



**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO SANCIÓNATORIO ROL D-035-
2018**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable el artículo segundo de la Ley Nº 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LO-SMA”); la Ley Nº 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el artículo 80 de la Ley Nº 18.834, Sobre Estatuto Administrativo; en la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”); el Decreto Supremo Nº 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (“D.S. Nº 38/2011 MMA”); la Resolución Exenta Nº 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS Nº 38/2011 MMA; la Resolución Exenta Nº 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del DS Nº 38/2011 MMA; la Resolución Exenta Nº 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Res. Ex. Nº 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Res. Ex. Nº 82, de 18 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución RA Nº 119123/58/2017, de 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2º nivel 3 que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Res. Ex. Nº 85, de 22 de enero de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; la Resolución Exenta Nº 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema Seguimiento de Programas de Cumplimiento (“SPDC”) y dicta instrucciones generales sobre su uso (“Res. Ex. Nº 166/2018”); el Decreto Supremo Nº 30, de 11 de febrero de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, “el Reglamento”); y la Resolución Nº 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. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y
DE LA UNIDAD FISCALIZABLE**

1º. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-035-2018, fue iniciado en contra de la Sociedad Comercial El Cacique Limitada, RUT 78.422.350-7, titular del establecimiento denominado “Panadería Las Encinas”, domiciliada en Avenida Las Encinas Nº 01751, comuna de Temuco, Región de La Araucanía.

2º. El titular es administrador del establecimiento “Panadería Las Encinas” (“el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicada igualmente en Avenida Las Encinas Nº 01751, comuna de Temuco, Región de La Araucanía. Dicho

establecimiento tiene como actividad principal la producción y venta de productos de panadería, venta de alcoholes y abarrotes en general. De acuerdo a lo establecido en el artículo 6, números 1, 2 y 13 del D.S. N° 38/2011 MMA, al tratarse de una instalación destinada principalmente a la realización de actividades productivas y comerciales, el referido establecimiento corresponde a una Fuente Emisora de Ruido.

III. ANTECEDENTES DE LA INSTRUCCIÓN

A) Denuncia presentada por la Sra. Sandra Marchese

3º. Que, con fecha 7 de febrero de 2018, la Sra. Sandra Marchese, ingresó un formulario de denuncias a esta Superintendencia, denunciando a la titular por presuntos ruidos generados por calderas, que funcionaban las 24 horas del día, situadas en la panadería al frente de su casa.

4º. Que, mediante Carta MZS N° 005, de 20 de febrero de 2018, esta Superintendencia informó al presunto infractor del ingreso de una denuncia en su contra por presuntos ruidos molestos, lo que podría constituir una infracción a la norma de emisión de ruidos contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA. Finalmente, se solicitó que, de adoptar cualquier medida asociada al cumplimiento de la antedicha norma de emisión, se informara a la brevedad a esta Superintendencia.

B) Procedimiento sancionatorio anterior

5º. Que, mediante la Resolución Exenta N° 1192, de fecha 23 de diciembre de 2016, esta Superintendencia resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-050-2015, seguido contra Sociedad Comercial El Cacique Limitada, respecto del hecho consistente en la superación de los límites máximos de niveles de presión sonora corregidos establecidos para una Zona II, que generó el incumplimiento de la norma establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA, declarando la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento presentado, dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador. Dicho procedimiento sancionatorio fue iniciado a partir de una denuncia de don Mario Marcich Kusanovic, debido a ruidos generados en la operación de una panadería, ubicada en Avenida Las Encinas N° 01751, comuna de Temuco, cuyo titular era Comercial El Cacique Limitada.

C) Fiscalización ambiental

6º. Que, con fecha 4 de abril de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, el informe de fiscalización ambiental DFZ-2018-1218-IX-NE, que detalla las actas de fiscalización realizadas por personal técnico de esta Superintendencia a la unidad fiscalizable denominada "Panadería Las Encinas", ubicada en Avenida Las Encinas N° 01751, comuna de Temuco, Región de la Araucanía. En dicho informe se señala que se realizó una inspección ambiental con fecha 21 de marzo del 2018, en horario nocturno, desde las 04:00 hasta las 06:55 horas, de acuerdo con el procedimiento indicado en la Norma de Emisión D.S. N° 38/2011 MMA y a los instructivos de la SMA.

7º. Que, a dicha actividad de inspección ambiental concurrieron funcionarios de la SMA al domicilio de la denunciante, ubicado en calle Isabel Riquelme N° 01770, comuna de Temuco, Región de la Araucanía, para fiscalizar el cumplimiento de la norma emisión de ruido contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA. Tal como se señala en el acta, al momento de la visita, no se constató la operatividad de la fuente

denunciada. Posteriormente, se realizaron mediciones de ruido desde el segundo piso de la vivienda, en un dormitorio, que se ubica frente a la fuente de ruido. Se comenzó a medir el nivel de ruido a las 04:30 horas, con ventana cerrada. Se indicó que la fuente de ruido corresponde a una caldera que funciona de 2 a 3 minutos y luego se detiene, parando una primera vez unos 20 a 25 minutos aproximadamente; luego, dicha caldera continúa funcionando de 2 a 3 minutos pero vuelve a detenerse, posteriormente, 40 minutos aproximadamente.

8º. Que, de acuerdo a las Fichas de Medición de Niveles de Presión Sonora, de la fiscalización antes señalada, la ubicación geográfica del punto de medición corresponde a la siguiente:

Receptor	Ubicación UTM, WGS84, H18S
R1	N: 5.708.772 y E: 705.857

9º. Que, en la misma Ficha de medición se dejó constancia de la siguiente observación: "No se perciben ruidos de fondo en el receptor 1".

10º. Que, según consta en la Ficha de Información de Medición de Ruido, el instrumental de medición utilizado para la medición en horario nocturno, consistió en un Sonómetro marca Cirrus, modelo CR162B, número de serie G066128, con certificado de calibración de fecha 27 de octubre de 2016 y un calibrador marca Cirrus, modelo CR514, número de serie 64911, con certificado de calibración de fecha 25 de octubre de 2016.

11º. Que, asimismo, consta en las Fichas de Información de Medición de Ruido, que el receptor sensible, según el instrumento de planificación territorial vigente, que corresponde al Plan Regulador de Temuco, se ubica en la Zona ZM2. Al respecto, dicha zona es homologable a Zona II de la Tabla N° 1 del artículo 7º del D.S. N° 38/2011 MMA, y por tanto, el nivel de presión sonora máximo permitido en horario nocturno para dicha zona es de 45 dBA.

12º. Que, según consta en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consigna un incumplimiento al D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, la medición de fecha 21 de marzo de 2018, en horario nocturno, en condición interna, con ventana cerrada, realizada en el Receptor R1, registra una excedencia de 4 dBA. El resultado de la medición de nivel de presión sonora se resume en la siguiente Tabla:

Tabla N° 1.
Evaluación de medición de nivel de presión sonora en Receptor R1, horario nocturno.

Receptor	Horario de medición	NPC [dBA]	Ruido de fondo [dBA]	Zona D.S. N° 38/2011 MMA	Límite [dBA]	Excedencia [dBA]	Estado
R1	Nocturno	49	0	II	45	4	Supera

Fuente: Ficha de nivel de presión sonora. Detalles actividad de fiscalización.

D) Formulación de cargos y antecedentes posteriores del procedimiento Rol D-035-2018

13º. Que, en base a los antecedentes señalados en los considerandos anteriores, mediante el Memorándum D.S.C. N° 129, de 25 de abril de 2018, se procedió a designar a Jorge Ossandón Rosales como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Mauro Lara Huerta como Fiscal Instructor Suplente.

14º. Que, por medio de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-035-2018, de fecha 15 de mayo de 2018, esta Superintendencia procedió a formular cargos en contra de la Sociedad Comercial El Cacique Limitada, titular de la “Panadería Las Encinas”, ubicada en Avenida Las Encinas N° 01751, comuna de Temuco, Región de La Araucanía, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LO-SMA, por incumplimiento al D.S. N° 38/2011 MMA, debido a la obtención, con fecha 21 de marzo de 2018, de nivel de presión sonora de 49 dB(A), en horario nocturno, condición interna, ventana cerrada, medido en receptor sensible, ubicado en Zona II.

15º. Que, la Resolución Exenta N° 1/Rol D-035-2018 fue notificada por carta certificada, según da cuenta el seguimiento de Correos de Chile N° 1180667246566, en virtud del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

16º. Que, con fecha 4 de junio de 2018, el Sr. Fernando Waeger, presentó un Programa de Cumplimiento, proponiendo medidas para cumplir con la normativa infringida.

17º. Que, mediante el Memorándum D.S.C. N° 35057/2018, de fecha 25 junio de 2018, el Fiscal Instructor del procedimiento sancionatorio derivó el Programa de Cumplimiento presentado por el titular a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, en virtud del resuelvo segundo, numeral 2.5, letra f), de la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de esta Superintendencia, con el objeto de evaluar y resolver su aprobación o rechazo.

18º. Que, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-035-2018, de 10 de agosto de 2018, se solicitó que previo a proveer, se incorporaran ciertas observaciones al programa de cumplimiento presentado, con la finalidad de dar cumplimiento a los criterios de aprobación de este instrumento. Adicionalmente, se solicitó que se acreditará la personería del Sr. Fernando Waeger para representar a la Sociedad Comercial El Cacique Limitada o se ratificara lo obrado por quien tuviese poder suficiente. En el Resuelvo III de la antedicha resolución se otorgó un plazo de 5 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento refundido que diera cuenta de las observaciones realizadas.

19º. Que, con fecha 24 de agosto de 2018, el Sr. Fernando Waeger, solicitó un aumento de plazo para dar cumplimiento a lo resuelto en la Res. Ex. N° 2/Rol D-035-2018, en razón de que el asesor contratado por la titular, para la elaboración del PdC, se encontraría con problemas para ejercer sus funciones.

20º. Que, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-035-2018, de 27 de agosto de 2018, esta Superintendencia otorgó un plazo adicional de dos días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo anterior, para atender las observaciones realizadas y acreditar poder suficiente, según lo señalado en la Res. Ex. N° 2/Rol D-035-2018 ya individualizada.

