



**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-100-2018, SEGUIDO EN
CONTRA DE CENTRO DEPORTIVO BLUE GYM &
WELLNES CENTER LIMITADA.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Esta Fiscal Instructora ha tenido como marco normativo aplicable 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 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ("LOCBGAE"); 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; 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; la Resolución Exenta RA SMA N° 119123/58/2018, de 27 de diciembre de 2017, que renueva el nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2° nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta N° 559, de fecha 14 de mayo de 2018; la Resolución Exenta N° 693, de fecha 21 de agosto 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; la Resolución Exenta N° 491, de fecha 31 de mayo 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS N° 38/2011; la Resolución Exenta N° 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del DS N° 38/2011; el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011"); la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; 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; y, la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

**II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL
PROYECTO**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició en contra de Deportivo Blue Gym & Center Limitada, Rut N° 76.156.629-6,

titular del gimnasio Blue Gym, ubicado en calle General Lagos N° 1097, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos.

2. Dicho establecimiento tiene como objeto el desarrollo de actividades deportivas, entre otros, y por tanto, corresponde a una "Fuente Emisora de Ruidos", al tratarse de una actividad de esparcimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 3 y 13 del D.S. N° 38/2011.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

3. Que, con fecha 28 de junio de 2016, la Superintendencia del Medio del Medio Ambiente (en adelante, "esta Superintendencia"), recepcionó una denuncia de don Alejandro Ovando Fuentealba, mediante la cual informa que el establecimiento ubicado en General Lagos N° 1097, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, desde hace varias semanas estaría emitiendo ruidos molestos constantes que afectarían la concentración de los estudiantes del Conservatorio de Música de la Universidad Austral de Chile y el normal desarrollo de las actividades del mismo, dado que ambos establecimientos se encontrarían colindantes.

4. Que, con fecha 19 de julio de 2016, a través de la Solicitud de Actividad de Fiscalización Ambiental N° 175-2016, la División de Sanción y Cumplimiento solicitó a la División de Fiscalización, ambas de esta Superintendencia, realizar una fiscalización al denunciado, una vez que hubiesen retornado de vacaciones los alumnos y efectuar las mediciones correspondientes con buenas condiciones de tiempo, sin lluvia.

5. Que, posteriormente, con 1 de agosto de 2016, mediante el Ord. D.S.C. N° 001499, esta Superintendencia informó a don Oscar Galindo Villarroel, representante de la Universidad Austral de Chile, la toma de conocimiento de la denuncia de ruidos generados por el funcionamiento del Centro Deportivo Blue Gym & Center Limitada, ubicado en calle General Lagos N° 1097, comuna de Valdivia, Región de Los Lagos, lo cual podría constituir eventuales incumplimientos a la Norma de Emisión de Ruido. Además, se le informó que la mencionada denuncia había sido registrada en nuestro sistema e incorporada en el proceso de planificación de Fiscalización de conformidad a las competencias de esta Superintendencia.

6. Que, con fecha 14 de septiembre del año 2016, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-3175-XIV-NE (en adelante, "el Informe"), que detalla las actividades de fiscalización realizadas por personal técnico de esta Superintendencia, a la unidad fiscalizable Gimnasio Blue Gym.

7. Que, en primer lugar, y según consta en la respectiva Acta de Inspección Ambiental, con fecha 06 de septiembre del 2016, a las 17:35 horas, personal técnico de esta Superintendencia, visitó el domicilio del Conservatorio de Música de la Universidad Austral de Chile, ubicado en calle General Lagos N° 1107, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, con el objeto de realizar mediciones de ruido conforme a la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011, desde el exterior del establecimiento educacional, constatándose la

existencia de ruidos relacionados provenientes de la clases que impartía el denunciado, consistente en música envasada y en el sistema de amplificación de voz del instructor. Además, se indica que se constató la existencia de ruido de fondo, proveniente de los ruidos generados por los automóviles que se desplazaban por la calle General Lagos, por lo que se procedió a medir el mismo.

