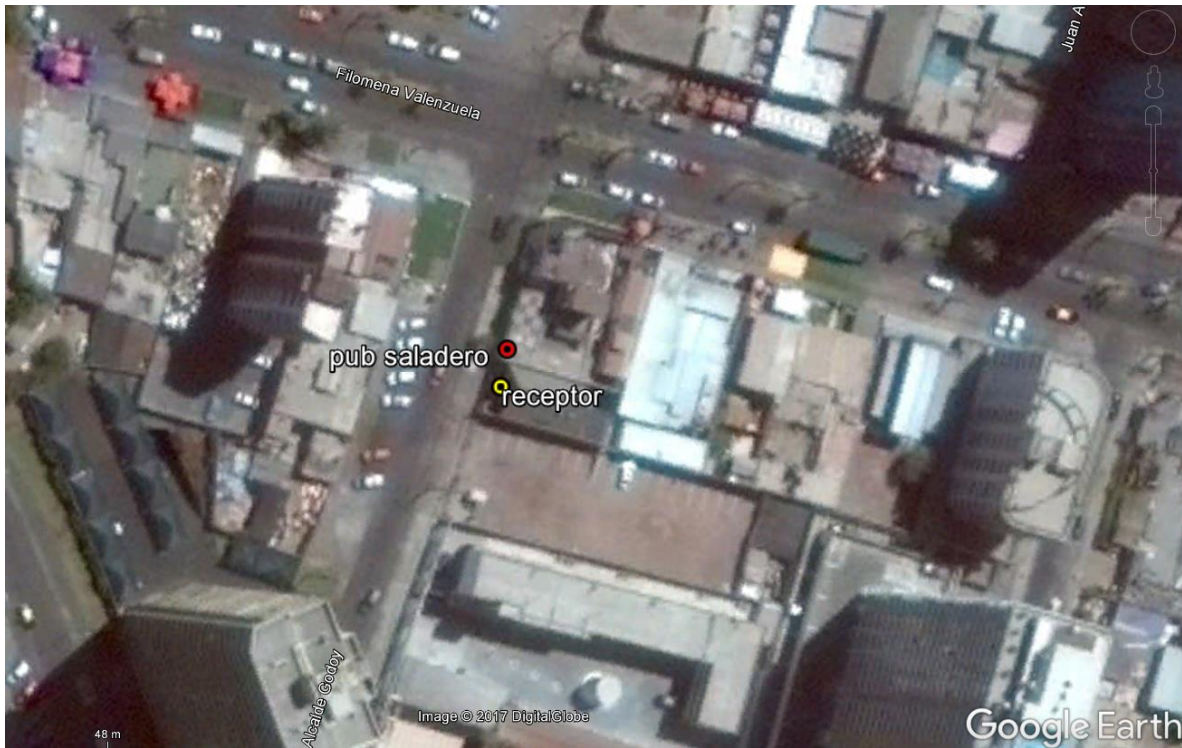
69. Si bien, como ya se indicó, los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han sido suficientes sólo para formar la convicción de la existencia de un peligro de importancia baja, para la salud de las personas, la forma en que esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA está redactada,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

70. 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”.

71. El infractor, en su escrito de descargos sostiene que se ufana en ser un local que respeta la convivencia con sus vecinos, siendo un hecho que son el local que menos contribuye en la zona de Cavanca a los ruidos molestos. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora Pub Saladero Restobar, este fiscal instructor procedió a determinar el número aproximado de habitantes contenidos en las manzanas ubicadas alrededor de la fuente emisora de ruido. Para determinar las

manzanas, se consideró una circunferencia alrededor del punto ubicado en el domicilio de la fuente emisora, con un radio de giro de ésta de 34 metros¹⁵, distancia que resulta de aplicar el criterio de atenuación de ruidos debido a la distancia¹⁶, el que disminuye en 6 dB (A) al doblarse la distancia entre la fuente de emisión y el punto de medición de ruido. Así, en el caso concreto, entre la fuente de emisión y el punto donde se midió el ruido que dio lugar a la configuración de la infracción, hay aproximadamente 6 metros. En la siguiente figura se muestra esta distancia:

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



72. En la siguiente tabla, se muestra el cálculo realizado para encontrar la distancia a la cual no se esperarían excedencias a la norma infringida, utilizando el criterio de atenuación ya descrito, tomando en consideración la medición que dio más excedencia por sobre la norma:

