

EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-047-2017, SEGUIDO EN
CONTRA DE DON JUAN CLAUDIO DE LA FUENTE,
TITULAR DE PUB AKELARRE.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este Fiscal Instructor 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, “LOSMA”); la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, “LBPA”); la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, “D.S. N° 38/2011”); la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS 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 DS N° 38/2011; la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; el Decreto Supremo N° 31, de 8 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que Establece Orden de Subrogancia para el Cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 DE
LA UNIDAD FISCALIZABLE**

2. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-047-2017, fue iniciado en contra de don Juan Claudio de la Fuente (en adelante, “el titular”), cedula nacional de identidad N° 16.102.233-0, titular del pub “Akellarre” (en adelante, e indistintamente, “el establecimiento” o “la fuente emisora”), ubicado en calle General Parra N°26, comuna Coyhaique, Región de Aysén.

3. Dicho establecimiento tiene por objeto la prestación de servicios de entretenimiento nocturno 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 y del D.S. N° 38/2011.

**III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA
INSTRUCCIÓN**

4. Mediante Ord. N° 164, de 11 de abril de 2017, de la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la Región de Aysén, fue recepcionada por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") una denuncia remitida por parte de la Ilustre Municipalidad de Coyhaique, mediante la cual señala haber recibido reclamos por parte de la Junta de Vecinos del Sector Plaza, en contra de diversos locales nocturnos, entre los que se encuentra el establecimiento, solicitando fiscalización a los mismos.

5. Con fecha 24 de abril de 2017, mediante Ord. MZS N° 176/2017, esta Superintendencia informó a la Sra. Ema Vega Urrutia, presidenta de la Junta de Vecinos del Sector Plaza, sobre la recepción de la denuncia y que, en la oportunidad que correspondiera, le sería comunicado aquello que se resolviera conforme a la ley.

6. Con fechas 5 y 6 de mayo de 2017, funcionarios de esta Superintendencia acudieron a realizar mediciones de niveles de presión sonora en el inmueble ubicado en calle General Parra N° 41, comuna de Coyhaique, ubicado en sector cercano a la fuente emisora ya individualizada, conforme al procedimiento establecido en el D.S. N° 38/2011. Dicha actividad se llevó a cabo entre las 23:30 horas del día 5 de mayo, y las 04:30 del día 6 de mayo.

7. Que, con fecha 7 de mayo de 2017, a las 2:00 am, funcionarios de la SMA nuevamente acudieron al lugar indicado en el considerando anterior, con el objeto de realizar la medición de ruido de fondo, conforme al procedimiento establecido en la norma de emisión, constatando que las condiciones de ruido de fondo eran las mismas que en el día anterior.

8. Con fecha 12 de junio de 2017, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, en forma electrónica, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-3702-XI-SRCA-IA, en el que se detallaron los resultados y se adjuntaron documentos asociados a la actividad de fiscalización realizada por funcionarios de la SMA, respecto del establecimiento emisor.

9. En dichos documentos consta que se realizaron mediciones de nivel de presión sonora en receptor sensible, además de la medición de ruido de fondo, ambas en horario nocturno. Asimismo, se señala que, al momento de la medición, la fuente de ruido se encontraba en funcionamiento, identificándose ruidos asociados a reproducción de música, karaoke, y voces de personas ubicadas en la terraza del local. Por su parte, el ruido de fondo fue identificado como ruido proveniente de pub vecino y tráfico vehicular ligero, el que afectaba la medición, por lo que se procedió a registrarlo, obteniendo un nivel de 55 NPSeq.

10. Para efectos de evaluar los niveles medidos, se procedió a homologar la zona donde se ubica el receptor, con las zonas establecidas en el artículo 7 del D.S. N° 38/2011 (Tabla N° 1). Al respecto, la zona en que se ubica el receptor corresponde a Zona Z1 del Plan Regulador Comunal de Coyhaique, concluyéndose que dicha zona corresponde a Zona II de la Tabla N° 1, por lo que el nivel máximo permitido es de 60 y 45 dB(A), en horario diurno y nocturno, respectivamente.

11. Según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. N° 38/2011. En efecto, la medición realizada en el receptor identificado como “A1”, realizada con fecha 6 de mayo de 2017, en condición externa, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registra una excedencia de 16 dB(A). El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla 1. Evaluación de medición de ruido en receptor

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
A1	Nocturno	61	55	II	45	16	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2017-3702-XI-SRCA-IA.

12. En razón de lo anterior, con fecha 3 de julio de 2017, mediante Memorandum D.S.C. N° 403/2017, la Jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento nombró como Fiscal Instructora titular a Maura Torres Cepeda, y como Fiscal Instructor Suplente, a Antonio Maldonado Barra, a fin de investigar los hechos constatados en el Informe de Fiscalización individualizado y, asimismo, formular cargos o adoptar todas las medidas que considerase necesarias para resguardar el medio ambiente, si a juicio existiere mérito suficiente para ello. No obstante, en forma posterior, debido a razones de distribución interna, mediante Memorandum D.S.C. N° 586/2020, se decidió modificar el Fiscal Instructor titular y suplente del presente procedimiento sancionatorio, designando a Antonio Maldonado Barra como Fiscal Instructor titular, y a Jaime Jeldres García como Fiscal Instructor suplente.

13. Con fecha 7 de julio de 2017, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio rol D-047-2017 en contra del titular, mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-047-2017 (en adelante, “formulación de cargos”).

14. Dicha resolución fue remitida al domicilio del titular mediante carta certificada, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Coyhaique con fecha 12 de julio de 2017, conforme a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento N° 1180315507964.

15. Con fecha 7 de agosto de 2017, y estando dentro de plazo, el titular presentó ante esta Superintendencia un programa de cumplimiento.