8. Que, según consta en las Fichas de Información de Medición de Ruido, entre las 17:35 y las 18:01 horas, se realizó una medición de presión sonora, desde un punto de medición en un único receptor sensible, consistente en un recinto universitario, específicamente en un Conservatorio de Música, ubicado en calle General Lagos N° 1107, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, correspondiente al patio trasero del establecimiento, el cual es de unos 30 m², es decir, en condición externa. Por otra parte, en las Fichas de Información de Medición de Ruido, consta que durante la medición de la presión sonora, el ruido fue constante durante las clases, incrementándose en el momento de las instrucciones dirigidas por el instructor de las mismas, mediante el sistema de amplificación de voz.

9. Que, 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:

Punto de medición	Coordenada norte	Coordenada este
Receptor N° 1	5.590.657	649.762

Coordenadas receptores. Datum: WGS84, Huso 18

10. Que, según consta en Ficha de Información de Medición de Ruido, el instrumental de medición utilizado consistió en un Sonómetro marca Cirrus, modelo CR:162B, número de serie G066130, con certificado de calibración de fecha 12 de noviembre del año 2014; y un Calibrador marca Cirrus, modelo CR514, número de serie 64886, con certificado de calibración de fecha 13 de noviembre del año 2014.

11. 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 Plano Regulador Metropolitano de Valdivia, 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 “zu-3”, 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).

12. Que, en el Informe de Fiscalización, se consigna un incumplimiento a la norma de referencia (D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente). En efecto, la medición efectuada en el Receptor N° 1, realizada en condición externa, durante horario diurno (07:00 a 21:00 horas), registra una excedencia de 6 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona II. El resultado de dicha medición de ruido en el correspondiente Receptor, se resume en la siguiente Tabla:

Tabla 1: Evaluación de medición de ruido en Receptor N° 1

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 N° 1 (Externa)	Diurno (07:00 a 21:00 hrs)	66	51	II	60	6	No Conforme

Fuente: Anexo Acta, Detalles de actividad de fiscalización. DFZ-2016-3175-XIV-NE-IA.

13. Que, con fecha 22 de septiembre de 2016, mediante el Ord. MZS N° 339, esta Superintendencia informó a don Alejandro Ovando Fuentealba, que con fecha 6 de septiembre de 2016 se habría llevado a cabo la actividad de fiscalización en cuestión, cuyos resultados serían analizados por la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia.

14. Que, posteriormente, con fecha 6 de abril de 2017, mediante el Memorándum D.S.C. N° 189/2017, la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento solicitó al jefe de la División de Fiscalización, aclaración respecto a los criterios de homologación utilizados en el presente caso, dado que en otro caso en estudio la misma zona habría sido homologada de forma distinta.

15. Que, en respuesta a lo indicado en el considerando anterior de la presente Resolución, con fecha 2 de mayo de 2017, mediante el Memorándum DFZ N° 258/2017, el jefe de la División de Fiscalización informó a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, que la Zona ZU-3 del Plan Regulador Comunal de Valdivia, permite los siguientes usos de suelo: vivienda, equipamiento de todo tipo y escala con excepción de turismo y esparcimiento de escala regional e interurbana; actividades complementarias de viabilidad y al transporte; y, finalmente talleres inofensivos. Además, agrega respecto de las actividades complementarias de viabilidad y transporte, que abarcan tanto actividades relacionadas a usos de suelo de equipamiento como a infraestructura, señalándose que el artículo 14 de la Ordenanza del Plan Regulador de Valdivia ejemplifica como tales a las “estaciones de servicio automotriz y locales de venta o expendio de combustibles”, ambas consideradas como actividades de tipo equipamiento comercial. Se señala que sin perjuicio de lo indicado, el criterio utilizado en un caso anterior, consistió en jerarquizar la generalidad por sobre lo específico en las situaciones donde se presenten actividades complementarias de la viabilidad y al transporte, estableciéndose, entonces, que éstas se considerarían como un uso de suelo de Infraestructura, no obstante se ejemplifiquen únicamente actividades de tipo equipamiento en la Ordenanza del Plan Regulador Comunal. Por lo anteriormente mencionado, y con el fin de mantener dicho criterio en la actualidad, y considerando además las indicaciones señaladas en la Res. Ex. N° 491 de esta Superintendencia, de fecha 31 de mayo de 2016, se concluye que correspondería homologar la zona ZU-3 del Plan Regulador de Valdivia a Zona III del D.S. N° 38/2011.

