



DEV

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-015-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE CRISTIÁN JAVIER OLIVARES VALDÉS,
TITULAR DE PUB KUNZA.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Esta Fiscal Instructora ha tenido como marco normativo aplicable el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA); en 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 (D.S. N° 38/2011); en 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; en 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; en 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 08 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; en 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; el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (D.S. N° 30/2012); en la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) y dicta instrucciones generales sobre su uso (Res. Ex. N° 166/2018); y, en 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**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-015-2019 fue iniciado en contra de don Cristian Javier Olivares Valdés (en adelante, “el titular” o “la empresa”), cédula de identidad N° 10.706.480-K, titular de Pub Kunza (en adelante, “el establecimiento” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en calle República de Croacia N° 0660, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta.

2. Dicho establecimiento tiene como objeto la prestación de servicios de pub restaurant, 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 13 y 3 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN.

3. Que, con fecha 5 de enero del año 2018, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia”), recepcionó una denuncia por ruidos molestos, realizada por don Hermino Ulloa Cabezas, en contra del establecimiento Pub Kunza, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0660, comuna y región de Antofagasta. Según señala, desde aproximadamente unos 6 meses, dicho establecimiento emitiría ruidos molestos producto de la música envasada y los shows de música en vivo que se realizarían en los dos pisos del mismo, lo cual le generaría insomnio y falta de sueño. Además, señala, por una parte, que el mencionado pub funcionaría todos los fines de semana y a veces algunos días de la semana (martes, miércoles y jueves), y, por otra, que el establecimiento no contaría con aislación acústica. Finalmente, se indica que previo a esta denuncia, habrían realizado una presentación ante el Tercer Juzgado de Policía Local de Antofagasta (Rol N° 25.207/2015-emg).

4. Que, con fecha 5 de enero de 2018, esta Superintendencia recepcionó una segunda denuncia de ruidos molestos en contra del establecimiento Pub Kunza, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0660, comuna y región de Antofagasta, realizada por don Marco Castro Saavedra, mediante la cual indica que dicho pub funcionaría en horario nocturno, los días martes a sábado y emitiría ruido molestos producto de la música con volumen fuerte y los festejos descontrolados que acontecerían, y que implicarían gritos de los asistentes. Además, señala que la cotidianidad de dicha circunstancia, le afectaría su salud mental.

5. Que, con fecha 5 de enero de 2018, esta Superintendencia recepcionó una tercera denuncia de ruidos molestos en contra del establecimiento Pub Kunza, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0660, comuna y región de Antofagasta, realizada por don Humberto Muñoz Vargas, mediante la cual indica que dicho pub funcionaría en horario nocturno, los días martes a sábado y emitiría ruidos molestos, sobretudo el día sábado, producto de la realización de karaoke, celebraciones de cumpleaños y gritos de los asistentes. Además, señala que la cotidianidad de dicha circunstancia no le permitiría descansar, dormir, ni estudiar a los estudiantes. Finalmente, se indica que previo a esta denuncia, habrían realizado una presentación ante el Tercer Juzgado de Policía Local de Antofagasta (Rol N° 25.207/2015-emg).

6. Que, con fecha 5 de enero de 2018, esta Superintendencia recepcionó una cuarta denuncia de ruidos molestos en contra del establecimiento Pub Kunza, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0660, comuna y región de Antofagasta, realizada por don Emmanuel Casanova M., mediante la cual indica que dicho pub emitiría ruidos molestos desde año 2015, y funcionaría en horario nocturno, los días martes a sábado, desde las 23:00 horas hasta las 04:30 horas.

7. Que, con fecha 8 de enero de 2018, mediante el Ord. D.S.C. MZN N° 014/2018, esta Superintendencia informó a don Marco Castro Saavedra, que

se había tomado conocimiento de la denuncia de ruidos molestos, en contra de Bar Kunza, la cual había sido incorporada en nuestro sistema. Además, se le informó que se le encontraba en curso el procedimiento Rol D-061-2017, en contra del mismo establecimiento.

8. Que, a su vez, con fecha 8 de enero de 2018, mediante el Ord. D.S.C. MZN N° 0313/2018, esta Superintendencia informó a don Hermindo Ulloa Cabezas, que se tomó conocimiento de la denuncia de ruidos molestos, en contra de Bar Kunza, la que había sido incorporada en nuestro sistema. Además, se le informó que se encontraba en curso el procedimiento Rol D-061-2017, en contra del mismo establecimiento.

9. Que, igualmente, con fecha 8 de enero de 2018, mediante el Ord. D.S.C. MZN N° 015/2018, esta Superintendencia informó a don Humberto Muñoz Vargas, que se tomó conocimiento de la denuncia de ruidos molestos, en contra de Bar Kunza, la que había sido incorporada en nuestro sistema. Además, se le informó que se encontraba en curso el procedimiento Rol D-061-2017, en contra del mismo establecimiento.