16. Con fecha 21 de septiembre de 2017, mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-047-2017, esta Superintendencia realizó observaciones al programa de cumplimiento presentado por el titular, indicándose que previo a proveerse, se otorgaba un plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación de la misma, para que el titular presentara un programa de cumplimiento refundido.

17. Dicha resolución fue notificada en forma personal por un funcionario de esta Superintendencia con fecha 22 de septiembre de 2017, tal como consta en acta de notificación personal respectiva.

18. Con fecha 2 de octubre de 2017, el titular presentó un programa de cumplimiento refundido, incorporando las observaciones efectuadas por parte de esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-053-2017.

19. Con fecha 25 de octubre de 2017, mediante Res. Ex. N° 4/Rol D-047-2017, se resolvió aprobar el programa de cumplimiento presentado. Asimismo, se resolvió suspender el procedimiento administrativo rol D-047-2017, hasta el pronunciamiento sobre la ejecución satisfactoria o insatisfactoria del mismo por parte de esta Superintendencia.

20. Más adelante, con fecha 21 de noviembre de 2019, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el informe de fiscalización DFZ-2018-1058-XI-PC-IA, que dio cuenta de los resultados de las actividades de fiscalización en el establecimiento emisor, en el marco del programa de cumplimiento aprobado en el presente procedimiento sancionatorio.

21. Producto de los hallazgos constatados en el informe individualizado en el punto anterior, con fecha 3 de junio de 2020, mediante Res. Ex. N° 5/Rol D-047-2017, esta Superintendencia declaró el incumplimiento del programa presentado por el titular, reiniciando el procedimiento sancionatorio seguido en su contra. Por otro lado, se hizo presente que, desde la notificación de la dicha resolución, continuaría corriendo el plazo vigente al momento de la suspensión para la presentación de descargos, contemplado en el artículo 49 de la LOSMA.

22. Mediante la misma resolución individualizada anteriormente, conforme a lo establecido en los artículos 40 y 51 de la LOSMA, esta Superintendencia decretó una diligencia probatoria consistente en requerir información al titular, enumerada en el resuelvo cuarto de la misma. A continuación, se señaló la forma y modo de entrega de la información requerida, estableciendo que la información debía ser entregada dentro del plazo restante para la presentación de los descargos.

23. Dicha resolución fue remitida al domicilio del titular mediante carta certificada, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Coyhaique con fecha 24 de junio de 2020, conforme a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento N° 1176247557054.

24. Mediante la Res. En N° 6/ Rol D-047-2017, de fecha 09 de julio de 2020, esta Superintendencia resolvió conceder de oficio una ampliación de 3 días hábiles para la presentación de la información requerida mediante la Res. Ex. N° 5/ Rol D-047-2017. Dicha Resolución fue notificada con fecha 10 de julio de 2020.

25. Finalmente, con fecha 15 de julio de 2020, fuera de los plazos establecidos, el titular presentó escrito de descargos, en conjunto con la información requerida mediante Res. Ex. N° 5/Rol D-047-2017.

IV. CARGO FORMULADO

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

Tabla 2. Evaluación de medición de ruido en receptor

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 6 de mayo de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 dB(A) , en horario nocturno, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II.	<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" data-bbox="691 1086 1104 1173"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 21 a 7 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>II</td> <td>45</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	45	Leve conforme al numeral 3 del artículo 36 de la LOSMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	45						

Fuente: elaboración propia

V. PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

27. Conforme a lo señalado anteriormente, con fecha 7 de agosto de 2017, don Juan Claudio de la Fuente presentó un programa de cumplimiento, el cual fue observado mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-047-2017, de fecha 21 de septiembre de 2017, indicándose que previo a proveerse, se otorgaba un plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación de la misma, para que el titular presentara un programa de cumplimiento refundido.

28. Notificada la antedicha resolución, con fecha 2 de octubre de 2017, don Juan Claudio de la Fuente presentó un programa de cumplimiento refundido.

29. Posteriormente, con fecha 25 de octubre de 2017, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-047-2017, esta Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento refundido, incorporándose correcciones de oficio que en la misma resolución se indicaron, teniendo en consideración los principios de celeridad, conclusivo, y de no formalización consagrados en los artículos 7, 8 y 13 de la Ley N° 19.880.

30. Esta última resolución fue remitida mediante carta certificada al domicilio del titular. Sin embargo, por motivos no imputables a esta Superintendencia, dicha carta no pudo ser entregada por Correos de Chile, conforme a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento N° 1180588248502. No

obstante lo anterior, con fecha 13 de noviembre de 2017, el titular remitió una nueva versión del programa de cumplimiento, con las correcciones de oficio incorporadas.

31. Más adelante, con fecha 21 de noviembre de 2019, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1058-XI-PC-IA.

32. Respecto del señalado Informe, corresponde indicar, en términos generales, que se concluyó que existieron hallazgos asociados al cumplimiento de las acciones N° 7 y 8 del programa, pues el titular no remitió los resultados de la medición comprometida, que debía realizarse por una empresa autorizada como ETFA, o bien por otra empresa que cumpliera los requisitos indicados, en caso de no ser posible contar con una ETFA. En este sentido, no se informó por parte del titular acerca de algún impedimento en relación con el cumplimiento de esta obligación. Adicionalmente, esta Superintendencia llevó a cabo una fiscalización en forma posterior a la ejecución de las acciones comprometidas, realizando una medición de nivel de presión sonora en un receptor sensible, obteniendo como resultado un NPC de 55 dB(A), en horario nocturno, superando el límite establecido para Zona II del D.S. N° 38/2011, de 45 dB(A).

33. Con fecha 3 de junio de 2020 mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-047-2017, esta Superintendencia resolvió declarar incumplido el programa de cumplimiento, debido a que el análisis de los antecedentes permitió concluir que el titular incumplió las acciones N° 7 y 8 del programa de cumplimiento. Finalmente, y como consecuencia del incumplimiento del instrumento señalado, esta Superintendencia resolvió reiniciar el procedimiento sancionatorio Rol D-047-2017.

