

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-217-2021, SEGUIDO EN
CONTRA DE RODRIGO JAVIER KONG CONTRERAS
RESTAURANT Y PRODUCCIONES EIRL., TITULAR DE
PUB MOJITO ARICA**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1665

Santiago, 27 de septiembre de 2022

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LOSMA”); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en 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, “D.S. N° 38/2011 MMA”); en 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; en el Decreto Exento RA N° 118894/55/2022, de fecha 18 de marzo de 2022, que establece el orden de subrogación para el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/28/2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece el cargo de jefe/a del Departamento Jurídico de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 659, de 2 de mayo de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe/a del Departamento Jurídico; en la resolución exenta RA 119123/104/2022, de 03 de agosto de 2022, que renueva el nombramiento del cargo de Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente en la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para la homologación de zonas del D.S. N° 38/2011 MMA; en la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 MMA; en la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; en 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, “Bases Metodológicas”); en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-217-2021 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.

CONSIDERANDO:

**I. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DE
LA UNIDAD FISCALIZABLE**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-217-2021 fue iniciado en contra de **Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant**

y **Producciones EIRL.**, (en adelante, “el titular” o “la empresa”), RUT N° 76.783.234-6, titular de Pub Mojito Arica (en adelante, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en calle Avenida Raúl Pey Casado N° 2861, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.

2. Dicho establecimiento tiene como objeto la prestación de servicios de restaurante, discoteque y espectáculos y por tanto, corresponde a una “Fuente Emisora de Ruidos”, al tratarse de una actividad comercial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 2 y 13 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

II. ANTECEDENTES PREVIOS A LA INSTRUCCIÓN

3. Esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) recibió las denuncias individualizadas en la Tabla 1, donde se indicó que se estaría sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en el “Pub Mojito Arica”, principalmente por el funcionamiento de equipos de reproducción de música.

Tabla 1 - Denuncias presentadas por las actividades desarrolladas por “Pub Mojito Arica”

Número	ID denuncia	Fecha de presentación	Nombre denunciante	Dirección
1	13-XV-2020	17 de febrero de 2020	Arturo Gonzalo Steel Miranda	Oscar Belmar N°370, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota
2	13-XV-2017	11 de mayo de 2017	Eduardo Vergara Cáceres	Brasilia N°2402, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota
3	1154-2015	09 de septiembre de 2015	Manuel Enrique Jamett Soto	Avenida Raúl Pey N°2911, dpto. 54, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota
4	63-2016	20 de enero de 2016	María Cristina Bravo Ovando	Avenida España N°3002, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota
5	154-2016	10 de febrero de 2016	Elena Lizana Orozco	N/I

4. Mediante Carta N°263, de 16 de febrero de 2016, esta SMA informó al titular que se había recepcionado una denuncia en su contra por emisión de ruidos molestos, lo que podría implicar infracciones a la norma de emisión de ruidos, establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA. Asimismo, se solicitó informar en caso de adopción de medidas asociadas al cumplimiento de la norma referida

5. Luego, a través de la Carta N°418, de 07 de marzo de 2016, esta SMA informó al titular que se había recepcionado una denuncia en su contra por emisión de ruidos molestos, lo que podría implicar infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, y se volvió a solicitar informar en caso de adopción de medidas asociadas al cumplimiento de la norma.

6. Mediante Ord. N°065/2018, de 02 de marzo de 2020, esta SMA remitió al titular el acta de inspección ambiental de fecha 28 y 29 de febrero de

2020, y que dan cuenta de la generación de ruidos molestos producto de las actividades realizadas en su establecimiento.

7. Mediante Ord. N°065/2020, de 02 de marzo de 2020, esta SMA informó al denunciante individualizado en la primera fila de la tabla N°1, que el informe que consolidó las mediciones efectuadas había sido derivado a la División de Sanción y Cumplimiento, para la determinación de la iniciación de un procedimiento administrativo sancionatorio.

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

9. Que mediante Res. Ex. N° 436/Rol MP-019-2020, de 06 de marzo de 2020, esta Superintendencia decretó medidas provisionales pre-procedimentales, con fines exclusivamente cautelares, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, consistentes en:

- a) Elaborar un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos.
- b) Implementar las mejoras propuestas por el informe del literal anterior.
- c) Implementar e instalar en un lugar cerrado para evitar que sea manipulado, un dispositivo limitador de frecuencias, compresor acústico o similar.
- d) Prohibir la realización de actividades y el funcionamiento de los aparatos que hagan uso de los sistemas de reproducción y amplificación del local.

