

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO, ROL D-003-2016, SEGUIDO EN
CONTRA DE XYME LIMITADA**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 933

Santiago, 04 OCT 2016

VISTOS:

Lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, "Ley N° 19.300" o "LBGMA"); la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante e indistintamente, "Ley N° 19.880" o "LBPA"); el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 731, de 8 de agosto de 2016, de la Superintendencia de Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta N° 906, de 29 de septiembre de 2015; el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011"); en la Resolución Exenta N° 1002, de 29 octubre 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el expediente administrativo sancionatorio D-003-2016, y en la Resolución N° 1600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

1. La Ley N° 19.300, en su artículo 64 establece, en términos generales, que:

"La fiscalización del permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se han aprobado o aceptado los Estudios y Declaraciones de Impacto Ambiental, de las medidas e instrumentos que establezcan los Planes de Prevención y de Descontaminación, de las normas de calidad y emisión, así como de los planes de manejo establecidos en la presente ley, cuando correspondan, será efectuada por la Superintendencia del Medio Ambiente de conformidad a lo señalado por la ley."

que establecen, respectivamente:

2. Los artículos 2 y 3, letra o), de la LO-SMA,

*“La Superintendencia del Medio Ambiente tendrá por objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y **Normas de Emisión**, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.”*

“Imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley”.

3. Lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 6 del D.S. N° 38/2011, que define “fuente emisora de ruido” como:

*“toda actividad productiva, **comercial**, de **esparcimiento** y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura que generen emisiones de ruido hacia la comunidad.”*

4. El artículo 7 del D.S. N° 38/2011, que establece los niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos, de acuerdo a cada zona, al disponer que:

“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:”

Tabla N° 1: Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A)		
	De 7 a 21 horas	De 21 horas a 7 horas
Zona III	65	50

INSTRUCCIÓN.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA

5. El presente procedimiento administrativo, Rol D-003-2016, fue iniciado en contra de **Xyme Limitada**, Rol Único Tributario N° 77.258.300-1, domiciliado en calle Paicaví N° 246, comuna de Concepción, Región del Biobío, en calidad de posible infractor y titular del local “La Cocina”, del mismo domicilio. Dicha actividad se encuentra regulada

por el D.S. N° 38/2011, por cuanto realiza actividades comerciales y de esparcimiento en el establecimiento indicado.

6. A través de Ord. N° 352 de **16 de febrero de 2015**, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío, informó la recepción de una denuncia ciudadana presentada por ruidos molestos provenientes del Pub La Cocina. Dicha denuncia fue contestada a través de Ord. D.S.C. N° 604 de 10 de abril de 2015, informando que la denuncia fue recepcionada y su contenido se incorporará en el proceso de planificación de conformidad a las competencias de esta Superintendencia del Medio Ambiente.

7. A su vez con fecha **10 de abril de 2015** esta Superintendencia del Medio Ambiente a través de carta N° 606, informó al Administrador del Local Pub La Cocina, la recepción de denuncias por emisión de ruidos molestos provenientes de sus instalaciones ubicadas en calle Paicaví N° 246, comuna de Concepción. Comunicando además, la competencia sancionatoria de esta Superintendencia en relación al incumplimiento del D.S. N° 38/2011.

8. Con fecha **14 de abril de 2015**, doña Patricia Messenger, presentó una denuncia ante esta Superintendencia por la emisión de ruidos molestos generados por Pub La Cocina. Dicha denuncia se contestó a través de Ord. D.S.C. N° 1064 de 12 de junio de 2015, informando que el contenido de la denuncia se incorporará en el proceso de planificación de fiscalización de conformidad a las competencias de esta Superintendencia.

9. Que con fecha **10 de junio de 2015** a través de Ord. N° 1201, la Ilustre Municipalidad de Concepción, presentó una denuncia solicitando una medición de ruidos de varios locales ubicados en la comuna de Concepción, señalando entre una de ellas al Pub La Cocina, debido a los reclamos presentados por vecinos del sector. Dicha denuncia se contestó a través de Ord. D.S.C. N° 1265 de 10 de julio de 2015, informando que la denuncia fue recepcionada y se ha iniciado una investigación por los hechos denunciados, con el objeto de recabar mayor información sobre las presuntas infracciones.

10. Atendido lo anterior, la Oficina Regional del Biobío de la SMA, mediante Memorándum Ord. OBB N° 059 de **11 de junio de 2015**, encomendó a la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío la realización de actividades de fiscalización ambiental.

11. De esta forma, el día **25 de septiembre de 2015**, personal técnico de la SEREMI de Salud de la Región del Biobío, llevó a cabo actividades de inspección ambiental en el exterior del edificio receptor localizado en calle Cochrane 1298 de la comuna de Concepción, Región del Biobío, con el objeto de evaluar el cumplimiento del D.S. N° 38/2011. Las inspecciones fueron efectuadas mientras las actividades del Local La Cocina, se encontraba en funcionamiento. Asimismo, se constató que el ruido de fondo, presente al momento de las mediciones, no afectaba la medición de la fuente emisora.

