



DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-044-2018

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este fiscal instructor ha tenido como marco normativo aplicable al presente procedimiento administrativo sancionatorio, el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley N° 18.575, que establece la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 18.834 que aprueba Estatuto Administrativo; el artículo 80 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 16 de junio de 2004, del Ministerio de Hacienda, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011"); el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; Resolución Exenta N° 424, de fecha 12 de mayo de 2017, y sus respectivas modificaciones; la Resolución RA N° 119123/58/2017, de fecha 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Público, 2° Nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Res. Ex. N° 82, de 18 de enero de 2019, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; la Resolución Exenta N° 693, de fecha 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formato de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; la Resolución Exenta N° 491, de fecha 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del D.S. N° 38/2011; la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 y exigencias asociadas al control de ruido en instrumentos de competencia de la SMA; Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales-Actualización; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del Trámite de Toma de Razón.

II. IDENTIFICACIÓN DE SUJETO INFRACTOR Y DE LA UNIDAD FISCALIZABLE

2. Que, el presente procedimiento sancionatorio fue iniciado en contra de Rodrigo Garay Morales, cédula nacional de identidad N° 15.007.474-6, es titular del gimnasio "Fanatic Fitness", ubicado en calle La Serena N° 3665, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.

3. Que, dicho establecimiento tiene como objeto la prestación de servicios de gimnasio y desarrolla actividades de esparcimiento destinadas al deporte y similares, por lo tanto, corresponde a una "Fuente Emisora de Ruidos", de acuerdo a lo establecido en los numerales N° 3 y N° 13 del artículo 6° del D.S. N° 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente, por lo que se encuentra afecta al cumplimiento de los límites señalados en la misma norma.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

4. Que, con fecha 13 de septiembre de 2017, Superintendencia del Medio del Medio Ambiente (en adelante, "esta Superintendencia"),

repcionó una denuncia de doña Graciela Noriega Becerra, mediante la cual informa que el establecimiento (gimnasio) ubicado en calle La Serena N° 3665, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, emitiría ruidos molestos desde el 20 de junio de 2017 hasta la fecha de su denuncia. Al respecto, la denunciante señaló que: *“La contaminación acústica comienza a las 05:45 am de lunes, miércoles y viernes, también que los otros días de lunes a viernes a las 09:00 y en la tarde de 17:00 a 21:30 horas”*. Junto con lo anterior, la denunciante señala que esta situación habría afectado su salud, al no poder descansar en su hogar y que sufriría de hipertensión y dolencias como adulto mayor. Cabe agregar que la denunciante, en su presentación, acompañó los siguientes documentos: (i) Listado de Bienes Raíces afectos a Contribuciones (año 2015) de Predios No Agrícolas de la comuna de Arica (página 837); (ii) Comprobante de recepción de solicitud (denuncia) ante el Servicio de Impuestos Internos por funcionamiento de gimnasio, de fecha 07 de septiembre de 2017; (iii) Carta de Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Arica, de fecha 05 septiembre de 2017; (iv) Oficio N° 17603, de fecha 03 de agosto de 2017, del Ministerio Público (en causa RUC 1700718211-2) que dispone medidas de protección a favor de doña Graciela Noriega Becerra, en su carácter de víctima del delito que se investiga.

5. Que, a consecuencia de lo anterior, con fecha 28 de septiembre del año 2017, mediante el Ord. N° 355, esta Superintendencia informó a doña Graciela Noriega Becerra, que se tomó conocimiento de su denuncia que da cuenta de la emisión de ruidos molestos provenientes del funcionamiento del gimnasio “Fanatic Fitness”, siendo incorporada al Sistema de Denuncias de esta Superintendencia, además, de abrirse el correspondiente expediente de investigación. Finalmente, se le indicó que en la oportunidad que corresponda, le sería comunicado aquello que esta Superintendencia resuelva en conformidad a la Ley.

6. Que, con fecha 28 de septiembre de 2017, mediante el Ord. N° 356, esta Superintendencia informó a don Rodrigo Garay Morales, que se había recepcionado una denuncia por emisión de ruidos provenientes de las instalaciones ubicadas en calle La Serena N° 3665, comuna de Arica, lo cual podría implicar eventuales infracciones a la Norma de Emisión de Ruido aprobada por D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente. Asimismo, se le informó que esta Superintendencia tiene competencia sancionatoria y que podría iniciar un procedimiento sancionatorio cuyas sanciones podrían ser amonestación por escrito, multa de una a diez unidades tributarias anuales y clausura temporal o definitiva. Finalmente, se le solicitó que, en caso de adoptar cualquier medida asociada al cumplimiento de la referida Norma de Emisión, fuera informado a esta Superintendencia, acompañando la documentación que la acredite, a la brevedad posible.

7. Que, a su vez, mediante el Ord. N° 357, de fecha 28 de septiembre de 2017, esta Superintendencia informó a la denunciante Graciela Noriega Becerra, que se informó a don Rodrigo Garay Morales, a través del Ord. N° 356/2017, que se había recepcionado una denuncia por emisión de ruidos, lo cual podría implicar eventuales infracciones al D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, en los términos señalados precedentemente. Por tanto, se le informó a la denunciante que, en su oportunidad, se le comunicaría aquello que esta Superintendencia resolviera en conformidad a la ley.

8. Que, con fecha 18 de octubre de 2017, don Rodrigo Garay Morales presentó una carta dirigida al jefe de la oficina de la Región de Tarapacá de la Superintendencia del Medio Ambiente, mediante la cual acompañó fotocopia del Certificado N° 06/2017 del jefe del Departamento de Acción Sanitaria de la SEREMI de Salud de la Región de Arica y Parinacota, el que indica que, con fecha 12 de octubre de 2017, se realizaron mediciones de ruido ambiental originados por un equipo de sonido de baja potencia con que cuenta el Gimnasio, ubicado en calle La Serena N° 3665, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, las cuales cumplieron con la normativa legal vigente.

9. Que, con fecha 25 de octubre de 2017, la División de Sanción y Cumplimiento envió a la División de Fiscalización, ambas de esta Superintendencia, la Solicitud de Actividad de Fiscalización Ambiental N° 349/2007.

10. Que, con fecha 30 de octubre del año 2017, mediante comprobante de derivación electrónica (comprobante de derivación N° 7220, de fecha 30 de octubre de 2019), la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-6084-XV-NE-IA (en adelante, "el Informe"), que detalla las actividades de fiscalización realizadas por personal técnico de esta Superintendencia, a la unidad fiscalizable Gimnasio "Fanatic Fitness".

11. Que, según consta en el Acta de Inspección Ambiental, de fecha 25 de octubre del 2017, personal técnico de esta Superintendencia, visitó el domicilio de la denunciante, ubicado en calle La Serena N° 3669, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, el cual, se encuentra próximo al establecimiento denunciado, con el objeto de realizar mediciones de ruido conforme a la metodología establecida en el citado D.S. N° 38/2011.