21º. Que, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-035-2018, de 30 de agosto de 2018, esta Superintendencia rechazó el programa de cumplimiento presentado por la titular, en primer lugar, debido a que vencido el plazo para la presentación de un PdC refundido, que se hiciera cargo de las observaciones realizadas, ésta no lo hizo, y porque,

en segundo lugar, al analizar el programa de cumplimiento presentado de fecha 4 de junio de 2018, éste no cumplió con los criterios de aprobación establecidos en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012 MMA.

22º. Que, con fecha 31 de agosto de 2018, el Sr. Fernando Waeger ingresó un escrito, sin firma, señalando lo siguiente “hacemos llegar el Programa de Cumplimiento para dar respuesta a la Res. Ex. N° 3/ROL D-035-2018 para cumplir con el proceso sancionatorio”. Acompañaron los siguientes documentos: i) copia de un extracto que da cuenta de modificación en aspecto societarios de la Sociedad Comercial El Cacique Ltda. donde consta el poder de representación del Sr. Fernando Waeger; ii) programa de cumplimiento; iii) informe denominado “Evaluación Ambiental de Ruidos en Base al DS 38/11 MMA” de fecha 28 de marzo de 2018; iv) copia de factura electrónica N° 26 donde se describe un “servicio de desinstalación y reubicación de unidad de condensadora de cámara de panadería”; v) fotografía donde se lee “Pedido stock antici. Mayorista”, donde se describen principalmente materiales para “cerramiento aislante de ruidos para condensador eléctrico”; vi) fotografía de boleta donde se lee principalmente “Entregado. Easy Temuco. Comercial El Cacique Limitada”.

23º. Que, con fecha 13 de septiembre de 2018, el Sr. Fernando Waeger, ingresó un escrito, por el cual, en lo principal, interpuso un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 4/Rol D-035-2018; en el primer otrosí acompañó personería; y en el segundo otrosí acompañó documentos.

24º. Que, con fecha 2 de octubre de 2018, la titular ingresó un escrito por el cual solicitó pronunciamiento sobre el recurso de reposición interpuesto.

25º. Que, mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-035-2018, de 24 de octubre de 2018, se rechazó en todas sus partes el recurso de reposición presentado con fecha 13 de septiembre de 2018, por parte de Fernando Waeger, en representación de Sociedad Comercial El Cacique Ltda., por las razones allí indicadas. Por su parte, dicha resolución fue notificada por carta certificada, según da cuenta el seguimiento de Correos de Chile N° 1180846031235.

26º. Que, con fecha 20 de noviembre de 2018, la titular presentó un nuevo escrito mediante el cual solicitó “esperar [la emisión del Dictamen] hasta la entrega de la Medición Obtenida por la Empresa ETFA contratada en Concepción”, acompañando asimismo antecedentes y documentos relativos a la realización de dicha gestión así como medidas de mitigación, que serán analizados en la sección correspondiente del presente Dictamen.

27º. Que, con fecha 3 de diciembre de 2018, el Sr. Fernando Waeger, en representación de la titular, ingresó un escrito acompañando un informe de medición de ruidos realizado por Giro Consultores Ltda. de fecha 30 de noviembre de 2018 denominado “Informe de Inspección Ambiental. Panadería Masapan. Identificación: IR181112-M60-PM” de fecha 30 de noviembre de 2018, dando cuenta de una medición de nivel

de presión sonora de fecha 28 de noviembre del mismo año. Dicha medición será analizada y ponderada en la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

28º. Que, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, de 3 de enero de 2019, esta Superintendencia, en virtud de los artículos 40, 50 y 51 de la LO-SMA, solicitó información a la Sociedad El Cacique Limitada, con el objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Así, específicamente se solicitó, en el Resuelvo I de la antedicha resolución, lo siguiente:

a) Indicar si ha ejecutado medidas de mitigación y, en caso afirmativo, acreditar fehacientemente la fecha de ejecución, los materiales utilizados, sus dimensiones, un plano o croquis donde se indique la ubicación de la medida en relación al receptor sensible y su efectividad para dar cumplimiento a los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA, la que deberá ser de fecha posterior a la inspección ambiental. Al respecto, podrá acompañar copia de facturas y/o boletas en que conste la adquisición de materiales o pago de servicios, fichas técnicas de materiales comprados, fotografías fechadas y georreferenciadas, e informes de medición de ruidos realizados con posterioridad a la ejecución de las medidas.

b) Los Estados Financieros (a saber, Balance General, Estado de Resultados y Estado de Flujo de Efectivo) correspondientes al año 2016, o cualquier documentación que acredite los ingresos anuales para el año 2016. Del mismo modo deberá acompañar el Formulario N° 22 o 29, enviado al SII durante el año 2017 (año tributario 2016).

c) Los Estados Financieros (a saber, Balance General, Estado de Resultados y Estado de Flujo de Efectivo) correspondientes al año 2017, o cualquier documentación que acredite los ingresos anuales para el año 2017. Del mismo modo deberá acompañar el Formulario N° 22 o 29, enviado al SII durante el año 2018 (año tributario 2017).

29º. Que, dicha Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, fue notificada por carta certificada en virtud del artículo 46 de la Ley N° 19.880, según da cuenta seguimiento de Correos de Chile N° 1180847624924.

30º. Que, mediante escrito de fecha 11 de enero de 2019, la titular dio respuesta a lo solicitado Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, señalando haber efectuando cuatro medidas de mitigación, una medición de ruidos y anexando antecedentes de su implementación, así como la información contable constituida por balances y formularios 22 y 29 de los años 2016 y 2017. Dichos antecedentes serán analizados y ponderados en la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

IV. CARGO FORMULADO

31º. Que, mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol D-035-2018, de fecha 15 de mayo de 2018, se formularon cargos en contra del presunto infractor, individualizándose el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la norma que se indica:

Tabla N° 2: Formulación de cargos

Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión				
<p>La obtención, con fecha 21 de marzo de 2018, de nivel de presión sonora de 49 dB(A), en horario nocturno, condición interna, ventana cerrada, medido en receptor sensible, ubicado en Zona II.</p>	<p><i>D.S. 38/2011 MMA, 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:</i></p> <p>Extracto Tabla N° 1 art. 7º del D.S. N° 38/2011</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <tr> <td>Zona</td> <td>De 21 a 7 horas dB(A)</td> </tr> <tr> <td>II</td> <td>45</td> </tr> </table>	Zona	De 21 a 7 horas dB(A)	II	45
Zona	De 21 a 7 horas dB(A)				
II	45				

Fuente: Res. Ex. N° 1/Rol D-035-2018.

V. PRESENTACION DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA TITULAR

32º. Que, tal como se ha señalado en considerandos anteriores, con fecha 4 de junio de 2018, el Sr. Fernando Waeger, presentó un Programa de Cumplimiento, proponiendo medidas para cumplir con la normativa infringida.

33º. Que, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-035-2018, de 10 de agosto de 2018, se solicitó que previo a proveer, se incorporaran ciertas observaciones al programa de cumplimiento presentado, con la finalidad de dar cumplimiento a los criterios de aprobación de este instrumento.

34º. Que, con fecha 24 de agosto de 2018, el Sr. Fernando Waeger, solicitó un aumento de plazo para dar cumplimiento a lo resuelto en la Res. Ex. N° 2/Rol D-035-2018, en razón de que el asesor contratado por la titular, para la elaboración del PdC, se encontraría con problemas para ejercer sus funciones.

35º. Que, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-035-2018, de 27 de agosto de 2018, esta Superintendencia otorgó un plazo adicional de dos días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo anterior, para atender las observaciones realizadas y acreditar poder suficiente, según lo señalado en la Res. Ex. N° 2/Rol D-035-2018 ya individualizada.

36º. Que, el antedicho programa de cumplimiento refundido no fue presentado por la titular, por lo que se procedió a evaluar el programa de cumplimiento presentado el 4 de junio de 2018, en base a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad establecidas en el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, llegando a la convicción que dicha propuesta no cumplía con los estándares

mínimos de eficacia y verificabilidad, por lo que este fue rechazado mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-035-2018, de 30 de agosto de 2018.

VI. NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DE LA TITULAR

37º. Que, habiendo sido la titular notificada de la Formulación de Cargos, conforme a lo indicado en el Considerando N° 15 de este Dictamen, y habiendo sido notificada del rechazo del Programa de Cumplimiento y del rechazo de la reposición interpuesta en contra de dicha decisión, de acuerdo a lo señalado en el Considerando N° 25, la titular no presentó descargos ante esta Superintendencia.

38º. Que, en relación a lo anterior, la presente infractora estuvo en conocimiento de los plazos dispuestos en el artículo 42 de la LO-SMA para la presentación de los descargos en el presente procedimiento sancionatorio, conforme se dispuso expresamente en el Resuelvo IV de la Res. Ex. N° 1/Rol D-035-2018, así como en el Resuelvo II de la Res. Ex. N° 4/Rol D-035-2018.

39º. Que, adicionalmente, y como medida de transparencia activa, los documentos y antecedentes que forman parte del procedimiento, materializados en el respectivo expediente, son puestos a disposición de la ciudadanía en general, a través del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (en adelante, "SNIFA"). Por tanto, una vez formulados los cargos en el presente procedimiento, fueron publicados en SNIFA los antecedentes que lo conforman.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

40º. El artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del Dictamen, señalar la forma mediante la cual se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

41º. Que, por otro lado, en relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

A) Presentaciones de la titular

42º. Que, tal como se señaló en el capítulo anterior, con fecha 4 de junio de 2018, la titular presentó un programa de cumplimiento, que fue rechazado. En el escrito que acompañó dicho programa se señaló lo siguiente "[...] desde el año 2015 cuando se informó por primera vez de un hecho infraccional y que paso a decir que durante el año 2017, un año posterior a la Resolución Exenta N° 1192/16 la empresa efectuó una

¹ De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

inversión de \$32.743.688 (adjunto factura) en adquirir un horno a gas de última generación e instalándolo en otro lugar, de tal forma de evitar cualquier tipo de molestia a los vecinos". Continúa señalando que se hicieron asesorar por una consultora especialista en materia de ruidos, realizando dos mediciones de nivel de presión sonora los días 20 y 27 de marzo de 2018, tomando dos medidas consistentes en "cambiar el lugar de la fuente de ruido (condensador de aire) a la sala ubicada a más de 10 metros del reclamante y por último la sala fue revestida de acuerdo a lo especificado por la Consultora OCHEM EIRL". A dicho escrito acompañó lo siguiente: Factura Electrónica N° 11641, de 24 de marzo de 2017, describiendo la venta de un horno ciclotérmico, dos carros inoxidables de cocción y una bandeja enlazada; Factura Electrónica N° 11640, de 24 de marzo de 2017, describiendo la venta de un carro inoxidable para cocción y una bandeja de aluminio lisa; Informe de Evaluación Ambiental de Ruido Inforui-18-010, de fecha 28 de marzo de 2018, que a su vez está conformado por fichas de nivel de presión sonora para los días 20 y 27 de marzo de 2018 y fotografías simples de las instalaciones.