16. Que, por tanto, aclarado el criterio de homologación de la Zona ZU-3 del Plan Regulador de Valdivia como Zona III del D.S. N° 38/2011, el cual establece como nivel máximo permitido en horario diurno de 65 dB(A), y habiéndose constatado un NPC de 66 dBA en el Informe DFZ-2016-3175-XIV-NE, corresponde señalar que la medición efectuada en el Receptor N° 1, realizada en condición externa, durante horario diurno (07:00 a 21:00 horas), registra una excedencia de 1 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona

III. El resultado de dicha medición de ruido en el correspondiente Receptor, se resume entonces en la siguiente Tabla:

Tabla 2: Evaluación de medición de ruido en Receptor N° 1

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 N° 1 (Externa)	Diurno (07:00 a 21:00 hrs)	66	51	III	65	1	No Conforme

17. Que, mediante Memorandum D.S.C. N° 448/2018 de fecha 25 de octubre de 2018, se procedió a designar a Daniela Ramos Fuentes como Fiscal Instructora titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Jorge Ossandón Rosales como Fiscal Instructor suplente.

18. Que, por tanto, con fecha 26 de octubre de 2018, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-100-2018, con la formulación de cargos a Deportivo Blue Gym & Center Limitada, RUT N° 76.156.629-6, titular del establecimiento "Blue Gym," en virtud de la infracción tipificada en el artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto al incumplimiento de Norma de Emisión, específicamente, por la obtención, con fecha 6 de septiembre de 2016, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 66 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona III.

19. Que, en el Resuelvo III de la antedicha formulación de cargos, se otorgó el carácter de interesados en el presente procedimiento sancionatorio, a don Alejandro Ovando Fuentealba y a la Universidad Austral de Chile. A su vez, mediante el Resuelvo IV de la misma, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso de los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, se indicó que el infractor tendría un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus descargos, ambos plazos contados de la notificación de dicho acto administrativo.

20. Que, la antedicha Formulación de Cargos (Res. Ex. N° 1/Rol D-100-2018), fue notificada mediante carta certificada, dirigida a Deportivo Blue Gym & Center Limitada y recibida en la Oficina de Correos de la comuna de Valdivia, con fecha 31 de octubre de 2018. Lo anterior, de acuerdo a la información que consta en la página web de Correos de Chile, asociado al número de seguimiento 1180846031471.

21. Que, cumplidos los plazos indicados en el Resuelvo IV de la Res. Ex. N° 1/Rol D-100-2018, el titular no realizó presentación alguna ante esta Superintendencia. Asimismo, no constan nuevos antecedentes por parte de los señalados interesados.

22. Que, posteriormente, con fecha 4 de julio de 2019, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-100-2018, esta Superintendencia rectificó los Resuelvo I, V, X y XI de la formulación de cargos, en términos de modificar la individualización del nombre del titula de la formulación de cargos, entendiéndose que la misma se encuentra dirigida en contra de Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada. Lo anterior, debido a que revisados los

antecedentes del titular en la página web Servicios de Impuestos Internos¹, es posible concluir que el Acta de la actividad de Inspección Ambiental que dio lugar a la formulación de cargos, contiene una imprecisión en la identificación del nombre asociado a la persona jurídica con RUT N° 76.156.629-6. En efecto, la mencionada Acta de Inspección Ambiental indica como nombre del titular “Deportivo Blue Gym & Center Limitada”, debiendo indicar “Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada”.

23. Que, no obstante lo anterior, es menester señalar que la señalada rectificación no implica un cambio en la persona jurídica respecto de la cual se formuló cargos, sino que constituye una mera rectificación en el nombre de la misma, manteniéndose el RUT asociado a ésta (RUT N° 76.156.629-6). Por otra parte, los antecedentes que constan en el presente procedimiento sancionatorio, tales como las ubicaciones y coordenadas geográficas indicadas en el Informe de Fiscalización, identifican correctamente a la fuente emisora y su receptor. Finalmente, cabe señalar, que el titular del gimnasio Blue Gym, ubicado en calle General Lagos N° 1097, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, habiendo sido debidamente notificado de la Res. Ex. N° 1/Rol D-0100-2018, pudiendo hacerlo, no hizo presente dicha circunstancia a esta Superintendencia.