12. La referida actividad consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha **25 de septiembre de 2015**, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman el informe técnico, aprobadas por Resolución Exenta N° 201, de 1 de marzo de 2013, de esta Superintendencia.

13. En forma electrónica, con fecha **2 de diciembre de 2015**, la División de Fiscalización derivó a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Ambiental asociado al local “La Cocina”, identificado como DFZ-2015-4127-VIII-NE-IA, junto al Acta de Inspección Ambiental mencionada en el considerando 12 de esta Resolución, el Anexo de Acta: Detalles de actividad de fiscalización, las Fichas de Informe Técnico de Medición de Ruido y los Certificados de Calibración de Sonómetro y Calibrador Acústico.

14. En los documentos señalados en el párrafo anterior se consigna que los receptores desde los cuales se efectuaron mediciones se encuentran emplazados en un sector habitacional, correspondiente a la Zona CU4-A del Plan Regulador Comunal de Concepción, lo que es homologable a Zona III, de acuerdo a lo establecido en el D.S. N° 38/2011. Las mediciones indicadas arrojaron los siguientes resultados:

Receptor	Resultados NPC [dBA]	Ruido de Fondo [dBA]	Zona	Límite [dBA]	Excedencia respecto del límite [dBA]
Receptor (exterior del edificio receptor localizado en calle Cochrane 1298 de la comuna de Concepción)	71	N/A	(Zona CU4-A) Zona III	50	21

15. Mediante Memorándum N° 23/2016, de fecha **13 de enero de 2016**, se procedió a designar a Sigrid Scheel Verbakel como Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Maura Torres Cepeda como Fiscal Instructor Suplente.

16. Posteriormente, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio con la formulación de cargos por medio de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-003-2016, de fecha **18 de enero de 2016**.

17. Dicha resolución fue notificada a Xyme Limitada, mediante Carta Certificada por Correos de Chile, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Concepción con fecha 21 de enero de 2016; teniéndosele como notificado el día **26 de enero de 2016**. Lo anterior consta en el Registro de Correos de Chile, obtenido desde su página web, y que ha sido adjuntado al expediente del presente procedimiento sancionatorio.

III. CARGO FORMULADO.

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

Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma eventualmente infringida	Clasificación									
La obtención de un nivel de presión sonora corregido de 71 dbA en horario nocturno, con fecha de 25 de septiembre de 2015.	<p>D.S. N° 38/2011, artículo siete, Título III: 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 que se fijan a continuación:</p> <table border="1" data-bbox="518 595 1219 755"> <thead> <tr> <th colspan="3">Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A) Lento</th> </tr> <tr> <th></th> <th>De 7 a 21 horas</th> <th>De 21 a 7 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Zona III</td> <td>60</td> <td>50</td> </tr> </tbody> </table>	Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A) Lento				De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas	Zona III	60	50	Leve, conforme al numeral 3° del artículo 36 LOSMA.
Niveles Máximos Permisibles de Presión Sonora Corregidos (Npc) en dB(A) Lento											
	De 7 a 21 horas	De 21 a 7 horas									
Zona III	60	50									

IV. EXAMEN DE LOS DESCARGOS Y PRESENTACIONES EFECTUADAS POR EL PRESUNTO INFRACTOR RESPECTO DEL CARGO FORMULADO.

i) Resumen de los descargos presentados por Xyme Limitada.

19. Con fecha 11 de febrero de 2016, el presunto infractor, Xyme Limitada, representada por don Carlos Ignacio Olivares Yaksic, realizó una presentación ante la Superintendencia del Medio Ambiente, en la cual formuló descargos. El poder de don Carlos Ignacio Olivares Yaksic para representar a Xyme Limitada, fue acreditado en presentación de 23 de agosto de 2016, por la cual se adjuntó copia de instrumento privado y de esta manera se dio cumplimiento a lo señalado en la Resolución Exenta N° 2/Rol D-003-2016 de 17 de agosto de 2016.

20. En dicha presentación, don Carlos Ignacio Olivares Yaksic, señala que desde hace más de 15 años la sociedad que representa, explota el local comercial denominado "La Cocina", que funcionaría como restaurant y como pub en horas de la tarde, ubicándose en el sector denominado "Plaza Perú", sector que, según el presunto infractor, si bien es considerado como residencial por el Plan Regulador Comunal de Concepción, albergaría aproximadamente 20 locales nocturnos de similares características.

21. Agrega que la Sociedad que representa, habría desarrollado su actividad económica en pleno cumplimiento de la normativa y prueba de ello serían las inexistentes contravenciones a la reglamentación.

22. Indica además, que con fecha 25 de septiembre y a propósito de denuncias ciudadanas, se habría apersonado en el sector y no en el mismo local, personal técnico de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío, para efectuar medición de ruidos de acuerdo a la disposiciones del D.S. N° 38/11. En dicha medición, según indica don Carlos Ignacio Olivares Yaksic, se habría constatado presencialmente y tan solo por los sentidos humanos que la fuente de ruido consistía en música en vivo, obteniéndose un nivel de presión sónica corregido de 71 DbA, en periodo nocturno.