12. Que, según consta en las Fichas de Información de Medición de Ruido, se realizaron tres mediciones de presión sonora, entre las 09:30 y las 10:20 horas, desde un único receptor sensible (domicilio denunciante), en el área de la terraza y comedor, en condición externa y en condición interna con ventana abierta y cerrada. Por otra parte, en las Fichas de Información de Medición de Ruido, consta que durante las referidas actividades se percibió que el ruido de fondo no afectó las mediciones de ruido realizadas.

13. De acuerdo a la información contenida en las Fichas de Información de Medición de Ruido, la ubicación geográfica del punto de medición, se detalla en la siguiente tabla:

Tabla N° 1 – Ubicación geográfica del punto de medición

Punto de medición	Coordenada norte	Coordenada este
Receptor	7.959.897	363.944

Coordenadas receptor. Datum: WGS84, Huso 19S

14. Que, en las Fichas de Medición de Ruido de la medición efectuada el 25 de octubre de 2017, se consignan tres incumplimiento a la norma de referencia (D.S. N° 38/2011), las que se detallarán en los siguientes numerales.

15. Que, en efecto, la medición efectuada en el Receptor (domicilio denunciante), realizada en condición externa, durante horario diurno (07:00 a 21:00 horas), registra una excedencia de 16 decibeles para zona II. El resultado de dicha medición de ruido en el correspondiente Receptor, se resume en la siguiente Tabla:

Tabla 2: Evaluación de medición N° 1 (condición externa) de ruido en Receptor, efectuada el 25 de octubre de 2017

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor - Medición	Diurno (07:00 a hrs 21:00)	76	-	II	60	16	Supera

Fuente: Anexo Acta, Detalles de actividad de fiscalización. DFZ-2017-6084-XV-NE-IA.

16. Que, a su vez, en las Fichas de Medición de Ruido de las mediciones efectuadas el 25 de octubre de 2017, se consignan dos incumplimientos a la norma de referencia (D.S. N° 38/2011), en condición interna. En efecto, las citadas mediciones en el receptor (domicilio denunciante), realizadas en condición interna con ventana cerrada y abierta, respectivamente, ambas en horario diurno (07:00 a 21:00 horas), registraron excedencias de 9 y 5

decibeles para zona II. Los resultados de dichas mediciones de ruido en los correspondientes receptores, se resumen en la siguiente Tabla:

Tabla 3: Evaluación de mediciones N° 2 y 3 (condición interna) de ruido en Receptor, efectuada el 25 de octubre de 2017

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor - Medición (ventana abierta)	Diurno (07:00 a hrs 21:00)	69	-	II	60	9	Supera
Receptor - Medición (ventana cerrada)	Diurno (07:00 a hrs 21:00)	65	-	II	60	5	Supera

Fuente: Anexo Acta, Detalles de actividad de fiscalización. DFZ-2017-6084-XV-NE-IA.

17. Que, según consta en Ficha de Información de Medición de Ruido, el instrumental de medición utilizado consistió en un Sonómetro marca Cirrus, modelo CR162B, número de serie G 066127, con certificado de calibración de fecha 30 de diciembre del año 2016; y un Calibrador marca Cirrus, modelo CR514, número de serie 64885, con certificado de calibración de fecha 28 de noviembre del año 2016.

18. Que, para efectos de evaluar los niveles de presión sonora medidos, se procedió a homologar la Zona correspondiente al lugar donde se ubica el receptor donde se realizó la medición, establecida en el Plan Regulador Comunal de Arica, con las zonas establecidas en el artículo 7 del D.S. N° 38/2011 (Tabla N° 1). Al respecto, la zona evaluada en la Ficha de Información de Niveles de Ruido, es la Zona Residencial 2 ("ZR2"), concluyéndose que dicha zona es asimilable a Zona II de la Tabla N° 1 del D.S. N° 38/2011, por lo que el nivel máximo permitido en horario diurno para dicha zona es de 60 dB(A).

19. Que, mediante Memorandum D.S.C. N° 174/2018 de fecha 25 de mayo de 2018, se procedió a designar a José Ignacio Saavedra Cruz como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Mauro Lara Huerta como Fiscal Instructor suplente.

20. Que, a través de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-044-2018, de fecha 29 de mayo de 2018, se formularon cargos contra Rodrigo Garay Morales, por las superaciones del nivel de presión sonora fijado para la Zona II, en horario diurno. Lo anterior se debe a que la medición efectuada por Fiscalizadores de esta Superintendencia del Medio Ambiente, de fecha 25 de octubre de 2018, detectó las siguientes superaciones de Nivel de Presión Sonora Corregido, medidas en receptor sensible (zona II): (i) 76 dB(A), en horario diurno, en condición externa; (ii) 69 dB(A) en horario diurno, en condición interna, con ventana abierta; (iii) 65 dB(A) en horario diurno, en condición interna con ventana cerrada.

21. Que, asimismo, la citada la Res. Ex. N° 1/ Rol D-044-2018 otorgó el carácter de interesada en el procedimiento – conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la LO-SMA a doña Graciela Noriega Becerra, cuyo domicilio se encuentra próximo al establecimiento denunciado. A su vez, la resolución en comento el infractor señaló que el infractor tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus descargos respectivamente, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

22. Que, finalmente, la Res. Ex. N° 1/Rol D-044-2018 fue notificada por carta certificada, con fecha 06 de junio de 2018, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 46 de la Ley N° 19.880, según consta en el comprobante de seguimiento N° 1180691345143 de Correos de Chile.

23. Que, posteriormente, con fecha 13 de junio de 2018, Rodrigo Garay Morales, presentó un escrito a través del cual solicitó la ampliación del plazo para la presentación de programa de cumplimiento y descargos, fundamentado en la necesidad de conseguir información técnica y recopilar los antecedentes de hecho para tales efectos.

24. Que, con fecha 14 de junio de 2018, se realizó la reunión de asistencia entre Rodrigo Garay Morales y funcionarios de esta Superintendencia, la cual se desarrolló mediante una videoconferencia, según consta en actas firmadas en Arica y Santiago.

25. Que, con fecha 15 de junio de 2018, esta Superintendencia, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-044-2018, resolvió la solicitud de ampliación de plazo, concediendo al efecto un plazo adicional de 5 días hábiles y un plazo adicional de 7 días hábiles, ambos para contados desde el vencimiento del plazo original, para la presentación del programa de cumplimiento y para la formulación de descargos, respectivamente.

26. Que, habiéndose notificado la precitada formulación de cargos, durante la consecución del presente procedimiento sancionatorio, el titular no presentó descargos u alegación alguna ni acompañó un Programa de Cumplimiento ante esta Superintendencia.

27. Que, con el objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, esta Superintendencia, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, de fecha 23 de enero de 2018, solicitó al titular información relativa a cualquier tipo de medida de mitigación de ruidos adoptada en el establecimiento y asociada al cumplimiento del D.S. N° 38/2011 (Norma de Emisión de Ruidos), de forma posterior a la actividad de fiscalización, así como los estados financieros correspondientes a los años 2017 y 2018, otorgando en su Resuelvo II un plazo de 3 días hábiles desde la notificación de la referida Resolución. Por su parte, en el Resuelvo IV de dicha Res. Ex. N° 3 se indicó que con fecha 31 de enero de 2017, entró en vigencia la Guía Metodológica para la Determinación de sanciones ambientales – Actualización, aprobada mediante la Res. Ex. N°85, de 22 enero de 2018.