VI. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL TITULAR

34. Habiendo sido notificado el titular de la resolución de reinicio, que levantó la suspensión al procedimiento sancionatorio por incumplimiento del programa de cumplimiento, mediante carta certificada recepcionada con fecha 24 de junio de 2020 en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Coyhaique, la empresa presentó escrito de descargos, no obstante, fuera del plazo otorgado para el efecto, correspondiente a 15 días hábiles, ampliado por otros 7 días, conforme a lo resuelto en la Res. Ex. 2/Rol D-047-2017.

a) **Del escrito de descargos de fecha 15 de julio de 2020**

35. El mencionado escrito de descargos señala, en términos generales, lo siguiente:

- a. **Cierre del establecimiento:** señala que el recinto se encontraría cerrado desde el 17 de marzo de 2020, debido a la contingencia nacional.

- b. **Cambio de titularidad del establecimiento:** señala que en mayo de 2018 se habría realizado un cambio en la titularidad, por cuanto ya no sería él como persona natural el administrador, si no que una sociedad creada con su padre y su hermana, denominada “De la Fuente, Akelarre Limitada”, pasando a ser esta persona jurídica la dueña del local.
- c. **Venta del establecimiento:** indica que durante el año 2019, debido a un mal momento económico, el establecimiento habría sido vendido.
- d. **Incumplimiento de mediciones mediante ETFA:** señala que al momento de aprobarse el programa de cumplimiento, no existían empresas acreditadas en la región que cumplieran con los requisitos para realizar la medición exigida, por lo que se habría solicitado una cotización a una empresa diferente, de la cual no tendría respaldo físico, cuyo monto habría ascendido a \$1.860.580,6, valor que a su juicio sería altamente elevado para su situación económica, lo que habría sido advertido a la Fiscal Instructora encargada en aquel momento. Por tal motivo, se les habría señalado que la medición final, posterior a la implementación de las medidas de mitigación de ruido en el establecimiento, se llevaría a cabo por el mismo personal fiscalizador de esta Superintendencia. Sin embargo, señala que finalmente no se le habría confirmado la fecha en que se realizaría dicha medición.
- e. **Implementación de las medidas de mitigación de ruido:** señala por una parte que siempre habrían tenido la disposición para implementar las acciones comprometidas, realizando consultas en relación con la medición de ruido, y ejecutando las acciones de mitigación establecidas en el programa.

b) Del análisis de los descargos por parte de esta Superintendencia

36. Al respecto, es menester hacer presente que las alegaciones y defensas presentadas por el titular, no están destinadas a controvertir el hecho infraccional constatado, sino que estas buscan hacer presente cuestiones que debieran ser consideradas en alguna de las circunstancias que establece el artículo 40 de la LOSMA, tales como el beneficio económico (letra c), la capacidad económica (letra f), el cumplimiento del programa (letra g), así como todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción (letra i). Al respecto, es necesario señalar, que todas las circunstancias señaladas, serán debidamente analizadas conforme a las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, establecidas mediante la Res. Ex. N° 85, de fecha 22 de enero de 2018, tal como dan cuenta los capítulos del presente dictamen.

37. No obstante lo anterior, para este Fiscal Instructor es importante hacer presente al titular, por una parte, que esta Superintendencia tiene competencia legal para la fiscalización y sanción en la presente materia y que, a su vez, el hecho infraccional que dio lugar al procedimiento sancionatorio, se funda en un hecho objetivo, esto es, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, conforme fue constado en la actividad de fiscalización efectuada por personal técnico de esta Superintendencia, con fecha 6 de mayo de 2017. Por lo demás, tal como da cuenta el correspondiente expediente, durante el transcurso del procedimiento administrativo sancionatorio, se ha velado por el cumplimiento de todas las garantías debidas.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

38. El artículo 53 de la LOSMA, 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.

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

40. 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 LOSMA 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.

41. Por otro lado, el artículo 51 de la LOSMA, 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 LOSMA 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.”*

42. 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.”*

43. 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 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.”*²

44. 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

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

² JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”. Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009. P. 11.

llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración y calificación de las infracciones, como de la ponderación de las sanciones.

45. 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 5 de mayo de 2017, así como en la Ficha 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 6 y siguientes del presente dictamen.

46. En el presente caso, tal como consta en los capítulos V y VI de este dictamen, el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental iniciada el día 5 de mayo de 2017, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

47. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 6 de mayo de 2017, que arrojó el nivel de presión sonora corregido de 61 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, en el Receptor A1, ubicado en calle General Parra N° 41, comuna de Coyhaique, Región de Aysén, homologable a la Zona II 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.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

48. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-047-2017, esto es, *“La obtención, con fecha 6 de mayo de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 dB(A), en horario nocturno, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II.”*

49. Para ello fue considerado el informe de medición señalado precedentemente, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011.

50. Finalmente, el referido hecho se identifica con el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, 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.

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

51. Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso, el D.S. N° 38/2011.

52. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve³, 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 artículo 36 de la LOSMA.

53. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permitan clasificar la infracción como gravísima o grave, conforme a lo señalado en el acápite de valor de seriedad de este dictamen.

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

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA APLICABLES QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

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

55. El artículo 38 de la LOSMA 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.

56. Por su parte, el artículo 39 de la LOSMA, 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.”*

57. 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 LOSMA.

58. En ese sentido, esta Superintendencia 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 el documento “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización 2017” de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la SMA y vigente en relación a la instrucción

³ 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.

del presente procedimiento. A continuación se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA 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 LOSMA, al caso particular.

