

DEV

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-126-2021, SEGUIDO EN
CONTRA DE SOCIEDAD GASTRONÓMICA CHINA
XUAN LTDA., TITULAR DE CENTRO DE EVENTOS
CHINA XUAN**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Esta Fiscal Instructora ha tenido como marco normativo aplicable el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, “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; la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante e indistintamente, “D.S. N° 38/2011 MMA”); en la Resolución Exenta N° 119123/44/2021, de fecha 11 de mayo de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente que designa Jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento; la Resolución Exenta N° 2124, de fecha 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 la homologación de zonas del D.S. N° 38/2011 MMA; la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 MMA; 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; la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante e indistintamente, “Bases Metodológicas”); la Resolución Exenta N° 1.270, de 3 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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-126-2021, fue iniciado en contra de SOCIEDAD GASTRONÓMICA CHINA XUAN LTDA., (en adelante e indistintamente, “el titular” o “la empresa”), RUT N°76.509.801-7, titular de “Centro de Eventos China Xuan” (en adelante e indistintamente, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en Ruta Q 45, Camino a Antuco, Km. 3, comuna de Los Ángeles, de la Región del Biobío.

2. Dicho establecimiento tiene como objeto la prestación de servicios de esparcimiento y, por tanto, corresponde a una “Fuente Emisora de Ruidos”, al tratarse de una actividad de esparcimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 3 y 13 del D.S. N° 38/2011. Por lo tanto, se encuentra obligada a dar cumplimiento a los límites máximos permisibles contenidos en esta norma de emisión.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN.

3. Que, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, “SMA”) recepcionó las denuncias inidentificadas en la Tabla N°1, donde se indicó que se estaría sufriendo de ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas por “CENTRO DE EVENTOS CHINA XUAN”, principalmente por el funcionamiento de equipos de amplificación de música:

Tabla 1 - Denuncias presentadas por las actividades desarrolladas por “Centro de Eventos China Xuan”

Número	ID denuncia	Fecha de presentación	Nombre denunciante	Dirección
1	24-VIII-2020	03 de marzo de 2020	Hugo Antonio Miralles Tejada	Calle Los Carrera N°291, comuna de Los Ángeles, Región del Biobío.

4. Junto a su denuncia, don Hugo Antonio Miralles Tejada acompañó una serie de videograbaciones y fotografías de la unidad fiscalizable.

5. Que, mediante Ord. (OBB) N°101/2020, de 27 de marzo de 2020, esta SMA informó al denunciante que su denuncia fue registrada en nuestros sistemas con el ID 24-VIII-2020 y que la actividad de medición de nivel de presión sonora ingresó a planificación.

6. Que, mediante Ord. OBB N°152/2020, de 06 de mayo del 2020, esta SMA derivó aquellos aspectos de la denuncia relacionada con materias de la competencia de la autoridad sanitaria, tales como olores molestos y control de vectores, a la SEREMI de Salud de la Región del Biobío.

7. Que, con fecha 07 de octubre de 2020, el denunciante envió un correo electrónico a la Oficina Regional de la SMA del Biobío, mediante el cual reiteró los hechos denunciados y acompañó una fotografía y 4 videograbaciones de la unidad fiscalizable.

8. Que, mediante Ord. (OBB) N°290/2020, de 13 de octubre de 2020, esta SMA informó al titular sobre la denuncia por ruidos molestos recepcionada y dirigida en contra de éste, requiriendo adicionalmente la implementación de medidas de mitigación de ruidos, las que deberán ser informadas a esta SMA, dentro del plazo de 10 días.

9. Que, con fecha 02 de noviembre de 2020, el denunciante presentó carta mediante la cual acompañó un listado de vecinos y/o familias que se ven afectados por la emisión de ruidos molestos provenientes de la unidad fiscalizable denunciada, quienes suscriben la mencionada lista.

10. Que, con fecha 06 de abril de 2021, la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental derivó al Departamento de Sanción y Cumplimiento, ambos de esta SMA, el Informe de Fiscalización DFZ-2021-667-VIII-NE, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 04 de febrero de 2021 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe señalado, el día 04 de febrero de 2021, fiscalizadores de esta SMA se constituyeron en el domicilio de un receptor sensible, ubicado en Ruta Q 45, Camino a Antuco, Km. 3, sin número, comuna de Los Ángeles, Región del Biobío (receptor N°1), a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental.

11. Que, según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, la medición realizada desde el receptor N°1, con fecha 04 de febrero de 2021, en las condiciones que indica, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registra una excedencia de 19 dB(A) El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

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

Fecha de la medición	Receptor	Horario de medición	Condición	NPC dB(A)	Ruido de Fondo dB(A)	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
04 de febrero de 2021	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	69	43	Rural	50	19	Supera

12. Cabe tener presente, que el presente procedimiento sancionatorio conforme a lo resuelto en la formulación de cargos, tiene por incorporados al expediente, la denuncia, el Informe de Fiscalización Ambiental, las Fichas de Información de Medición de Ruidos, y todos aquellos actos administrativos emitidos por la autoridad administrativa durante el proceso de fiscalización.