43º. Al respecto, a juicio de esta SMA, todo el escrito y sus anexos señalados deben ser rechazados como argumentos o pruebas que vengan a **contradecir el hecho infraccional, la calificación jurídica o la clasificación del cargo formulado**. En primer lugar, porque las facturas electrónicas acompañadas son de fecha anterior a la fecha de fiscalización realizada por esta SMA, donde se acreditó una infracción a la norma de ruidos y que fue sustento de la posterior formulación de cargos y del presente procedimiento sancionatorio. En segundo lugar, porque no existen antecedentes sobre niveles de presión sonora generados por el supuesto horno y los demás accesorios (carros y bandejas) adquiridos, por tanto las compras no tienen relación con el cargo formulado. En tercer lugar, el Informe de Evaluación Ambiental de Ruido Inforui-18-010 es realizado por la Consultora OCHEM EIRL, la cual no se encuentra registrada para ninguno de los alcances autorizados en el Registro Nacional de Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental², por tanto las mediciones incorporadas en éste no pueden ser estimadas como válidas.

44º. Que, posteriormente, todo lo anterior es sin perjuicio de la eventual acreditación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, tal como se describirá en la sección correspondiente.

45º. Que, con fecha 31 de agosto de 2018, el Sr. Fernando Waeger, en representación de la titular, presentó un escrito, sin realizar alegación alguna asociada a descargos, acompañando lo siguiente: Programa de Cumplimiento Refundido; Informe de Evaluación Ambiental de Ruido Inforui-18-010, de fecha 28 de marzo de 2018, elaborado por Consultora OCHEM EIRL, que a su vez está conformado por fichas de nivel de presión sonora para los días 20 y 27 de marzo de 2018 y fotografías simples de las instalaciones; Factura electrónica N° 26, de 11 de abril de 2018, que describe el servicio de desinstalación y reubicación de unidad condensadora de cámara de panadería por parte de Servicio y Comercialización Turboclimate SpA a Comercial El Cacique Ltda.; Una fotografía simple de "Pedido mayorista Easy", de fecha 10 de abril de 2018, con descripción de cotización de materiales; y una fotografía simple de boleta de venta mayorista en local comercial, sin fecha legible.

46º. Que, a juicio de esta SMA **ninguno de los antecedentes acompañados vienen a contradecir el hecho infraccional, la calificación jurídica o la clasificación del cargo formulado**. Al respecto, el Programa de cumplimiento refundido, al no ser presentado dentro de plazo es considerado como un escrito dentro del procedimiento en la fase procesal de Dictamen, al constituir solo enunciaciões que, no habiendo sido aprobado como tal, no viene a probar aspecto alguno dentro del procedimiento. En segundo lugar, el Informe de Ruidos Inforui-18-010 ya fue desestimado en el Considerando 43º. En tercer lugar, la Factura electrónica N° 26 y las dos fotografías simples, **constituyen un indicio de medidas de**

² <http://entidadestecnicas.sma.gob.cl/Home>ListadoEtfas>

mitigación, que serán valoradas, como medios de prueba, en el análisis de la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

47º. Que luego, con fecha 13 de septiembre de 2018, la titular ingresó un escrito mediante el cual, en lo principal, interpuso un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 4/Rol D-035-2018; en el primer otrosí acompañó personería; y en el segundo otrosí acompañó el sobre de Correos de Chile sobre carta certificada de la Res. Ex. N° 3/Rol D-035-2018. Así mismo, con fecha 2 de octubre de 2018, la titular ingresó un escrito solicitando se resolviera dicho recurso. Éste, tal como fue ya señalado, fue rechazado en todas sus partes mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-035-2018, de 24 de octubre de 2018. Al respecto, ninguno de los documentos acompañados en la presentación de 13 de septiembre de 2018, vino a contradecir el hecho infraccional, la calificación jurídica o la clasificación del cargo formulado.

48º. Que, con fecha 20 de noviembre de 2018, el Sr. Fernando Waeger, en representación de la titular, ingresó un escrito señalando que, a la fecha, la empresa se encontraba realizando las gestiones necesarias para realizar una medición de ruidos mediante una ETFA. Se refirió a la recalendariación de dicha medición debido a la imposibilidad de medir en el receptor sensible en horario nocturno en la fecha previamente acordada. Adjuntó al escrito ciertos antecedentes que han sido divididos para su análisis en cuatro secciones: A) Presunta acción de medición de niveles de presión sonora; B) Presunta Acción 2: mejoramiento y habilitación de sala para reubicar el condensador; C) Presunta Acción 3: Cambio y traslado condensador cámara de refrigeración; y D) Presuntas acciones complementarias.

49º. De esa forma, para A) Presunta acción de medición de niveles de presión sonora, acompañó los siguientes antecedentes: Cotización de medición de ruido por parte de la empresa Giro Consultores Ltda., de fecha 9 de noviembre de 2018, código FOR-GEN-002-002 v02; Carta, de fecha 14 de noviembre de 2018, cuyo remitente es el Sr. Fernando Waeger, en representación de El Cacique Ltda. siendo su destinatario la Sra. Sandra Marchese, interesada en el procedimiento. Mediante ésta se solicitó la posibilidad de realizar una medición de ruido en su propiedad en horario nocturno. Al respecto, la Sra. Marchese firma y marca la opción que no autoriza realizar la medición según lo solicitado y pide su recalendariación; Copia del PdC refundido, anexado en el escrito de 31 de agosto de 2018; Informe de Evaluación Ambiental de Ruido Inforui-18-010, de fecha 28 de marzo de 2018, elaborado por Consultora OCHEM EIRL; Copia cartola histórica de cuenta corriente Banco de Chile de la Sra. Sara Inés Zárate de Waeger, donde se indica una transferencia de fecha 2 de abril de 2018 a Ochem Consultores José K.; y una Copia del “Presupuesto de mediciones de Ruido Ambiental Comercial El Cacique Ltda. [...]” de Ochem Consultores Ltda. de 20 de marzo de 2018.

50º. A continuación, para B) Presunta Acción 2: mejoramiento y habilitación de sala para reubicar el condensador, acompañó los siguientes antecedentes: Anexo Plan de cumplimiento Acción Número 2, sin firma ni fecha, con membrete del Sr. Rigoberto Gayoso Constructor Civil/Contratista en Construcciones, donde se señala situación anterior y posterior de la “bodega contigua a la Cámara de Refrigeración”, indicando forma, dimensiones y descripción del acondicionamiento acústico realizado por la titular; un croquis de la unidad fiscalizable describiendo la ubicación del condensador (motor de la cámara de refrigeración) antes y después de su traslado a una sala especial, acompañados en el escrito de 20 de noviembre de 2018; Dos fotografías de Google Earth donde se señala la fuente emisora, el receptor sensible, y la ubicación anterior y posterior de la cámara de refrigeración trasladada; Seis fotografías simples, sin fecha ni georreferenciación que darían cuenta del revestimiento de la sala donde se ubicaría el motor de la cámara de refrigeración; Una fotografía simple de “Pedido mayorista Easy” con descripción de materiales; Factura electrónica N° 17400499, de 10 de abril de 2018 y Factura electrónica N° 89900327, de 9 de abril de 2018, ambas describiendo

la venta de materiales de construcción; Factura electrónica N° 82, de 30 de agosto de 2018, que describe un “servicio de revestimiento con placa motor y compresor cámara de frío panadería; confección e instalación viga y pilares sobre cajas registradora local venta, reparación lavaplatos local venta y revestimiento muro y ventana local”; y la Factura electrónica N° 182 de 21 de septiembre de 2018 por “servicio de aislación en poliuretano acústico”.

51º. En tercer lugar, para C) Presunta Acción 3: Cambio y traslado condensador cámara de refrigeración, la titular acompañó los siguientes antecedentes: Factura Electrónica N° 23, de 13 de marzo de 2018, describiendo el servicio de mano de obra respecto de la mantención cámara de frío, cambio de aire compresor y lavado de paredes de cámara por parte de Servicio y Comercialización Turboclima SpA a Comercial El Cacique Ltda.; Anexo donde se describe el servicio señalado en la Factura electrónica N° 23, sin firma ni fecha, presuntamente realizado por profesional técnico en refrigeración; Factura Electrónica N° 26, de 11 de abril de 2018, que describe el servicio de desinstalación y reubicación de unidad condensadora de cámara de panadería por parte de Servicio y Comercialización Turboclima SpA a Comercial El Cacique Ltda.; Anexo donde se describe el servicio señalado en la Factura electrónica N° 26, sin firma ni fecha, presuntamente realizado por profesional técnico en refrigeración; Factura Electrónica N° 14808, de 10 de abril de 2018, describiendo la venta de un condensador; Siete hojas donde se describen las características técnicas de los condensadores Neutrop MT-36, sin indicar niveles de presión sonora ni decibeles emitidos al ambiente.

52º. Finalmente, para D) Presuntas acciones complementarias, consistentes en el cambio de máquina revolvedora y cambio de ovilladora y el recubrimiento de máquina revolvedora con espuma de poliuretano, la titular acompañó los siguientes antecedentes: Factura Electrónica N° 1738, de 4 de septiembre de 2018, describiendo la venta de una máquina ovilladora Fort y una amasadora Berto, y Factura Electrónica N° 202, de 31 de octubre de 2018, describiendo el servicio de aislación acústica de la sala de panadería.