28. Que, la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018 fue notificada mediante carta certificada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, siendo recibida en la oficina de Arica el día 26 de enero de 2019, según lo que figura en la página web de Correos de Chile, lo que puede ser consultado a través del número de seguimiento 118057132776-4.

29. Que, en este orden de ideas, es necesario indicar que el Sr. Rodrigo Garay Morales, con fecha 28 de enero de 2019, dio respuesta al requerimiento de información contenido en la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018. En particular, cabe agregar que, en dicha respuesta, se informó la implementación de las siguientes medidas y acciones, a saber: (i) “Se aisló la pared colindante con la vivienda de la persona que realizó el reclamo, con base o estructura interna de metalcom, relleno interior con plamavit y tapado con planchas OSB (madera) 6 mts aprox. Lo que corresponde al estacionamiento de la propiedad. Hasta el tope del techo 4 mts. Aprox. de altura”; (ii) “Se quitó uno de los dos parlantes que tenía la empresa, actualmente se trabaja solo uno”; (iii) “Se modificó los días de atención o de trabajo, antes de lunes a viernes, ahora sólo lunes, miércoles y viernes”; (iv) “Se redujo el horario de atención, antes se trabajaba desde las 9 am hasta las 12 pm, este horario no se ofrece, y en las tardes antes era desde las 17:00 hasta las 22:00 modificandose ahora desde las 18:30 hasta las 21:00”; (v) “Se redujo los servicios donde antes se ofrecía una sala con maquinas para realizar trabajo de musculación, en la parte posterior de la vivienda, eso ya no está”; (vi) “Se trabaja con un volumen moderado controlando el equipo de audio manualmente”; (vii) “Debido a la gran cantidad de pérdida de clientes se optó por cerrar el negocio, devolviendo la patente a la IMA”. (Sic).

IV. CARGO FORMULADO

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

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión				
1	La obtención, con fecha 25 de octubre de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 76 dB(A) , en horario diurno, en condición externa; la obtención, con fecha 25 de octubre de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 69 dB(A) , en horario diurno, en condición interna, con ventana abierta; la obtención, con fecha 25 de octubre de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 65 dB(A) , en horario diurno, en condición interna con ventana cerrada; todo medido en receptor sensible, ubicado en Zona II	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</i></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th data-bbox="667 889 899 932">Zona</th> <th data-bbox="899 889 1341 932">De 7a 21 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="667 932 899 975" style="text-align: center;">II</td> <td data-bbox="899 932 1341 975" style="text-align: center;">60</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7a 21 horas [dB(A)]	II	60
Zona	De 7a 21 horas [dB(A)]					
II	60					

V. FALTA DE PRESENTACIÓN DE DESCARGOS Y PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

31. Habiéndose notificado con fecha 06 de junio de 2018, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 46 de la Ley N° 19.880, la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-044-2018 al titular del establecimiento denunciado, este no presentó un Programa de Cumplimiento, pudiendo hacerlo, como tampoco acompañó descargos ni efectuó alegación ante esta Superintendencia.

VI. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA, EN BASE A LOS CRITERIOS LÓGICOS Y DE EXPERIENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS.

i. **Valoración de los medios probatorios relativos a los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos.**

32. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del

artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

33. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

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

35. 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”*.

36. Por lo tanto, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizaron las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valorización que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración y calificación de las infracción, como de la ponderación de las sanciones.

37. Tal como se indicó en los Considerandos N° 9 a 14 del presente dictamen, los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos fueron constatados por fiscalizadores de la SMA, con fecha 25 de octubre del 2017, a través de mediciones de nivel de presión sonora en el domicilio de la denunciante, ubicado en calle La Serena N° 3669, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota. Dicha actividad fue registrada en el Acta de Inspección Ambiental correspondiente, la cual fue detallada en el Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2017-6084-XV-NE-IA**, elaborados por la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman los informes técnicos.

38. En el referido Informe de Fiscalización, se consigna que el funcionamiento del Gimnasio “Fanatic Fitness”, ubicado en calle La Serena 3665, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, no cumple con lo establecido en el D.S. N° 38/2011, obteniéndose un nivel de presión sonora corregido de las siguientes superaciones: (i) **76 dB(A)**, en horario diurno, en condición externa, advirtiéndose de este modo la existencia de una superación del Nivel de Presión Sonora fijado para la Zona II, en periodo diurno, correspondiente a 60 dBA, generándose excedencia de 16 dBA por sobre el máximo establecido; (ii) **69 dB(A)**, en horario diurno, en condición interna, con ventana abierta, advirtiéndose de este modo la existencia de una superación del Nivel de Presión Sonora fijado para la Zona II, en periodo diurno, correspondiente a 60 dBA, generándose excedencia de 9 dBA por sobre el máximo establecido; (iii) **65 dB(A)**, en horario diurno, en condición interna con ventana cerrada, advirtiéndose de este modo la existencia de 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 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.

superación del Nivel de Presión Sonora fijado para la Zona II, en periodo diurno, correspondiente a 60 dBA, generándose excedencia de 5 dBA por sobre el máximo establecido. Cabe hacer presente que todas las mediciones se realizaron, con fecha 25 de octubre de 2017, en receptor sensible, ubicado en Zona II. Finalmente, los detalles del procedimiento de medición indicados en las Actas de Inspección Ambiental correspondientes y en el Informe de Fiscalización Ambiental **DFZ-2017-6084-XV-NE-IA** y sus respectivos Anexos, se describen en el Considerando 9° y siguientes de este Dictamen.

39. Por lo tanto, corresponde dar aplicación al artículo 51 de la LO-SMA, ya citado en cuanto que los *“hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”*. Luego, en el presente caso, no se han efectuado otros requerimientos de diligencias de prueba por parte del interesado o del presunto infractor. En consecuencia, la medición efectuada por fiscalizadores de la SMA, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por ministros de fe, la que no fue desvirtuada en el presente procedimiento.

40. En el presente caso, tal como se indicó, Rodrigo Garay Morales, titular del gimnasio “Fanatic Fitness”, no presentó alegación alguna referida a los hechos objeto de la formulación de cargos. El titular tampoco presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en el Acta de Inspección Ambiental que contiene la fiscalización realizada el día 25 de octubre de 2017.

41. En este contexto, cabe recordar que, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, de fecha 23 de enero de 2018, esta Superintendencia solicitó al titular información relativa a cualquier medida de mitigación de ruidos adoptada en el establecimiento y asociada al cumplimiento del D.S. N° 38/2011 (Norma de Emisión de Ruidos), con posterioridad a la actividad de fiscalización, acompañando los medios de verificación que permitiesen corroborar fehacientemente la ejecución de una solución acústica, tales como pago de servicios, fotografías georreferenciadas de obras, facturas de materiales, entre otros. Asimismo, se solicitó al titular información relativa a los ingresos anuales para los años 2017 y 2018, en orden a establecer su capacidad económica.