59. El artículo 40 de la LOSMA, 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 ocasionado.*⁴
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*⁵
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*⁶
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*⁷
- e) *La conducta anterior del infractor.*⁸
- f) *La capacidad económica del infractor.*⁹
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.*¹⁰
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*¹¹
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.*¹²

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹⁰ 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

¹¹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹² 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.

60. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, no son aplicables en el presente procedimiento:

- a. **Letra d), intencionalidad**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte del titular.
- b. **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- c. **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional.
- d. **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE.

61. Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, en este caso no aplican las siguientes:

- a. **Letra i), respecto de falta de cooperación**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan dificultado el esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40.
- b. **Letra i), respecto de medidas correctivas**, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, en este caso, la adopción de medidas de mitigación de ruidos. Al respecto, cabe señalar que se tienen antecedentes en relación con implementación de medidas de mitigación en el establecimiento, no obstante, estas fueron ejecutadas en contexto del programa de cumplimiento aprobado por parte de esta Superintendencia, por lo que no es posible considerar que su implementación responda a una situación voluntaria, por cuanto una vez aprobado el programa, su cumplimiento es obligatorio para los titulares que se acogen a él. Por otro lado, la medición efectuada por parte de esta Superintendencia con fecha 14 de julio de 2019, en forma posterior a la implementación de las medidas de mitigación, consignó una excedencia de 10 dB(A) por sobre el límite establecido para Zona II en horario nocturno. Todo lo señalado además será incorporado en el análisis relativo a la circunstancia establecida en la letra g) del artículo 40 de la LOSMA.

62. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

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

63. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de 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 de 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.

64. 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.

65. 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.

66. 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 mayo de 2017 ya señalada, en donde se registró su máxima excedencia de **16 dB(A)** por sobre la norma en horario nocturno en el receptor A1, ubicado en calle General Parra N° 41, comuna de Coyhaique, Región de Aysén, siendo el ruido emitido por Pub Akelarre.

(a) Escenario de Cumplimiento.

67. 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 las más idóneas para haber evitado la excedencia de la norma por parte del establecimiento objeto del presente procedimiento y sus respectivos costos son los siguientes:

Tabla 3. Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento¹³

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Instalación de un limitador de audio en el establecimiento.	\$	2.000.000	PDC D-072-2015
Instalación de 2 capas de aislante termo-acústico 50mm(100mm de aislación)	\$	365.841	PDC D-047-2017
Instalación de barrera acústica en entretecho y frontón del local	\$	304.710	PDC D-047-2017

¹³ 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.

Mejoramiento acústico de ventanales.	\$	30.000	PDC D-047-2017
Sistema de ventilación y extracción de aire	\$	476.000	PDC D-047-2017
Sellado de techumbres y aleros en fachadas	\$	214.202	PDC D-047-2017
Sellado de doble puertas, puertas de acceso y de escape exteriores e interiores.	\$	500.000	PDC D-047-2017
Costo total que debió ser incurrido	\$	3.890.753	

Fuente: Elaboración propia, en base a los PDC Roles D-072-2015 y D-047-2017 (propio caso).

68. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que el titular implementó seis medidas, las que consistieron en: instalación de 2 capas de aislante termo-acústico 50mm; instalación de barrera acústica en entretecho y pared frontal del local; mejoramiento acústico de ventanales; sistema de ventilación y extracción de aire; sellado de techumbres y aleros en fachadas; y sellado de puertas de acceso y escape. Adicionalmente, se incorporó otra medida la que consiste en la instalación de un limitador acústico, para de esta manera lograr cumplir con la normativa aplicada al Pub Akelarre y las características de las emisiones de ruido consistentes en reproducción de música, karaoke, y voces de personas ubicadas en la terraza del local.

69. 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, el día 6 de mayo de 2017.

(b) Escenario de Incumplimiento.

70. Este se determina 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.

71. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, los costos incurridos que se tiene por acreditados son los siguientes:

Tabla 4. Costos incurridos por motivo de la infracción en escenario de incumplimiento¹⁴

Medida	Costo (sin IVA)		Fecha o periodo en que se incurre en el costo	Documento respaldo
	Unidad	Monto		
Instalación de 2 capas de aislante termo-acústico 50mm(100mm de aislación)	\$	365.841	05-11-2017	Factura N°86880483 acompañada en Informe final de PDC
Instalación de barrera acústica en entretecho y frontón del local	\$	304.710	13-11-2017	Factura N°87067669 acompañada en Informe final de PDC

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 fue incurrido.

Mejoramiento acústico de ventanales.	\$	30.000	06-12-2017	Factura N° 340 acompañada en Informe final de PDC
Sistema de ventilación y extracción de aire	\$	476.000	17-11-2017	Factura N° 27 acompañada en Informe final de PDC
Sellado de techumbres y aleros en fachadas	\$	214.202	20-11-2017	Factura N°87155588 acompañada en Informe final de PDC
Sellado de doble puertas, puertas de acceso y de escape exteriores e interiores.	\$	500.000	11-12-2017	Factura N° 32 acompañada en Informe final de PDC
Costo total incurrido	\$	1.890.753		

Fuente: Elaboración propia.

72. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que las medidas implementadas se consideran idóneas en la medida que la medición final de ruido, después de haber realizado las medidas correctivas, cumple con la normativa aplicada. De esta forma, el Pub Akelarre implementó seis medidas enumeradas en el punto anterior, sin embargo, no se logró cumplir con la normativa, ya que la medición efectuada por parte de esta Superintendencia con fecha 14 de julio de 2019, en forma posterior a la implementación de las medidas de mitigación, consignó una excedencia de 10 dB(A) por sobre el límite establecido para Zona II en horario nocturno.

73. Respecto de costos asociados a la implementación de medidas que no han sido ejecutadas a la fecha del presente dictamen, -determinados como la diferencia entre los costos que debió incurrir en un escenario de cumplimiento y los costos efectivamente incurridos-, bajo un supuesto conservador para efectos de la modelación, se considera que estos son incurridos en la fecha estimada de pago de multa, configurando un beneficio económico por el retraso de estos costos hasta dicha fecha.