10. Que, posteriormente, con fecha 14 de noviembre de 2018, esta Superintendencia recibió una nueva denuncia de ruidos molestos en contra del establecimiento Pub Kunza, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0660, comuna y región de Antofagasta, realizada por don Benito Segundo Gómez Silva, mediante la cual informa que su domicilio, habitado por dos adultos mayores, se encontraría ubicado en medio de dos pubs, siendo uno de ellos Pub Kunza, el cual funcionaría de martes a domingo, entre las 18:00 horas y las 04:00 horas, más una hora de arreglos y movimiento de mobiliario, es decir, hasta las 05:00 horas. Además, señala que el ruido molesto sería ensordecedor, y correspondería a música envasada, música en vivo y gritos que se incrementarían a medida que transcurre la noche, llegando a su máximo entre la medianoche y las 02:00 o las 03:00 horas. A su vez, agrega que el establecimiento no tendría “sistema anti-ruido”, y que las planchas de madera prensada que tendría no serían una solución adecuada para amortiguar el constante ruido emitido. Finalmente, señala que si bien el establecimiento habría recibido una multa por parte de esta Superintendencia, el problema no habría solucionado, sino que más bien, se habría intensificado.

11. Que, luego, con fecha 29 de noviembre de 2018, esta Superintendencia recibió una nueva denuncia de ruidos molestos en contra del establecimiento Pub Kunza, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0660, comuna y región de Antofagasta, realizada por doña Alicia Martínez, mediante la cual informa que su domicilio se encontraría ubicado a 15 metros de dos pubs, siendo uno de ellos Pub Kunza, el cual funcionaría de martes a domingo, entre las 18:00 horas y las 04:00 horas, y emitiría “música a todo volumen”, circunstancia, que, según indica, habría desmejorado la salud de algunas personas, debido a la imposibilidad de poder descansar.

12. Que, con fecha 29 de noviembre de 2018, esta Superintendencia recibió una nueva denuncia de ruidos molestos de don Humberto Antonio Muñoz Vargas, en contra del mismo establecimiento Pub Kunza, mediante la cual informa que dicho establecimiento colinda por la parte de atrás de su domicilio. Además, señala que el recinto funcionaría de lunes a domingo desde las 21:00 horas hasta las 04:00 horas, y que emitiría ruidos molestos correspondientes a música en vivo desde el año 2015. Sin embargo, agrega que los mencionados ruidos molestos, habrían aumentado desde el mes de octubre del año 2018. A su vez, informa que dicha circunstancia le generaría estrés, le alteraría su sistema nervioso, le impediría dormir, y en consecuencia, tendría cansancio emocional y mental. Finalmente, en cuanto a la

caracterización del entorno afectado, indica que cercano se encontraría un establecimiento de educación y un consultorio de salud.

13. Que, a la presentación anterior, se acompañaron los siguientes documentos: 1) sentencia de fecha 28 de enero de 2016, emitida por el Tercer Juzgado de Policía Local, en el cual se condena a Sociedad de Inversiones El Trébol Limitada, con giro de restaurante diurno y nocturno de alcoholes, con domicilio en Avenida República de Croacia N° 0660, al pago una multa de tres UTM por la responsabilidad infraccional de la Ordenanza Municipal N° 004/2009, sobre Prevención y Control de Ruidos Molestos; 2) Carta no fechada ni firmada, mediante la cual, se informa a la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Antofagasta, que los ruidos molestos de los Pubs ubicados en el sector Playa Blanca –Parque Croacia, les afectaría gravemente la salud de las personas, puesto que les impediría dormir y trabajar a los vecinos; además, señala que más afectados aún serían los niños ya que tendrían dificultades para levantarse en las mañanas para ir al colegio, aconteciendo incluso, que se han quedado dormido en clases; y, finalmente, 3) sentencia de fecha 6 de agosto de 2018, emitida por el Tercer Juzgado de Policía Local, en la cual se declara la incompetencia para conocer la denuncia de ruidos molestos efectuada por don Humberto Antonio Muñoz Vargas.

14. Que, en virtud de lo anterior, con fecha 11 de diciembre de 2018, mediante el Ord. D.S.C. MZN N° 255/2018 y el Ord. D.S.C. N° 276/2018, esta Superintendencia informó a don Benito Gómez Silva y a doña Alicia Martínez, respectivamente, que se tomó conocimiento de las denuncias de ruidos molestos, en contra de Bar Kunza, y éstas habían sido incorporadas en nuestro sistema. Además, se les indicó que los hechos denunciados se encontraban en estudio y que en la oportunidad que correspondiera, les sería comunicado aquello que esta Superintendencia resolviera de conformidad a la ley.

15. Que, con fecha 12 de diciembre de 2018, mediante el Ord. D.S.C. MZN N° 281/2018, esta Superintendencia informó a don Humberto Muñoz Vargas, que se tomó conocimiento de la denuncia de ruidos molestos, en contra de Bar Kunza, y que fue incorporada en nuestro sistema. Además, se le indicó los hechos denunciados se encontraban en estudio y que en la oportunidad que correspondiera, le sería comunicado aquello que esta Superintendencia resolviera de conformidad a la ley.