53º. Que, a juicio de esta SMA **ninguno de los antecedentes acompañados, descritos en los Considerandos N°s 47 y 52 anteriores, vienen a contradecir el hecho infraccional, la calificación jurídica o la clasificación del cargo formulado**. Al respecto, el Informe de Ruidos Inforui-18-010 ya fue desestimado en el Considerando 43º. Por otro lado, el croquis de la unidad fiscalizable, las fotografías sin fecha ni georreferenciación, las facturas electrónicas de materiales y servicios prestados y anexos con descripciones de servicios de obras y características de maquinaria **constituyen un indicio de medidas de mitigación**, que serán valorados, como medios de prueba, en el análisis de la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

54º. Que, con fecha 3 de diciembre de 2018, el Sr. Fernando Waeger, en representación de la titular, ingresó un escrito acompañando un informe de medición de ruidos realizado por Giro Consultores Ltda. de fecha 30 de noviembre de 2018 denominado “Informe de Inspección Ambiental. Panadería Masapan. Identificación: IR181112-M60-PM” de fecha 30 de noviembre de 2018, dando cuenta de una medición de nivel de presión sonora de fecha 28 de noviembre del mismo año. Dicha medición tampoco viene a **contradecir el hecho infraccional, la calificación jurídica o la clasificación del cargo formulado**, sino que más bien **constituye un indicio que la titular tomó medidas de mitigación durante el transcurso del presente procedimiento sancionatorio, por lo que será analizado y ponderado**, como medios de prueba, respecto de la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

55º. Finalmente, respecto de las presentaciones de la titular, con fecha 11 de enero de 2018, se ingresó un escrito dando respuesta a lo solicitado mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, acompañando antecedentes sobre cuatro medidas de mitigación, una medición de ruidos y anexando antecedentes de su implementación;

Adicionalmente, acompañó información contable constituida por balances y formularios 22 y 29 de los años 2016 y 2017. Los antedichos antecedentes no vienen a **contradecir el hecho infraccional, la calificación jurídica o la clasificación del cargo formulado**, sino que más bien **constituyen un indicio que la titular tomó medidas de mitigación durante el transcurso del presente procedimiento sancionatorio, por lo que serán ponderados**, como medios de prueba, respecto de la concurrencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

B) Presentaciones de interesado

56º. Que, el único antecedente acompañado por la interesada, Sra. Sandra Marchese, corresponde a la denuncia ingresada con fecha 7 de febrero de 2018, donde acompaña copia simple de la Res. Ex. N° 4/Rol D-050-2015, el programa de cumplimiento aprobado en dicho procedimiento, el Memorándum D.S.C. N° 10/2016, mail de fecha 15 de marzo de 2016, una fotografía de solicitud de medición en su domicilio de fecha 15 de marzo de 2016 y una fotografía de la obra construida por la titular para mitigar ruidos. Al respecto, todos estos antecedentes fueron tenidos a la vista para formular cargos mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-035-2018, sin perjuicio de permitir en el presente Dictamen probar la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, tal como se señalará en la sección correspondiente.

C) Acta de fiscalización ambiental de nivel de presión sonora

57º. Que, en tercer lugar, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la Formulación de Cargos han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental que contiene la inspección realizada con fecha 21 de marzo del 2018, así como en las Fichas de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración Periódica vigentes, todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización remitido a esta División con fecha 4 de abril de 2018. Los detalles de dichos procedimientos de medición se describen entre los Considerandos N°s 6 al 12 del presente Dictamen.

58º. Por su parte, el artículo 8º de la LO-SMA dispone que “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”. Se ha relevado la importancia de tal artículo al señalar que “Tal precepto, tiene por única función entregar el carácter de ministros de fe a funcionarios de un órgano que es creado por ese cuerpo normativo, y la razón radica en que ello es una norma imprescindible para el funcionamiento de la nueva estructura ambiental establecida en esa ley”³.

59º. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la Jurisprudencia Administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República en su Dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que “(...) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad”.

60º. A su vez, la doctrina nacional ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección. En este sentido, Jaime Jara y Cristián Maturana han

³ CORTE SUPREMA. Rol N° 38.340-2016, de 3 de agosto de 2017. Exportadora Los Fiordos Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente. Considerando Décimo Tercero.

manifestado que "La característica relevante, pero problemática, que concierne o las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad"⁴.

61º. En consecuencia, la medición efectuada por fiscalizadores de la SMA con fecha 21 de marzo de 2018, de nivel de presión sonora de 49 dB(A), en horario nocturno, condición interna, ventana cerrada, medido en receptor sensible, ubicado en Zona II, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, y no haber sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

62º. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-035-2018, esto es, la obtención, con fecha 21 de marzo de 2018, de nivel de presión sonora de 49 dB(A), en horario nocturno, condición interna, ventana cerrada, medido en receptor sensible, ubicado en Zona II, por un funcionario de esta Superintendencia del Medio Ambiente.

63º. Finalmente, 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 MMA, por lo que se tiene a su vez por configurada la infracción.

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN

64º. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-035-2018, 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 MMA.

65º. A su vez, respecto de la clasificación de las infracciones, la letra h) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, establece que son infracciones graves "*los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo*".

66º. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como grave, fundado en el hecho que mediante la Resolución Exenta N° 1192, de fecha 23 de diciembre de 2016, esta Superintendencia resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-050-2015, seguido contra Sociedad Comercial El Cacique Limitada, respecto del hecho consistente en la superación de los límites máximos de niveles de presión sonora corregidos establecidos para una Zona II, que generó el incumplimiento de la norma establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA, declarando la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento

⁴ JARA Schnettler, Jaime y MATORANA Miquel, Cristián. "Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo", Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago de Chile, 2009, p. 11.

presentado, dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador, sin sanción. Dicho procedimiento sancionatorio fue iniciado a partir de una denuncia de don Mario Marcich Kusanovic, debido a ruidos generados en la operación de una panadería, ubicada en Avenida Las Encinas N° 01751, comuna de Temuco, cuyo titular era Comercial El Cacique Limitada. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor reclasificar la infracción a leve, debido a las razones que a continuación se expondrán.

67º. Que, al respecto, el artículo 36 establece las “Circunstancias para la clasificación de la infracción según gravedad”⁵, de esa forma, “las infracciones descritas en el artículo 35 de la LO-SMA son clasificadas como gravísimas, graves o leves, en función de determinados efectos o características que pueden presentar los hechos, actos u omisiones que contravengan la normativa ambiental, las cuales son especificadas por el artículo 36 de la LO-SMA”⁶ (el destacado es nuestro).

68º. Por su parte, de la Historia de la Ley N° 20.417, se puede derivar además el sentido, alcance, objeto y fin del artículo 36:

“El asesor jurídico, señor Luis Cordero, señaló que si bien el texto aparece sustituido completamente, la modificación que se efectúa al artículo 36 tiene por objeto efectuar ciertas precisiones para evitar equívocos en la aplicación de la potestad sancionatoria.

Señaló que la disposición sanciona incumplimientos normativos, vale decir debe existir infracción de una norma para que se establezca la sanción, agregando que la manera como se gradúa guarda relación con el nivel o los resultados que haya provocado el incumplimiento.

Agregó que el Ejecutivo lo que ha hecho, por esta vía es dar consistencia normativa con la finalidad que se puedan aplicar adecuadamente las potestades sancionatorias”⁷ (el destacado es nuestro).

69º. Que, el numeral 2 letra h) del artículo 36 de la LO-SMA prescribe que constituyen infracciones graves “los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo”. Al respecto, cabe razonar brevemente sobre esta clasificación de gravedad, con el fin de fundamentar debidamente su reclasificación en el presente Dictamen. En primer lugar, la “persistencia”, alude a una constancia o duración a través del tiempo de una conducta, que según la RAE se corresponde con el verbo “persistir” que implica “mantenerse firme o constante en algo” o “Durar por largo tiempo”. Por su parte, la “reiteración” alude al verbo “reiterar”, que implica “Volver a decir o hacer algo”. Cabe destacar que dicho verbo está compuesto por un sufijo “re” e “iterar”, que por si solo significa “repetir”. Estos elementos de lexicografía permiten una mejor visualización del sentido y alcance de la circunstancia de la letra h) y permite decir a este Fiscal Instructor que ella se refiere, en definitiva, a volver a hacer un mismo y determinado hecho o acto, de forma constante en el tiempo (reiteración y persistencia). La LO-SMA redirige ese volver a hacer de forma constante sobre determinados hechos, actos u omisiones, es decir, que deben constituir infracciones, no cualquier infracción, sino aquellas que la misma ley califica como leves, es decir aquellas infracciones con carácter residual en el esquema sancionatorio, que son todas aquellas que no constituyen infracción gravísima o grave⁸.

⁵ SMA. *Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales*. 2017. p. 17.

⁶ SMA. *Bases...*, p. 19.

⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.417*. p. 1629.

⁸ SMA. *Bases...*, p. 19.

70º. Que, la clasificación de la gravedad y la mantención de ella en casos de infracciones al D.S. N° 38/2011 MMA, en relación con el artículo 36 N° 2 literal h) de la LO-SMA, se ha relacionado con los siguientes criterios: **a)** la cantidad de informes de fiscalización donde se ha constatado superación a la norma de ruidos; **b)** la cantidad de denuncias asociadas a la fuente; y **c)** la actitud del titular en los procedimientos. Dichos criterios han permitido configurar la reiteración y la persistencia, según lo exigido por el numeral 2 letra h) del artículo 36 de la LO-SMA en el Rol D-016-2017, seguido contra Sociedad Comercial Antillal Ltda., teniendo en cuenta **tres informes** de fiscalización que constataron la superación de la norma durante al menos **cinco años**, con **3 denuncias** por ruidos, que coinciden en ambos casos en los mismos hechos, fuente de ruido y presunto infractor y una actitud negativa del titular en los procedimientos (donde no solicitó plazos, asistencia, programa de cumplimiento ni descargos y no respondió al requerimiento de información en el primer procedimiento sancionatorio; mientras que en el segundo incumplió el programa de cumplimiento).