42. No obstante, la respuesta del Sr. Rodrigo Garay Morales, de fecha 28 de enero de 2019, al requerimiento de información contenido en la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, no es suficiente para restarle mérito probatorio a los hechos constatados por los fiscalizadores de la SMA, por cuanto no acredita fehacientemente ninguna de las medidas correctivas supuestamente implementadas. En efecto, la única fotografía acompañada por el Sr. Rodrigo Garay Morales no justifica la implementación de medidas correctivas de forma posterior a la verificación del hecho infraccional², ya que el titular no acreditó la fecha de construcción de lo visualizado en la fotografía, además, no está georreferenciada, ni tampoco acompañó antecedentes que permitan avaluar el costo de la misma.

43. En consecuencia, las mediciones efectuadas por el fiscalizador de la Superintendencia del Medio Ambiente, el día 25 de octubre de 2017, que arrojaron superaciones a los parámetros establecidos en el D.S. N° 38/2011, gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuadas por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

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

² Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales. Diciembre 2017. Superintendencia del Medio Ambiente. Página 42.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

45. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-044-2018, esto es, la obtención con fecha 25 de octubre de 2017, de niveles de presión sonora corregido de **76 dB(A)**, en horario diurno, en condición externa; **69 dB(A)**, en horario diurno, en condición interna, con ventana abierta; y, **65 dB(A)**, en horario diurno, en condición interna con ventana cerrada, todas medidas, con fecha 25 de octubre de 2017, en receptor ubicado en Zona II.

46. El referido hecho se identifica con el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, por lo que se tiene a su vez configurada la infracción.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

47. Conforme a lo señalado en el acápite anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/Rol D-044-2018, 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.

48. A su vez, respecto de la clasificación de las infracciones, el artículo 36 N° 3, de la LO-SMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

49. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos del presente procedimiento clasificar dicha infracción como leve, considerando que, de manera preliminar, no es posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36 de la LO-SMA. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener dicha clasificación, debido a las razones que a continuación se expondrán.

50. 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.

51. En segundo lugar y atendido el tipo de infracción imputada, la única causal establecida en la LO-SMA, que en el presente caso podría llevar a concluir que la infracción es grave, es el artículo 36 N° 2, literal b) de la ley ya mencionada, que señala que son infracciones graves los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente "hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población". Sin embargo, en este caso, no existe información o antecedentes que permitan acreditar la circunstancia del riesgo significativo para la salud de la población, debido, en primer lugar, a que el Informe de Fiscalización **DFZ-2017-6084-XV-NE-IA**, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, y sus Anexos, no contienen otros elementos de hecho relativos al riesgo a la salud de la población, distintos a la excedencia puntual en los límites del nivel de presión sonora resultado de las mediciones realizadas el día 25 de octubre de 2017, por lo que la generación de un riesgo significativo, no se configura en el presente caso.

52. En relación a este aspecto, conforme las máximas de la experiencia, el funcionamiento regular de este tipo de establecimientos implica el uso de equipos de música en forma sostenida en el tiempo, durante el horario de atención del gimnasio, lo que es principalmente diurno, con una frecuencia regular durante el año. Sin embargo,

cabe señalar que no se mencionan ni acreditan otras circunstancias que permitan concluir la generación de un riesgo significativo debido a la infracción, tales como, la concurrencia de características de magnitud, frecuencia o extensión de la superación de la norma.

53. De este modo, los antecedentes que constan en el procedimiento, sólo permiten afirmar que, específicamente, el 25 de octubre de 2017, en horario diurno, se produjeron tres excedencias: **76 dB(A)** (en condición externa); **69 dB(A)**, (condición interna con ventana abierta; y, **65 dB(A)**, (condición interna con ventana cerrada), respecto del límite de presión sonora restablecido en el D.S. N° 38/2011, debido al funcionamiento del gimnasio "Fanatic Fitness", ubicado en calle La Serena N° 3665, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, sin que ello permita concluir, fehacientemente, que dicho incumplimiento haya ocurrido en forma permanente.

54. En relación a lo anterior, es necesario indicar que sólo fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, una ocasión de incumplimiento de la normativa, por lo que no es posible establecer, de manera fehaciente, que se haya generado un riesgo significativo a la salud de las personas por estar sometidos a un ruido constante en el tiempo, aun cuando se haya constatado una condición de vulnerabilidad asociado a un adulto mayor como receptor, ya que no hay antecedentes que permitan llegar a dicha conclusión. Lo anterior, será debidamente tratado en el análisis del literal a) del artículo 40 de la LO-SMA.

55. En efecto, lo anteriormente dicho es concordante con lo señalado por la denunciante, doña Graciela Elisa Noriega Becerra, quien en su denuncia, presentada con fecha 13 de septiembre de 2017 ante esta Superintendencia, indican, respectivamente, sobre los hechos denunciados y su periodicidad, que acontecerían "La contaminación acústica comienza a las 05:30 am de lunes, miércoles y viernes, también que los otros días de lunes a viernes a las 9:00 y en la tarde de 17:30 a 21:30 hrs".

56. Luego, no se mencionan ni acreditan otras circunstancias que permitan concluir la generación de un riesgo significativo debido a la infracción, tales como, la concurrencia de características de magnitud, frecuencia, extensión o intensidad de la superación de la norma.

57. De todo lo anterior se desprende que, para efectos del presente procedimiento sancionatorio, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, por parte de la fuente emisora gimnasio "Fanatic Fitness", no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población y debe mantenerse la clasificación de gravedad imputada.

58. Finalmente, conforme con lo dispuesto en el literal c) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil Unidades Tributarias Anuales.

IX. 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.

59. 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.

60. Por su parte, el artículo 39 de la LO-SMA, 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”*.

61. 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.

62. En este 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 (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de estas 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.

63. El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias: “a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado³; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁴; c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁵; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁶; e) La conducta anterior del infractor⁷; f) La capacidad económica del infractor⁸; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3⁹; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁰; i)

³ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime que exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. 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.

⁴ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminente, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

⁵ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento de los ingresos, o por una disminución de los costos, o una combinación de ambos.

⁶ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que esta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permite imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuridicidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁷ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente de la unidad del proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

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

⁹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio.

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

Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹¹.

64. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las letras g) y h) del artículo 40 de la LO-SMA, no son aplicables en el presente procedimiento, puesto que el presunto infractor no presentó un programa de cumplimiento y, a su vez, el funcionamiento del gimnasio "Fanatic Fitness", en calle La Serena N° 3665, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, no se emplazada en un área silvestre protegida del Estado.

65. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, se expone a continuación la propuesta de aplicación de dichas circunstancias:

A. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (literal c).

66. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. El beneficio económico obtenido como producto del incumplimiento puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, o de una disminución en los costos, o una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de estos componentes, los cuales ya han sido definidos en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

67. Como también ha sido descrito en dicho documento, para la ponderación de esta circunstancia es necesario configurar el escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental, así como también configurar el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. En este sentido, se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

- Escenario de Incumplimiento.