16. Que, con fecha 4 de enero de 2019, esta Superintendencia recibió una carta de doña Doris Navarro F., Concejala de la Municipalidad de Antofagasta, mediante la cual acompaña denuncias realizadas por los vecinos organizados en la agrupación “No + Ruido”, en contra de los ruidos molestos emitidos por locales aleñados a éstos, en el sector de Playa Blanca, entre los cuales, se encuentra Pub Kunza.

17. Que a la antedicha presentación, se acompaña copia de una denuncia realizada por don Humberto Muñoz Vargas, doña Alicia Brito Ávalos y don Willy Ruhl Peña, mediante la cual, en su calidad de integrantes de la agrupación “No + Ruido”, solicitan a la Alcaldesa de la I. Municipalidad de Antofagasta, la suspensión de las autorizaciones otorgadas a los establecimientos comerciales en el borde costero de Antofagasta, sector Avenida Croacia, a razón de que, entre otros, no darían cumplimiento a la norma chilena de ruido, superando por mucho la emisión permitida.

18. Que, con fecha 7 de enero del año 2019, la División de Fiscalización (DFZ) derivó a la División de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambas de esta

SMA, el Informe de Fiscalización DFZ-2019-14-II-NE, (en adelante, “el Informe”), el cual contiene Actas de Inspección Ambiental de fechas 30 y 31 de diciembre, ambas de 2018, y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 30 de diciembre del año 2018, un fiscalizador se constituyó en el domicilio del denunciante, ubicado en Avenida República de Croacia N° 0656, comuna de Antofagasta, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental. Al mismo tiempo, consta en el referido Informe que con fecha 31 de diciembre de 2018, un fiscalizador se constituyó nuevamente en el domicilio del denunciante, con el objeto de realizar la correspondiente actividad de fiscalización ambiental. Ambas actividades de fiscalización ambiental constan en el citado expediente de fiscalización.

19. Que, según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, la medición en el receptor, realizada con fecha 30 de diciembre de 2018, en condición externa, durante horario nocturno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.), registra una excedencia de **21 dB(A)**. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla N° 1: Evaluación de mediciones de ruido en Receptor 1.

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor N° 1 (Interna)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	66	61	II	45	21	No Conforme

Fuente: Anexo Acta, Detalles de actividad de fiscalización. DFZ-2019-14-II-NE.

20. Que, por otro lado, con fecha 10 de enero de 2019, mediante el Ord. AFTA N° 015/2019, esta Superintendencia informó a doña Doris Navarro F., que su denuncia había sido incorporada a los expedientes de denuncias en contra de los pub que indicó en su presentación de fecha 4 de enero de 2018, motivo por el cual, sería notificada de los resultados de dicha investigación.

21. Que, por otra parte, mediante la Resolución Exenta N° 39, con fecha 14 de enero del año 2019, en mérito de los antecedentes del caso y del resto de los antecedentes individualizados en dicha Resolución, esta Superintendencia ordenó, en síntesis, la adopción de las siguientes medidas provisionales: 1) Prohibición de funcionar las fuentes emisoras de ruido ubicadas al interior y exterior de Pub Kunza¹, por un plazo de 15 días hábiles desde su notificación. Al respecto, se indicó que la medida debía ser implementada de manera inmediata al momento de ser notificado el titular, y que como medio de verificación, se debía enviar a la Oficina Regional de Antofagasta de esta Superintendencia, dentro del plazo de 10 días hábiles desde la notificación, registros audiovisuales (videos) diarios, tomados entre las 09:00 horas y la 04:00 horas del día siguiente de la referida notificación, en los cuales se pudiera verificar la no utilización de los equipos emisores de ruido. Además, se señaló que los registros debían presentar hora y fecha. Finalmente, se hizo presente, que dicha acción no impediría el normal funcionamiento del local, el cual no debía sobrepasar los límites del horario nocturno del D.S. N° 38/2011; y, 2) el deber de elaborar un informe de diagnóstico de problemas acústicos, que considerara, a lo menos, un levantamiento de las características del sistema de amplificación del local (número de equipos, potencia, distribución y proyección sonora dentro del local (techo, paredes, suelo) para cada uno de

¹ Se entiende por fuentes emisoras a los sistemas de reproducción de música, altavoces, parlantes, etc.

los pisos. Además, se indicó que en el mismo informe, y como consecuencia del diagnóstico anterior, se debía indicar sugerencias de acciones y mejoras que se pudieran implementar en el local para dar cumplimiento a los niveles de emisión de ruido del D.S. N° 38/2011.

22. Que, posteriormente, con fecha 1 de febrero de 2019, esta Superintendencia recepcionó un escrito de don Cristián Olivares Valdés, mediante el cual solicita prórroga de al menos 15 días, o lo que se estime conforme a mérito, para la ejecución de la medida provisional N° 2, anteriormente señalada. Dicha solicitud se funda en la complejidad que el titular ha tenido para encontrar un profesional idóneo que cumpliera con las características solicitadas por esta Superintendencia.