71º. Que, de esa forma, las anteriores circunstancias que configuraron la persistente reiteración en el Rol D-016-2017, seguido contra Sociedad Comercial Antillal Ltda., distan de forma suficiente en el presente Rol D-035-2018, seguido contra Comercial El Cacique Ltda., ya que solo se cuenta con **un informe** de fiscalización en el anterior procedimiento D-050-2015, **una denuncia** por ruidos, de otro denunciante pero respecto de la misma fuente, estableciéndose dos superaciones puntuales a la norma de ruidos. Por su parte, **la actitud del titular en el primer procedimiento** Rol D-035-2015 implicó la finalización del procedimiento sancionatorio mediante la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento. Mientras que en el Rol D-035-2018 se han acreditado medidas de mitigación que tendrán efecto, como factor de disminución en la determinación de la sanción en el presente Dictamen.

72º. Las razones anteriores son suficientes para permitir a este Fiscal Instructor reclasificar la infracción a leve, cuestión que sin embargo no libera a esta Superintendencia de justificar debidamente dicha nueva clasificación.

73º. Al respecto, en materia de clasificación de gravedad 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 obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave.

74º. En este sentido, en relación al cargo formulado, tal como se ha indicado, en la formulación de cargos se propuso clasificar la infracción como grave, pero en base a los antecedentes que se han explicitado en los considerandos anteriores, se reclasificará la infracción como leve, teniendo en cuenta adicionalmente los siguientes argumentos.

75º. 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, con excepción del numeral 2 letra h) del artículo 36 de la LO-SMA, pero que ya ha sido descartado en los considerandos siguientes.

76º. En segundo lugar, atendido el tipo de infracción imputada, la otra causal establecida en la LO-SMA, que en el presente caso podría llevar a concluir que la infracción es grave, es el artículo 36, N° 2, letra b) de la Ley ya mencionada, que señala que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente “*Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población*”.

77º. Conforme a lo que se expondrá en los considerandos siguientes de este acto, los antecedentes incorporados al presente procedimiento permiten concluir que los hechos infraccionales generaron un riesgo de afectación a la salud de las personas. Establecido lo anterior, corresponde evaluar si el riesgo es o no significativo. Para ello, se considerarán tanto las características del hecho infraccional, como las características del riesgo ocasionado.

78º. En lo relativo a las características del hecho infraccional, particularmente respecto de la **excedencia**, se debe considerar que la norma infringida establece un límite de emisión de 45 dB(A) en Zona II, en horario nocturno, y que en este caso se registró un NPC de 49 dB(A), lo que constituye una superación de 4 dB(A) respecto del límite normativo. Asimismo, respecto de la **cantidad de muestras obtenidas**, cabe señalar que solo fue posible constatar en una ocasión el incumplimiento de la normativa, con fecha 21 de marzo de 2018, mediante el instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión. En el mismo sentido, respecto de la **frecuencia de la actividad**, este Instructor tiene en consideración que, conforme a las máximas de la experiencia, el establecimiento (que fabrica y vende productos de panadería) desarrollaría sus actividades durante horario diurno y nocturno. En efecto, de los antecedentes anexados en el escrito de fecha 4 de junio de 2018, se señala que para el condensador (una de las fuentes de ruido) “el equipo funciona aproximadamente cada 30 minutos por un tiempo de uso de aproximadamente 5 minutos. El uso de este equipo es las 24 horas del día”⁹. Adicionalmente, esta circunstancia se desprende de la denuncia de fecha 7 de febrero de 2018, donde se señala que la panadería genera ruidos las 24 horas debido a su funcionamiento. Por tanto, se considerará la frecuencia y periodo antes señalado.

79º. En relación a lo anterior, es necesario hacer presente que la presentación realizada por la denunciante solo da cuenta de la persistencia de la emisión de ruidos, mas no entrega otros antecedentes. De esta forma, estas presentaciones, por sí solas, no son suficientes para concluir que el supuesto infractor sobrepasaba la normativa respectiva de manera reiterada u otras características (como magnitud, por ejemplo). No obstante, éstas serán consideradas para efectos de ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

80º. En lo relativo a las características del riesgo ocasionado, y como se detallará en los considerandos y siguientes, corresponde decir que la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida de las personas. Asimismo, en lo relativo a la población receptora, en el presente procedimiento no constan antecedentes que acreditan la presencia de personas con calidad de receptor vulnerable en el área de influencia y que padecan o padecieron problemas médicos.

81º. Por tanto, analizadas las características del hecho infraccional y del riesgo ocasionado, no es posible establecer, de manera fehaciente, que el riesgo ocasionado a la salud de las personas tenga la calidad de significativo, ya que no hay antecedentes que permitan llegar a dicha conclusión.

82º. En razón de lo anterior, de lo expuesto en los considerandos precedentes se desprende que, para efectos del presente procedimiento sancionatorio, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 MMA, por parte de la Sociedad Comercial El Cacique Limitada, ha configurado un riesgo para la salud de la población, pero que no reviste las características de significativo, sin perjuicio de que el nivel de riesgo no significativo será ponderado en la sección correspondiente de este Dictamen.

⁹ Escrito de fecha 4 de junio de 2018. Anexo: Informe de Evaluación Ambiental de Ruido Inforui-18-010, p. 2.

83º. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

A) Rango de sanciones aplicables según gravedad asignada a la infracción

84º. El artículo 38 de la LO-SMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA.

85º. Por su parte, el artículo 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal c) que “*Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales*”.

86º. La determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro de dicho catálogo, está sujeta a la configuración de las circunstancias indicadas en el artículo 40 de la LO-SMA.

87º. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

B) Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, al caso particular

88º. 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 ocasionado¹⁰.*

¹⁰ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción¹¹.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción¹².*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma¹³.*
- e) *La conducta anterior del infractor¹⁴.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁵.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3º¹⁶.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁷.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”¹⁸.*

89º. En este sentido, corresponde desde ya indicar que la circunstancia de la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA, no es aplicable en el presente procedimiento, puesto que la titular no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado, ni la letra g), pues si bien el infractor presentó un Programa de Cumplimiento en el procedimiento, el mismo fue rechazado mediante Resolución Exenta N° 4/Rol D-035-2018, de 30 de agosto de 2018. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, a continuación, se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias.

¹¹ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

¹² Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de 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 en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

¹³ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad 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.

¹⁴ 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 de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

¹⁵ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹⁶ 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

¹⁷ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹⁸ 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.

a. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c)

90º. El beneficio económico (“BE”) obtenido por la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella. En este sentido, el BE debe ser analizado, en primer lugar, a través de la identificación de su origen, es decir, si fue originado por el retraso o por el completo ahorro de costos por motivo de la infracción, u originado a partir de un aumento de ingresos. Estos costos o ingresos deben ser cuantificados, así como también deben configurarse los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, a través de la identificación de las fechas reales o estimadas que definen a cada uno. Luego, se debe valorizar la magnitud del beneficio económico obtenido a partir del modelo de estimación que la SMA utiliza para este fin, el cual se encuentra explicado en el documento que describe las Bases Metodológicas. En este caso, se consideró, para efectos de la estimación, una fecha de pago de multa al 18 de febrero de 2019 y una tasa de descuento de un 9,3%, en base a información financiera de la empresa, parámetros económicos de referencia generales y parámetros específicos del rubro de procesamiento de alimentos que maneja esta SMA. Por último, cabe señalar que todos los valores en UTA que se presentan a continuación, se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de enero de 2019¹⁹.

91º. En este sentido, se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios, para luego exponer el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

(a) Escenario de Incumplimiento

92º. Que, en el presente caso, el escenario de incumplimiento en el que se comete la infracción, se constató en virtud de la medición de ruido efectuada por personal técnico de esta SMA, según consta en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, donde se consigna el incumplimiento al D.S. N°38/2011 MMA. En efecto, la medición de fecha 21 de marzo de 2018, realizadas en la casa habitación ubicada en Isabel Riquelme N° 01770 de la ciudad de Temuco, efectuada en el Receptor R1, en condición interna y horario nocturno, registra un NPC de 49 dB(A), es decir, una excedencia de 4 dB(A) para zona II.

93º. De la situación anterior y, dado que, como se indicó en el Capítulo V de este Dictamen, el titular no presentó alegación referida a los hechos objeto de la Formulación de Cargos y tampoco presentó prueba en contrario respecto de los hechos constatados en el Acta de Inspección Ambiental que contiene la fiscalización realizada el día 21 de marzo de 2018, se concluye, razonablemente, que la empresa, al momento de la inspección ambiental, no había efectuado las inversiones necesarias relativas a implementar la infraestructura necesaria y suficiente para mitigar el ruido proveniente de su propia actividad productiva, que le permitiese cumplir con la normativa vigente.

(b) Escenario de Cumplimiento

94º. Considerando que el beneficio económico equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella, y habiendo identificado ya el escenario de incumplimiento, corresponde a continuación determinar el escenario de cumplimiento. Para ello, se deben identificar los costos o inversiones necesarios para ejecutar acciones o implementar medidas de mitigación de ruido, los que, de haber sido realizados, habrían posibilitado el cumplimiento de

¹⁹ 1 UTA = \$580.236 de acuerdo a http://www.sii.cl/valores_y_fechas/utm/utm2019.htm

los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA, y por tanto, evitado el incumplimiento.

95º. Debido a lo anterior, resulta necesario identificar las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos para implementar en la fuente de ruidos identificada como “Panadería Las Encinas”, en el que se realizan actividades de fabricación de pan y productos de panadería y pastelería, medidas que deben mitigar la emisión de ruidos molestos hacia los receptores sensibles hasta un nivel que permita cumplir con la normativa vigente. La determinación de dichas medidas debe considerar que la emisión de ruidos molestos se genera debido a las actividades realizadas en dicho local, tomando en cuenta los costos de mercado asociados a su implementación.

96º. Para la determinación de dichas medidas, resulta necesario relevar los aspectos propios de la actividad, para lo cual se deben considerar los antecedentes aportados en el marco de la presente instrucción del procedimiento sancionatorio, en especial, los incorporados mediante escrito de fecha 11 de enero de 2018, por el cual se dio respuesta a la Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, que solicitó información de acciones de mitigación realizadas. Dichos antecedentes dan cuenta de un total de 4 medidas de naturaleza mitigatoria, sin embargo, para efectos de considerarlas o no idóneas, es decir, analizar si se realizó la inversión necesaria para lograr el cumplimiento de la norma de ruido es un asunto que se detallará más adelante, en el apartado referente a medidas correctivas.