68. En el presente caso, tal como consta en el Acápite V de este Dictamen, Rodrigo Garay Morales no presentó descargos, ni realizó alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental de 25 de octubre de 2017, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

69. Mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018 y a objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, se solicitó información respecto a la implementación de cualquier tipo de medidas adoptadas y costos asociadas al cumplimiento de la norma de emisión de ruidos contenida en el D.S. N° 38/2011, la que fue respondida por el infractor con fecha 28 de enero de 2019, donde se informa las siguientes medidas y acciones, a saber: (i) "Se aisló la pared colindante con la vivienda de la persona que realizó el reclamo, con base o estructura interna de metalcom, relleno interior con plamavit y tapado con planchas OSB (madera) 6 mts aprox. Lo que corresponde al estacionamiento de la propiedad. Hasta el tope del techo 4 mts. Aprox. de altura"; (ii) "Se quitó uno de los dos parlantes que tenía la empresa, actualmente se trabaja solo uno"; (iii) "Se modificó los días de atención o de trabajo, antes de lunes a viernes, ahora sólo lunes, miércoles y viernes"; (iv) "Se redujo el horario de atención, antes se trabajaba desde las 9 am hasta las 12 pm, este horario no se ofrece, y en las tardes antes era desde las 17:00 hasta las 22:00 modificandose ahora desde las 18:30 hasta las 21:00"; (v) "Se

¹¹ En virtud de la presente disposición en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

redujo los servicios donde antes se ofrecía una sala con maquinas para realizar trabajo de musculación, en la parte posterior de la vivienda, eso ya no está”; (vi) “Se trabaja con un volumen moderado controlando el equipo de audio manualmente”; (vii) “Debido a la gran cantidad de pérdida de clientes se optó por cerrar el negocio, devolviendo la patente a la IMA”. (Sic).

70. Sin embargo, cabe destacar que la verificabilidad de la totalidad de las acciones y medidas señaladas por el Sr. Rodrigo Garay Morales, no se encuentran debidamente acreditadas, situación que no permite a este fiscal instructor dar por acreditada su implementación. Por cierto, respecto a dichas medidas de mitigación, la empresa no acompañó documentación o elemento alguno que pudiese dar cuenta y, por ende, acreditar que efectivamente dichas acciones fueron implementadas en el gimnasio “Fanatic Fitness” y que, en definitiva, hayan sido eficaces para mitigar los ruidos emitidos por dicha fuente. A mayor abundamiento, en la respuesta de fecha 28 de enero de 2019, el Sr. Rodrigo Garay Morales acompañó una sola fotografía que pretende acreditar conjuntamente las acciones (i) y (ii), no obstante, dicha fotografía no se encuentra georreferenciada y tampoco está fechada, por lo que dicho medio de verificación no cumple con ninguna de las exigencias indicadas en la ya citada Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018.

71. En base a lo expuesto, el escenario de incumplimiento, con motivo del desarrollo del presente Dictamen, considerará la situación existente durante la actividad de medición de ruido señalada en el punto precedente, en donde se registró como máxima excedencia 16 dB(A) por sobre la norma, esto es, sin implementación de medidas de mitigación.

- **Escenario de Cumplimiento.**

72. En relación al presente cargo, la obtención de un beneficio económico se originó a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas por el infractor, habrían posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, y por tanto, evitado el incumplimiento.

73. Por su parte, si bien la empresa no está obligada a implementar medidas de mitigación que hubiesen sido especificadas previamente para el establecimiento, debido a que no requirió ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, sí estaba obligada a cumplir con los niveles máximos de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, para lo cual debió haber adoptado de forma oportuna las medidas orientadas a dicho objetivo.

74. En particular, de acuerdo al escenario de incumplimiento descrito anteriormente, esta Superintendencia determinará una medida de mitigación idónea para efectos de configurar el escenario de cumplimiento, para efectos de calcular el beneficio económico.

75. En este sentido, resulta necesario identificar las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas para implementar en una fuente de ruidos identificada como “gimnasio”, en donde se realizan actividades que involucran música envasada, animación y ruido comunitario que impidan la emisión de ruidos molestos hacia los receptores sensibles. Además, la determinación de dichas medidas debe considerar que la emisión de ruidos molestos se genera debido a las actividades realizadas en dicho establecimiento, en parte del horario diurno y parte del horario nocturno, y durante casi todos los días del año, tomando en cuenta los costos de mercado asociados a su implementación.

76. En consecuencia, en el presente caso, el beneficio económico fue calculado sobre la base del costo asociado a la implementación de una medida genérica complementaria, destinada a disminuir o mitigar el ruido generado producto del

funcionamiento del gimnasio, en horario diurno y durante todos los días del año, con una excedencia de, al menos, 16 dB(A), en un escenario de cumplimiento normativo, es decir, con la debida instalación de medidas de mitigación efectivas de ruido.

77. Derivado de los antecedentes presentados por la denunciante, la información entregada por el titular en su respuesta al requerimiento de información contenido en la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, y a su vez, la información publicada por el titular vía página web¹², serán consideradas para determinar las características de la fuente.

78. De este modo, dadas las particularidades del establecimiento y sus características, la “determinación del confinamiento de las ventanas”, la “revisión de muro perimetral y techumbre,” así como la “instalación y calibración de un limitador acústico”, configuran en su conjunto una solución idónea para efectos de mitigar la emisión de ruidos molestos producto de la música envasada y animación en clases de acondicionamiento físico y otras similares.

79. Para efectos de la estimación del beneficio económico, dicho costo tiene el carácter de un costo de inversión, el cual ha sido completamente evitado a la fecha de 25 de octubre de 2017, fecha en la cual se realizó la actividad de medición de ruidos, realizada por la Superintendencia y que registró una excedencia de 16 dB(A), la que se consideró como fecha de cumplimiento oportuno.

80. Ahora bien, para dicho cálculo se utilizó como valor de referencia aquel asociado a las medidas que se estiman idóneas para este tipo de fuente, la emisión de ruido registrada y la ubicación de los receptores identificados. Así, las acciones señaladas en el precitado Considerando N° 70 fueron comprometidas en el marco de una Programa de Cumplimiento aprobado por esta Superintendencia y ejecutado de manera satisfactoria (procedimiento sancionatorio Rol D-072-2015, seguido contra “Sociedad Comercial Pésimos Limitada”). En efecto, dichas medidas presentan características de diseño óptimas para la mitigación de los NPS registrados en la referida inspección ambiental, considerando la ubicación de los receptores sensibles, siendo estos últimos los afectados por la emisión de ruidos.

81. A mayor abundamiento, mediante las fotografías proporcionadas por Google Earth, se observa la inexistencia de medidas de control de ruido como sellado de techumbres, por lo que éstas resultan idóneas como medidas para el presente caso, la implementación de cierres de las ventanas y revisión de las uniones de muros con techumbre por donde se generan las emisiones de NPS al exterior del recinto.

82. Además, dadas las características del local y del ruido emitido, resulta idónea como medida la compra, instalación y calibración de un limitador acústico, que permita controlar el nivel de ruido generado por los equipos de música existentes en el local, a objeto de no sobrepasar el nivel de ruidos autorizado en la norma. Al respecto, la información disponible por esta Superintendencia- como se indicara precedentemente- no permite determinar de manera certera el número de salas existentes en el gimnasio que cuentan con equipos de música. Por consiguiente, en este caso en particular se estimó que la fuente cuenta con, al menos, una sala en donde se encontraría instalado un equipo de música.