23. Que, con fecha 8 de febrero de 2019, mediante el Memorándum D.S.C. N° 041/2019, se procedió a designar a Daniela Paulina Ramos Fuentes como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Álvaro Núñez Gómez de Jiménez como Fiscal Instructor suplente.

24. Que, con fecha 11 de febrero de 2019, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-015-2019, mediante la Formulación de Cargos en contra de don Cristian Javier Olivares Valdés, titular del Pub Kunza, ubicado en calle Avenida República de Croacia N° 0660, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta, por el siguiente hecho infraccional: *“La obtención, con fecha 30 de diciembre de 2018, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 66 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II”*.

25. Que, la Fiscal Instructora del caso resolvió otorgar el carácter de interesado en dicho procedimiento sancionatorio, de acuerdo con el artículo 21 de la LO-SMA, a don Hermindo Ulloa Cabezas, don Marco Castro Saavedra, don Humberto Antonio Muñoz Vargas, don Emmanuel Casanova M., don Benito Segundo Gómez Silva, doña Alicia Martínez, doña Doris Navarro F. y don Alejandro Norambuena Pedraza.

26. Que, la antedicha Resolución de Formulación de Cargos fue notificada personalmente al titular, con fecha 12 de febrero de 2019, de conformidad a lo señalado por ley, según consta en el acta de notificación respectiva.

27. Que, encontrándose dentro de plazo, con fecha 25 de febrero de 2019, don Cristian Javier Olivares Valdés, titular de la unidad fiscalizable Pub Kunza, presentó un Programa de Cumplimiento.

28. Que, con fecha 21 de marzo de 2019, doña Alicia Brito Ávalos, abogada, en representación de don Benito Segundo Gómez Silva, efectuó una nueva presentación ante esta Superintendencia, adjuntando antecedentes y solicitando la clausura total o definitiva del local o aquella sanción que estime pertinente esta Superintendencia.

29. Que, con fecha 29 de marzo de 2019, doña Alicia Brito Ávalos, abogada, en representación de don Benito Segundo Gómez Silva, efectuó una segunda presentación ante esta Superintendencia, adjuntando un CD con material audio visual que daría cuenta de la constante infracción al decreto N° 38/2011.

30. Que, con fecha 16 de abril de 2019, doña Alicia Brito Ávalos, abogada, en representación de don Benito Segundo Gómez Silva, efectuó una tercera

presentación ante esta Superintendencia, adjuntando un segundo CD con material audio visual que daría cuenta de la constante infracción al decreto N° 38/2011.

31. Que, posteriormente, mediante Memorándum N° 22291/2019, de fecha 18 de abril de 2019, el Programa de Cumplimiento presentado por el titular, fue remitido al Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, con la finalidad de resolver su aprobación o rechazo.

32. Que, con fecha 7 de junio de 2019, don Alejandro Norambuena Pedraza efectuó una nueva denuncia ante esta Superintendencia, indicando que Pub Kunza habría vuelto a funcionar con música en vivo y karaoke hasta las 5 de la madrugada, especialmente los fines de semana. Agrega que el nivel de ruido sería tan alto que no permitiría dormir, ya que, como el establecimiento carecería de aislación acústica, los vecinos escucharían como si se estuviera dentro del local.

33. Que, luego, con fecha 24 de junio de 2019, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-015-2019, esta Superintendencia, previo a resolver, incorporó observaciones al Programa de Cumplimiento presentado por Cristian Javier Olivares Valdés, para que éste cumpliera cabalmente los criterios de aprobación expresados en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012, relativos a la integridad, eficacia y verificabilidad. Para ello, se estableció que el titular debía presentar un programa de cumplimiento que se adecuara a las normas citadas anteriormente.

34. Que, la Resolución de Observaciones al Programa de Cumplimiento (Res. Ex. N° 2/Rol D-015-2019) fue notificada personalmente al titular, con fecha 4 de julio de 2019, de conformidad a lo señalado por ley, según consta en el acta de notificación respectiva.

35. Que, mediante escrito presentado a esta Superintendencia con fecha 10 de julio de 2019, Cristian Olivares Valdés solicitó ampliación de plazo para presentar una nueva versión del programa de cumplimiento.

36. Que, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-015-2019, de fecha 11 de julio de 2019, esta Superintendencia otorgó una ampliación de plazo para la presentación de un programa de cumplimiento refundido, concediendo un plazo adicional de dos días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo original.

37. Que, con fecha 15 de julio de 2019, don Cristian Javier Olivares Valdés, titular de la unidad fiscalizable Pub Kunza, presentó un Programa de Cumplimiento refundido.