97º. Así, en primer lugar, se indicó la ejecución de la medida de traslado de la unidad condensadora de cámara de frío ubicada en el exterior (techo del local), la que originalmente se encontraba a una altura de 2.5 mt., trasladándose hacia una sala contigua cerrada en todos sus lados, ubicando el condensador a nivel de piso. Lo anterior, se acredita mediante la Factura Electrónica N°26 emitida por parte de la empresa Servicios y Comercialización Turboclima SpA, de fecha 11 de abril de 2018, presentada a esta SMA, por un total de \$467.399, es decir 0,82 UTA.

98º. Junto con lo anterior, se indica la medida de acondicionamiento de la sala para la reubicación de la unidad condensadora de cámara de frío, la cual consistió en la reestructuración de la sala de dimensiones 5x4 metros, la que fue revestida con material OLB 8 mm Masisa, y espuma de poliuretano acústico colocada sobre entramado a los muros lado Norte, Oeste y del cielo de la sala. En todo el cielo se colocó además Fieltro para la condensación y Aislante Térmico y Acústico en toda la superficie del techo marca FISITERM. Lo anterior se acredita mediante la Factura Electrónica N° 17400499 por parte de la empresa Easy Retail S.A, de 10 de abril de 2018, por un monto de \$108.827, es decir 0,19 UTA; la Factura Electrónica N°82 por parte de Rigoberto Eudilio Gayoso Gálvez, de 30 de agosto de 2018, por un monto de \$642.600, vale decir 1,12 UTA; y, la Factura Electrónica N°182 por parte de Prestación de Servicios de Aislación en Obras Hector Neldo Muñoz Suazo, de 21 de septiembre de 2018, por un monto de \$238.000, vale decir 0,41 UTA.

99º. De esta manera, los costos de las medidas de naturaleza mitigatoria consideradas por esta SMA, en un escenario de cumplimiento, ascienden a un total de \$929.427, es decir 1,62 UTA, los cuales, **de haber sido invertidos a tiempo por la empresa, habrían posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA. Lo anterior se ratifica de acuerdo a los resultados de la medición de ruido de 28 de noviembre de 2018²⁰, esto es, una vez implementadas las medidas de naturaleza mitigatoria de ruido, realizada por una ETFA.** Luego, de acuerdo a las

²⁰ La evaluación del cumplimiento de la normativa vigente en base a los niveles de presión sonora corregidos, en horario nocturno alcanza un valor de 43 dB(A), cumpliendo con el valor establecido en la norma de 40 dB(A).

bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 0,05 UTA, el cual se resume en la Tabla Nº 4 siguiente.

Tabla N° 4: Resumen Beneficio Económico Panadería Las Encinas

Tipo de gasto	Medida	Fecha de cumplimiento a tiempo	Costos Retrasado (UTA) cumplimiento a tiempo	Beneficio económico (UTA)
Gastos de implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en Panadería Las Encinas	Traslado de la unidad condensadora de cámara de frío	11 de abril de 2018	0,82	0,05
	Acondicionamiento de la sala para la reubicación de la unidad condensadora de cámara de frío	21 de septiembre de 2018	1,62	
Total			2,44	0,05

Fuente: SMA. Elaboración propia.

100º. Que, por tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

b. Componente de afectación

b.1. Valor de seriedad

101º. Conforme a las Bases Metodológicas, el valor de seriedad se determina a través de la asignación de un puntaje de seriedad al hecho constitutivo de infracción, en forma ascendente, conforme al nivel de seriedad de los efectos de la infracción, o de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta forma, se procederá a ponderar las circunstancias que concurren en la especie y que constituyen este valor, esto es: la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; el número de personas cuya salud pudo afectarse; y el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. Quedan excluidas del análisis las circunstancias establecidas en las letras h) y g) del artículo 40 de la LO-SMA, pues en el presente caso no resultan aplicables, conforme a lo indicado en el Considerando N° 81 del presente Dictamen.

b.1.1. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a)

102º. La letra a) del artículo 40 de la LO-SMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño, o la ocurrencia de un peligro atribuible a la infracción cometida por el titular. En razón de lo anterior, se debe determinar si en el presente procedimiento sancionatorio se configura un daño, o un peligro atribuible a la infracción cometida, y, en cualquiera de los dos casos, evaluar su importancia.

103º. En lo relativo al daño, es importante destacar que el concepto al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los

numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

104º. En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño 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 afectación a la salud de las personas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

105º. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que “*De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma*”²¹ (el destacado es nuestro). Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

106º. Conforme a lo ya indicado, el SEA —en el marco de una evaluación del riesgo para la salud de la población— definió el concepto de riesgo como la “*probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*”²². En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro²³ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible²⁴, sea esta completa o potencial²⁵. El SEA ha definido el peligro como “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”²⁶. Conforme a lo anterior, para determinar si existe un riesgo, a continuación, se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

107º. En relación al primer requisito relativo a la existencia de un peligro, entendido como capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor, el conocimiento científicamente

²¹ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

²² Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

²³ En este punto, debe indicarse que el concepto de “peligro” desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de “peligro ocasionado” contenido en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA.

²⁴ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

²⁵ Véase Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. Al respecto, una ruta de exposición completa, es la que se configura cuando se presentan todos los elementos enlistados en la página 39 del documento, y una ruta de exposición potencial es aquella a la que le falta uno o más de los elementos indicados, pero respecto de la cual existe información disponible que indica que la exposición es probable.

²⁶ *Ídem*.

afianzado²⁷ ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas, reconocidos por la Organización Mundial de la Salud y otros organismos como la Agencia de Protección Ambiental de EEUU, y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCA), son: efectos cardiovasculares, respuestas hormonales (hormonas de estrés) y sus posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y sistema inmune, rendimiento en el trabajo y la escuela, molestia, interferencia en el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental²⁸.

108º. Que, respecto al peligro específico del ruido nocturno, se puede señalar que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño y calidad de vida y bienestar. Respecto a la calidad del sueño, el ruido nocturno, genera efectos como: despertarse durante la noche o demasiado temprano, prolongación del período del comienzo del sueño, dificultad para quedarse dormido, fragmentación del sueño, reducción del período del sueño, e incremento de la movilidad media durante el sueño. Respecto a la calidad de vida y bienestar, existe evidencia relativa a efectos como molestias durante el sueño y uso de somníferos y sedantes. También, el ruido nocturno puede afectar condiciones médicas, provocando insomnio (diagnosticado por un profesional médico). Además de efectos directos en el sueño, el ruido durante el sueño provoca: incremento de la presión arterial, de la tasa cardíaca y de la amplitud del pulso, vasoconstricción, cambios en la respiración, arritmias cardíacas, incremento del movimiento corporal, además de procesos de excitación de los sistemas nerviosos central y vegetativo²⁹.

109º. Luego, 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 ruido³⁰.

110º. Conforme a lo indicado en los considerandos anteriores, el ruido es un agente con la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor, por lo que se configura el primer requisito del riesgo.

111º. En relación al segundo requisito del riesgo, relativo a determinar si se presentó una ruta de exposición completa³¹, es posible afirmar que existe una fuente contaminante de ruido y mecanismo de salida identificados, que en este caso corresponde a la Panadería Las Encinas y sus actividades generadoras de ruido como son sus procesos industriales de fabricación de productos de panadería y relacionados; que, se identifica

²⁷ 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.

²⁸ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

²⁹ *Ídem*, páginas 22-27.

³⁰ *Ídem*.

³¹ Una ruta de exposición se define como el proceso por el cual una persona se ve expuesta a contaminantes que se originan en alguna fuente de contaminación. La ruta de exposición completa se configura cuando todos los siguientes elementos están presentes: Una fuente contaminante, por ejemplo, una chimenea o derrame de combustible; un mecanismo de salida o liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte; un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingestión [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes. Al respecto, véase "Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. "Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población", página 39.

más de un receptor cierto³², en este caso el denunciante, y un punto de exposición, que en este caso es el receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como R1, ubicado en calle Isabel Riquelme N° 01770, comuna de Temuco, Región de la Araucanía; y un medio de desplazamiento que en este caso son la atmósfera y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que, al constatarse la existencia de personas expuestas al peligro ocasionado por el nivel de presión sonora emitida por la fuente, cuyo valor registrado excedió los niveles permitidos por la norma, se configura una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, un riesgo.

112º. En razón de lo anterior, se presentan los dos requisitos para configurar la existencia de un riesgo a la salud de la población. Una vez determinado esto, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor. Esta ponderación permitirá que este elemento sea o no incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

113º. Que, conforme a lo ya expuesto en el Capítulo IV del presente Dictamen, en la respectiva Ficha de Medición de ruido, correspondiente a la inspección de fecha 21 de marzo del 2018, realizada en la casa habitación ubicada en la calle Isabel Riquelme N° 01770, comuna de Temuco, Región de la Araucanía, se registró en el Receptor R1, en horario nocturno, en condición interna, con ventana cerrada, una excedencia de 4 dBA, en una zona clasificada en el Plan Regulador Comunal de Temuco como Zona ZM2, homologable a Zona II, de acuerdo al D.S. N°38/2011 MMA. Este registro implica el doble de energía del sonido respecto de aquella permitida por el nivel de ruido tolerado por la norma³³. Por tanto, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

114º. En este mismo sentido, uno de los elementos que incide en la probabilidad de ocurrencia de estos efectos, en el caso concreto, es la frecuencia de exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, tal como se ha mencionado en el presente Dictamen, la empresa desarrollaría sus actividades durante horario diurno y nocturno. En efecto, de los antecedentes anexados en el escrito de fecha 4 de junio de 2018, se señala en relación al condensador (una de las fuentes de ruido) que “el equipo funciona aproximadamente cada 30 minutos por un tiempo de uso de aproximadamente 5 minutos. El uso de este equipo es las 24 horas del día”³⁴. Adicionalmente, esta circunstancia se desprende de la denuncia de fecha 7 de febrero de 2018, donde se señala que la panadería genera ruidos las 24 horas debido a su funcionamiento. Por tanto, se considerará la frecuencia y periodo antes señalado.