13. En razón de lo anterior, con fecha 12 de mayo de 2021, la Jefatura del Departamento de Sanción y Cumplimiento nombró como Fiscal Instructor Titular a Monserrat Estruch Ferma y como Fiscal Instructor Suplente, a Jaime Jeldres García, a fin de investigar los hechos constatados en el Informe de Fiscalización individualizado; y asimismo, formular cargos o adoptar todas las medidas que considere necesarias para resguardar el medio ambiente, si a su juicio, existiere mérito suficiente para ello.

14. Con fecha 20 de mayo de 2021, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-126-2021, esta Superintendencia formuló cargos que indica, en contra de Sociedad Gastronómica China Xuan Ltda.

15. Con fecha 12 de octubre de 2021, el denunciante envió un correo electrónico a esta fiscal instructora, reiterando los hechos denunciados y solicitando se notifique al denunciando.

16. Que, con fecha 27 de octubre de 2021, el denunciante acompañó al procedimiento un certificado médico, de 25 de octubre de 2021, emitido por Psicóloga y supervisora clínica acreditada, que da cuenta de problemas de salud producto de los ruidos molestos emanados del establecimiento Centro de Eventos China Xuan.

17. Que, la Res. Ex. N°1/ Rol D-126-2021, fue notificada mediante correo electrónico al titular, con fecha 28 de octubre de 2021, habiéndose entregado en el mismo acto, copia de la Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos. Al respecto, es menester indicar que previamente, con fecha 10 de agosto de 2021, se intentó notificar personalmente al titular, por medio del apersonamiento de funcionario de la SMA en la unidad fiscalizable, con todo, en dicha ocasión se dejó constancia en acta de notificación extendida al efecto que no se pudo realizar la actividad al no haber respuesta por parte del personal y por encontrarse cerrado el acceso a la unidad fiscalizable; motivo por el cual se dejó copia de la Res. Ex. N°1/Rol D-126-2021 en puerta de acceso.

18. Cabe hacer presente que la Resolución Exenta N° 1/Rol D-126-2021, en su resuelvo VIII, requirió de información a Sociedad Gastronómica China Xuan Ltda., en los siguientes términos:

- a) *Identidad y personería con que actúa del representante legal del titular, acompañando copia de escritura pública, o instrumento privado autorizado ante notario, que lo acredite.*
- b) *Los Estados Financieros de la empresa o el Balance Tributario del último año. De no contar con cualquiera de ellos, se requiere ingresar cualquier documentación que acredite los ingresos percibidos durante el último año calendario.*
- c) *Identificar las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido dentro de la unidad fiscalizable.*
- d) *Plano simple que ilustre la ubicación de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido. Asimismo, indicar la orientación y referencia con los puntos de medición de ruidos individualizados en las Fichas de Medición de Ruidos incorporadas en el informe DFZ-2021-667-VIII-NE, además de indicar las dimensiones del lugar.*
- e) *Indicar el horario y frecuencia de funcionamiento de la Unidad Fiscalizable (establecimiento), indicando expresamente el horario de inicio y término de su funcionamiento, así como los días de la semana en los que funciona.*
- f) *Indicar el horario y frecuencia de funcionamiento de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido, indicando expresamente el horario de inicio y término de su funcionamiento, así como los días de la semana en los que funciona.*
- g) *Música Envasada: Indicar el número de parlantes, micrófonos o similares que utiliza el recinto, adjuntando fotografías fechadas y georreferenciadas de los parlantes, micrófonos y/o similares y su potencia, indicando si el establecimiento cuenta con terraza y/o sector abierto que se encuentre habilitado con parlantes, micrófonos y/o similares o equipos de música.*
- h) *Música en vivo: Indicar el horario y frecuencia de la música en vivo, indicando en el plano simple, la ubicación donde se realiza y su relación con los receptores sensibles. De igual manera describir si se realiza al interior de la edificación de la Unidad Fiscalizable o en el sector de terraza y/o patio en caso de existir.*

19. En relación a lo anterior, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-126-2021 ya referida, en su resuelvo IV señaló al

infractor un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento (en adelante e indistintamente, “PdC”), y de 15 días hábiles para formular sus Descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

20. Asimismo, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.880, en el resuelto IX de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-126-2021, amplió de oficio el plazo para la presentación de un PdC y para efectuar Descargos, concediendo un plazo adicional de 5 días hábiles en el primer caso, y de 7 días hábiles en el segundo caso.