(c) Determinación del beneficio económico

74. En la siguiente tabla se resume el origen del beneficio económico, que resulta de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, 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 26 de noviembre de 2020, y una tasa de descuento de 11%, estimada en base a información de referencia del rubro de entretenimiento, pub restorán. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de octubre de 2020.

Tabla 5. Resumen de la ponderación de Beneficio Económico

Costo que origina el beneficio	Costos retrasados o evitados		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	

Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	3.890.753	6,4	1,0
---	-----------	-----	------------

Fuente: elaboración propia

75. 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

76. 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 LOSMA debido a que en el presente caso no resulta aplicable.

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

77. La letra a) del artículo 40 de la LOSMA 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.

78. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, 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 LOSMA. 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.

79. 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.

80. 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. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, 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.

81. 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, 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.

82. 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),

¹⁵ Iltre. 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.

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/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe>.

interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental.²²

83. Ahora bien, respecto al peligro específico del ruido nocturno, se puede señalar que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño y calidad de vida y bienestar. Respecto a la calidad del sueño, el ruido nocturno, genera efectos como: despertares nocturnos o demasiado temprano, prolongación del período del comienzo del sueño, dificultad para quedarse dormido, fragmentación del sueño, reducción del período del sueño, incremento de la movilidad media durante el sueño. Respecto a la calidad de vida y bienestar, existe evidencia para efectos como molestias durante el sueño y uso de somníferos y sedantes. También, el ruido nocturno puede afectar condiciones médicas, provocando insomnio (diagnosticado por un profesional médico). Además de efectos directos en el sueño, el ruido durante el sueño, provoca; incremento de la presión arterial, de la tasa cardíaca y de la amplitud del pulso; vasoconstricción; cambios en la respiración; arritmias cardíacas; incremento del movimiento corporal; además de procesos de excitación de los sistemas nervioso central y vegetativo.²³

84. 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 ruido.²⁴

85. 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.

86. 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 completa.²⁵ Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁶ y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como A1, de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio del receptor) y un medio de desplazamiento, que en este caso es el aire, 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.

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

²³ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), páginas 22-27.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ La ruta de exposición completa se configura cuando todos los siguientes elementos están presentes: una fuente contaminante, por ejemplo, una chimenea o derrame de combustible; un mecanismo de salida o liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte; un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingestión [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes.

²⁶ 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.

87. Una vez determinada la existencia de un riesgo, 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.

88. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N° 38/2011 fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar. 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.

89. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 61 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 16 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 39,8 en la energía del sonido²⁷ aproximadamente, respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma. Lo anterior da cuenta de la magnitud de la contaminación acústica generada por la actividad del titular.

90. Otro elemento que incide en la magnitud del riesgo en el caso concreto, es la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, según los casos que esta Superintendencia ha tramitado en sus años de funcionamiento, le permiten inferir que los equipos de sonido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo.²⁸

91. De esta forma, en base a una estimación del funcionamiento de los equipos, se ha determinado para este caso una frecuencia de funcionamiento periódica²⁹, en relación con la exposición al ruido, en base a un criterio de horas al año de funcionamiento de la unidad fiscalizable.

92. En razón de lo expuesto, es de opinión de este Fiscal Instructor, sostener que la superación de los niveles de presión sonora, sumado a la frecuencia de funcionamiento y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, aunque no**

²⁷Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html
https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

²⁸ Por **funcionamiento puntual** se entiende aquellas actividades que se efectúan una vez o más, pero que no se realizan con periodicidad. Por **funcionamiento periódico**, se entenderá aquellas actividades que se realizan en intervalos regulares de tiempo o con cierta frecuencia, descartando una frecuencia de funcionamiento puntual o continua. Finalmente, por **funcionamiento continuo**, se refiere a aquellos equipos, maquinarias, entre otros, que funcionan todo el tiempo.

²⁹ Se estima que la frecuencia de funcionamiento de los equipos emisores de ruido se encuentra dentro de un rango aproximado entre 168 y 2.496 horas de funcionamiento al año.

de carácter significativo y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.

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

93. 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 LOSMA 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.

94. 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.”*

95. 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 II.

96. 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 de la fuente, para lo cual se utilizó la siguiente fórmula:³⁰

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

Donde,

L_x : Nivel de presión sonora medido.

r_x : Distancia entre fuente emisora y receptor donde se constata excedencia.

L_p : Nivel de presión sonora en cumplimiento de la normativa.

³⁰ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

r : Distancia entre fuente emisora y punto en que se daría cumplimiento a la normativa (radio del AI).

97. En relación con lo señalado en el párrafo anterior, cabe destacar que la fórmula presentada no incorpora la atenuación que provocarían factores tales como la disminución por divergencia - debido a la dispersión de la energía del sonido -, la reflexión y la difracción en obstáculos sólidos, y la reflexión y la formación de sombras por los gradientes de viento y temperatura; debido principalmente a que las condiciones del medio de propagación del sonido no son ni homogéneas ni estables. En función de esto, cabe manifestar que el conocimiento empírico adquirido por esta SMA en estos 7 años de funcionamiento, a través de los más de 360 casos analizados de infracciones al D.S. N° 38/2011, le han permitido actualizar su estimación del AI, incorporando factores de atenuación del radio del AI orientados a aumentar la representatividad del número de personas afectadas en función de las denuncias presentadas ante esta Superintendencia.

98. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 6 de mayo de 2017, que corresponde a 16 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 97 metros desde la fuente emisora.

99. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³¹ del Censo 2017³², para la comuna de Coyhaique, en la Región de Aysén, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

Imagen 1. Intersección manzanas censales y AI



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.14 e información georreferenciada del Censo 2017.