10. Que, la misma resolución, en su Resuelvo II, requirió de información al titular, para que, dentro de determinado plazo, éste presentara un informe de inspección de las medidas implementadas y de medición de ruidos emitidos en el establecimiento.

11. Que, la antedicha Res. Ex. N° 436, fue notificada personalmente al titular, con fecha 12 de marzo de 2020.

12. Que, con fecha 02 de marzo de 2020, la entonces División de Fiscalización derivó a la División de Sanción y Cumplimiento (en adelante, "DSC"), ambas de esta SMA, el **Informe de Fiscalización DFZ-2020-254-XV-NE**, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 28 y 29 de febrero de 2020 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 28 de febrero de 2020, un fiscalizador de esta Superintendencia se constituyó en el domicilio de un receptor sensible, ubicado en Avenida Raúl Pey N° 2911, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

13. 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 fechas 28 y 29 de febrero de 2020, en las condiciones que indica, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registra excedencias de **14 dB(A), 14 dB(A), 14 dB(A), 14 dB(A), 18 dB(A), 17 dB(A), 20 dB(A), 19 dB(A), y 17 dB(A)**. El resultado de dichas mediciones de ruido se resumen 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
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	64	No afecta	III	50	14	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	64	No afecta	III	50	14	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	64	No afecta	III	50	14	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	64	No afecta	III	50	14	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	68	No afecta	III	50	18	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	67	No afecta	III	50	17	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	70	No afecta	III	50	20	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	69	No afecta	III	50	19	Supera
28 y 29 de febrero de 2020	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	67	No afecta	III	50	17	Supera

14. En razón de lo anterior, con fecha 09 de agosto de 2021, la Jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento nombró como Fiscal Instructora 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.

15. Que, en el marco de la medida provisional decretada, con fecha 26 de marzo de 2020, mediante correo electrónico se presentaron ante esta SMA los siguientes documentos:

- a) Pub Mojito Arica, Raúl Pey Casado, N°2861, Arica, elaborado por Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones EIRL, en el que se informan las medidas tendientes a mitigar el impacto acústico que se implementarían.

Junto con dicha presentación se acompañaron los siguientes documentos:

- i) Presupuesto de servicios de monitoreo acústico nocturno e informe técnico de diagnóstico, de 12 de marzo de 2020.
- ii) Currículum Vitae de Rodrigo Alfaro Gutiérrez.
- iii) Certificado de título de Rodrigo Alfaro Gutiérrez.
- iv) Detalle de transferencia de fondos, de 12 de marzo de 2020.
- v) Declaración Jurada, de 19 de marzo de 2020.
- vi) Declaración Jurada, de 19 de marzo de 2020.
- vii) Dos fotografías sin fechar ni georreferenciar.

viii) Publicación en el Diario Oficial de la Res. Ex. N°203, de 24 de marzo de 2020, que dispone medidas sanitarias que indica por brote de Covid-19.

b) Informe Técnico de Diagnóstico y sus anexos, elaborado por Alfacústica, mediante el cual se identificaron 19 fuentes sonoras y detallaron las características y materialidad de la estructura de la unidad fiscalizable. Dicho diagnóstico consideró mediciones de ruidos, cuyos resultados indican que existe una superación de los límites máximos de ruido permitidos, sugiriendo medidas de control de ruidos.

16. Que, mediante Res. Ex. N°1956, de 02 de septiembre de 2021, esta SMA resolvió declarar incumplidas las medidas provisionales ordenadas mediante la Res. Ex. N°436, de 06 de marzo de 2020.

III. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A. Formulación de cargos

17. Con fecha 27 de septiembre de 2021, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-217-2021, esta Superintendencia formuló cargos que indica, en contra de Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones EIRL, siendo notificada personalmente al titular, con fecha 01 de octubre de 2021. Adicionalmente, en ese acto se entregó una copia de la Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos.