21. En este sentido, considerando la ampliación de oficio otorgada por esta Superintendencia para la presentación de un Programa de Cumplimiento y Descargos, el plazo para presentar un PdC venció el día 19 de noviembre de 2021, en tanto que el plazo para presentar Descargos venció el día 30 de noviembre de 2021.

22. Que, mediante Memorándum N° 891/2021, de fecha 17 de diciembre de 2021, esta fiscal instructora solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales procedimentales de la letra a) del artículo 48 de la LO-SMA, en consideración al riesgo a la salud de las personas que estriba la operación del proyecto y la superación de la norma de ruidos constatada en febrero de 2021 (19 dB), la cual implica un aumento en un factor multiplicativo de 79,4 en la energía del sonido aproximadamente, respecto de aquella permitida por el nivel de ruido tolerado por el D.S. N°38/2011 MMA.

23. Que, mediante Res. Ex. N°2672, de 22 de diciembre de 2021, esta SMA ordenó al titular la adopción de medidas provisionales procedimentales establecidas en la letra a) del artículo 48 de la LO-SMA, por el término de 30 días corridos, consistentes en:

- a) Elaborar un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos que considere, a lo menos, un levantamiento de las características del sistema de amplificación del local (número de equipos, potencia, distribución y proyección sonora dentro del lugar, eficiencia acústica, entre otros), junto con las características y materialidad de la infraestructura (techo, paredes, suelo). El mismo deberá incluir sugerencias de acciones y mejoras idóneas y suficientes que puedan ser implementadas en el local para dar cumplimiento a los niveles de emisión de ruido del D.S. N°38/2011 MMA.
- b) Implementar, dentro del plazo de vigencia de 30 días, las mejoras propuestas por el informe señalado precedentemente, apoyado por el profesional que lo elaboró.
- c) Instalar, en un lugar cerrado para evitar que sea manipulado, un dispositivo limitador de frecuencias, compresor acústico, o similar, configurado por un profesional en la materia, con el objeto de reducir el conjunto de las emisiones acústicas provenientes de los sistemas de reproducción y de amplificación del local.
- d) Prohibir la realización de actividades y el funcionamiento de los aparatos que hagan uso de los sistemas de reproducción y amplificación del centro de eventos, hasta que no se encuentren plenamente implementadas las medidas señaladas en los puntos considerativos anteriores. Esta prohibición incluye sistemas de reproducción de música, altavoces, parlantes, subwoofer y animadores.

24. Mediante la misma resolución, esta SMA requirió de información al titular, en cuanto a presentar un informe de inspección sobre la correcta implementación de las medidas referidas, que considere adicionalmente una medición de ruidos

emitidos por la unidad fiscalizable, dentro del plazo de 10 días desde el vencimiento de las medidas ordenadas.

25. Que, la antedicha resolución fue notificada personalmente al titular con fecha 23 de diciembre de 2021, según consta en el acta de notificación extendida al efecto.

26. Que, con fecha 02 de enero de 2022, en el marco de la medida provisional Rol MP-072-2021, el denunciante envió un correo electrónico a esta SMA, acompañando una serie de videgrabaciones que dan cuenta del continuo funcionamiento de los equipos de amplificación, animación y karaoke desde la unidad fiscalizable.

27. Que, con fecha 13 de enero de 2022, en el marco de la medida provisional Rol MP-072-2021, el denunciante envió un correo electrónico a esta SMA, reiterando lo señalado en el considerando anterior y acompañando una nueva serie de videgrabaciones.

28. Que, con fecha 03 de febrero de 2022, en el marco de la medida provisional Rol MP-072-2021, el denunciante presentó nuevos antecedentes, relativos a una publicación de una videgrabación en la red social Instagram del titular.

29. Que, mediante Res. Ex. N°263, de 24 de febrero de 2022, esta SMA resolvió declarar el incumplimiento de las medidas provisionales ordenadas mediante la Res. Ex. N°2672, de 22 de diciembre de 2021, según lo constatado por el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2022-24-VIII-MP, que da cuenta que las medidas fueron incumplidas por el titular en su totalidad.

30. Que, el titular no realizó presentación alguna durante el curso del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

IV. CARGO FORMULADO

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

Tabla 3 - Formulación de cargos

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación
1	La obtención, con fecha 04 de febrero de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 69 dB(A) , medición efectuada en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona Rural.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 9 letra a):</p> <p><i>“Para zonas rurales se aplicará como nivel máximo permisible de presión sonora corregido (NPC), el menor entre:</i></p> <p>a) Nivel de ruido de fondo +10 dB (A).</p> <p>b) NPC para Zona III de la tabla 1.</p> <p><i>Este criterio se aplicará tanto para el periodo diurno como nocturno, de forma separada.”.</i></p>	<p>Leve conforme al numeral 3 del artículo 36 LO-SMA.</p>

V. NO PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

32. Habiendo sido notificada la Formulación de Cargos al titular (Res. Ex. N°1/ Rol D-126-2021) conforme se indica en el considerando 17° de este Dictamen, el titular, pudiendo hacerlo, no presentó un programa de cumplimiento, dentro del plazo otorgado para el efecto.