83. Los costos asociados a la implementación de dichas medidas de mitigación, ascienden a aproximadamente \$ 4.000.000.-, equivalentes a 6,9 UTA¹³. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que el gimnasio “Fanatic Fitness”, debió invertir, al menos, el referido monto en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria.

¹² <https://www.facebook.com/EntrenamientoFanaticFitness/?rf=1647396218920325>

¹³ De acuerdo a valor UTA enero de 2019, informado por SII.

84. Que, para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 13,6%, calculada en base a la información que cuenta esta Superintendencia respecto al rubro “Entretenimiento”.

85. Por otra parte, se consideró el siguiente rango de fecha para efectos de la determinación del beneficio económico: desde el día 25 de octubre de 2017 -fecha de realización de la actividad de medición y de registro de la excedencia- hasta la fecha de cumplimiento, que se asumirá como la fecha de pago de la multa que finalmente se proponga, y que se estima aproximadamente para el 6 de marzo de 2019.

86. En definitiva, de acuerdo a lo que ha sido señalado anteriormente, y a la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 6,1 UTA.

87. A continuación, la siguiente Tabla N° 4 refleja la información relativa al beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción:

Tabla N° 4 – Beneficio Económico.

Tipo de gasto	Medida	Costos Evitados (pesos)	Beneficio económico (UTA)
Gastos de implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en gimnasio “Fanatic Fitness”, ubicado en calle La Serena 3665, comuna de Arica.	Costos evitados por confinamiento de ventanas y revisión de muro y techumbre en un piso de un gimnasio.	\$ 2.000.000.-	6,1
	Costos evitados por no incorporar 1 limitador de audio en el local ^[1] .	\$ 2.000.000.-	

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

B. Componente de afectación.

1.1. Valor de Seriedad.

89. El valor de seriedad se determina a través de la asignación de un “Puntaje de Seriedad” al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo 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 manera, a continuación se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo verse afectada, y el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, quedando excluida del análisis la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA debido a que en el presente caso no resulta aplicable.

1.1.1. La importancia del daño causado del peligro ocasionado (letra a).

^[1] El monto señalado contempla no solo el costo del equipo propiamente tal, sino que también la instalación y calibración del mismo.

90. 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 de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor.

91. Es importante destacar que el concepto de daño 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 trata o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de la afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

92. En cuanto al concepto de peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, este corresponde a la *“capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”*¹⁴. A su vez, dicho servicio distingue la noción de peligro, de la de riesgo, definiendo a esta última como la *“probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”*. La idea de peligro concreto, de acuerdo a como se ha comprendido la ponderación de esta circunstancia, se encuentra asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de un o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a la circunstancias y antecedentes del caso en específico. Se debe tener presente que el riesgo no requiere que el daño efectivamente se produzca y que, al igual que el daño, el concepto de riesgo que se utiliza en el marco de la presente circunstancia es amplio, por lo que puede generarse sobre las personas o el medio ambiente, y ser o no significativo.

93. Una vez determinada la existencia de un daño o peligro, 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 incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

94. 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 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.

95. En relación al peligro vinculado a la infracción, el conocimiento científicamente afianzado¹⁵ ha señalado que respecto de 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 E.E.U.U., 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 mental.¹⁶

¹⁴ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. P.19. Disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

¹⁵ 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

¹⁶ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

96. Asimismo, la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida de las personas por cuanto incide en la generación de efectos emocionales negativos, tales como irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio, siendo mayor el efecto cuanto más prolongada sea la exposición al ruido¹⁷.

97. De esta forma, es posible afirmar que la infracción generó un riesgo a la salud de la población, puesto que en el presente caso se verificaron los elementos para configurar una ruta de exposición completa¹⁸. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada (Música envasada y gritos provenientes de las clases dirigidas en el gimnasio “Fanatic Fitness”), se identifica un receptor cierto¹⁹ (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como Receptor N°1, de la actividad de fiscalización en calle La Serena N° 3669, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota), es decir, se constató 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. En efecto, a través de la respectiva Ficha de Medición de ruido, de fecha 25 de octubre de 2017, se constató, en horario diurno, un registro de NPS de 76 dB(A) (en condición externa); de 69 dB(A), (condición interna con ventana abierta; y, de 65 dB(A), (condición interna con ventana cerrada), respecto del límite de presión sonora restablecido en el D.S. N° 38/2011, con excedencias de 16 dB(A), 9 dB(A) y 5 dB(A), respectivamente, presentándose correlativamente un exceso de emisión de ruido de un 27%, 15% y 8%, considerando el valor establecido en la normativa vigente, lo cual implica al menos un aumento de alrededor de 100 veces la energía del sonido²⁰ respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma. 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.

98. En este mismo sentido, otro elemento 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, las máximas de la experiencia permiten inferir que los establecimientos del tipo entretenimiento “Gimnasio” –como es el recinto gimnasio “Fanatic Fitness”- desarrollan sus actividades durante horario diurno y nocturno, con una frecuencia regular de lunes a viernes abierto desde las 06:00 hasta las 21:00 horas. Por otra parte, en relación al ruido generado por las actividades realizadas por el citado gimnasio, e identificado durante la actividad de fiscalización, se puede señalar que las actividades que generan ruidos molestos se realizarían, al menos, en el horario diurno, cuando se ejecutan actividades de clases con música envasada y ruido comunitario producto de los clientes del establecimiento.

99. Cabe señalar que en relación a lo expuesto, no se ha aportado información alguna por el infractor en el presente sancionatorio, que permita ponderar de forma diversa el funcionamiento de dicho establecimiento.

100. En razón de lo expuesto, en relación al riesgo, si bien no se ha constatado de manera formal un perjuicio directo en la salud de los receptores

¹⁷ Ibid.

¹⁸ 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], ingesta [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.

¹⁹ SEA, 2012. Guía de Evaluación de impacto ambiental riesgo para la salud de la población en el SEIA. Concepto de riesgo en el artículo 11 de la Ley N°19.300, página N°20.

²⁰Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

sensibles, es posible concluir, razonablemente, que la actividad de la fuente emisora genera un riesgo para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la misma.

101. En definitiva, es de opinión de este Fiscal Instructor que las superaciones del nivel constatado de presión sonora de la norma de emisión, permiten inferir que efectivamente se ha acreditado un riesgo concreto, aunque no significativo y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.

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

102. La afectación concreta o inminente de la salud atribuida al comportamiento de un infractor determina la gravedad de la infracción, mientras que la entidad y cuantía de la sanción a aplicar será definida por el número de personas que pudieron verse afectadas, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad.

103. En ese orden de ideas, mientras que en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto – riesgo – ocasionado por la infracción, esta circunstancia introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a).

104. Que, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud.

105. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 4 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A. contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 25.931-2014, disponiendo: *“a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino 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”*.

106. 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, en primera instancia, se estableció un Área de Influencia (en adelante, “AI”) de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una zona de uso residencial.