³¹ 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.

³² <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/> <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

100. A continuación, se presenta la información correspondiente a cada manzana censal del AI definida, indicando: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), sus respectivas áreas totales y número de personas en cada manzana. Asimismo, se indica la cantidad estimada de personas que pudieron ser afectadas, determinada a partir de proporción del AI sobre el área total, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea.

Tabla 6. 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	570301100301011101011001003	12735	2718611.081	8308904	318	393
M2	570301100301211101011001004	2428	57666.722	13646.717	24100	628
M3	570301100301411101011001005	3518	402811.466	36129.931	9087	3116
M4	570301100301511101011001006	3813	355712.454	265599	75	31
M5	570301100302211101011002026	4328	1158513.103	6311.600	512	23
M6	570301100302311101011006001	11327	2170024.821	7585.141	321	46

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

101. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en la tabla anterior, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de **56 personas**.

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

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

103. 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.

104. 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.

105. 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.

106. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el D.S. N° 38/2011, 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.”³³ 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.

107. 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.

108. En el mismo sentido, y tal como se indicó a propósito de la clasificación de la infracción en el presente procedimiento sancionatorio, solo fue posible constatar, por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, una ocasión de incumplimiento de la normativa.

109. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 16 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II, constatada durante la actividad de fiscalización realizada el 6 de mayo de 2017, la cual fue motivo de la formulación de cargos. 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 de la LOSMA

b.2. Factores de incremento

110. Que, a juicio de este Fiscal Instructor, no se configuran en la presente especie alguna de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA que aumenten

³³ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011.

el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar, toda vez que no constan antecedentes que permitan sostener la intencionalidad en la comisión de la infracción, ni existir reincidencia de la infracción objeto del presente proceso sancionatorio o la aplicación de otra sanción previa que permitan afirmar la conducta anterior negativa del titular.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. Cooperación eficaz (letra i)

111. 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.

112. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) el infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos (dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial); (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

113. En el presente caso, cabe hacer presente que el titular dio respuesta íntegra y útil a la diligencia probatoria ordenada mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-047-2017, aportando antecedentes conducentes al esclarecimiento de los hechos, circunstancias y efectos. Sin embargo, la entrega de la información solicitada como el ingreso de los descargos fue realizado fuera del plazo establecido, por lo que se ponderará la presente circunstancia considerando tales hechos.

114. En virtud de lo anterior, **se configura la presente circunstancia del art. 40 de la LOSMA, para efectos de disminuir el componente de afectación de la sanción a aplicar.**

b.3.2. Irreprochable conducta anterior (letra e)

115. 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 para la Determinación de Sanciones Ambientales.

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

117. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, como 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.³⁴ De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

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

119. 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, Juan Claudio de la Fuente Peralta corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico Pequeña Empresa 2, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 5.000,00 a 10.000,00 UF Anuales.

120. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

C. Incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° (letra g)

³⁴ 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.

121. Dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA, en su letra g), se considera el incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3, en relación a la función de la SMA de aprobar programas de cumplimiento de la normativa ambiental de conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LOSMA. En este último artículo se indica que el presunto infractor puede, frente a una formulación de cargos, presentar un plan de acciones y metas, dirigido a cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental. El mismo artículo regula los requisitos de aprobación del programa de cumplimiento, así como los efectos de su aprobación. Se refiere también a los casos en los cuales el presunto infractor, habiendo comprometido un programa de cumplimiento, no cumpliere con las acciones establecidas en él. En el inciso quinto, del artículo 42 de la LOSMA se señala que el "(...) *procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia.*"

122. En el presente caso, con fecha 7 de agosto de 2017, el titular presentó un programa de cumplimiento para su aprobación, el cual fue observado en 1 ocasión, solicitándose la presentación de una versión refundida que incorporara las observaciones efectuadas. El programa refundido presentado por el titular, acompañado el 2 de octubre de 2017, fue finalmente aprobado por la SMA, mediante Res. Ex. N° 4/Rol D-047-2017, de fecha 25 de octubre de 2017, con correcciones de oficio. Dicha resolución fue notificada mediante carta certificada al domicilio del titular. Sin embargo, tal como se indicó previamente, por motivos no imputables a esta Superintendencia, dicha carta no pudo ser entregada por Correos de Chile al titular. No obstante, La versión refundida final de dicho programa, solicitada mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-047-2017, fue acompañada por el titular con fecha 13 de noviembre de 2017.

123. Posteriormente, con fecha 21 de noviembre de 2019, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1058-XI-PC-IA. Dicho Informe describe hallazgos en relación al incumplimiento de acciones del programa de cumplimiento.

124. En atención al incumplimiento en que incurrió el titular, declarado mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-047-2017 corresponde que en el presente dictamen se pondere la magnitud de dicho incumplimiento, de modo de poder incrementar proporcionalmente la sanción que originalmente hubiera correspondido aplicar, en conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LOSMA. Este análisis debe ser realizado respecto de cada una de las acciones asociadas a cada uno de los cargos formulados, lo que se pasará a desarrollar a continuación.

125. Cabe señalar que para acreditar la ejecución del programa de cumplimiento, tal como se señaló en la resolución de reinicio del presente procedimiento sancionatorio, el titular entregó el informe final de programa de cumplimiento, junto con los medios de verificación establecidos en el programa.