VI. NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL TITULAR

33. Habiendo sido notificado el titular por correo electrónico con fecha 28 de octubre de 2021, de la Resolución Exenta N°1/ Rol D-126-2021, que formuló cargos al titular, éste no presentó escrito de descargos dentro del plazo otorgado para el efecto, correspondiente a 22 días hábiles.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

34. 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.

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

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

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

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

38. 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”*.

39. A su vez, la doctrina nacional ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección. En este sentido, Jaime Jara y Cristián Maturana han manifestado que *“La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad.”*²

40. 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 la infracción, como de la ponderación de las sanciones.

41. 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 04 de febrero de 2021, 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 este Departamento. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los numerales 10 y siguientes de este Dictamen.

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

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

42. 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 04 de febrero de 2021, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

43. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 04 de febrero de 2021, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 69 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, en el receptor N°1, ubicado en Ruta Q 45, Camino a Antuco, Km. 3, sin número, comuna de Los Ángeles, Región del Biobío, homologable a la Zona Rural de la Norma de Emisión de Ruidos, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

44. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N°1/ Rol D-126-2021, esto es, la obtención, con fecha 04 de febrero de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 69 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona Rural.

45. 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 MMA.

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

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

47. Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N°1/ Rol D-126-2021 fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 MMA.

48. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve³, considerando que, de manera preliminar, se estimó que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36.

³ El artículo 36 N° 3, de la LO-SMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave

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

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

51. .

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.

52. 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.

53. 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”*.

54. 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.

55. 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 e indistintamente, *“Bases Metodológicas”*), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 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.

56. 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 ocasionado⁴.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁵.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁶.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁷.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁸.*
- f) *La capacidad económica del infractor⁹.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o¹⁰.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹¹.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹².*

⁴ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

⁵ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

⁶ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

⁷ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁸ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

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

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

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

¹² En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

57. 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), intencionalidad**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA por parte de la empresa.
- b. **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- c. **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que el titular en relación a la Unidad Fiscalizable objeto de este procedimiento administrativo sancionador no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional.
- d. **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE, ni ha afectado una de estas áreas.
- e. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues el infractor no presentó programa de cumplimiento en el procedimiento, conforme a lo señalado en el Capítulo V del presente dictamen.

58. 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.

59. 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), del artículo 40 LO-SMA)

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

61. 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.

62. 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.

63. 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 4 de febrero de 2021 ya señalada, en donde se registró su primera excedencia de **19 dB(A)** por sobre la norma en horario nocturno en el receptor R1 ubicado en Ruta Q45, camino a Antuco Km.3, sin número, , comuna de Los Ángeles, Región del Biobío, siendo el ruido emitido por “Centro de Eventos China Xuan”.

(a) Escenario de Cumplimiento

64. 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 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 4 - Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento¹³

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Instalación de Barrera acústica de 61 metros lineales y 4 metros de alto, en límite perimetral Norte, colindante a denunciante.	\$	10.540.800	ROL-D-088-2018
Instalación de Barrera acústica de 46 metros lineales y 4 metros de alto, en límite perimetral oeste.	\$	7.948.800	ROL-D-088-2018
Instalación de techumbre con material acústico, en sector de terraza 1.086 m ²	\$	39.063.420	ROL D-211-2019
Instalación de 2 limitadores acústicos: 1 interior recinto y otro para el exterior del recinto.	\$	3.638.656	ROL D-107-2018
Costo total que debió ser incurrido	\$	61.191.676	

¹³ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo debió ser incurrido.

65. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar, que la Unidad Fiscalizable, presenta receptores sensibles cercanos en los límites perimetrales norte y oeste del establecimiento, por lo cual, se ha determinado la implementación de barreras acústicas en ambas orientaciones del perímetro de la unidad fiscalizable como medida para el retorno a un escenario de cumplimiento. A mayor abundamiento, se puede señalar que el receptor sensible que denuncia la emisión de ruido por la fuente en cuestión, se encuentra en el mismo límite perimetral (norte), y más próximo al sector de la piscina en dónde se realizarían las actividades al aire libre del establecimiento. Luego, se considera la instalación de las siguientes medidas de mitigación: A) Pantalla acústica perimetral norte, de dimensiones 4 metros de alto¹⁴ y 61 metros de largo¹⁵. La materialidad de esta pantalla acústica, consiste en doble placa de OSB $e=11$ mm más lana mineral de 50 mm de espesor y malla raschel, incluyendo sistema de anclaje al piso, con marco de acero¹⁶, con una densidad superficial de 13 kg/m^2 . B) Pantalla acústica perimetral oeste, dado la arquitectura de la construcción existente en el predio, de modo de permitir la instalación de la techumbre de la misma materialidad que la pantalla acústica señalada anteriormente. Las dimensiones de esta pantalla acústica serían, 4 metros de alto¹⁷ por 46 metros de largo¹⁸. C) Techumbre de material aislante de ruido, compuesto por dos planchas de OSB, de 15 mm, en su interior con lana de vidrio de 50 mm y de $35 \text{ kg}/\text{m}^3$, con una densidad superficial de $22 \text{ kg}/\text{m}^2$, cubriendo un área¹⁹ de 1.086 m^2 del sector de la piscina²⁰. Complementariamente a lo anterior, y considerando que el origen del ruido generado por la fuente proviene desde dentro del establecimiento y de la terraza o sector de piscina, se determina como medida complementaria la instalación de 1 limitador acústico, que controle la emisión generada por los equipos de amplificación y sonido existentes en el interior del establecimiento, y también la instalación de un limitador acústico, con el mismo objeto y que se encuentre asociado a los equipos de música y amplificación existentes en el sector de la piscina de la Unidad Fiscalizable. Se estima, que la instalación y utilización de estas medidas de mitigación en conjunto, y considerando la distribución espacial de los receptores sensibles y de la fuente de ruido, lograría mitigar el nivel de excedencia registrada.

66. 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 4 de febrero de 2021.

(b) Escenario de Incumplimiento

67. 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

¹⁴ Se define esta altura, en un escenario conservador, considerando que la casa del denunciante, posee 2 pisos de altura

¹⁵ Obtenido a través de fotointerpretación de imagen satelital de Google Earth con fecha 5 de marzo de 2021.

¹⁶ Valor de referencia por m^2 de \$ 43.200, incluyendo montaje e instalación.

¹⁷ Valor de referencia por m^2 de \$ 43.200, incluyendo montaje e instalación.

¹⁸ Obtenido a través de fotointerpretación de imagen satelital de Google Earth con fecha 5 de marzo de 2021.

¹⁹ Obtenido a través de fotointerpretación de imagen satelital de Google Earth con fecha 5 de marzo de 2021.

²⁰ Valor de referencia por m^2 de \$ 35.970, incluyendo montaje e instalación.

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.

68. 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.

69. 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

70. 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 27 de julio de 2022, y una tasa de descuento de 9,8%, estimada en base a información de referencia del rubro de Equipamiento/Entretenimiento/Restaurant. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de julio de 2022.

Tabla 5 - Resumen de la ponderación de Beneficio Económico

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	61.191.676	89,8	3,7

71. 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

72. 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), del artículo 40 LO-SMA)

73. 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.

74. 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.

75. 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.

76. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que *“De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma”*²¹. 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.

77. 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”*²². En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro²³ y b) si se configura una ruta de exposición

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

²² Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:
http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

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

que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible²⁴, sea esta completa o potencial²⁵. El SEA ha definido el peligro como “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”²⁶. Conforme a lo anterior, para determinar si existe un riesgo, a continuación se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

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

79. 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 vegetativo²⁹.

80. 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 ruido³⁰.

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

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

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

²⁶ Ídem.

²⁷ World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications. Disponible online en: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe>.

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

²⁹ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), páginas 22-27.

³⁰ *Ibíd.*

81. 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.

82. 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 completa³¹. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto³² y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como R1, de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio del receptor) y un medio de desplazamiento, que en este caso es el aire, y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que al constatarse la existencia de personas expuestas al peligro ocasionado por el nivel de presión sonora emitida por la fuente, cuyo valor registrado excedió los niveles permitidos por la norma, se configura una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, un riesgo.

83. 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.

84. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N°38/2011 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.

85. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 69 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 19 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 79,4 en la energía del sonido³³ 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.

86. 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

³¹ La ruta de exposición completa se configura cuando todos los siguientes elementos están presentes: Una fuente contaminante, por ejemplo, una chimenea o derrame de combustible; un mecanismo de salida o liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte; un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingesta [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes.

³² 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.

³³Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

respecto, según los casos que esta Superintendencia ha tramitado en sus años de funcionamiento, le permiten inferir que los dispositivos emisores de ruido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo³⁴. De esta forma, en base a la información contenida en el acta de fiscalización y presentada por el denunciante durante el presente procedimiento sancionatorio, se ha determinado para este caso una frecuencia de funcionamiento periódica en relación con la exposición al ruido en donde, acorde a la constatación de la superación, esta exposición sólo superaría el límite normativo durante el horario nocturno³⁵, en base a un criterio de horas proyectadas a un año de funcionamiento de la unidad fiscalizable.