38. Que, con fecha 27 de febrero de 2020, mediante Memorándum DSC N° 128, debido a razones de distribución interna, se modificó la Fiscal Instructora del presente procedimiento sancionatorio, designándose a doña Leslie Cannoni Mandujano y dejando a Daniela Ramos Fuentes como Fiscal Instructora Suplente.

39. Que, con fecha 3 de marzo de 2020 y mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-015-2019, esta Superintendencia rechazó el Programa de Cumplimiento presentado por el titular, por estimar no haberse dado cumplimiento a los criterios establecidos en

el artículo 9° del Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación.

40. Que, la antedicha resolución fue remitida mediante carta certificada al domicilio del titular, siendo entregada en éste con fecha 3 de agosto de 2020, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180851760021.

41. Que, posteriormente, con fecha 27 de octubre de 2020, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-015-2019, esta Superintendencia solicitó información al titular, en virtud de lo establecido en el artículo 50 de la LO-SMA, resolución que fue entregada en éste con fecha 6 de noviembre de 2020, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1176273789252.

IV. CARGO FORMULADO

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

Tabla N° 2: Formulación de cargos.

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 30 de diciembre de 2018, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 66 dB(A) , en horario nocturno, en condición externa , 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="730 1739 1008 1859"> <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	Grave , conforme al numeral 2 del artículo 36 LO-SMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	45						

V. PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

43. Que, conforme a lo señalado anteriormente, con fecha 25 de febrero de 2019, don Cristian Javier Olivares Valdés, titular de Pub Kunza, presentó

un Programa de Cumplimiento, el cual fue observado, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-015-2019, de fecha 24 de junio de 2019, 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, el cual fue presentado con fecha 15 de julio de 2019. Que, posteriormente, con fecha 3 de marzo de 2020, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-015-2019, esta Superintendencia rechazó el Programa de Cumplimiento refundido presentado, D.S. N° 30/2012 MMA, según se especificó en la mencionada resolución.

VI. NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL TITULAR

44. Habiendo sido notificado el titular mediante carta certificada recepcionada con fecha 3 de agosto de 2020 en la Oficina de Correos de la comuna de Antofagasta de la Resolución Exenta N° 4/Rol D-015-2019, que tuvo por rechazado el programa de cumplimiento, la empresa no presentó escrito de descargos dentro del saldo de plazo otorgado para el efecto, correspondiente a 1 día hábil.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

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

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

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

48. Por otro lado, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que *“Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8° de la LO-SMA señala *“el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos*

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

constitutivos de infracciones normativas que consignent 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”.

49. 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”.*

50. 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.”*³

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

52. 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 30 de diciembre de 2018, 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 19 y siguientes de este Dictamen.

53. 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 30 de diciembre de 2018, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

54. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 30 de diciembre de 2018, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 66 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, medidos desde el punto de medición N° 1, en el Receptor N° 1; ubicado en Avenida República de Croacia N° 0656, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta, 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.

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

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

55. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/D-015-2019, esto es, La obtención, con fecha 30 de diciembre de 2018, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 66 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II.

56. 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 del MMA.

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

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

58. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/D-015-2019, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 del MMA.

59. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como grave⁴, considerando que, de manera preliminar, se estimó que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA.

60. Al respecto, es de opinión de esta Fiscal Instructora mantener dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento es posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA, de acuerdo a lo que se señala a continuación.

⁴ El artículo 36 N° 2, de la LO-SMA, dispone que son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación; b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población; c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación; d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior; e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental; f) Conllevan el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia; g) Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla; h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo; i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

61. En efecto, en relación a la generación de riesgo significativo a la salud de la población, es necesario considerar que, según se aprecia en la Ficha de Información de Medición de Ruido de fecha 30 de diciembre de 2018, se observa que, además de existir una superación sobre el nivel de presión sonora permitido de 21 dB(A) decibeles, de las 8 denuncias asociadas al presente sancionatorio varias hacen referencia a la existencia de receptores sensibles vulnerables que han sido afectados por el ruido. Así, en primer lugar, la denuncia de don Benito Gómez Silva informa la existencia de dos adultos mayores que habitan su propiedad. Por otra parte, la denuncia de don Alejandro Norambuena Pedraza indica la existencia de 4 personas de la tercera edad y 2 en situaciones de discapacidad o con movilidad reducida que se han visto afectadas en su salud producto de los ruidos generados por el titular. A mayor abundamiento, tanto la denuncia de don Humberto Muñoz Vargas como la de doña Alicia Martínez hacen referencia a que en las cercanías del Pub Kunza se encuentra un consultorio de salud. El análisis respecto de la significancia del riesgo que la infracción ha generado, se describirá en la sección del presente dictamen destinada a la ponderación de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, relativa a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado por motivo de la infracción.

62. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

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

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

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

64. Por su parte, el artículo 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal b) que “Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales”.