23. En la misma presentación señala que el local "La Cocina", no presentaría shows en vivo y que la única explicación sería la constante y

múltiple presencia de artista callejeros que se presentan en los locales comerciales. Además indica que el local se encontraría cercano a 3 otros locales que también generarían ruidos y que entendería que: “una cosa es aislar el sonido ambiente y otra muy distinta sería aislar las fuentes sonoras tan importantes como la de mi representada.”

24. Finalmente, don Carlos Ignacio Olivares Yaksic, indica que por falta de asesoría no habría alcanzado a presentar un programa de cumplimiento, como hubiese sido su intención y además solicita “hacer lugar” a la presentación de descargos por motivos de haberse incurrido en un error de hecho y se declare dejar sin efectos los cargos formulados. En subsidio solicita que, se acoja la posibilidad de presentar un programa de cumplimiento y/o se trabaje en conjunto para la reducción de los ruidos y, aun en subsidio de lo anterior, se apliquen las sanciones más bajas por encontrarse de buena fe y por haber tenido una conducta de cumplimiento por más de 15 años

ii) Análisis de los descargos.

25. En relación a los descargos presentados por la presunta infractora, éstos serán abordados considerando tres aspectos en relación con los argumentos esgrimidos:

a. Análisis del argumento de Xyme Limitada relacionados con el sector en dónde se ubica el local y se efectuó la medición.

26. En primer lugar, don Carlos Ignacio Olivares Yaksic hace una descripción del local La Cocina, indicando que este funciona hace más de 15 años prestando servicios de restaurant en la primera mitad del día y funcionando como pub en horario nocturno. Continúa indicando que producto de las denuncias presentadas, e individualizadas en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-003-2016, personal técnico de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío se apersonó en el sector y no en el mismo local para efectuar la medición de acuerdo a las disposiciones del D.S. 38/11.

27. Sumado a lo anterior, realiza un análisis del sector denominado Plaza Perú en donde se ubica “La Cocina”. Dicho lugar, según el presunto infractor, se ha transformado en un sector gastronómico importante en la comuna de Concepción y que pese a que según el plan regulador se trataría de un sector residencial, el barrio cuenta con más de 20 establecimientos comerciales de diversas y variadas tendencias. Al respecto, corresponde precisar que dicho descargo no es una circunstancia jurídicamente reconocida, dado que a la fecha el Plan Regulador de la comuna de Concepción, no ha sido modificado, por lo que tal argumento no puede incidir en el análisis de la determinación de la homologación de zona, requerido para el análisis de la configuración de la infracción.

28. En relación al lugar en dónde se efectuó la medición, don Carlos Ignacio Olivares Yaksic indica que la medición no se habría realizado en el local propiamente tal, sino que se habría efectuado en el sector Plaza Perú y más específicamente en el exterior del edificio receptor localizado en calle Cochrane 1298, comuna de Concepción, según consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 25 de septiembre de 2015. En este sentido se debe tener presente que, el D.S. N° 38/2011, establece la Norma de Emisión de Ruidos por las Fuentes que ahí se indican, incorporando la metodología para la medición de ruidos e indicando en su artículo N° 16 que las mediciones se deben efectuar en la propiedad en donde se encuentre el

receptor. Al respecto, se debe aclarar que para que se cumpla con la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011, la medición no podía realizarse en el mismo restaurant, debido a que este en particular es considerando la fuente emisora de ruidos, y por lo tanto, este alegato del infractor no corresponde a un vicio de la fiscalización, sino que por el contrario, a un elemento sustantivo en la metodología definida normativamente para la evaluación del cumplimiento de la norma de ruido.

29. Por otro lado, en relación a la descripción efectuada por Xyme Limitada, del sector en donde se ubica el local "La Cocina", esta Superintendencia del Medio Ambiente realizó la evaluación de los niveles medidos. Para esto se homologó la zona donde se encuentran el Receptor, concluyéndose que el Receptor se encuentra ubicado en Zona CU4-A, del Plan Regulador de la Comuna de Concepción, la que es homologable a Zona III del D.S. N° 38/2011 MMA. De este modo, no es atendible lo planteado por el presunto infractor en cuanto a que se debe realizar una reconsideración del barrio en cuestión, ya que esta Superintendencia no puede utilizar para homologar la zona, futuros e hipotéticos reconocimientos, sino que se encuentra en la obligación de aplicar el actual y vigente Plan Regulador de la Comuna de Concepción.

b. Análisis del argumento de Xyme Limitada relacionados con los demás locales presentes al momento de las mediciones.

30. Don Carlos Ignacio Olivares Yaksic indica, que en relación a las mediciones que dieron origen a la formulación de cargos, estas se habrían hecho en un sector en el que existen 3 otros locales nocturnos, cuestionando de qué manera se podría aislar el sonido del ambiente.

31. Se debe tener presente, que según consta en el informe de fiscalización DFZ-2015-4127-VIII-NE-IA, el ruido de fondo corresponde a gente caminando, sin detectarse que este afecte de alguna forma la medición en cuestión.