126. En base al reporte final de cumplimiento y el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del programa DFZ-2018-1058-XI-PC-IA, el nivel de cumplimiento alcanzado es resumido en la siguiente tabla:

Tabla 7. Grado de ejecución de las acciones comprometidas en el programa de cumplimiento

Infracción	Acción	Plazo	Cumplimiento
La obtención, con fecha 6 de mayo de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 61 dB(A) , en horario nocturno, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II.	<p>1. Se considera la instalación de 2 capas de aislante termo-acústico de 50 mm (100mm de aislación) los cuales se fijarán a la estructura mediante listones de madera de 1" x 4" en su contorno y 1" x 2" en su cara interior separadas 0,6 mt a eje una de otra. Como aislante termo-acústico se propone la instalación de una lana mineral sintética, ignífuga y auto-extinguible de fácil instalación "FISITERM" 50mm en rollos de 36ft.</p> <p>Las barreras acústicas serán instaladas en todo el sector de mesas y equipos. La actividad se puede observar claramente en el plano adjunto.</p>	Cinco días hábiles desde la notificación de la resolución que apruebe el programa de cumplimiento ³⁵	<p>Cumplida</p> <p>Se adjuntaron facturas de compras de materiales para barreras acústicas en tabiques perimetrales.</p> <p>Las fotografías fechadas y georreferenciadas acreditaron la instalación de las barreras.</p>
	<p>2. Instalación de barrera acústica en entretecho y frontón del local.</p> <p>Como barrera acústica en el entretecho se instaló una cama de aislante termo acústico de 50mm se instaló una placa de madera aglomerada de 3mm "HARDBOAR" de alta densidad. Los frontones de la estructura fueron aislados con 2 capas de lana mineral sintética de 50mm FISITERM y el sellado de las juntas se realizó con espuma expansiva de poliuretano en todo el contorno de estas. Las barreras fueron</p>	Seis días hábiles desde la notificación de la resolución que apruebe el programa de cumplimiento	<p>Cumplida</p> <p>Se acredita mediante facturas de compras de materiales, además de fotografías fechadas y georreferenciadas.</p>

³⁵ Si bien la versión final del programa de cumplimiento aprobado por esta Superintendencia señala un plazo de "cinco días hábiles corridos desde la notificación de la resolución que apruebe el Programa de Cumplimiento", dicha contradicción se originó en un error de redacción en el resuelvo segundo, punto I), letra a), de la Res. Ex. N° 4/Rol D-047-2017, donde se indicó este tipo de plazo como corrección de los plazos de ejecución de todas las acciones. En este sentido, se considerará para efectos de analizar el nivel de cumplimiento de las acciones comprometidas los plazos en días hábiles.

	instaladas en todo el sector de mesas y equipos.		
	<p>3. Mejoramiento acústico de ventanales.</p> <p>Consiste en la instalación de una segunda capa de vidrio triple dejando entre vidrio y vidrio una cámara de aire sellado, este vidrio se instalará por la cara interna del local en ambas puertas de ingreso y escape (sector fumadores). Esta actividad incluye el bloqueo de los ventanales para evitar que estos sean abiertos por los clientes. Hay que tener en cuenta que estos ventanales son partes de las puertas que se sellarán en la actividad número 6.</p>	<p>Dos días hábiles desde luego de realizada la actividad número 2 “Instalación de barrera acústica en entretecho y frontón del local”</p>	<p>Cumplida</p> <p>Se adjuntaron facturas de compras de materiales para mejoramiento acústico de ventanales.</p> <p>Las fotografías fechadas y georreferenciadas acreditan el mejoramiento acústico de los ventanales.</p>
	<p>4. Sistema de ventilación y extracción de aire.</p> <p>Consiste en la instalación de un sistema mecánico de extracción de aire mediante un ventilador; el sistema consta de una red interna de tuberías de PVC 110mm conectado al ventilador mecánico el cual permite la extracción del aire viciado del interior del local. Esto permitirá un recambio constante y fluido del aire en el interior del local. Se colocará un ventilador grande que trabajará por medio de una red de tubos.</p>	<p>Cinco días hábiles después de realizada la actividad Numero 2, “Instalación de barrera acústica en entretecho y frontón del local”</p>	<p>Cumplida</p> <p>Se adjuntaron facturas de compras de materiales para sistema de ventilación y extracción de aire.</p> <p>Las fotografías fechadas y georreferenciadas acreditaron la instalación.</p>
	<p>5. Sellado de techumbres y aleros en fachadas.</p> <p>Consiste en sellar todas las aberturas que se encuentran en la techumbre y aleros del local, mediante la utilización de espuma expansiva de poliuretano en orificios pequeños y aislante termoacústico FISITERM</p>	<p>Dos días hábiles desde el término de la actividad número 1, “Instalación de barreras acústicas en tabiques perimetrales”.</p>	<p>Cumplida</p> <p>Se adjuntaron facturas de compras de materiales.</p> <p>Las fotografías fechadas y georreferenciadas acreditan el sellado.</p>

	<p>50mm en aquellos de mayor tamaño, a su vez se instalará una placa de madera aglomerada de 3mm "HARDBOAR", en aquellos que sea necesario. También se considera el sellado de los ductos de chimeneas que se encontraban en el interior del local sin sello, al igual que los extractores de aire desde el cielo del local hacia el entretecho.</p>		
	<p>6. Sellado de doble puertas, puertas de acceso y de escape exteriores e interiores.</p> <p>Consiste en la instalación de barreras de poliuretano, la que se fijará al perfil metálico ya existente como marco y se instalará por su contorno en las cuatro puertas.</p>	<p>Dos días hábiles desde el término de la actividad número 2, "Instalación de barrera acústica en entretecho y frontón del local".</p>	<p>Cumplida</p> <p>Se adjuntaron facturas de compras de materiales.</p> <p>Las fotografías fechadas y georreferenciadas acreditaron el sellado.</p>
	<p>7. Realización de una medición de ruidos en base a la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011. Para lo anterior, una vez implementadas el 100% de las medidas comprometidas en el programa de cumplimiento, se deberá dar aviso por escrito a la SMA, para que dicho organismo realice la señalada medición. Los resultados de dicha medición se encontrarán</p>	<p>Dentro de los 15 días hábiles contados desde la finalización de la acción N° 4. "Sistema de Ventilación y extracción de aire".</p>	<p>Incumplida</p> <p>El titular no presentó mediciones de ETFA o de alguna otra empresa acreditada por el Instituto Nacional de Normalización y/o autorizada por algún Organismo de la Administración del Estado. Tampoco informó de impedimentos para realizar la medición descrita.³⁶</p>