IV. CARGO FORMULADO

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

Tabla N° 2: Formulación de Cargos

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 6 de septiembre de 2016, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 66 dB(A) , en horario diurno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona III.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7:</p> <p><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><i>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</i></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 7 a 21 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>III</td> <td>65</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]	III	65	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LO-SMA.
Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]						
III	65						

V. NO PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NI DESCARGOS POR PARTE DE CENTRO DEPORTIVO BLUE GYM & WELLNES CENTER LIMITADA

¹ <http://homer.sii.cl/>

25. Habiendo sido notificado el titular de la Formulación de Cargos (Res. Ex. N° 1/Rol D-100-2018), mediante carta certificada recepcionada con fecha 31 de octubre de 2018 en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Valdivia, pudiendo hacerlo no solicitó reunión de asistencia, ni presentó un Programa de Cumplimiento, ni tampoco presentó un escrito de descargos, dentro de los respectivos plazos otorgados para el efecto.

VI. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR

PROBATORIO.

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

27. En el presente caso, no se han efectuado requerimientos de diligencias de prueba por parte de los interesados o del presunto infractor.

28. Por su parte, en relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

29. 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”. A su vez, 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 consignan 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”.

30. 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”.

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

² De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

manifestado que “La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad.”³

32. 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 la sanción.

33. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 6 de septiembre de 2016, así como en las Fichas de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración. Todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización remitido a esta División. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los numerales 7° y siguientes de este Dictamen.

34. En el presente caso, tal como consta en el Capítulo V de este Dictamen, la empresa Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada, no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental de fecha 6 de septiembre de 2016, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

35. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 6 de septiembre de 2016, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 66 dB(A), en horario diurno, medidos desde el receptor N° 1, ubicado en calle General Lagos N° 1107, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, homologable a la Zona III de la Norma de Emisión de Ruidos, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

36. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/D-100-2018, esto es, la obtención, con fecha 6 de septiembre de 2016, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 66 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona III, y efectuada por funcionarios de esta Superintendencia.

37. Para ello fue considerado el Informe de Medición DFZ-2016-3175-XIV-NE-IA, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011.

³ JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”. Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009. P. 11.

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

VIII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

39. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/ Rol D-100-2018, de fecha 26 de octubre de 2018, fue 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.

40. 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 obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave.

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

42. 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.

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

44. 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 si bien puede concluirse que los hechos infraccionales generaron un riesgo de afectación a la salud, 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, en general, debido a la concurrencia de características de magnitud, frecuencia, extensión o intensidad de superación de la norma.

45. Sin perjuicio de todo lo anterior, esta Fiscal Instructora tiene en consideración que, conforme a las máximas de la experiencia, los establecimientos de este tipo desarrollan sus actividades los días de semana y parte de los fines de semana, en horario diurno y parte del horario nocturno, con una frecuencia regular durante el año.

46. En efecto, lo anteriormente dicho es concordante, por una parte, con lo señalado por el denunciante, que indica que “se denuncian ruidos molestos del Gimnasio Blue Gym de Valdivia, en jornada de clases durante la mañana y la tarde”, y por otra parte, con la información publicada por el titular en una de sus páginas web⁴, en la cual se indica que el establecimiento funcionaría de lunes a sábado, entre las 07:30 horas y las 23:00 horas.

47. En conclusión, a juicio de esta Fiscal Instructora, no se configura en la especie un riesgo significativo para la salud de la población como consecuencia de la infracción a la norma de ruidos por parte del funcionamiento del establecimiento denunciado. Por tanto, debe mantenerse la clasificación establecida.