32. En relación a lo anterior, si bien al momento de la medición de ruido de la fuente, pueden existir otras fuentes diferentes que podrían interferir en esta, las que según la norma pueden considerarse como ruido de fondo (punto 22, artículo 6°) o como ruido ocasional (punto 23, artículo 6°), estas solo se miden justamente en aquellos casos en que interfieren con la emisión de la fuente o que el receptor se ubique en una zona rural para establecer el límite aplicable a la fuente emisora. Para efecto de las mediciones de los niveles de presión sonora (NPS) en el receptor identificado en las fichas de medición, el nivel de presión sonora corregido fue establecido con base a las mediciones de NPS, eliminando las interferencias generadas por eventuales fuentes móviles y ocasionales, midiendo en momentos en que las fuentes de ruido secundarias no se encontraban en actividad. Para esto se utilizaron sonómetros integradores calibrados en terreno, con sus certificados de calibración vigentes, en condiciones climáticas que no afectarían las mediciones (sin lluvia).

33. En este caso específico, los fiscalizadores identificaron que no existió interferencia por parte de otras fuentes fijas o por aquellas fuentes consideradas como ocasionales, las que fueron debidamente descartadas, ya sea midiendo nuevamente sin interferencias o eliminando su contribución producto de la tecnología incorporada en el sonómetro, la que permite pausar la medición y descartar los momentos en los cuales se produzcan dichos eventos. Similar procedimiento fue seguido para evaluar la eventual interferencia producto del ruido de fondo, la cual fue descartada luego de haber primero evaluado los NPS

emitidos por la fuente principal. Por lo anteriormente mencionado, estas mediciones cumplen con las metodologías señaladas en la Norma de Emisión (D.S. N° 38/2011) y pueden ser consideradas válidas para efectos de evaluar el cumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos por parte de la actividad fiscalizada.

34. Finalmente, se hace presente, que lo señalado por el presunto infractor en relación a un posible ruido de fondo no fue acreditado en los descargos, siendo esta actividad probatoria de carga del infractor, en atención a la presunción legal de los hechos constatados por el fiscalizador. Lo anterior, ya que no ha presentado antecedentes que le permitan demostrar que las mediciones efectuadas tanto el 25 de septiembre del año 2015 no fueron válidas.

c. Análisis respecto de la descripción del tipo de emisión.

35. Otro aspecto a analizar de los descargos presentados, dice relación con lo constatado en relación al funcionamiento de la fuente emisora, con emisión de música en vivo en sector terraza del local. Según el presunto infractor el local comercial no presenta “shows en vivo” y que la única situación que podría explicar lo anterior es que habría constante y múltiple presencia de artistas callejeros que se presentan en los distintos locales comerciales, efectuando presentaciones acústicas e incluso eléctricas amplificadas con parlantes propios que ellos portan.

36. Al respecto, debe indicarse que en el acta de 25 de septiembre de 2015, se constató en un primer lugar el funcionamiento del local y a su vez, que tendría emisión de música en vivo en el sector de la terraza de “La Cocina”. Es así, que como se desarrollará en la valoración de los medios de prueba, el fiscalizador tiene el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignan en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización; y que los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal. En virtud de lo anterior, los hechos constatados por dicho fiscalizador gozan de una presunción de veracidad que sólo puede ser desvirtuada por prueba en contrario, la que no ha sido presentada en la especie.

37. En todo caso, con el objetivo de ilustrar al presunto infractor, las emisiones que se generen dentro de sus instalaciones, ya sea por músicos remunerados o bien artistas que ingresen al local y hagan presentaciones gratuitas y consentidas, son de responsabilidad del dueño del local.

d. Otros.

38. En relación a lo señalado en el punto 10 de la presentación de descargos, es decir que, por falta de asesoría se habría vencido el plazo para poder presentar un programa de cumplimiento, se hace presente que la Resolución Exenta N° 1/Rol D-003-2016, en su resuelvo quinto informó acerca del deber de asistencia que, en virtud de la letra u) del artículo 3° de la LO-SMA y en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programa de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, esta Superintendencia puede proporcionar a los sujetos regulados sobre los requisitos y criterios para la presentación de un programa de cumplimiento. De manera tal que, no se puede entender que el presunto infractor indique que no presentó un programa de cumplimiento por falta de asesorías, cuando no existió ninguna

comunicación que reflejara la intención por parte de Xyme Limitada de solicitar una reunión de asistencia ante esta Superintendencia.

39. Finalmente, en relación a la segunda solicitud plasmada en la letra b) de la presentación de descargos de 11 de febrero de 2016, es decir solicitar en subsidio que se acoja la posibilidad de presentar un programa de cumplimiento, según lo señalado en los artículos 42 y 49 de la LO-SMA y transcrito en el resuelvo cuarto de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-003-2016, el infractor tiene un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus descargos respectivamente, por lo tanto no parece lógico solicitar en un escrito de descargos la posibilidad de presentar un programa de cumplimiento, cuando el plazo para hacerlo ya se encontraba vencido.

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

40. El artículo 53 de la LO-SMA, señala como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma mediante la cual se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

41. 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 deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹.

42. En este sentido, el Código Sanitario en su artículo N° 156, indica que los funcionarios del Servicio Nacional de Salud tendrán el carácter de ministro de fe, con respecto a los hechos materia de infracciones normativas que determinen en el desempeño de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización, la que deberá ser firmada por el funcionario que practique la diligencia.