87. Por otra parte, en relación al riesgo, en el marco de este procedimiento sancionatorio fue incorporado un certificado médico, en este caso con mayor precisión un certificado emitido por una Psicóloga Clínica Acreditada. La psicóloga, Claudia Contreras Muñoz, con registro en la Superintendencia de Salud N°577848³⁶, da cuenta en dicho certificado que *“asiste terapéuticamente a Hugo Miralles Tejeda, desde mayo de 2020. Presentaba sintomatología ansiosa y depresiva, las que han sido tratadas durante estos meses. Presentaba dificultades para dormir, irritabilidad y falta de concentración”*. La profesional indica que **uno** de los estresores, que presenta el paciente es el ruido molesto generado por un centro de eventos, el cual ha sido un tema recurrente en sus sesiones. El certificado fue emitido, con fecha 25 de octubre de 2021.

88. Considerando la evidencia científica que existe respecto a los efectos de la exposición al ruido nocturno, que se condice con los efectos secundarios a la exposición al ruido indicadas por la profesional de la salud, sumado al nivel de presión sonora al que se encuentra expuesto el denunciante, el que alcanza al menos 69 dB(A) en horario nocturno, es plausible señalar que el señor Hugo Miralles Tejeda, puede ser considerado como un receptor vulnerable a la exposición al ruido generado por la fuente “Centro de Eventos China Xuan”, dado que presenta una condición de vulnerabilidad producto de un trastorno mental (depresión y ansiedad), que tiene como uno de los estresores de dicha condición, el ruido al que es expuesto de manera involuntaria producto de la emisión generada por la fuente de ruido, analizada en el presente procedimiento sancionatorio. A mayor abundamiento, se puede señalar que, dentro de los efectos secundarios, producto de los efectos en el sueño el exponerse al ruido nocturno, traen entre otros *“fatiga, estado de ánimo depresivo, disminución del rendimiento, disminución en el estado de alerta, efectos psicosociales, la molestia por ruido durante la noche incrementa la molestia total durante las siguientes 24 horas. Los grupos especialmente sensibles incluyen a los mayores, trabajadores por turnos, personas vulnerables a trastornos físicos o mentales y aquellos con trastorno del sueño”*³⁷, los que se condicen con la sintomatología indicada por la psicóloga clínica.

89. 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 y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, aunque no de carácter significativo, pero que no obstante ello, se constata la existencia de al menos un**

³⁴ 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.

³⁵ Por tanto, no será ponderado el funcionamiento diurno en la presente circunstancia.

³⁶ <https://rnpi.superdesalud.gob.cl/>

³⁷ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), páginas 24.

receptor vulnerable 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,) del artículo 40 LO-SMA).

90. 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.

91. 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”*.

92. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados debido a las emisiones de dicha fuente. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (en adelante e indistintamente, “AI”) de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una Zona Rural.

93. 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 fórmula³⁸:

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

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.

³⁸ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

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

94. 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 10 años de funcionamiento, a través de los más de 400 casos analizados de infracciones al D.S. 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.