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

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

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

49. Que, 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.

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

51. Que, 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.

52. Que, en ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en la Guía “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2017, 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

⁴ Página Web: https://www.facebook.com/pg/bluegymvaldivia/about/?ref=page_internal (revisada el día 1 de julio de 2019).

conurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

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

53. 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 ocasionado⁵.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁶.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁷.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁸.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁹.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁰.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°¹¹.*

⁵ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

⁶ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

⁷ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

⁸ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁹ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

¹⁰ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹¹ 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

- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado*¹².
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*¹³.

54. En este sentido, corresponde desde ya indicar que la circunstancia de la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA, no es aplicable en el presente procedimiento, puesto que el establecimiento de Blue Gym no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado, ni la letra g), puesto que el titular no presentó un Programa de Cumplimiento. A su vez, tampoco resulta aplicable la circunstancia de la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA, respecto de la cooperación eficaz, falta de cooperación y medidas correctivas; dado que el titular no realizó presentación alguna en el presente sancionatorio y no fue requerido de información por parte de esta Superintendencia. Por tanto, respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

a. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (Artículo 40, letra c) LO-SMA)

55. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o un aumento en los ingresos, en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción. En términos generales, el beneficio económico obtenido por motivo de la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella.

56. Es así como para su determinación es necesario configurar dos escenarios económicos contrapuestos: un escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental y el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. A partir de la contraposición de estos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

57. Se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios en este caso –los costos involucrados y las respectivas fechas en que fueron o debieron ser incurridos–, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia, la cual se encuentra descrita en las Bases Metodológicas.

(a) Escenario de Incumplimiento.

¹² Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹³ 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.

58. Cabe destacar que la configuración y el análisis de los escenarios que se describen a continuación, fueron efectuados considerando la situación existente durante la actividad de medición de ruido efectuada con fecha 6 de septiembre de 2016 ya señalada, en donde se registró como máxima excedencia 1 dB(A) por sobre la norma en horario diurno en el receptor Conservatorio de Música de la Universidad Austral de Chile, ubicado en calle Genera Lagos N° 1107, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, siendo el ruido emitido por Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada.

59. Este escenario se determina, a su vez, a partir de los costos que han sido incurridos por motivo de la infracción -en este caso, los costos asociados a medidas de mitigación de ruidos u otros costos incurridos por motivo de la excedencia de la norma-, y las respectivas fechas o periodos en que estos fueron incurridos.

60. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, el titular no ha acreditado la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria y por lo tanto, haber incurrido en algún costo asociado a ellas.

(b) Escenario de Cumplimiento.

61. Este se determina a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas de forma oportuna, hubiesen posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, y por lo tanto, evitado el incumplimiento. Las medidas identificadas como idóneas para haber evitado la excedencia de la norma en el establecimiento objeto del presente procedimiento y sus respectivos costos son las siguientes:

Costos de medidas que debieron ser ejecutadas en un escenario de cumplimiento¹⁴.

Medida	Costo (sin IVA)	Referencia /Fundamento
	\$	
Instalación y uso de limitador acústico	2.000.000	PCD ROL D-72-2015
Costo total que debió ser incurrido (\$)	2.000.000	

62. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente, cabe indicar que la instalación corresponde a un gimnasio, que de acuerdo a lo señalado en el Considerando 44, funcionaría de lunes a sábado, entre las 07:30 horas y las 23:00 horas; en el que principalmente se desarrollan clases deportivas con utilización de equipos de amplificación de sonido.

63. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma previa a la fecha de fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, esto es el día 6 de septiembre de 2016.

(c) Determinación del beneficio económico

¹⁴ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo debió ser incurrido.

64. En la siguiente tabla se resume el origen del beneficio económico, que resulta de la comparación de los escenarios de cumplimiento, así como también el resultado de la aplicación del método de estimación de beneficio económico utilizado por esta Superintendencia. Para efectos de la estimación, se consideró una **fecha de pago de multa al 6 de agosto de 2019**, y una **tasa de descuento de 9,9%**, estimada en base a información de referencia del rubro de gimnasios/clubes deportivos. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de julio de 2019.