43. 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".

44. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos han sido debidamente constatados por funcionarios de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Biobío encomendados por esta Superintendencia, tal como quedó consignado en el acta de inspección ambiental, de 25 de septiembre de 2015, y en los Anexo 1: Registros: Fichas de Informe Técnico de Medición de Ruido, Anexo 2: Extracto Ordenanza Local de Plan Regulador comunal de Concepción y Anexo 3: Certificados de Calibración de Sonómetro y Calibrador Acústico.

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 el que 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

45. En el presente caso, tal como se indicó, don Carlos Ignacio Olivares Yaksic, presentó descargos pero ninguno permite desestimar la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental de 25 de septiembre de 2015, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados.

46. En consecuencia, las mediciones efectuadas por personal técnico de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región del Biobío encomendada por esta Superintendencia, realizadas el día 25 de septiembre de 2015, que arrojaron un nivel de presión sonora corregido de 71 dBA, en horario nocturno desde el receptor desde el cual se efectuaron las mediciones, gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuadas por un ministro de fe, y a su respecto no han sido desvirtuadas en el presente procedimiento.

47. Como se aprecia, conforme a las reglas de la sana crítica, se dará valor a esta prueba en el presente procedimiento, por cuanto se trata de una medición de niveles de presión sonora que se ha ejecutado conforme a las metodologías válidas para ello, y resulta un medio de prueba consistente con las condiciones y situaciones descritas en las denuncias y además porque no existe en el expediente administrativo, ni en los descargos, antecedente alguno que haga dudar de la información contenida en el referido informe DFZ-2015-4127-VIII-NE-IA y sus Anexos.

VIII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

48. Como consecuencia de 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 tendrán por probados los hechos que fundan la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol D-003-2016 ya individualizada, constatados en medición de presión sonora realizada 25 de septiembre de 2015, tal como consta en las actas de Inspección Ambiental de las mismas fechas.

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

IX. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

50. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/ Rol D-003-2016, 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.

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

52. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve, considerando que, de manera preliminar, se estimó que no es posible encuadrarlo en ninguno de

los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36. Al respecto, se mantendrá dicha clasificación, debido a las razones que a continuación se expondrán.

53. En primer lugar, de los antecedentes aportados al presente procedimiento no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permiten clasificar la infracción como gravísima o grave.

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

55. En relación a lo anterior, de acuerdo a lo expresado en el acta de fiscalización señalada en el párrafo 7°, sólo fue posible constatar que el incumplimiento de la normativa ocurrió una vez y no fue posible establecer, de manera fehaciente, que el incumplimiento a la norma de emisión fuese un hecho reiterado en el tiempo. Y que, por tanto, haya generado un riesgo significativo a la salud de la población.

56. Al respecto, es necesario mencionar que de las denuncias presentadas en contra del local "La Cocina", sólo da cuenta de la persistencia de la emisión de ruidos a la fecha, mas no se entregan otros antecedentes que así lo comprueben. De esta forma, las presentaciones, por sí solas, no son suficientes para concluir que el supuesto infractor continúa sobrepasando la normativa respectiva. No obstante, será considerada para efectos de ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

57. De lo anterior se desprende que, para efectos del presente procedimiento sancionatorio, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, por parte de Xyme Limitada, no ha configurado un riesgo significativo para la salud de la población.

58. Por último, de conformidad lo dispone 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.

X. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES AL PRESENTE PROCEDIMIENTO.

59. 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 ocasionado²; b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción³; c) El beneficio

² En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime que exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo debidamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

³ 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.

económico obtenido con motivo de la infracción⁴; d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁵; e) La conducta anterior del infractor⁶; f) La capacidad económica del infractor⁷; g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o⁸; h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado⁹; i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹⁰.

60. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las letras g) y h) del artículo 40 de la LO-SMA, no son aplicables en el presente procedimiento, puesto que el presunto infractor no presentó un programa de cumplimiento, y “La Cocina” ubicado en calle Paicaví N° 246, comuna de Concepción, no se encuentra emplazada en un área silvestre protegida del Estado. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, se expone a continuación la propuesta de aplicación de dichas circunstancias:

- a. En cuanto a la importancia **del daño causado o del peligro ocasionado.**

61. La expresión “importancia” alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determina la aplicación de sanciones más o menos intensas¹¹. Ahora bien, 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 el resultado dañoso. Por lo tanto, riesgo es la probabilidad que ese daño se concrete, mientras que daño es la manifestación cierta del peligro.

62. Respecto al daño, el acta de fiscalización levantada por funcionarios de la SEREMI de Salud de la Región del Biobío y sus anexos, así como lo señalado por los denunciantes no permite confirmar que se haya generado un daño o consecuencias

⁴ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento de los ingresos, o por una disminución de los costos, o una combinación de ambos.

⁵ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que esta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuridicidad asociada a dicha contravención. Por último sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁶ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente de la unidad del proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

⁷ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

⁸ 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.

⁹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹⁰ 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.