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

66. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en 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 del presente procedimiento. A continuación se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

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

67. El artículo 40 de la LO-SMA, dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado⁵.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁶.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁷.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁸.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁹.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁰.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o¹¹.*

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

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

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

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

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

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

¹¹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹².*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹³.*

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

- a. **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- b. **Letra e), irreprochable conducta anterior**, puesto que se constata que el establecimiento presenta una conducta anterior negativa.
- c. **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE.
- d. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues este no cumplió con los criterios de aprobación por parte de esta Superintendencia], conforme a lo señalado en los considerandos 44 y 48 y siguientes del presente dictamen.

69. 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, en este caso no aplican las siguientes:

- a. **Letra i), respecto de cooperación eficaz**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan contribuido al 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.

70. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA 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).

71. 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

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

¹³ En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

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.

72. 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.

73. 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.

74. 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 30 de diciembre de 2018 ya señalada, en donde se registró su máxima excedencia **21 dB(A)** por sobre la norma en horario nocturno en el receptor N° 1 y ubicado en Av. República de Croacia 0656, comuna de Antofagasta, siendo el ruido emitido por Pub Kunza.

(a) Escenario de Cumplimiento.

75. 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 del MMA, 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 N° 3: Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento¹⁴.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Cierre techo segundo piso (104,6 m ²)	\$	470.655	ROL D-091-2018 (presupuesto N° 901) / Segundo piso sin techo ni medida acústica efectiva
Revestimiento acústico murallas segundo piso (77,5 m ²)	\$	922.250	ROL D-091-2018 (presupuesto N° 880) /los muros no se encuentran con revestimiento acústico
Revestimiento acústico murallas primer piso (112,6 m ²)	\$	1.339.940	ROL D-091-2018 (presupuesto N° 880) /los muros no se encuentran con revestimiento acústico

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

Instalación de 2 limitadores acústicos (primer y segundo piso)	\$	3.728.546	ROL D-089-2018 (cotización código 2319) /Para controlar emisión de música envasada y música en vivo
Revestimiento de vidrios con termopanel de ventanales frontis 2 niveles (53,8 m ²)	\$	13.403.315	ROL D-089-2018 (presupuesto N° A / 6864 - 1) / Reforzar vidrios sin medidas acústicas
Costo total que debió ser incurrido	\$	19.864.706	

76. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que la fuente emisora consta de dos pisos en los cuales se emite música ya sea envasada o en vivo. El segundo piso, es una terraza sin techumbre por donde escapa el sonido, y sin revestimiento acústico en murallas o ventanales. El primer piso, al igual que el segundo, no cuenta con revestimiento acústico en murallas ni en su fachada, la cual se compone mayormente de vidrio. Que, de acuerdo con lo anterior, y en base a un criterio conservador, el escenario de cumplimiento contempla el revestimiento acústico – con doble tabiquería, forrada con madera, terciado ranurado de 10 mm, esponja aislante de 50 mm, aislapol de alta densidad de 80 mm – de los muros perimetrales del primer y segundo piso. Además, contempla el cambio de los ventanales del frontis de ambos pisos por termopaneles; el cierre del techo del segundo piso con techo triple acústico – compuesto por tabiquería de 2x3", aislapol de 50 mm, lana de vidrio de 80 mm, finalizado con Internit de 1 cm de espesor logrando densidad de 34 kg/m³ –; y la compra de dos limitadores acústicos, para limitar los decibeles emitidos por la música envasada y en vivo, en ambos pisos.

77. 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 30 de diciembre de 2018.

(b) Escenario de Incumplimiento.

78. 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.

79. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, el titular no ha acreditado la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria y por lo tanto, haber incurrido en algún costo asociado a ellas. En relación a lo anterior, cabe indicar que el titular en su presentación de fecha 25 de febrero de 2019 incluyó un informe de ruido con medidas implementadas como la instalación de un tabique ubicado al costado de la entrada del Pub, material absorbente en el escenario del primer piso y material absorbente en una de las esquinas del segundo piso, lo cual no fue acreditado adecuadamente, mediante facturas y/o boletas. Además, por ser mejoras puntuales, no se consideran como medidas idóneas para la mitigación de ruido del local.

80. Respecto de los costos asociados a la implementación de medidas de mitigación que no han sido ejecutadas a la fecha del presente dictamen, 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

81. 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 24 de diciembre de 2020, y una tasa de descuento de 9,8 %, estimada en base a información de referencia del rubro de Pubs. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de diciembre de 2020.

Tabla Nº 4: 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.	19.864.706	32,4	3,4
Costos evitados al no haber implementado medidas de mitigación de ruidos, encontrándose en la imposibilidad de hacerlo actualmente o en el futuro.	0	0,0	

82. 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

83. El valor de seriedad se determina a través de la ponderación conjunta del nivel de seriedad de los efectos de la infracción y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, y el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, quedando excluida del análisis la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA debido a que en el presente caso no resulta aplicable.

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

84. La letra a) del artículo 40 de la LO-SMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño o de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor.

85. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

86. 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.

87. 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 LO-SMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

88. 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

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.

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.

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

90. 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 vegetativo²³.