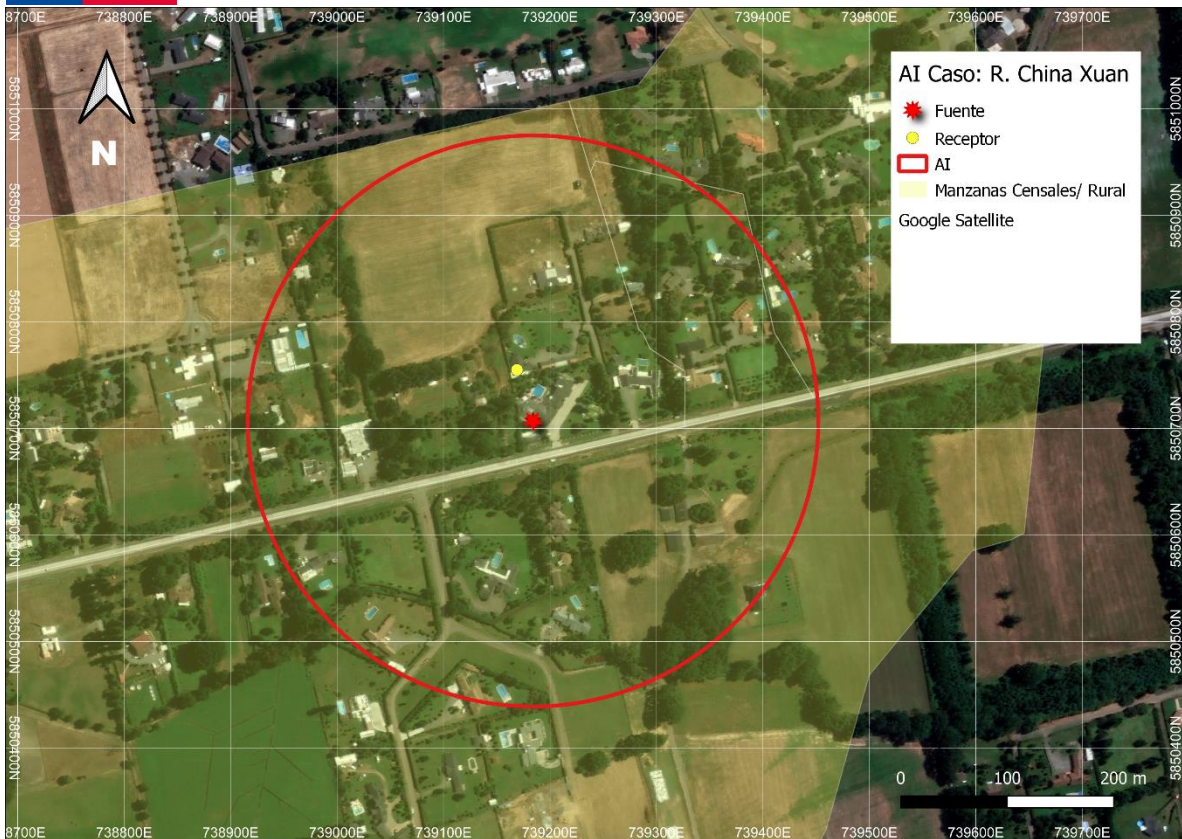
95. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 4 de febrero de 2021, que corresponde a 69 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 268 metros desde la fuente emisora.

96. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³⁹ del Censo 2017⁴⁰, para la comuna de Los Ángeles, en la Región de Biobío, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales de carácter rural y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

Imagen 1 - Intersección manzanas censales y AI

³⁹ Manzana censal: unidad geográfica básica con fines estadísticos que conforman zonas censales en áreas urbanas y las aldeas en el ámbito rural. Contiene un grupo de viviendas contiguas o separadas, edificios, establecimientos y/o predios, delimitados por rasgos geográficos, culturales y naturales.

⁴⁰ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.22.4 e información georreferenciada del Censo 2017.

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

Tabla 6 - Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales

IDPS	ID Manzana Censo	Tipo de entidad	N° de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	8301112004026	Rural	73	691.915	93.560	14	10
M2	8301112004029	Rural	32	108.290	3.844	4	1
M3	8301112004035	Rural	125	621.755	100.880	16	20
M4	8301112004901	Rural	32	609.869	27.174	4	1

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

98. 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 **32 personas**.

99. 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), del artículo 40 LO-SMA).

100. 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.

101. 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.

102. 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.

103. 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*"⁴¹. 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.

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

⁴¹ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 MMA.

105. 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, 1 ocasión de incumplimiento de la normativa.

106. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 19 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona rural, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada el 4 de febrero de 2021 y la cual fue motivo de la Formulación de Cargos asociada a la resolución Res. Ex. N°1/Rol D-126-2021. 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 artículo 40.

b.2. Factores de incremento

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

b.2.1. Falta de cooperación (letra i), del artículo 40 LO-SMA)

108. 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.

109. 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.

110. En el presente caso, esta SMA requirió de información al titular en diferentes oportunidades, a lo cual el titular no dio cumplimiento. En efecto, esta SMA:

- a) Mediante Ord. (OBB) N°290/2020, de 13 de octubre de 2020, informó al titular sobre la denuncia por ruidos molestos recepcionada y dirigida en contra de éste, requiriendo adicionalmente la implementación de medidas de mitigación de ruidos, las que deberán ser informadas a esta SMA, dentro del plazo de 10 días.
- b) Mediante Res. Ex. N°1/ Rol D-126-2021, en su Resuelvo VIII, requirió de información al titular, en los términos indicados.

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

b.2.2. Incumplimiento de medidas provisionales procedimentales (letra i), del artículo 40 LO-SMA)

112. De acuerdo a la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA, en cada caso particular, esta Superintendencia podrá incluir otros criterios que, a juicio fundado, se estimen relevantes para la determinación de la sanción en un caso específico. En vista de lo anterior, esta circunstancia evalúa si el infractor ha dado cumplimiento a las medidas provisionales procedimentales ordenadas por esta Superintendencia, las cuales se erigen como medidas cautelares dirigidas a frenar efectos inminentes sobre el medio ambiente o a la salud de las personas que los incumplimientos a la normativa ambiental generen.