Tabla N° 4 – Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos evitados al no haber implementado medidas de naturaleza mitigatoria de ruido. Corresponden a la diferencia entre los costos en que debió haber incurrido en un escenario de cumplimiento y los que efectivamente incurrió en el escenario de incumplimiento.	2.000.000	3,4	3,6

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

b. Componente de afectación

b.1. Valor de seriedad

66. El valor de seriedad se determina a través de la ponderación conjunta del nivel de seriedad de los efectos de la infracción y 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 afectarse, 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.

b.1.1. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40, letra a) LO-SMA).

67. 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.

68. 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 trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

69. 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 que sea consecuencia directa de la infracción constatada. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

70. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que *“De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma”*¹⁵ (el destacado es nuestro). Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

71. Conforme a lo ya indicado, el Servicio de Evaluación Ambiental -en el marco de una evaluación del riesgo para la salud de la población- definió el concepto de riesgo como la “probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”¹⁶. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹⁷ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹⁸, sea esta completa o potencial¹⁹. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente,

¹⁵ Itre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

¹⁶ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

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

¹⁷ En este punto, debe indicarse que el concepto de “peligro” desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de “peligro ocasionado” contenido en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA.

¹⁸ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

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

¹⁹ Véase Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. Al respecto, una ruta de exposición completa, es la que se configura cuando se presentan todos los elementos enlistados en la página 39 del documento, y una ruta de exposición potencial es aquella a la que le falta uno o más de los elementos indicados, pero respecto de la cual existe información disponible que indica que la exposición es probable.

objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”²⁰. Conforme a lo anterior, para determinar si existe un riesgo, a continuación se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

72. En relación al primer requisito relativo a la existencia de un peligro, entendido como capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor, el conocimiento científicamente afianzado²¹ ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas, reconocidos por la Organización Mundial de la Salud y otros organismos como la Agencia de Protección Ambiental de EEUU, y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCA), son: efectos cardiovasculares, respuestas hormonales (hormonas de estrés) y sus posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y sistema inmune, rendimiento en el trabajo y la escuela, molestia, interferencia en el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental²².

73. 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 ruido²³.

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

75. Por otra parte, 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 completa²⁴. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica un receptor cierto²⁵ y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como Receptor N°1, de la actividad de fiscalización realizada en calle General Lagos N° 1107, comuna de Valdivia, Región de

²⁰ Ídem.

²¹ 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.

²² Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

²³ Ibíd.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

Los Ríos) y un medio de desplazamiento que en este caso es la atmósfera y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que al constatarse la existencia de personas expuestas al peligro ocasionado por el nivel de presión sonora emitida por la fuente, cuyo valor registrado excedió los niveles permitidos por la norma, se configura una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, un riesgo.

76. En efecto, a través de la respectiva Ficha de Medición de ruido, de fecha 6 de septiembre de 2016, se constató un registro de NPS de 66 dB(A), con excedencia de 1 dB(A), en horario diurno, considerando el valor establecido en la normativa vigente, lo cual corresponde a una superación de un 2% sobre el límite establecido por la norma en la escala de dB(A). Cabe señalar que esta superación implica un aumento en un factor de 1,3 en la energía del sonido²⁶ aproximadamente, 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.

77. En razón de lo anterior, se presentan los dos requisitos para configurar la existencia de un riesgo a la salud de la población. Una vez determinado esto, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor. Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

78. 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 el establecimiento del tipo entretenimiento "Gimnasio" Blue Gym, desarrolla sus actividades durante horario diurno y nocturno, con una frecuencia regular de lunes a sábado abierto desde las 07:30 hasta las 23:00 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.

79. 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 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.

80. En definitiva, es de opinión de esta Fiscal Instructora, sostener que la superación de los niveles de presión sonora, constatado durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que efectivamente se ha acreditado un riesgo, aunque no significativo y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.

²⁶Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

b.1.2. Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (artículo 40, letra b) de la LO-SMA).

81. Mientras 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). 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, sea este significativo o no.

82. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 04 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 25931-2014, disponiendo: “a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N° 146 del año 1997”.

83. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados debido a las emisiones de dicha fuente. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (en adelante, “AI”) de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una zona ZU-3, del Plan Regulador Comunal de Valdivia, que permite los siguientes usos de suelo: vivienda, equipamiento de todo tipo y escala con excepción de turismo y esparcimiento de escala regional e interurbana; actividades complementarias de viabilidad y al transporte; y, finalmente talleres inofensivos. 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 por 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 1

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

84. 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 escenario de incumplimiento registrado por la medición de 66 dB(A), efectuada en el punto en

donde se ubica el receptor sensible²⁷ localizado en calle General Lagos N° 1107, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos; en tercer lugar, se contempló la distancia lineal que existe entre la fuente y Receptor N°1, la que corresponde aproximadamente a 23 metros²⁸; y, finalmente, se consideró el escenario de cumplimiento, el que corresponde a 65 dB(A) de acuerdo a los artículos 7 y 9 del D.S. N° 38/2011.

85. 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 aproximada de 26 metros desde la fuente, en donde el ruido alcanza el nivel de cumplimiento de la norma según el D.S. N° 38/2011.

86. De este modo, se determinó un AI 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 Acta de Fiscalización de fecha 6 de septiembre de 2016, con un radio de 26 metros aproximadamente, circunstancia que se grafica en la siguiente imagen:

Imagen N° 1: Área de Influencia (AI)



Fuente: Elaboración propia en base a software Google Earth. En color amarillo se puede observar el perímetro del área de influencia determinada para la fuente

87. Una vez obtenida el AI de la fuente, se procedió a interceptar dicho buffer, con la información georreferenciada del Censo 2017. Dicha información de carácter público, consiste en una cobertura de las manzanas censales²⁹ de cada una de las

²⁷ En caso de existir más de un receptor, se considera aquel receptor que se encuentra expuesto al peor escenario, es decir, aquel receptor que en base a un nivel de presión sonora medido en terreno, genera el área de influencia mayor.

²⁸ Para la determinación de esta distancia, se consideraron coordenadas de ubicación geográfica señalados para receptor y fuente, en el Informe de Fiscalización.

²⁹ 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.

comunas de la Región de Los Ríos³⁰. Así, para la determinación del número de personas existente en el AI, 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 Los Ríos, de acuerdo al mencionado censo. Ahora bien, en el caso particular del AI de la fuente Gimnasio Blue Gym, se identificó que dicha AI intercepta 1 manzana censal en donde se identifican personas que potencialmente se podrían verse afectadas por la fuente, de acuerdo a lo que se presenta en la siguiente imagen:

Imagen N° 2: Intercepción manzanas censales y AI



Fuente: Elaboración propia en base a software Google Earth e información georreferenciada del Censo 2017.

88. A continuación se presenta, en la tabla N° 5, la información correspondiente a la manzana censal del AI definida, indicando: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), sus respectiva área total y número de personas de la manzana, registrándose un total de 68 personas. Asimismo, se indica la cantidad estimada de personas que pudieron ser afectadas, determinada a partir de la

89. proporción del AI sobre el área total, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea.

Tabla N° 5: Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales

IDPS	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área aprox.(m ²)	A.Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	14101091001012	68	37.403	2.134	6	4

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Censo 2017.

³⁰ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

90. Adicionalmente al número de personas anteriormente determinadas, en el presente caso corresponde considerar los alumnos y funcionarios del Conservatorio de Música de la Universidad Austral de Chile, los que también se encuentran dentro del área de influencia estimada para la fuente. En el presente caso, no se cuenta con información respecto de dicho número, no obstante lo anterior, considerando que en el Conservatorio se imparte la Licenciatura en Interpretación Musical con mención en las especialidades de violín, violoncello, viola, contrabajo, piano y guitarra³¹; se estimará al menos un número de 10 alumnos para cada una de las especialidades instrumentales antes señaladas; así como dos profesores por cada uno, y un número de 20 funcionarios administrativos; con un total de 92 personas.

91. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en los considerandos anteriores, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de 96 personas.

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

b.1.3. Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (Artículo 40, letra i) de la LO-SMA)

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

94. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se 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.