115º. Que, en razón de lo expuesto, si bien no se ha constatado de manera formal un perjuicio en la salud de los receptores sensibles debido al ruido, los antecedentes disponibles en el presente procedimiento sancionatorio permiten concluir que se configuró un riesgo a la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a dicha fuente, pero que dicho riesgo no reviste las características de significativo, razón por la cual será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.

³² Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”, página N°20.

³³ https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

³⁴ Escrito de fecha 4 de junio de 2018. Anexo: Informe de Evaluación Ambiental de Ruido Inforui-18-010, p. 2.

b.1.2 El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b)

116º. Que, en primer lugar, es menester aclarar que la afectación concreta o inminente a la salud atribuida al comportamiento de un infractor, determina la gravedad de la infracción, mientras que el número de personas que pudieron verse afectadas determinará la entidad y cuantía de la sanción a aplicar, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad. Se introduce así, un criterio numérico de ponderación.

117º. En ese orden de ideas, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de un peligro de afectación a la salud de las personas, esta circunstancia, al utilizar la fórmula verbal “pudo afectarse”, incluye el riesgo significativo y el riesgo que no es significativo para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas y la generación de condiciones de riesgo, circunstancia que permite evaluar no solo el número de personas cuya salud se vio afectada de manera cierta, sino también el número de potenciales afectados.

118º. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, 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, que estableció 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*”.

119º. En consecuencia, con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente 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, considerando que ésta se encuentra en una zona de uso comercial y residencial.

120º. Para determinar el AI, se consideró el hecho que la propagación de la energía sonora se manifiesta en forma esférica, así como su correspondiente atenuación con la distancia, la que indica que, al doblarse la distancia se disminuye 6 dB(A) la presión sonora. 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 cual se utilizó la siguiente fórmula³⁵:

Ecuación Nº 1

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

121º. De esa forma, se tuvieron en cuenta cuatro factores relevantes para la determinación de dicha área de influencia: en primer lugar, se utilizó la expresión señalada en el considerando anterior; en segundo lugar, se consideró la utilización del peor escenario de incumplimiento registrado por las mediciones validadas en el presente

³⁵ Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74

sancionatorio, el que está compuesto por el área de influencia determinada en base a la medición de 49dB(A) registrada, correspondiente al peor escenario, el cual fue obtenido en el Receptor sensible N° 1 (“R1”); en tercer lugar, se contempló la distancia lineal que existe entre la fuente y R1, la que corresponde a aproximadamente 4 metros; y, finalmente, se consideró el escenario de cumplimiento, el que corresponde a 45 dB(A) conforme al Título IV artículo 7 del D.S. N° 38/2011 MMA.

122º. Así, en base a lo expuesto en el considerando anterior, y aplicando lo indicado en la Ecuación N° 1, se estimó que el ruido a través de una propagación sonora en campo libre, alcanza el nivel de cumplimiento de la norma según el D.S. N° 38/2011 MMA a una distancia de 6 metros desde la fuente emisora, circunstancia que se grafica en la siguiente imagen.

123º. De este modo, se determinó un Área de Influencia (“AI”), o Buffer, cuyo centro en este caso, corresponde al punto medio del establecimiento ubicado en Avenida Las Encinas N° 1751, comuna de Temuco, Región de La Araucanía, según se expresa en el acta de fiscalización de 21 de marzo de 2018, con un radio de 6 metros aproximadamente.

Figura N° 1

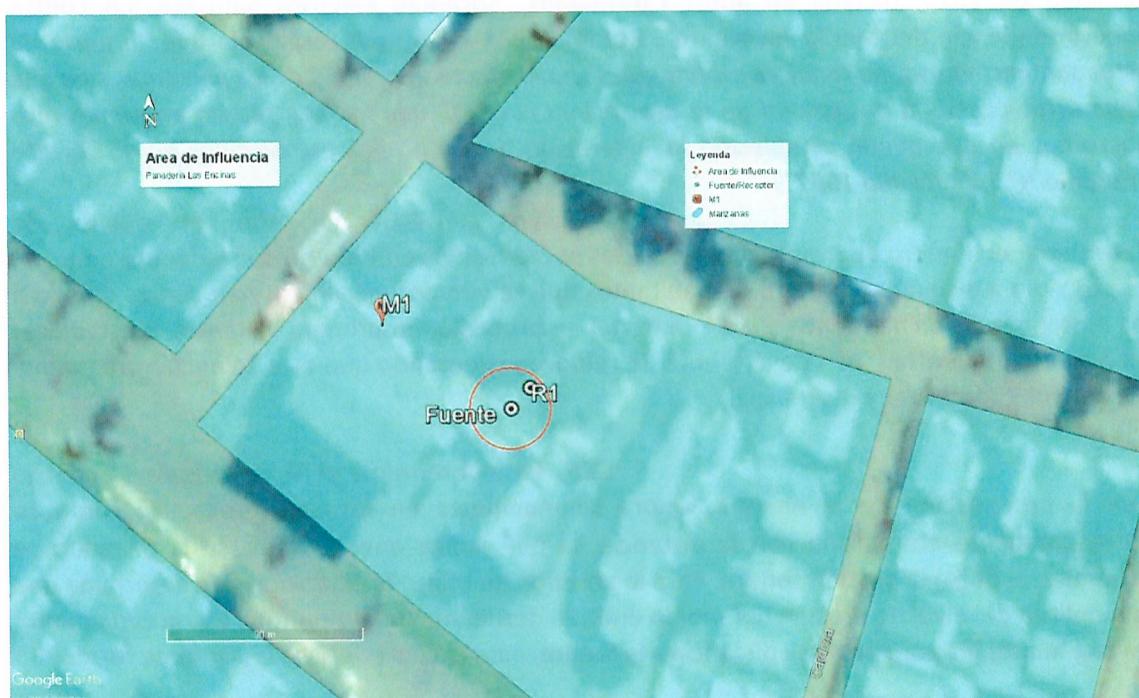


Figura N° 1. Dentro del perímetro de color blanco que determina el área de influencia de Panadería Las Encinas, se muestra en color celeste la manzana censal M1, interceptada. Fuente: Elaboración propia en base a aplicación Google Earth y coberturas del censo 2017 para la Región de la Araucanía, en la comuna de Temuco.

124º. Una vez determinada el AI, se procedió a interceptar dicha información con los datos de densidad de población y vivienda por manzana censal³⁶ del Censo 2017, para la comuna de Temuco, disponibles en el portal del Instituto Nacional de Estadísticas. En base a ello, se identificó que el AI intercepta 1 manzana, la cual se muestra en la Figura N°1 como M1. Así, el AI de manera conservadora, se sobreponen a una cantidad de 3 viviendas contiguas a la fuente emisora de ruido y asumiendo la existencia de un

³⁶ Cada manzana censal representa a la unidad geográfica básica con fines estadísticos y contiene un grupo de viviendas contiguas o separadas, edificios, establecimientos y/o predios, delimitados por rasgos geográficos, culturales y naturales

hogar por cada vivienda, se utilizó la cifra de población del censo de población y vivienda del año 2017, en el cual se determina que hay un promedio de 3,1 personas por hogar en el país³⁷.

125º. En base a lo anterior, se estimó que el número de personas potencialmente afectadas por la fuente emisora, alcanza al menos 9 personas dentro del área de influencia.

126º. En conclusión, si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que existan personas cuya salud se vio directamente afectada producto de la actividad generadora de ruido, sí existen antecedentes de riesgo respecto al número de potenciales afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la ocurrencia de la infracción.

127º. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

b.1.3 La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i)

128º. La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos propios que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

129º. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se deben considerar aspectos como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma.

130º. Dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada. Esto se diferencia de las circunstancias que se relacionan con los efectos de la infracción, las que pueden concurrir o no dependiendo de las características del caso.

131º. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el Decreto Supremo N° 38, del año 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, la cual tiene por objetivo "*proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido que esta norma regula*"³⁸. Los niveles máximos de emisión de ruidos se establecen en términos del nivel de presión sonora corregido, medidos en el receptor sensible. Estos límites son diferenciados de acuerdo a la localización del receptor, según la clasificación por zonas establecida en la norma, así como por el horario en que la emisión se constata, distinguiendo horario diurno y nocturno.

³⁷ <http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo-2017.pdf>

³⁸ D.S. N° 38/2011 MMA, artículo N° 1.

132º. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno radica en que la emisión de niveles de presión sonora por sobre los límites establecidos en la norma vulnera el objetivo de protección a la salud de la población de los riesgos propios de la contaminación acústica, encontrándose en todos los casos un receptor expuesto al ruido generado, ocasionándose un riesgo a la salud y potencialmente un detrimento en la calidad de vida de las personas expuestas. Cabe agregar, asimismo, que esta corresponde a la única norma que regula de forma general y a nivel nacional los niveles generados por fuentes emisoras de ruido, a los cuales se expone la comunidad, aplicándose a un gran número de actividades productivas, comerciales, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura, que generan emisiones de ruido.

133º. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra determinada por una magnitud de excedencia de 4 dB(A) por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II. Cabe señalar, sin embargo, que, dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del art. 40.

b.2. Factores de incremento

134º. A continuación, se ponderarán aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación, y que han concurrido en la especie.

b.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d)

135º. La intencionalidad, al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada caso.

136º. En este caso, a diferencia de como se ha entendido en el Derecho Penal, donde la regla general es que exista dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador, no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia e intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la culpa infraccional o mera negligencia.

137º. La intencionalidad se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional. La concurrencia de intencionalidad implicará que el reproche de la conducta es mayor, lo cual justifica que esta circunstancia opere como un factor de incremento de la sanción. Por el contrario, cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada.

138º. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA por parte de la Sociedad Comercial El Cacique Ltda., en la Unidad Fiscalizable Panadería Las Encinas.

139º. En consecuencia, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora, como único hecho constitutivo de infracción, no permite afirmar que los actos del infractor reflejen una intención de incumplir la norma, o en su defecto, una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por

ese motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

b.2.2. Conducta anterior negativa (letra e)

140º. La evaluación de procedencia y ponderación de esta circunstancia, tiene relación con la existencia de infracciones cometidas por el infractor en el pasado y sus características. Para estos efectos, se consideran aquellos hechos infraccionales cometidos con anterioridad a la verificación del hecho infraccional objeto del procedimiento sancionatorio actual, vinculados a las competencias de la SMA o que tengan una dimensión ambiental, verificados en la(s) unidad(es) fiscalizable(s) objeto del procedimiento, y que **hayan sido sancionados** por la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional.