¹¹ La referencia a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado parece vincularse con otro criterio frecuentemente utilizado en normativas sancionatorias: la gravedad de la infracción. Bermúdez indica que la mayor o menor gravedad de las infracciones no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto. BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Tercera Edición. Thomson Reuters. Santiago. 2014, p. 351.

negativas producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o uno de más de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas cuyo nexos causal sea indubitado, para efectos de este procedimiento sancionatorio. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento.

63. En cuanto al peligro, la superación de los límites de niveles de presión sonora señalados en la norma de emisión en horario nocturno para la zonificación III en este caso concreto, efectivamente, constituye un riesgo que será considerado en la configuración de la sanción específica, por las razones que a continuación se explicarán.

64. Ahora bien, cabe tener en consideración que una referencia de cómo afecta los niveles de presión sonora a la salud de las personas, es la actual "Guía sobre el Ruido Nocturno para Europa" de la Organización Mundial de la Salud¹². Ésta proporciona evidencias sobre cómo el ruido nocturno afecta a la salud de las personas, indicando que la exposición a este, a largo plazo, puede desencadenar hipertensión arterial y otras patologías cardiovasculares. Además, en la citada guía se indica que hay evidencia de que el ruido nocturno se relaciona con cambios en los estados de ánimo y fatiga, y que los niños, los ancianos y los enfermos crónicos son las personas que se ven más afectadas producto de dichos ruidos.

65. De esta forma, el D.S N° 38/2011, establece que los niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos para la zona III es de 50 dBA lento en horario nocturno. Tal como ya se ha indicado, la fiscalización realizada a "La Cocina", con fecha 25 de septiembre de 2015, arrojó un Nivel de Presión Sonora Corregido de 71 dbA.

66. Lo anterior, tal como ya se ha indicado, implica una **excedencia de 21 dBA**, sobre el límite establecido en la norma para la zona III en horario nocturno, medido en el exterior del edificio receptor localizado en calle Cochrane 1298 de la comuna de Concepción.

67. Por lo tanto, si bien esta sola superación de los niveles de presión sonora señalados en la norma de emisión no permite acreditar la existencia de un riesgo de importancia tal que permita configurar la infracción como grave, sí debe ser considerado como un riesgo para la salud de las personas, el cual debe ser considerado en la determinación de la sanción específica.

68. Al respecto, se tiene como fundamento que el ruido nocturno puede tener efectos sobre la salud de la población, por regla general, más graves que el ruido diurno, en cuanto el primero tiene el potencial de afectar el ciclo de sueño/vigilia, aspecto fundamental que incide en múltiples funciones biológicas, como ya se ha indicado en el considerando 64 de la presente Resolución Sancionatoria. En consecuencia, a medida que se incrementan los niveles de ruido nocturno aumenta el riesgo de afectación de la salud de la población. De esta manera es importante señalar que cada decibel adicional o marginal tiene un impacto proporcionalmente mayor en el aumento de riesgo en la población, que el anterior decibel¹³.

¹² World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications.
En http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0017/43316/E92845.pdf.

¹³ World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications.

69. Considerando la circunstancia específica de haberse obtenido niveles de presión sonora corregido de 71 dBA, en horario nocturno, se ha estimado que en el presente caso, se ha generado un riesgo de afectación a la salud de las personas de importancia media.

70. Es necesario destacar que lo anterior no sólo constituye una superación del límite fijado en la norma, sino que equivale a un exceso del 42% del valor fijado por la norma, lo cual implica aumentar aproximadamente 128 veces la energía permitida, en el caso del peor escenario, para el nivel de ruido permitido por la norma de emisión en el horario nocturno¹⁴. Además, en términos de percepción del volumen asociado, cabe destacar que por cada 10 dBA emitidos en forma adicional, la percepción del ruido se duplica¹⁵, siendo posible señalar que los 21 dBA de excedencia en el caso concreto, equivaldrían a casi cuadruplicar la percepción del ruido que corresponde a cumplir la norma de emisión.

71. Ahora bien, sin perjuicio que el incumplimiento haya podido ser constatado sólo una vez, es posible presumir que la emisión de ruidos en horario nocturno tiene cierta recurrencia en el tiempo. Lo anterior fundado en las presentaciones de denuncias reiteradas el 16 de febrero de 2015, 14 de abril de 2015 y 10 de junio de 2015.

72. Teniendo en consideración los antecedentes indicados, es posible inferir que la emisión de ruidos por el presunto infractor es recurrente, por lo que agrega una condición de riesgo adicional a la medición que dio lugar a la formulación de cargos. Por tanto, esta circunstancia será considerada para efectos de determinar la sanción específica en el presente caso.

b. En relación al **número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.**

73. El local “La Cocina”, se encuentra ubicado en calle Paicaví N° 246, comuna de Concepción, Región del Biobío.

74. Si bien, tal como ya se indicó, los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han sido suficientes sólo para formar la convicción de la existencia de un peligro de mediana importancia para la salud de las personas, la forma en que esta circunstancia está redactada implica una potencialidad o posibilidad de afectación a la salud producto de la infracción, que debe considerarse en este caso. Efectivamente, ella permite evaluar no sólo el número de personas cuya salud se vio afectada de manera cierta, sino también el número de potenciales afectados.