91. 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 ruido²⁴.

92. 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.

93. 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 completa²⁵. Lo anterior, debido a que existe

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>.

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

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 Receptor N° 1, 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 constatar 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.

94. 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.

95. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del DS N°38 del MMA 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.

96. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 66 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 21 dB(A) corresponde a una emisión significativamente superior a este límite puesto que implica un aumento en un factor multiplicativo de 125,9 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.

97. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo es el tiempo de 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 emisores de ruido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo²⁸. De esta forma, en base a la información entregada por las denuncias recibidas respecto a la frecuencia de funcionamiento y a una estimación del funcionamiento de los equipos,

liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte; un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingesta [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes.

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.

²⁷Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en 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.

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.

98. Por otra parte, en relación al riesgo, cabe manifestar que en el marco de este procedimiento sancionatorio fueron incorporadas varias denuncias que hacen referencia a las condiciones de vulnerabilidad significativas de algunos de los receptores sensibles. En efecto, tal como se señaló en el considerando 61 del presente dictamen, la denuncia de don Benito Gómez Silva informa la existencia de dos adultos mayores que habitan su propiedad. Por otra parte, la denuncia de don Alejandro Norambuena Pedraza indica la existencia de 4 personas de la tercera edad y 2 en situaciones de discapacidad o con movilidad reducida que se han visto afectadas en su salud producto de los ruidos generados por el titular. A mayor abundamiento, tanto la denuncia de don Humberto Muñoz Vargas como la de doña Alicia Martínez hacen referencia a que en las cercanías del Pub Kunza se encuentra un consultorio de salud.

99. En razón de lo expuesto, es de opinión de esta Superintendencia sostener que la superación de los niveles de presión sonora, sumado a la frecuencia de funcionamiento de las fuentes de ruido, y considerando la presencia de personas en condición de vulnerabilidad respecto de las emisiones de ruido, y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, 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)

100. Mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto –riesgo– ocasionado por la infracción, esta circunstancia introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a). Que, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud, sea este significativo o no.

101. 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”*.

102. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el

²⁹ Se estima que la frecuencia de funcionamiento de los equipos emisores de ruido se encuentra dentro de un rango aproximado de 2080 horas de funcionamiento al año.

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.

103. 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 fórmula³⁰:

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

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.

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

104. 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 DS N°38/2011 MMA, 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.

105. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 30 de diciembre de 2018, que corresponde a 21 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 40, 6 metros desde la fuente emisora.

106. 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 Antofagasta, en la Región de Antofagasta, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas

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

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/>

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 Nº 1: Intersección manzanas censales y AI.



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

107. 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 Nº 5: Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales.

IDPS	ID Manzana Censo	Nº de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	2101091001037	34	121327	574	0	0
M2	2101091001049	19	3313	2054	62	12
M3	2101091009001	53	3656	730	20	11

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

108. 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 **23 personas**.

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

117. 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)

118. 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.

119. 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.

120. 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.

121. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el Decreto Supremo N° 38, del año 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, la cual tiene por objetivo “proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido que esta norma regula”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.

122. 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,

³³ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

comerciales, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura, que generan emisiones de ruido.

123. 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.

124. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 21 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada el 30 de diciembre de 2018 y la cual fue motivo de la Formulación de Cargos asociada a la resolución Res. Ex. N°1/Rol D-015-2019. Cabe señalar, sin embargo, que dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del art. 40.

b.2. Factores de incremento

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

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

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

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

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

129. Conforme a lo resuelto por la Corte Suprema, *"la intencionalidad, en sede administrativa sancionadora, corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances"*

jurídicos"³⁴. Se debe destacar que este criterio está contenido en las Bases Metodológicas, en el capítulo dedicado a intencionalidad. En este sentido, el máximo tribunal ha establecido tres requisitos para que concurra la intencionalidad en sede administrativa sancionadora, a saber: i) que el presunto infractor conozca la obligación contenida en la norma; ii) que el mismo conozca la conducta que se realiza y iii) que el presunto infractor conozca los alcances jurídicos de la conducta que se realiza. En el presente caso, en base al análisis de los antecedentes incorporados al presente expediente sancionatorio, se verifica la concurrencia de estos requisitos, por las razones que se exponen a continuación.

130. En el presente caso, se debe atender al procedimiento Rol D-061-2017, instruido por esta Superintendencia contra el mismo titular objeto del presente procedimiento. Lo anterior es relevante toda vez que, aunque el titular pudiese argumentar que de forma previa al procedimiento indicado desconociese la norma aplicable, desde el momento en que se le notifica la formulación de cargos del Procedimiento sancionatorio señalado anteriormente, se ha puesto al titular en conocimiento de la obligación contenida en la norma de ruidos. Cabe señalar que la notificación de esta resolución se practicó el año 2017, por lo que al momento de la fiscalización del año 2018, el titular ya estaba en conocimiento de la obligación contenida en la norma. Respecto del segundo requisito, consistente en que el titular conozca la conducta que se realiza, no cabe sino concluir que él mismo está en conocimiento de la conducta, toda vez que la fuente emisora de los ruidos molestos corresponde a equipos de música, los cuales fueron instalados y son permanentemente administrados y operados por el titular. Finalmente, respecto del requisito relativo a que el titular conozca los alcances jurídicos de la conducta que se realiza, es útil atender nuevamente a la formulación de cargos del procedimiento D-061-2017, mediante la que se indica que el hecho constituye infracción a la normativa aplicable, y que respecto de la misma se aplicó una sanción correspondiente a multa de un monto de 16 UTA.