113. A continuación, se considera para valorar la presente circunstancia, en primer lugar, la **oportunidad** en el cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la SMA en cuanto a las gestiones previas, ejecución y reporte de estas; en segundo lugar, la **idoneidad** de la materialidad de las medidas y/o acciones contempladas para el efecto; y, en tercer lugar, la **eficacia** de las medidas adoptadas por la titular, atendido el mérito de los antecedentes y circunstancias que llevaron a la SMA a ordenar medidas de esta naturaleza de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 de la LO-SMA y el artículo 32 de la ley N° 19.880, toda vez que por medio de dicho articulado se permite a esta Superintendencia anticipar y controlar, de forma preventiva y rápida, dichas afectaciones.⁴²

114. En particular, en el presente caso se ordenaron medidas provisionales procedimentales, mediante la Res. Ex. N°2672, de fecha 22 de diciembre de 2021, la cual fue notificada personalmente al titular con fecha 23 de diciembre de 2021, por un plazo de treinta días corridos, el cual venció el día 22 de enero de 2022.

115. Así, con fecha 07 de enero de 2022, y encontrándose vigente la medida provisional, se realizó una visita inspectiva por parte de esta Superintendencia con el propósito de constatar el grado de cumplimiento de las medidas provisionales y efectuar una medición de ruidos, constatándose en dicha oportunidad *“voces de animación y clientes emitidas mediante sistema de amplificación, además de música de cortina como acompañamiento (...) los ruidos y sonidos son emitidos por los equipos de amplificación de sonido en uso al interior del recinto denunciado”*, lo que permite tener por acreditado que el establecimiento no había detenido el uso de los equipos de amplificación instalados en el lugar, a pesar de lo ordenado por la SMA. Los resultados de dicha actividad de inspección, así como del análisis documental asociado a la medida provisional, se encuentran contenidos en el IFA DFZ-2022-24-VIII-MP.

116. Respecto de este último punto, cabe hacer presente que el referido informe da cuenta que el titular no presentó ninguno de los antecedentes solicitados en la Res. Ex. N°2672; encontrándose, por tanto, incumplida totalmente la medida provisional procedimental ordenada por la SMA.

⁴² De acuerdo a la ponderación de los siguientes criterios, a señalar: (i) la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, *periculum in mora*; (ii) la presentación de una solicitud fundada que dé cuenta de la infracción cometida, *fumus boni iuris*; y, (iii) proporcionalidad de las medidas ordenadas, con el propósito de no causar perjuicios de difícil reparación o que violen derechos amparados por la ley.

117. Lo anterior, es de especial relevancia, si se considera el riesgo a la salud de la población que se tuvo en consideración para la dictación de la medida, el cual dado el incumplimiento manifiesto ya descrito, se mantuvo durante su vigencia.

118. Que, en virtud de lo anterior, con fecha 24 de febrero de 2022, se dictó la Resolución Exenta N°263, por medio de la cual el jefe del Departamento Jurídico de la Fiscalía de esta SMA declaró incumplida la medida provisional dictada en el procedimiento administrativo MP-072-2021, por no haberse acreditado el cumplimiento de la medida provisional por parte de la Sociedad Gastronómica China Xuan Limitada.

119. Por lo anterior, a juicio de esta Fiscal Instructora, y de acuerdo a los antecedentes aportados por la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental y el Departamento Jurídico, todos de la SMA, resulta posible concluir el incumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por esta Superintendencia mediante Resolución Exenta N°2672, de 22 de diciembre de 2021, por lo que **se configura la presente circunstancia del artículo 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

b.3.1. Irreprochable conducta anterior (letra e), del artículo 40 LO-SMA)

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

121. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, por lo que esto **será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a la infracción ya verificada.**

b.4. La capacidad económica del infractor (letra f), del artículo 40 LO-SMA)

122. 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 Pública⁴³. De esta manera, esta circunstancia atiende a la

⁴³ 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.

proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

123. 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.

124. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (en adelante e indistintamente, "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 2021 (año comercial 2020). De acuerdo a la referida fuente de información, Sociedad Gastronómica China Xuan Limitada corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico Micro 3, es decir, presenta ingresos por venta anuales 600,01 UF a 2.400 UF.

125. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica⁴⁴.

XI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

126. 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 Sociedad Gastronómica China Xuan Ltda.

127. Se propone una multa de cinco coma uno UTA (**5,1 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 19 dB(A), registrado con fecha 4 de febrero de 2021, en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en Zona Rural, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 MMA.

⁴⁴ En el presente caso, la información de los ingresos anuales disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2021, por lo que es posible sostener que ésta comprende los efectos que la pandemia de COVID-19 ha tenido en el funcionamiento de la empresa. Por lo anterior, se considera que no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico para internalizar en la sanción los efectos de la crisis sanitaria.



Montserrat Estruch Ferma
Fiscal Instructora del Departamento de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

DGP / DJS / CSG
Rol D-126-2021