75. El razonamiento expuesto en el párrafo anterior ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, que en sentencia de fecha 4 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A. contra Superintendencia del medio Ambiente”, Rol N° 25931-2014, señaló que: “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.”

¹⁴ Canadian Centre for Occupational Health and Safety, sección “What are basic rules of working with decibel (dB) units?”, que señala que los primeros 3 dBA en exceso, se duplica la energía emitida por la onda asociada al ruido emitido.

¹⁵ *Ibid.*

76. Ahora bien, con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde el local La Cocina, se ha procedido a analizar el número de habitantes de la manzana en que se ubica la fuente. Dicha manzana se identifica, de acuerdo a los datos del Censo 2002, con el N° 8101221001020. Por su parte, se ha analizado el número de habitantes correspondientes a las manzanas aledañas a la fuente emisora de ruidos, las cuales se identifican con los códigos 8101021001010, 8101021001020, 8101021001030, 8101211001020, 8101211001030 8101221001010, 8101221001020, 8101221001030 y 8101241002000, correspondiendo todas a la comuna de Concepción.

77. En consecuencia, utilizando la base de datos del Censo 2002, sistematizada en el programa Redatam, se determinó que en las Manzanas censales descritas en el párrafo anterior habitan aproximadamente 5200 personas, las cuales potencialmente pueden haber sido afectadas en su salud.

78. Considerando la distancia entre el emisor y el receptor, así como el nivel de presión sonora medido en el receptor durante la actividad de inspección, es plausible indicar que debido al proceso de emisión con divergencia esférica y su correspondiente atenuación por distancia, característico de este tipo de agente, la cantidad estimada de personas afectadas bordearía las 3.400 personas.

79. Es así como se concluye que las infracción por los ruidos nocturnos tiene la potencialidad de afectar la salud de **3.400 personas**, siendo de especial relevancia que se trate de ruidos en dicho horario, pues es éste el momento en que la mayor parte de los residentes se encuentran en sus casas, y la relevancia que tiene el descanso nocturno para la salud de las personas.

80. Sobre la base del análisis indicado, la presente circunstancia es aplicable al caso concreto, puesto que si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que haya personas cuya salud se vio afectada producto de las emisiones sonoras desde el local en comento, sí existe un número de potenciales afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la infracción.

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

c. En relación al beneficio **económico obtenido con motivo de la infracción**.

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

83. Conforme ha sido señalado, el presunto infractor presentó descargos, pero no acompañó antecedentes que permitan concluir que haya implementado medidas de mitigación de ruidos en el local La Cocina.

84. En otro orden de ideas, si bien Xyme Limitada, como titular del local “La Cocina”, no está obligado a implementar medidas de mitigación específicas, sí se encuentra obligado a cumplir con los niveles máximos de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, para lo cual, debió haber adoptado las medidas orientadas a dicho objetivo.

85. Luego, resulta necesario determinar cuáles son las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas, para ser aplicadas en un local comercial con emisión de música por medio de un sistema de amplificación, ya sea envasada o en vivo.

86. Para esto, dado que no se cuenta con antecedentes atinentes a las medidas a implementar en la instalación objeto de cargos, se ha procedido a analizar las medidas contenidas en el marco del procedimiento sancionatorio D-045-2015¹⁶. Según consta en dicho expediente se realizó una solicitud de cotización a una empresa especializada en control de ruido, relativa al encierro acústico de 300 m², correspondiente al sector de la terraza de la Hostería Chañaral, a propósito de la presentación de una denuncia por ruidos molestos generados a consecuencia de la música envasada y en vivo que se tocaba en el lugar, es decir, las mismas actividades realizadas en el Pub La Cocina. El criterio indicado ya ha sido utilizado para determinar la sanción en el Procedimiento Sancionatorio Rol D-009-2015 seguido contra Restobar Bruttu’s, resuelto por Resolución Exenta N° 659, de 11 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente. Cabe señalar que en el expediente asociado al Rol D-045-2015 considera medidas para hacerse cargo de la disminución de 27 dB(A) para lograr niveles de cumplimiento normativo, en el caso específico, se estima que la magnitud de superación de 21 dB(A) requiere un esfuerzo económico similar por parte de Pub La Cocina para cumplir con el nivel de emisión señalado en el D.S. N° 38/2011.

87. En el presente caso, el beneficio económico fue calculado sobre la base del costo asociado a la implementación de medidas destinadas a disminuir o mitigar los ruidos. Para efectos de la estimación del beneficio, dicho costo tiene el carácter de un costo de inversión, el cual ha sido completamente retrasado hasta la fecha presente, pero en tanto se pretenda la continuación del funcionamiento del local nocturno, deberá ser incurrido en un futuro próximo, considerando que la emisión de música alcanza niveles que sobrepasan el límite establecido en el D.S. N° 38/2011 para el receptor desde el cual fue medido.

88. Luego, el motivo de considerar el costo de dichas medidas para así determinar el beneficio económico se debe a que Pub la Cocina se encontraba obligado a llevar a cabo aquellas medidas necesarias para mantener los niveles de presión sonora dentro del rango permitido por el D.S. N° 38/2011, cuestión que no hizo.