107. 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 fórmula:

Ecuación N° 1

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

108. De esa forma, se tuvieron en cuenta cuatro factores relevantes para la determinación 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 la medición validada en el presente sancionatorio, el que está compuesto por el área de influencia determinada en base a la medición de 76 dB(A) la que fue obtenida en el punto en donde se ubica el receptor sensible; en tercer lugar, se contempló la distancia lineal que existe entre la fuente y Receptor N°1, la que corresponde aproximadamente a 8 metros²¹; y, finalmente, se consideró el escenario de cumplimiento, el que corresponde a 60 dB(A) de acuerdo al artículo 7 del D.S. N° 38/2011.

109. Así, en base a lo expuesto en el considerando anterior, se estimó que la propagación sonora en campo libre para el nivel de ruido registrado en el punto Receptor N°1, se encuentra a una distancia de 50 metros desde la fuente, en donde el ruido alcanza el nivel de cumplimiento de la norma según el D.S. N° 38/2011.

110. De este modo, se determinó un Área de Influencia o Buffer cuyo centro corresponde al domicilio de la fuente emisora que fue determinado mediante las coordenadas geográficas indicadas en el Informe de medición de Ruidos de fecha 25 de octubre de 2017, con un radio de 50 metros aproximadamente, circunstancia que se grafica en la siguiente imagen.

Imagen N° 1 – Área de Influencia

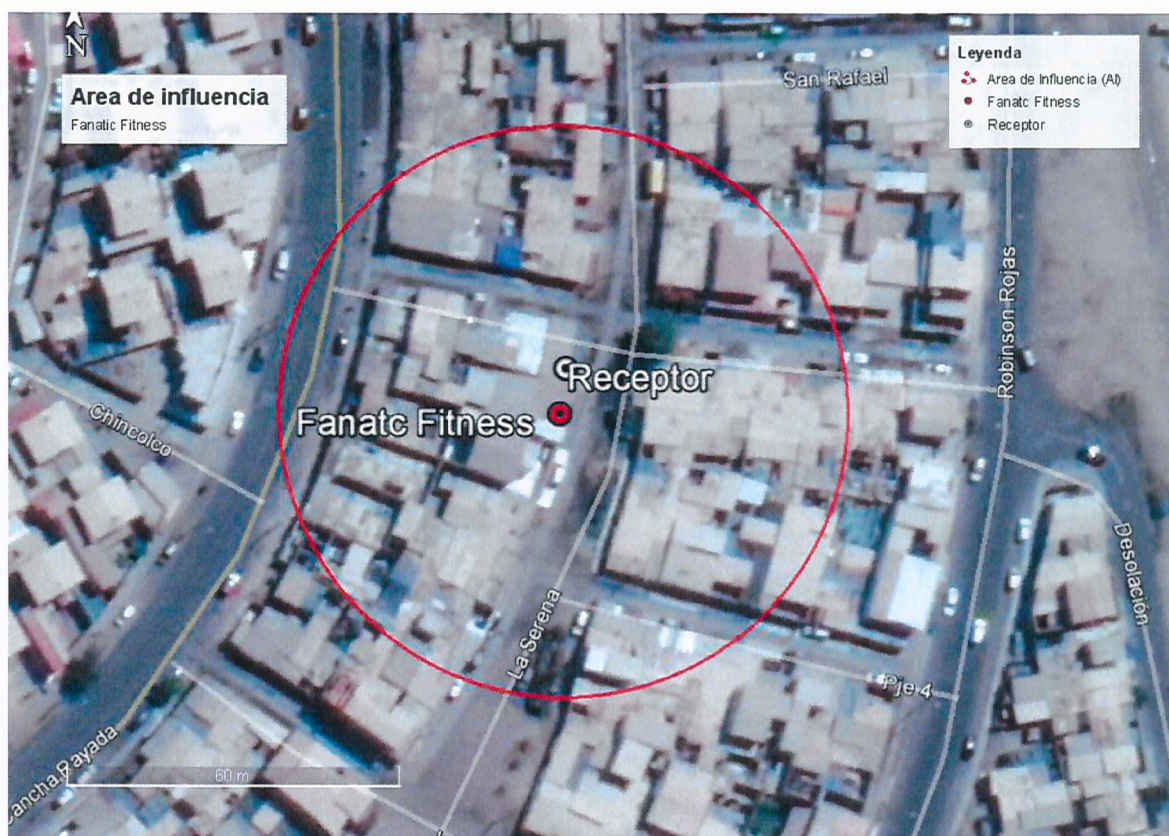


Ilustración 1 Determinación del Área de Influencia con un radio de 50 metros. Elaboración propia en base a software Google Earth. En color rojo se puede observar el perímetro del área de influencia determinada para la fuente "Fanatic Fitness".

111. Una vez obtenida el Área de Influencia de la fuente, se procedió a interceptar dicho buffer, con la información georreferenciada del Censo 2017.

²¹ Para la determinación de esta distancia, se consideraron coordenadas de ubicación geográfica señalados para receptor y fuente, en el Informe de Fiscalización.

Dicha información de carácter público, consiste en una cobertura de las manzanas censales²² de cada una de las comunas, de la Región de Arica y Parinacota²³. Para la determinación del número de personas existente en el Área de Influencia, se utilizó el indicador de la base de datos Censal, “número de personas”, el que da cuenta del número de personas total existente de cada una de las manzanas censales de la Región de Arica y Parinacota, de acuerdo al Censo 2017. Ahora bien, en el caso particular del Área de Influencia de la fuente gimnasio “Fanatic Fitness”, se identificó que dicha área de influencia intercepta 1 manzana censal.

112. A continuación, se presenta, en la Tabla N° 5, la información correspondiente a cada manzana censal interceptada por el AI definida, indicando: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), y sus respectivas áreas totales. Es importante señalar que para las manzanas censales identificadas en este sancionatorio, se registra un total de 443 personas.

Tabla N° 5 – Identificación de manzanas censales interceptadas por el AI

ID PS	ID Manzana Censo	Área (m ²)
M1	1201171001050	443

113. Ahora bien, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea y obteniendo la proporción del AI, de acuerdo al contenido en la siguiente Tabla N° 6, se constata lo siguiente:

Tabla N° 6: Distribución de la población correspondiente a manzanas censales

ID	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área (m ²)	A. Afectada (m ²)	% de Afectación	Afectados
M1	1201171001050	443	32025	7305	22%	97

114. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en la Tabla N° 6, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de 97 personas.

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

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

116. 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 adecuó al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

117. 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

²² Manzana censal: unidad geográfica básica con fines estadísticos que conforman zonas censales en áreas urbanas. Contiene un grupo de viviendas contiguas o separadas, edificios, establecimientos y/o predios, delimitados por rasgos geográficos, culturales y naturales.

²³ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

de protección ambiental se debe 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.

118. 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 puede concurrir o no dependiendo de las características del caso.

119. 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”*²⁴. 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 entre horario diurno y nocturno.

120. 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 ésta corresponde a la única norma que regula de norma general y a nivel nacional los niveles 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.

121. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra determinada por una magnitud de excedencia máxima, considerando 3 mediciones realizadas en el mismo receptor, de 16 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario diurno, en Zona II. Cabe señalar, sin embargo, 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 artículo 40 de la LO-SMA.

122. En conclusión, la presente circunstancia es aplicable al caso concreto, debido a que, si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que haya personas cuya salud se vio afectada producto de la actividad generadora de ruido, sí existen antecedentes de riesgo respecto de un número de potencialmente afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la ocurrencia de la infracción.