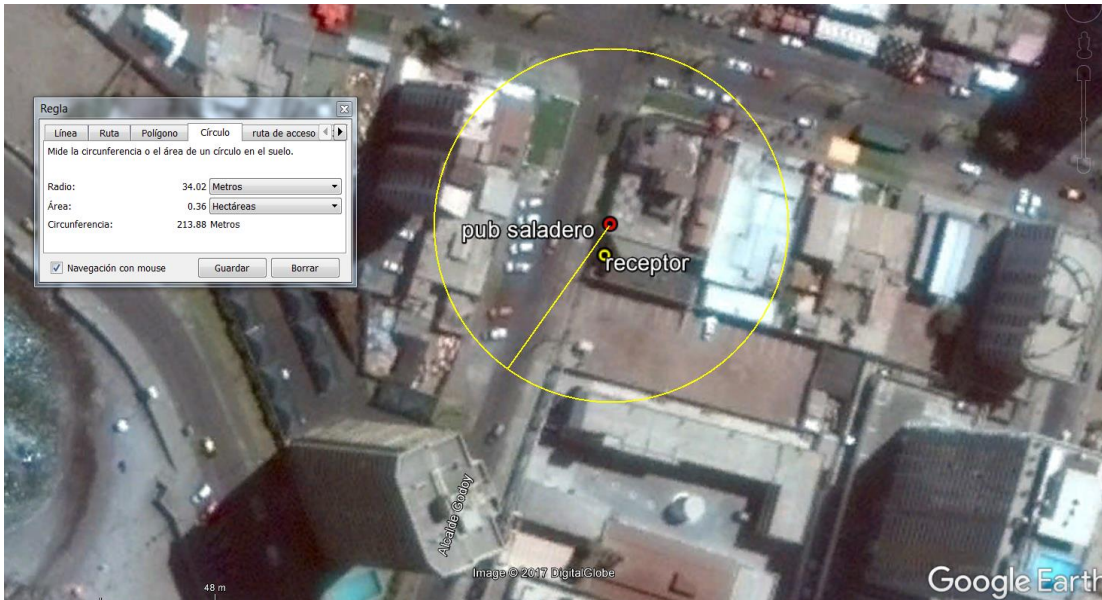
Exceso de ruido sobre la norma (dB(A))	Distancia (m)
60	6
54	12
48	24
45	34

73. El lugar desde el cuales fue realizadas la medición de fecha 30 de abril de 2016, está contenido en la circunferencia resultante, tal como se visualiza en la siguiente figura N° 2:

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

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

Figura N°2 – Circunferencia de 34 metros alrededor de la fuente emisora¹⁷.



74. Luego, utilizando la base de datos del Censo 2002, sistematizada en el programa Redatam, se determinó que existen 2 manzanas censales dentro de la circunferencia, como se muestra en la figura 3 siguiente. Al evaluar la superposición de las manzanas censales con la circunferencia de radio 34 metros, se obtiene que la divergencia del nivel de ruido alcanza, parcialmente, a la manzana censal N° 1101061001070, y N° 1101061001070. Al hacer una visualización con mayor detalle de ambas manzanas censales mediante el software google earth, se aprecia la inclusión de edificios de departamentos, así como viviendas de 1 y 2 pisos. Lo anterior permite aproximar la población que pudo afectarse con la mayor excedencia ocurrida en las mediciones, correspondería una población aproximadamente 250 personas. Debe tenerse en consideración que en horario nocturno la mayor parte de estos residentes se encuentran en sus casas, dispuestos a efectuar su descanso diario, el cual es fundamental para su salud.

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



75. En conclusión, la presente circunstancia es aplicable al caso concreto, debido a que, si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que haya personas cuya salud se vio afectada producto del funcionamiento de las

¹⁷ La imagen representada es de fecha 17 de marzo de 2017, obtenida a través del software *Google Earth*®.

instalaciones de Pub Saladero Restobar, sí existe certeza del riesgo respecto de un número de personas potencialmente afectadas por la ocurrencia de la infracción.

76. 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.**

77. 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.

78. Conforme ha sido señalado, en el presente procedimiento, el infractor no ha informado de acciones o medidas de mitigación de ruidos que hayan sido implementadas en las instalaciones de Pub Saladero Restobar, limitando a indicar que se encuentra llano a adoptar un programa de cumplimiento, cuestión que resulta insuficiente toda vez que la oportunidad para efectuar dicha presentación a precluido.

79. En otro orden de ideas, la fuente emisora Pub Saladero Restobar, 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.

80. En este sentido, resulta necesario determinar cuáles son las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas para implementar en un local comercial de esparcimiento, teniendo presente los costos de mercado 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 íntegras 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.

81. 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.

82. 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)	Costos Evitados (UTA)	Beneficio económico (UTA)
Gastos de implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en "Pub Saladero Restobar".	Costos evitados por confinamiento de puertas.	\$ 1.000.000	1,8	9,3
	Costos evitados por confinamiento de ventanas y revisión de muro perimetral con techumbre	\$ 2.000.000.-	3,6	
	Diseño y distribución de altavoces.	\$ 1.000.000.-	1,8	
	Instalación de limitador de audio	\$ 2.000.000.-	3,6	

83. Como puede observarse, los costos asociados a la implementación de dichas medidas ascienden a aproximadamente \$ 6.000.000, equivalentes a 10,7 UTA¹⁸. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico de 9,3 UTA, puesto que se asume que Pub Saladero Restobar debió invertir dicho monto en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria.

84. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 13%, estimada en base a información de referencia del rubro económico restaurante/entretención, y una fecha estimada de pago de multa estimada al 30 de mayo de 2017.

85. Finalmente, el beneficio económico, en este caso, corresponde al obtenido por Abarzua y Piazza Limitada, titular de la fuente Pub Saladero Restobar, por motivo de no haber incurrido en los costos señalados en la tabla anterior, el cual asciende a 9,3 UTA.

86. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor de 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.

87. 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 Abarzua y Piazza Limitada, titular de la fuente emisora Pub Saladero Restobar.

88. En conclusión, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora Pub Saladero Restobar, 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.

¹⁸ Valor expresado en UTA del mes de mayo de 2017.

89. Finalmente, respecto al grado de participación en la infracción configurada, si bien la denuncia indicada en el considerando 3° 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 31° 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 Pub Saladero Restobar, 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 Abarzua y Piazza Limitada, titular y responsable de la fuente emisora Pub Saladero Restobar.

e. En cuanto a la conducta anterior del infractor.

90. 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.

f. Respecto a la capacidad económica del infractor.

91. 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 Pública¹⁹. Recurrir a este criterio puede justificarse desde distintas ópticas. En primer lugar, como una cuestión de equidad²⁰, 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 microempresa²¹. Por otra parte, en relación a la eficacia de la sanción -en especial, tratándose de multas-, en cuanto la desproporcionalidad del monto de una multa con relación a la concreta capacidad económica del presunto infractor puede tornar ilusoria e inútil la sanción. Mientras una elevada sanción atribuida a una infracción gravísima podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa podría suponer el cierre del negocio sin hacerse efectiva.

¹⁹ CALVO ORTEGA, RAFAEL. *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52. Citado por: MASBERNAT MUÑOZ, PATRICIO: *El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España*. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 – 332.

²⁰ 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).

²¹ “La multa es la sanción administrativa por excelencia y los rangos del quantum, por lo general, son muy amplios. Como consecuencia de ello resulta discriminatorio que puedan gravarse patrimonios distintos con multas de igual cuantía. La vigencia del principio de proporcionalidad en una vertiente subjetiva (considerando las circunstancias económicas del infractor en concreto) deben llevar a que este criterio sea aplicado de forma general”. BERMÚDEZ, JORGE. *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 190. p. 192.

92. 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 la capacidad de pago.

93. En este punto, mediante Resolución Exenta N° 2/Rol D-055-2016, de fecha 7 de noviembre de 2016, esta Superintendencia realizó un requerimiento de información a Abarzua y Piazza Limitada, a través del cual se le solicitó la entrega de documentación que acreditara la totalidad de ingresos percibidos durante el año 2015. Este requerimiento tuvo por objeto contar con antecedentes que permitiesen estimar la capacidad económica del infractor, de manera de incorporar esta información en el análisis realizado para la determinación de la sanción aplicable. 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. El infractor no entregó la información solicitada dentro del plazo otorgado para tal efecto, ni ha aportado con otros antecedentes durante la substanciación del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

94. La falta de respuesta al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia ha redundado en la existencia de restricciones para considerar la capacidad económica específica del infractor en la determinación de la sanción aplicable. En este sentido, al revisar el listado de empresas según su tamaño específico proporcionado por el Servicio de Impuestos Internos, Abarzua y Piazza Limitada, se encuentra en el tramo de las micro empresas, específicamente, en el tercer rango, es decir, sus ventas corresponden al tramo entre 600,01 a 2.400,00 UF anuales.

95. Al tratarse de un titular categorizado como “Micro 3”, es posible afirmar que cuenta con recursos humanos, materiales y financieros limitados para abordar el cumplimiento de la normativa, y que su nivel de ventas no le permite asumir la totalidad de la sanción. Al mismo tiempo, se espera que la multa cumpla con su finalidad de prevención especial, es decir, disuadir al titular de volver a cometer la infracción

96. En virtud de lo señalado con anterioridad, esta circunstancia se considera como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción.

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

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

98. Para el presente caso, se ha estimado que no existen circunstancias a considerar para la determinación de la infracción. Por lo tanto, este elemento no será considerado como un factor que incida en la sanción específica aplicable a la infracción.

X. PROPONE AL SUPERINTENDENTE.

99. 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 10,3 unidades tributarias anuales (10,3 UTA).

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

Acción	Firma Jefa División de Sanción y Cumplimiento
Revisado y aprobado	

C.C.:

-División de Sanción y Cumplimiento

Rol N° D-055-2016