89. A continuación, la siguiente tabla refleja la información relativa al beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción:

¹⁶ El expediente electrónico de dicho procedimiento sancionatorio se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://snifa.sma.gob.cl/v2/Sancionatorio/Ficha/1264>.

Tipo de costo	Medida	Costos retrasados (pesos)	Fecha cumplimiento a tiempo	Fecha cumplimiento con retraso	Beneficio económico (UTA)
Gasto en implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en Pub La Cocina	Costos retrasados por concepto de realizar aislamiento acústico en terraza del Pub La Cocina.	\$ 6.521.314	25-09-2015	30-09-2016	1

90. Como puede observarse, los costos asociados a la implementación de dichas medidas ascienden a \$ 6.521.314. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que Xyme Limitada debió invertir dicho monto en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria.

91. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 12,9 %, estimada en base a la información del rubro económico restaurant/entretención. Para este procedimiento sancionatorio el período de incumplimiento se consideró desde el día 25 de septiembre de 2015, fecha de la realización de la actividad de medición de ruidos (fecha de incumplimiento), hasta la fecha de cumplimiento, que se asumirá como la fecha del probable pago de la multa que finalmente se proponga, y que se estima aproximadamente para el 30 de septiembre de 2016.

92. El beneficio económico en este caso corresponde al beneficio que le generó a Xyme Limitada el haber retrasado en incurrir en los costos señalados en la tabla, desde la fecha de la inspección, hasta la fecha proyectada del pago, y asciende a **1 UTA**.

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

d. Respecto a la **intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación** en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

94. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir el D.S. N° 38/2011, por parte de Xyme Limitada.

95. En conclusión, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en "La Cocina" ubicada en calle Paicaví N° 246, comuna de Concepción, como único hecho constitutivo de infracción, no permite afirmar que los actos de la presunta infractora reflejen una intención de incumplir la norma, o en su defecto una intención de

omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por este motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

96. Finalmente respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en la presente resolución, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente al responsable del establecimiento, esto es Xyme Limitada.

e. En cuanto a la **conducta anterior del infractor**.

97. La presente circunstancia será considerada en el sentido de que no es necesario incrementar el componente disuasivo de la sanción específica aplicable a la infracción, dado que no ha sido sancionada por esta Superintendencia con anterioridad, ni tampoco consta en el presente proceso sancionatorio antecedentes de la aplicación de sanciones administrativas por otros Organismos de Estado.

f. Respecto a la **capacidad económica del infractor**.

98. De acuerdo al listado de empresas según su tamaño específico proporcionado por el Servicio de Impuestos Internos, Xyme Limitada, se encuentra en el tramo de las Pequeña Empresa, específicamente, en el tercer rango, es decir, sus ventas corresponden al tramo de ventas entre 10.000,010 a 25.000,00 UF Anuales.

99. Al tratarse de una Unidad Fiscalizable categorizada como **Pequeña 3**, es posible afirmar que cuenta con recursos humanos, materiales y financieros limitados para abordar el cumplimiento de la normativa, y que su nivel de ventas no le permite asumir la totalidad de la sanción. Al mismo tiempo, se espera que la multa cumpla con su finalidad de prevención especial, es decir, disuadir al titular del local ya indicado de volver a cometer la infracción.

100. En virtud de lo señalado con anterioridad, y dado que en el caso en que el infractor presenta una capacidad económica reducida, esta circunstancia se considera como un factor de disminución del componente de afectación de la sanción.

g. En lo referente a **todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción**.

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

102. Para el presente caso, se ha estimado que no existen circunstancias a considerar para la determinación de la infracción. Por tanto, esta circunstancia no será considerada como un factor que incida en la sanción específica aplicable a la infracción.

103. En virtud de lo expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Sobre la base de lo visto y expuesto en la presente resolución, respecto al hecho consistente en la superación de los límites máximos de niveles de presión sonora corregidos establecidos para la zona III en horario nocturno, que generó el incumplimiento de norma establecida en el D.S. N° 38/2011, **aplíquese a Xyme Limitada la sanción consistente en multa de cinco unidades tributarias anuales (5 UTA).**

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LO-SMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LO-SMA, contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma Ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso.

Asimismo, ante la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa.** Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LO-SMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo.

El monto de las multas impuestas por la Superintendencia serán a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley, prescribirán a los tres años desde la

fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

QUINTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LO-SMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



CRISTIÁN FRANZ THORUD
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE



DHE/SRA

Notificación por Carta Certificada:

- Representante Legal de Xyme Limitada, domiciliada en calle Paicaví N° 246 de la comuna de Concepción, Región del Biobío.
- Patricia Messenger, domiciliada en Lord Cochrane N° 1293 de la comuna de Concepción, Región del Biobío.
- Sr. Mauricio Carega Lemus, Seremi de Salud de la Región del Biobío, O'Higgins N° 241, local N° 2, comuna de Concepción, Región del Biobío.
- Álvaro Ortíz, Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Concepción, Avenida O'Higgins N° 525, comuna de Concepción, Región del Biobío.

C.C.:

- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional del Biobío.

Rol N° D-003-2016