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

96. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el Decreto Supremo

³¹ De acuerdo a información disponible en <https://www.uach.cl/organizacion/vicerrectoria-academica/unidades/conservatorio-de-musica>

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”³². Los niveles máximos de emisión de ruidos se establecen en términos del nivel de presión sonora corregido, medidos en el receptor sensible. Estos límites son diferenciados de acuerdo a la localización del receptor, según la clasificación por zonas establecida en la norma, así como por el horario en que la emisión se constata, distinguiendo horario diurno y nocturno.

97. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno, radica en que la emisión de niveles de presión sonora por sobre los límites establecidos en la norma vulnera el objetivo de protección a la salud de la población, de los riesgos propios de la contaminación acústica, encontrándose en todos los casos un receptor expuesto al ruido generado, ocasionándose un riesgo a la salud y potencialmente un detrimento en la calidad de vida de las personas expuestas. Cabe agregar, asimismo, que esta corresponde a la única norma que regula de forma general y a nivel nacional los niveles 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.

98. En el mismo sentido, y tal como se indicó a propósito de la clasificación de la infracción en el presente procedimiento sancionatorio, sólo fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, una medición que da cuenta del incumplimiento de la normativa.

99. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra así determinada por una magnitud de excedencia de 1 decibel por sobre el límite establecido en la norma en horario diurno en Zona III, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada el 6 de septiembre de 2016 y la cual es motivo de la Formulación de Cargos asociada a la resolución Res. Ex. N° 1/Rol D-100-2018. Cabe señalar, sin embargo, que dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del art. 40.

b.2. Factores de incremento

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

b.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (Artículo 40, letra d) de la LO-SMA)

³² Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011.

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

102. 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.

103. 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.

104. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada.

105. 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 de la infractora reflejen una intención de incumplir la norma, o en su defecto, una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por ese motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

b.2.2. Conducta anterior negativa (Artículo 40, letra e) de la LO-SMA)

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

107. 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 sanción.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción (Artículo 40, letra d) de la LO-SMA)

108. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada, titular de la fuente.

b.3.4. Irreprochable conducta anterior del infractor (Artículo 40, letra e) de la LO-SMA)

109. En relación con esta circunstancia, tal como se ha establecido por esta Superintendencia, siempre procede considerar que la unidad fiscalizable ha tenido una conducta anterior positiva, a menos que se pueda descartar a raíz de haber sido objeto de sanciones en sede administrativa, ya sea en sede Superintendencia del Medio Ambiente, como de otras sedes administrativas por infracciones similares u otros antecedentes de similar relevancia, o que ha sido objeto con anterioridad de una o más inspecciones ambientales por parte de la SMA, cuyos informes de Fiscalización identifican hallazgos o no conformidades susceptibles de iniciar un proceso sancionatorio.

110. 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.

b.3.5. Presentación de autodenuncia.

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

b.3.6. Otras circunstancias del caso específico (Artículo 40, letra i) de la LO-SMA)

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

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

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

b.4. Capacidad económica del infractor (Artículo 40, letra f) de la LO-SMA)

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

116. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones³³.

117. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2018 (año comercial 2017). De acuerdo a la referida fuente de información, Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada se encuentra en la categoría de tamaño económico Pequeña 2, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 5.000,01 UF a 10.000 UF.

118. En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada como Pequeña 2, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

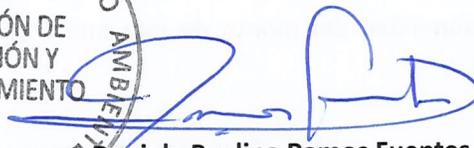
X. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

119. 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,

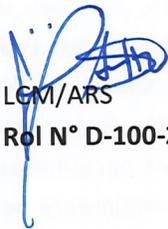
³³ Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

a juicio de esta Fiscal Instructora, corresponde aplicar a Centro Deportivo Blue Gym & Wellnes Center Limitada.

120. Se propone una multa de **cuatro UTA (4 UTA)**, respecto del hecho infraccional consistente en una excedencia de 1 dB(A), registrada con fecha 6 de septiembre de 2016, en horario diurno, en condición externa, según medición efectuada desde un receptor sensible ubicado en Zona III.



Daniela Paulina Ramos Fuentes
Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



LCM/ARS

Rol N° D-100-2018