131. En este sentido, se estima además que el titular ha tenido un actuar doloso debido a que su estado de incumplimiento se mantuvo a lo menos más de un año y medio, es decir, a pesar de la sanción previa, y no obstante estar en pleno conocimiento de las implicancias que su actuar tiene en la comunidad, fue contumaz y persistió en la conducta infraccional, asumiendo las consecuencias que de su acto se derivaran. Asimismo, como ya se indicó en el considerando anterior, a pesar de estar en pleno conocimiento de la obligación contenida en la norma y del carácter infraccional de sus actos, el titular no ha tomado las medidas necesarias para finalizar su estado de incumplimiento, pudiendo hacerlo. En razón de lo anterior, se concluye que los hechos infraccionales ejecutados por el titular, que sirvieron de base para el presente procedimiento sancionatorio, se han cometido con pleno conocimiento y, por tanto, dolosamente, por lo que se verifica la intencionalidad en la infracción.

132. En consecuencia, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora, como único hecho constitutivo de infracción, permite afirmar que los actos del infractor reflejan una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por ese motivo, **esta circunstancia será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.**

b.2.2. Conducta anterior negativa (letra e)

³⁴ Corte Suprema. Causa Rol N° 24.422-2016. Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017.

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

134. Al respecto, se tienen antecedentes en el actual procedimiento que dan cuenta de infracciones cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente Dictamen. En efecto, con fecha 10 de junio de 2017 se obtuvieron niveles de presión sonora corregida de 64 y 68 dB(A), en horario nocturno, infracción que fue sancionada a través de la Resolución Exenta N° 573, de 18 de mayo de 2018.

135. Por ese motivo, **esta circunstancia será considerada como un factor de incremento del componente de afectación para la determinación de la sanción.**

b.2.3. Falta de cooperación (letra i)

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

137. Algunas de las conductas que se consideran para valorar esta circunstancia son las siguientes: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) El infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

138. En el presente caso, a través de la citada Resolución N°8/Rol D-015-2019, le fue requerido a Cristian Javier Olivares Valdés informar sobre eventuales medidas implementadas en la referida unidad fiscalizable, adjuntando fichas técnicas de materiales o equipos usados; planos que ilustraran la ubicación del lugar de ejecución de las medidas y su relación con los receptores sensibles; informes técnicos de medición de ruidos efectuados por ETFAs que dieran cuenta de la eficacia de las acciones; copia de boletas y/o facturas en que constara la adquisición de materiales o pago de servicios; y material audiovisual sobre las medidas implementadas, sin que el titular haya respondido, a pesar de haber sido notificado de acuerdo a lo señalado en el considerando 46 del presente dictamen.

139. En virtud de lo anterior, **se configura la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, para efectos de aumentar el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar.**

b.3. Factores de disminución

140. Que, a juicio de esta Fiscal Instructora, no se configuran en la presente especie alguna de las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA que disminuyan el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar.

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

141. 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 Pública³⁵. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

142. 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.

143. 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 2019 (año comercial 2018). Sin embargo, se observa que el SII no cuenta con la información de tamaño económico para Pub Kunza.

144. Por otra parte, de la revisión de los antecedentes disponibles en el procedimiento, se concluye que no se cuenta con información de los ingresos anuales del infractor que permita determinar su tamaño económico, debido a que dicha información, si bien fue solicitada mediante Resolución N°8/Rol D-015-2019, no fue respondida por el titular. En ese contexto, fue necesario estimar el tamaño económico del infractor a partir de los antecedentes de referencia disponibles por esta Superintendencia. De acuerdo con lo anterior,

³⁵ 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.

tamaño económico de la empresa fue estimado en concordancia con la información contenida en el procedimiento ROL D-061-2017, en la cual se le clasificó como pequeña N°1.

145. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico estimado 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.

146. En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada como pequeña 1, **se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.**

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

147. 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.

148. 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.

149. 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.

150. 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 2020³⁶, 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.

XII. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

151. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de esta Fiscal Instructora corresponde aplicar a Cristian Javier Olivares Valdés.

152. Se propone una multa tres coma cuatro unidades tributarias anuales (**3,4 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 21 dB(A), registrado con fecha 30 de diciembre de 2018, 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 del MMA.

LESLIE CANNONI MANDUJANO
Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Rol D-015-2019

³⁶ 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].