³⁶ En este sentido, el programa de cumplimiento indicó en la sección correspondiente a medios de verificación, relativos a la acción 7, lo siguiente:

"La medición se realizará por una entidad técnica de fiscalización ambiental (ETFA), conforme a lo establecido en el D.S. N° 38/2011 y a lo establecido en las respectivas resoluciones de la SMA (Res. Ex. N° 693, fecha 21 de agosto 2015, Res. Ex. N° 491, de fecha 31 de mayo 2016 y Res. Ex. N° 867, de septiembre 2016) en horario diurno y nocturno, desde el domicilio del receptor y, en caso de ser posible, desde algún receptor que se encuentre en situación equivalente a este, de acuerdo a los criterios establecidos en el D.S. 38/2011 al respecto. En caso que existiera algún problema con la empresa acreditada y no pudiera ejecutar la medición, esta podrá ser realizada con alguna empresa acreditada por el Instituto Nacional de Normalización y/o autorizada por algún Organismo de la Administración del Estado (Res. Ex. N° 37/2013 SMA). Dicho impedimento deberá ser acreditado e informado a la Superintendencia. Más aún, si para realizar la mencionada medición no es posible contar con un ETFA o alguna empresa acreditada por el Instituto Nacional de Normalización y/o autorizada por algún Organismo de la Administración del Estado, se podrán realizar mediciones de ruidos con empresas que han realizado dicha actividad hasta el momento, siempre y cuando dicha condición sea acreditada e informada a la Superintendencia. Esta actividad tendría impedimento en caso de inclemencias climáticas a lo cual se agregará 10 días hábiles del plazo propuesto originalmente."

	bajo el límite establecido en el D.S. N° 38/2011 para zona II.		Por otro lado, la medición de ruidos realizada por la Superintendencia del Medio Ambiente el día 14 de julio de 2019 constató un nivel de presión sonora de 55 NPC (dBA) según procedimiento descrito en el D.S. N°38/2011.
	<p>8. Enviar informe a la SMA un reporte con:</p> <p>a) Prueba para acreditar todas las medidas implementadas.</p> <p>b) Resultado de la medición de ruido realizada después de implementadas las medidas.</p>	3 días hábiles después de obtener el informe de medición de la empresa externa.	<p>Cumplida parcialmente</p> <p>Con fecha 12 de diciembre de 2017, dentro del plazo establecido³⁷, el titular remitió a la SMA el informe final con los medios de verificación que acreditaron la ejecución de las acciones 1, 2, 3, 4, 5 y 6, conforme a lo indicado en la letra a) de la descripción de la acción.</p> <p>No obstante, respecto de lo indicado en la letra b), no se entregó la medición de ruido establecida en la acción 7.</p>

Fuente: elaboración propia.

127. En resumen, el titular incumplió una de las acciones comprometidas respecto al cargo que ha sido configurado en el presente dictamen (acción 7), y cumplió parcialmente una acción (acción 8). En ambos casos, tanto el incumplimiento de la acción 7 como el cumplimiento parcial de la acción 8, están dados por el hecho que el titular no llevó a cabo la medición final comprometida, mediante una ETFA u otra empresa acreditada, ni consignó los impedimentos relativos a la imposibilidad de llevarla a cabo, tal como se estableció en el programa. Sin perjuicio de lo anterior, el titular señaló que esta Superintendencia habría autorizado la realización de la medición mediante los propios funcionarios de esta en caso de no poder ser llevada a cabo por una empresa externa, situación que se observa en los correos adjuntos.

128. Ahora bien, pese a que el titular no acreditó los impedimentos para llevar a cabo la medición mediante una empresa externa, esta Superintendencia llevó a cabo la medición en un receptor sensible, con fecha 14 de julio de 2019, obteniendo como resultado un NPC de 55 dB(A), en horario nocturno, superando el límite establecido para Zona II del D.S. N° 38/2011, de 45 dB(A). En este sentido, la medición posterior a la implementación de las medidas comprometidas dio cuenta que esta no fue totalmente idónea para el retorno al cumplimiento de la normativa que se consideró infringida, aun cuando estas fueron efectivamente ejecutadas y que se constató una disminución de 6 dB(A) en relación con la medición original.

129. En consecuencia, el nivel de cumplimiento antes señalado será considerado para los efectos del incremento de la sanción base que es

³⁷ Si bien el plazo se estableció en razón del informe de medición de ruido, que no fue realizado por el titular, la entrega del informe final se realizó dentro del plazo de ejecución total del programa.

considerado en el artículo 42 de la LOSMA. Sin perjuicio de ello, **el grado de incumplimiento de dichas acciones es medio, motivo por el cual el incremento de la sanción original, producido por el incumplimiento de estas acciones, es moderado.**

XI. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS ASOCIADAS A LA PANDEMIA DE COVID-19

130. En el presente apartado, se ponderará como circunstancia excepcional el impacto de la pandemia que se encuentra actualmente en curso. Como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

131. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

132. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará “todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”. La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será propuesta al Superintendente.

133. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020³⁸, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso, lo que se verá reflejado en la propuesta del presente dictamen.

³⁸ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

XII. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

134. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LOSMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a Juan Claudio de la Fuente.

135. Se propone una multa de una coma siete Unidades Tributarias Anuales (**1,7 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 16 dB(A), registrado con fecha 6 de mayo de 2017, en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en Zona II, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011.

Antonio Maldonado Barra
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

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

JJG/GLW

Rol D-047-2017