123. En virtud de lo anterior, el número de personas potencialmente afectadas, será considerado como un factor para determinar el componente de afectación de la sanción específica que corresponde aplicar.

1.2. Factores de incremento.

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

²⁴ Artículo 1°, Decreto Supremo N° 38 de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente.

1.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d).

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

126. 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.

127. 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.

128. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de Rodrigo Garay Morales, titular del gimnasio "Fanatic Fitness".

129. 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.

1.2.2. Conducta anterior negativa (letra e).

130. La evaluación de la 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.

131. Al respecto, no se tienen antecedentes en el actual procedimiento que den cuenta de infracciones cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente dictamen, por lo cual esta circunstancia no será considerada como un factor de incremento del componente de afectación para la determinación de la infracción.

1.2.3. Falta de cooperación (letra i).

132. 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 LO-SMA.

133. 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.

134. En el presente caso, habiendo sido notificada la formulación de cargos al Sr. Rodrigo Garay Morales, éste no presentó descargos ni presentó programa de cumplimiento ante esta Superintendencia. Cabe reiterar que la Res. Ex. N° 1/Rol D-044-2018, de fecha 29 de mayo de 2018, fue notificada mediante Carta Certificada el día 06 de junio de 2018, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, según lo que figura en la página web de Correos de Chile, lo que puede ser consultado a través del número de seguimiento 1180691345143.

135. Asimismo, como se indicó precedentemente, con fecha 28 de enero de 2019, el Sr. Rodrigo Garay Morales, si bien, dio respuesta al requerimiento de información realizada contenido en la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, la información presentada no es verificable, por cuanto no permite a este fiscal instructor dar por acreditada la implementación de las medidas adoptadas y, tampoco, permite acreditar los costos asociadas al cumplimiento de la norma de emisión de ruidos contenida en el D.S. N° 38/2011. En consecuencia, se concluye que el infractor proveyó información incompleta, poco útil y no verificable en su respuesta al requerimiento de información contenido en la citada Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018.

136. En virtud de lo anterior, se configura la presente circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, para efectos de aumentar el monto de la sanción a aplicar.

1.3. Factores de disminución.

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

137. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente al Sr. Rodrigo Garay Morales, titular de la fuente emisora consistente en el gimnasio "Fanatic Fitness".

1.3.2. Cooperación efectiva (letra i).

138. 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 la 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.

139. En el presente caso, habiendo sido notificada la formulación de cargos al Sr. Rodrigo Garay Morales, éste no presentó descargos ni presentó programa de cumplimiento ante esta Superintendencia. Cabe reiterar que la Res. Ex. N° 1/Rol D-044-2018, de fecha 29 de mayo de 2018, fue notificada mediante Carta Certificada el día 06 de junio de 2018, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, según lo que figura en la página web de Correos de Chile, lo que puede ser consultado a través del número de seguimiento 1180691345143.

140. Asimismo, como se indicó precedentemente, con fecha 28 de enero de 2019, el Sr. Rodrigo Garay Morales, si bien, dio respuesta al requerimiento de información realizada contenido en la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, la información presentada no es verificable, por cuanto no permite a este fiscal instructor dar por acreditada la implementación de las medidas adoptadas y, tampoco, permite acreditar los costos asociadas al cumplimiento de la norma de emisión de ruidos contenida en el D.S. N° 38/2011.

141. En lo particular, de acuerdo a lo indicado por las referidas Bases Metodológicas, la cooperación con la Administración se vincula con *“aquel comportamiento o conducta del infractor en relación a su contribución al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, durante el proceso de investigación y/o durante el procedimiento sancionatorio”*, de modo que la omisión de actuación del infractor en el sancionatorio no permiten configurar la presente circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar.

1.3.3. Aplicación de medidas correctivas (letra i).

142. 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.

143. 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 que, a su vez, sean acreditadas en el procedimiento sancionatorio mediante medios fehacientes.

144. En relación a este punto, y como se analizó a propósito del beneficio económico, la empresa informó sobre la ejecución de una serie de medidas de mitigación, sin embargo, en el presente procedimiento, no se pudo tener por acreditada su ejecución y, aun cuando se hubiese acreditado ésta, tampoco fue posible acreditar que los ruidos de la empresa se encuentran bajo los niveles máximos establecidos en el D.S. N° 38/2011.

145. 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 una dictación de medidas provisionales, la ejecución de Programa de Cumplimiento o que respondan al cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales pronunciadas por otros servicios públicos y/o tribunal de justicia.

146. Por lo anterior, esta circunstancia no tendrá incidencia en la determinación de la sanción final.

1.3.4. Irreprochable conducta anterior (letra e).

147. 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.

148. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, por lo que esto 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.

1.3.5. Presentación de autodenuncia.

149. El Sr. Rodrigo Garay Morales 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.

1.3.6. Otras circunstancias del caso específico (letra i).

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

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

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

1.4. La capacidad económica del infractor (letra f).

153. 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 Pública²⁵. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

154. Al respecto, con el objeto de contar con información actualizada respecto del tamaño económico de la empresa, por medio de la Res. Ex. N° 3/Rol D-044-2018, de fecha 23 de enero de 2019, se solicitó a la empresa el Formulario N° 22 en su versión completa, enviado al SII durante el año tributario 2018, correspondiente al periodo 2017, además del Formulario 29 mensual del periodo completo de 2018 (enero a diciembre), así como cualquier otra documentación que acredite los ingresos anuales para los mismos años. Al respecto, se puede indicar que el Sr. Rodrigo Garay Morales no abordó dicho aspecto en su respuesta al

²⁵ CALVO Ortega, Rafael, curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España", Revista Ius et Praxis, Año 16, N°1, 2010, pp. 303-332.

requerimiento de información ni acompañó antecedentes que permitan acreditar los ingresos anuales del titular en los últimos 2 años.

155. Al respecto, con el objeto de contar con información actualizada respecto del tamaño económico de la empresa, la ponderación de la capacidad económica se efectuó considerando la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos, correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio y realizada en base a información auto declarada de cada entidad para el año tributario 2017.

156. En ese contexto, Rodrigo Garay Morales, titular del gimnasio “Fanatic Fitness” se encuentra en el segundo rango de ventas, asimilado a “Micro Empresa”, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 200,00 a 600,00 UF Anuales.

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

X. PROPONE AL SUPERINTENDENTE.

158. 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 Instructor, corresponde a aplicar a Rodrigo Garay Morales, titular de “Fanatic Fitness”.

159. **Se propone una multa de seis coma cinco unidades tributarias anuales (6,5 UTA),** respecto al hecho infraccional consistente en la obtención, con fecha 25 de octubre de 2017, en horario diurno, de las siguientes excedencias: 76 dB(A) (en condición externa); 69 dB(A), (condición interna con ventana abierta; y, 65 dB(A), (condición interna con ventana cerrada), todo medido en un receptor ubicado en Zona II, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011.



José Ignacio Saavedra Cruz
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

C.C.:

-División de Sanción y Cumplimiento
Rol N° D-044-2018