141º. Al respecto, mediante la Resolución Exenta N° 1192, de fecha 23 de diciembre de 2016, esta Superintendencia resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-050-2015, seguido contra Sociedad Comercial El Cacique Limitada, respecto del hecho consistente en la superación de los límites máximos de niveles de presión sonora corregidos establecidos para una Zona II, que generó el incumplimiento de la norma establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA, **declarando la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento presentado, dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador, sin sanción**. Dicho procedimiento sancionatorio fue iniciado a partir de una denuncia de don Mario Marcich Kusanovic, debido a ruidos generados en la operación de una panadería, ubicada en Avenida Las Encinas N° 01751, comuna de Temuco, cuyo titular era Comercial El Cacique Limitada. Todo lo anterior permite a este Fiscal Instructor no considerar esta circunstancia como **un factor de incremento** del componente de afectación para la determinación de la sanción en el presente Dictamen.

b.2.3. Falta de cooperación (letra i)

142º. Esta circunstancia evalúa si el infractor ha realizado acciones que han dificultado el esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias o sus efectos, así como también la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

143º. La falta de cooperación opera como un factor de incremento de la sanción a aplicar en el marco de la letra i) de dicho artículo. Su análisis implica ponderar si el infractor ha tenido un comportamiento o conducta que va más allá del legítimo uso de los medios de defensa que le concede la Ley. Algunas de las conductas que se consideran para valorar esta circunstancia son las siguientes: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) El infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

144º. En el presente caso, el titular respondió a la solicitud de información realizada por esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, señalando haber tomado cuatro medidas de mitigación, haber efectuado una medición de ruidos y anexando antecedentes de su implementación, así como la información contable constituida por balances y formularios 22 y 29 de los años 2016 y 2017. Por tanto, esta circunstancia no será considerada como factor de incremento en el componente de afectación en la sanción que corresponda aplicar.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción (letra d)

145º. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en el presente Dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a la Sociedad Comercial El Cacique Limitada, titular de la fuente emisora.

b.3.2. Cooperación eficaz (letra i)

146º. Conforme al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados por el mismo. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) el infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos (dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial); (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

147º. En el caso en cuestión, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, se solicitó a la titular informar sobre medidas de mitigación adoptadas en el transcurso del procedimiento sancionatorio así como indicar información contable. De esa forma la titular, acompañó un escrito, de fecha 11 de enero de 2019, señalando haber tomado cuatro medidas de mitigación, una medición de ruidos y anexando antecedentes de su implementación, así como la información contable constituida por balances y formularios 22 y 29 de los años 2016 y 2017.

148º. En razón de lo anterior, la información acompañada permite configurar la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar.

b.3.3. Aplicación de medidas correctivas (letra i)

149º. La SMA ha asentado el criterio de considerar, en la determinación de la sanción, la conducta del infractor posterior a la infracción o su detección, específicamente en lo referido a las medidas adoptadas por este último, en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y a evitar que se produzcan nuevos.

150º. Para la procedencia de la ponderación de esta circunstancia, es necesario que las medidas correctivas que se hayan aplicado sean idóneas y efectivas para los fines que persiguen, y deben ser acreditadas en el procedimiento sancionatorio, mediante medios fehacientes.

151º. Que, por otro lado, esta circunstancia será ponderada solo respecto de aquellas acciones que hayan sido adoptadas de manera voluntaria

por el infractor, por lo que no se consideran las acciones que se implementen en el marco de la dictación de medidas provisionales, la ejecución de un Programa de Cumplimiento o que respondan al cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales pronunciadas por otros servicios públicos y/o tribunales de justicia.

152º. En relación a este punto, en este procedimiento constan antecedentes relativos a la implementación de medidas correctivas por parte de la empresa. En primer lugar, los siguientes antecedentes dan cuenta de la compra de materiales asociados a la aislación de ruidos: La fotografía simple de “Pedido mayorista Easy” en conjunto con la fotografía simple de la “boleta mayorista Easy”; además de las Facturas Electrónicas N° 26, 17400499 y 89900327 (todos los antecedentes descritos en los Considerandos N° 45 a 52 de la presente resolución).

153º. En segundo lugar, los siguientes antecedentes dan cuenta del acondicionamiento acústico o aislación de una sala dentro del establecimiento y el traslado de maquinaria a dicha sala: Anexo Plan de cumplimiento Acción Número 2, croquis de la unidad fiscalizable, dos fotografías de Google Earth que señalan la fuente emisora y la ubicación anterior y posterior de la cámara de refrigeración, Seis fotografías simples que dan cuenta del revestimiento de la sala, Facturas Electrónicas N° 23, 26, 82, 182 y 202 y Anexo donde se describe el servicio realizado mediante la Factura Electrónica N° 26 (todos los antecedentes descritos en los Considerandos N° 45 a 52 de la presente resolución).

154º. En tercer lugar, habiendo tomado las medidas señaladas se realizó una medición de ruidos realizada por Giro Consultores Ltda. (constituida como ETFA) de fecha 30 de noviembre de 2018 denominado “Informe de Inspección Ambiental. Panadería Masapan. Identificación: IR181112-M60-PM” de fecha 30 de noviembre de 2018, dando cuenta de una medición de nivel de presión sonora con fecha 28 de noviembre de 2018, en horario nocturno, con ventana abierta, zona II, que arrojó un NPS de 43 dB(A), es decir, no mostrando superación por sobre el límite normativo del D.S. N° 38/2011 MMA; a lo anterior habría que añadir la Cotización de medición de ruido por parte de la empresa Giro Consultores Ltda., de fecha 9 de noviembre de 2018; Carta, de fecha 14 de noviembre de 2018, donde se solicita autorización para medir en inmueble de interesada; y Copia cartola histórica de cuenta corriente Banco de Chile de la Sra. Sara Inés Zárate de Waeger (todos los antecedentes descritos en los Considerandos N° 45 a 52 de la presente resolución).

155º. De esa forma, todos los antecedentes anteriores, valorados en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tienden a dar cuenta que la titular ha tomado medidas de mitigación y que dichas medidas han sido efectivas para disminuir el ruido y no sobrepasar el límite permitido de acuerdo al horario y la zonificación por las cuales se formularon cargos.

156º. De ese modo, en base a todo lo anteriormente señalado, esta circunstancia resulta aplicable al infractor para disminuir el monto de la sanción a aplicar.

b.3.4. Irreprochable conducta anterior (letra e)

157º. La concurrencia de esta circunstancia es ponderada por la SMA en base al examen de los antecedentes disponibles que dan cuenta de la conducta que, en materia ambiental, ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable. Se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior cuando no se encuentra en determinadas situaciones que permiten descartarla, entre las cuales se cuenta la conducta anterior negativa -en los términos descritos anteriormente-, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas.

158º. En el presente procedimiento sancionatorio constan antecedentes que permiten descartar una conducta irreprochable anterior, debido a que la unidad fiscalizable obtuvo la aprobación de un programa de cumplimiento en el procedimiento Rol D-050-2015, luego de haberse iniciado el correspondiente procedimiento sancionatorio tras la infracción de la titular, por lo que esto no será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a la infracción ya verificada.

b.3.5. Presentación de autodenuncia

159º. La titular no presentó una autodenuncia relativa a los hechos constitutivos de infracción, por lo cual no procede considerar esta circunstancia como un factor de disminución del componente de afectación en la determinación de la sanción.

b.3.6. Otras circunstancias del caso específico (letra i)

160º. En virtud de esta circunstancia, la SMA está facultada, en cada caso particular, para incluir otros criterios innominados que estime relevantes para la determinación de la sanción.

161º. Para el presente caso, se ha estimado que no existen otras circunstancias a considerar para la determinación de la sanción.

162º. En conclusión, esta circunstancia no será considerada como un factor que incida en la sanción específica aplicable a la infracción.

b.4. La capacidad económica del infractor (letra f)

163º. La capacidad económica 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 Pública³⁹. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

164º. Al respecto, con el objeto de contar con información actualizada respecto del tamaño económico de la titular, por medio de la Resolución Exenta N°6/ROL D-035-2018, de 3 de enero de 2019, se solicitaron al titular los Estados Financieros (a saber, Balance General, Estado de Resultados y Estado de Flujo de Efectivos correspondientes al año 2016; o cualquier documentación que acreditará los ingresos anuales para el año 2016. Del mismo modo debía acompañar el Formulario N°22 o N°29, enviado al SII durante el año 2017 (año tributario 2016). Además, se solicitaron los Estados Financieros (a saber, Balance General, Estado de Resultados y Estado de Flujo de Efectivo) correspondientes al año 2017, o cualquier documentación que acreditará los ingresos anuales para el año 2017. Del

³⁹ CALVO Ortega, Rafael, curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10^a 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."

mismo modo debía acompañar el Formulario N°22, enviado al SII durante el año 2018 (año tributario 2017).

165º. Al respecto, y considerando la documentación entregada por el titular en el marco de la respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Res. Ex. N° 6/Rol D-035-2018, de 3 de enero de 2018, de acuerdo a la información contenida en el Balance tributario del año 2017, sus ingresos por venta en ese año fueron de \$1.479.850.319, equivalentes a UF 55.222. En base a lo anterior, Panadería Las Encinas detenta un tamaño económico de segunda categoría de empresas de tamaño mediano, es decir, Mediana 2, con ingresos por venta entre 50.000,00 a 100.000,00 UF Anuales.

166º. En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada en el segundo rango de empresa mediana, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de las sanciones que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

XI. PROPONE AL SUPERINTENDENTE

167º. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a la Sociedad Comercial El Cacique Limitada.

168º. Se propone una multa de una Unidad Tributaria Anual (1 UTA), respecto al hecho infraccional consistente en la obtención, con fecha 21 de marzo de 2018, de nivel de presión sonora de 49 dB(A), en horario nocturno, condición interna, ventana cerrada, medido en receptor sensible, ubicado en Zona II, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 MMA.



Jorge Ossandón Rosales
Fiscal Instructor División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Rol D-035-2018