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

Tabla 6- Formulación de cargos

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fechas 28 y 29 de febrero de 2020, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 68 dB(A), 67 dB(A), 70 dB(A), 69 dB(A), y 67 dB(A) respectivamente, todas las mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona III.	<p>D.S. 38/2011 MMA, Título IV, artículo 7:</p> <p><i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <table border="1" data-bbox="618 1949 1105 2077"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 21 a 7 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>III</td> <td>50</td> </tr> </tbody> </table> <p><i>Este criterio se aplicará tanto para el periodo diurno como nocturno, de forma separada.”.</i></p>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	III	50	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LOSMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
III	50						

19. Cabe hacer presente que la Resolución Exenta N° 1/Rol D-217-2021, en su VIII resolutorio, requirió de información a Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones EIRL 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-2020-254-XV-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 que utiliza el recinto, adjuntando fotografías fechadas y georreferenciadas de los parlantes y su potencia, indicando si el establecimiento cuenta con terraza y/o sector abierto que se encuentre habilitado con parlantes 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.*

20. En relación con lo anterior, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LOSMA, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-217-2021 ya referida, en su IV resolutorio otorgó al infractor un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC"), y de 15 días hábiles para formular sus Descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

21. Asimismo, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.880, en el IX resolutorio de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-217-2021, 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.

22. En este sentido, considerando la ampliación de oficio otorgada por esta Superintendencia el plazo para presentar un PdC venció el día 25 de octubre de 2021, en tanto que el plazo para presentar Descargos venció el día 04 de noviembre de 2021.

23. Posteriormente, esta Superintendencia del Medio Ambiente recibió las siguientes nuevas denuncias individualizadas en la Tabla N° 2, donde se indicó que se estaría sufriendo de ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en el "Pub Mojito Arica", principalmente por el ruido generado por música envasada y en vivo:

Tabla N° 3: Denuncias presentadas por las actividades desarrolladas por "Pub Mojito Arica"

Número	ID denuncia	Fecha de presentación	Nombre denunciante	Dirección
1	76-XV-2021	29 de diciembre de 2021	Arturo Gonzalo Steel Miranda	Raúl Pey Casado N°2911, dpto. 62, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota
2	66-XV-2021	06 de noviembre de 2021	Ana María Cerda Pérez	Bogotá N°280, dpto. 144, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota

Fuente: Elaboración propia en base a las denuncias presentadas ante esta Superintendencia, bajo el ID indicado.

24. Con fecha 10 de diciembre de 2021, la División de Fiscalización derivó al DSC el **Informe de Fiscalización DFZ-2021-3272-XV-NE**, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 04 de diciembre de 2021 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 04 de diciembre de 2021, un fiscalizador de esta SMA se constituyó en el domicilio de un receptor sensible, ubicado en Bogotá N°280, dpto. 144, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

25. 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 diciembre de 2021, en las condiciones que indica, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registra una excedencia de **04 dB(A)**. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla N°4: 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 diciembre de 2021	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	54	No afecta	III	54	04	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2021-3272-XV-NE

26. Asimismo, con fecha 30 de diciembre de 2021, la División de Fiscalización derivó al Departamento de Sanción y Cumplimiento el Informe de Fiscalización **DFZ-2021-3395-XV-NE**, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 30 de diciembre de 2021 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 30 de diciembre de 2021, un fiscalizador de esta SMA se constituyó en el domicilio de un receptor sensible,

ubicado en Raúl Pey Casado N°2911 depto. 62, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

27. 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 30 de diciembre de 2021, en las condiciones que indica, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registra excedencias de 07 dB(A) y 03 dB(A). El resultado de dichas mediciones de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla N°5: 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
30 de diciembre de 2021	Receptor N° 1	Nocturno	Interna, con ventana abierta	57	No afecta	III	50	07	Supera
30 de diciembre de 2021	Receptor N°1	Nocturno	Interna, con ventana abierta	53	No afecta	III	50	03	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2021-3395-XV-NE

28. Que, mediante Res. Ex. N°2, de 22 de junio de 2022, esta SMA resolvió tener presente y por incorporados los nuevos antecedentes allegados al procedimiento, referidos desde el considerando 19° de esta resolución.

29. Durante el curso del presente procedimiento administrativo sancionatorio, el titular no realizó presentación alguna.

B. No presentación de programa de cumplimiento ni descargos por parte del titular

30. Habiendo sido notificada la Formulación de Cargos al titular, contenida en la Res. Ex. N°1/ Rol D-217-2021, conforme se indica en el considerando 17 de esta resolución, el titular, pudiendo hacerlo, no presentó un PdC ni descargos, dentro del plazo otorgado para el efecto.

C. Dictamen

31. Con fecha 9 de septiembre de 2022, mediante MEMORANDUM D.S.C. –Dictamen N° 99/2022, la Fiscal Instructora remitió a este Superintendente el dictamen del presente procedimiento sancionatorio, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la LOSMA, proponiendo una sanción pecuniaria.

III. MEDIOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

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

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

34. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LOSMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

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

36. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la Jurisprudencia Administrativa, en relación con el 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”*.

37. 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

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.

38. Por lo tanto, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizaron las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración 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.

39. 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 las Actas de Inspección Ambiental de fechas 28 y 29 de febrero de 2020, así como en las Fichas de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración, todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los considerandos 13 °y siguientes de esta resolución.

40. En el presente caso, tal se indicó previamente en este acto el titular, no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental iniciada el día 28 de febrero de 2020, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

41. En consecuencia, las mediciones efectuadas por esta Superintendencia, los días 28 y 29 de febrero de 2020, que arrojaron los niveles de presión sonora corregidos de **64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 68 dB(A), 67 dB(A), 70 dB(A), 69 dB(A), 67 dB(A)**, en horario nocturno, en condición externa respectivamente, medidos desde un receptor sensible, ubicado en Avenida Raúl Pey N°2911, dpto. 62, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota homologable a la Zona III de la Norma de Emisión de Ruidos, gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no han sido desvirtuadas ni controvertidas en el presente procedimiento.

IV. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

42. 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-217-2021, esto es, *“La obtención, con fechas 28 y 29 de febrero de 2020, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 68 dB(A), 67 dB(A), 70 dB(A), 69 dB(A), y 67 dB(A) respectivamente, todas las mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona III.”*

43. Para ello fue considerado los Informes de Medición señalados precedentemente, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo con la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011 del MMA.

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

V. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

45. 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-217-2021, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 del MMA.

46. En este sentido, en relación con el 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.

47. Al respecto, es de opinión de este Superintendente, 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.

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

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

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

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

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

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

³ El artículo 36 N° 3, de la LOSMA, 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

52. 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 las Bases Metodológicas. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

b) Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, al caso particular.

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

- a) *La importancia del daño causado o del peligro 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.*

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

- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado*¹¹.
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*¹².

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

- a. **Letra d), intencionalidad**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte 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 esta resolución.

55. 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.

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

A. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c), del artículo 40 LOSMA)

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. 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.

58. 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 con su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

59. 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.

60. 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 28 y 29 de febrero de 2020 ya señalada, en donde se registró su excedencia máxima de **20 dB(A)** por sobre la norma en horario nocturno en el receptor R1 ubicado en Av. Raúl Pey N°2911, comuna de Arica, región de Arica y Parinacota, siendo el ruido emitido por “Pub Mojito”.

(a) Escenario de Cumplimiento

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

Tabla 3 - Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento²³

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Limitador Acústico 1 piso (Pista de baile)	\$	1.819.328	ROL D-107-2018

²³ 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.

Limitador Acústico 2 piso (Terraza con mesas)	\$	1.819.328	ROL D-107-2018
Pantalla acústica con cumbrera en sector norte de la pista de baile	\$	3.112.902 ¹⁴	ROL D-107-2018
Pantalla acústica con cumbrera en sector este de la pista de baile.	\$	3.352.356	ROL D-107-2018
Costo total que debió ser incurrido	\$	10.103.914	

62. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que, dado que la titular acompañó el “Informe Técnico de Diagnóstico, Pub Mojito Arica” preparado por Alfacústica en marzo de 2020, en dónde se definieron como medidas idóneas el Desacoplamiento de Sub Woofer, configuración definitiva del sistema de ganancia (instalación de compresor o limitador acústico), e instalación de pantallas acústicas. Luego de un análisis, se procedió a confirmar que dichas medidas se encuentran correctamente orientadas para la mitigación del ruido generado por el tipo de fuente. En base a lo anterior, y considerando que el “Informe Técnico de Diagnóstico, Pub Mojito Arica” no presenta una cotización por dichas medidas, se procedió a definir dimensiones y número de equipo idóneos para mitigar el nivel de excedencia registrado, es por esto y considerando la configuración física del establecimiento, que cuenta con dispositivos de alta voz distribuidos en 2 sectores del Pub-discoteque y que ambos sectores se encuentran al aire libre (terrace del segundo piso y pista de baile en el primer piso¹⁵), se definió que la instalación de los limitadores acústicos, se deben realizar en el primer y segundo piso, complementando con pantallas acústicas de 4 metros de altura con una cumbrera de 2 metros¹⁶. Dada la ubicación geográfica del establecimiento en relación con la ubicación de los receptores sensibles, es óptimo considerar la instalación de dichas pantallas acústicas en el ala norte y este de la pista de baile.

63. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma previa a la fecha de fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, el día 28 de febrero de 2020.

(b) Escenario de Incumplimiento

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

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

¹⁴ Valor de referencia por metro cuadrado es de \$39.909.-

¹⁵ Figuras 1 y 2 del Informe Técnico de Diagnóstico, Pub Mojito Arica.

¹⁶ En el ala norte se considera un perímetro de 13 metros, con una altura de 4 metros de altura y 2 metros de cumbrera, lo que entrega un total de 78 m². Del mismo modo, para el ala este, se consideran 14 metros de perímetro y 4 metros de altura y 2 metros de cumbrera, lo que entrega un total de 84m². El total de metros cuadrados de pantalla acústica es de 162 m².

Tabla 4 - Costos incurridos por motivo de la infracción en escenario de incumplimiento¹⁷

Medida	Costo (sin IVA)		Fecha o periodo en que se incurre en el costo	Documento respaldo
	Unidad	Monto		
Informe Técnico de Diagnóstico	\$	3.007.530	31-03-2020	Informe de Diagnóstico
Costo total incurrido	\$	3.007.530		

66. En relación con las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que estas medidas no resultan ser idóneas o suficientes para mitigar la excedencia detectada en la medición referida por cuanto, pese a que la empresa realizó un diagnóstico mediante un profesional acreditado, en dónde se definen medidas idóneas, la empresa no acredita la ejecución de ninguna de dichas medidas, incluso, de forma posterior a la formulación de cargo, se constataron nuevas excedencias.

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

(c) Determinación del beneficio económico

68. 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 28 de septiembre de 2022, y una tasa de descuento de 9,8%, estimada en base a información de referencia del rubro de equipamiento; restaurant, pub, discoteque. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de octubre de 2022.

Tabla 5 - Resumen de la ponderación de Beneficio Económico

Costo que origina el beneficio	Costos retrasados		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	10.103.914	14,3	1,1

69. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción, en los términos antes expuestos.

¹⁷ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo fue incurrido.

B. Componente de Afectación

b.1. Valor de Seriedad

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

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

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

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

73. 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.

74. 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”*¹⁸. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -

¹⁸ Itre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

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.

75. 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”¹⁹. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro²⁰ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible²¹, sea esta completa o potencial²². El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”²³. 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.

76. 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 afianzado²⁴ 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 mental²⁵.

77. 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

¹⁹ 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

²⁰ 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 LOSMA.

²¹ 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

²² 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.

²³ Ídem.

²⁴ 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>.

²⁵ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

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 vegetativo²⁶.

78. 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 ruido²⁷.

79. 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.

80. 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 completa²⁸. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁹ 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.

81. 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.

82. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N°38/2011 del MMA fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar. Por tanto, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor

²⁶ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), páginas 22-27.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ 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.

²⁹ 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.

es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

83. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 64, 68, 67, 69 y 70 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo entre 14 y 20 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 100 en la energía del sonido³⁰ 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.

84. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo es el tiempo de exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, según los casos que esta Superintendencia ha tramitado en sus años de funcionamiento, le permiten inferir que los dispositivos emisores de ruido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo³¹. De esta forma, en base a la información contenida en el acta de fiscalización y denuncias, 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 nocturno³², en base a un criterio de horas proyectadas a un año de funcionamiento de la unidad fiscalizable.

85. 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 generado un riesgo a la salud aunque no de carácter significativo, y por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.**

b.1.2 El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b), del artículo 40 LOSMA)

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

³⁰Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en : https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

³¹ Por **funcionamiento puntual** se entiende aquellas actividades que se efectúan una vez o más, pero que no se realizan con periodicidad; se estima que estas son menores a 168 horas de funcionamiento al año. 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; las horas de funcionamiento anual varían entre 168 y 7280. Finalmente, por **funcionamiento continuo**, se refiere a aquellos equipos, maquinarias, entre otros, que funcionan todo el tiempo; su frecuencia de funcionamiento anual se encuentra dentro de un rango mayor a 7280.

³² Por tanto, no será ponderado el funcionamiento diurno en la presente circunstancia.

87. El razonamiento expuesto en el considerando 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”*.

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

89. 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 fórmula³³:

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

Donde,

L_x : Nivel de presión sonora medido.

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

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

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

90. En relación con lo señalado en el considerando 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.

91. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 28 y 29 de febrero 2020, que corresponde a 20 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató

³³ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

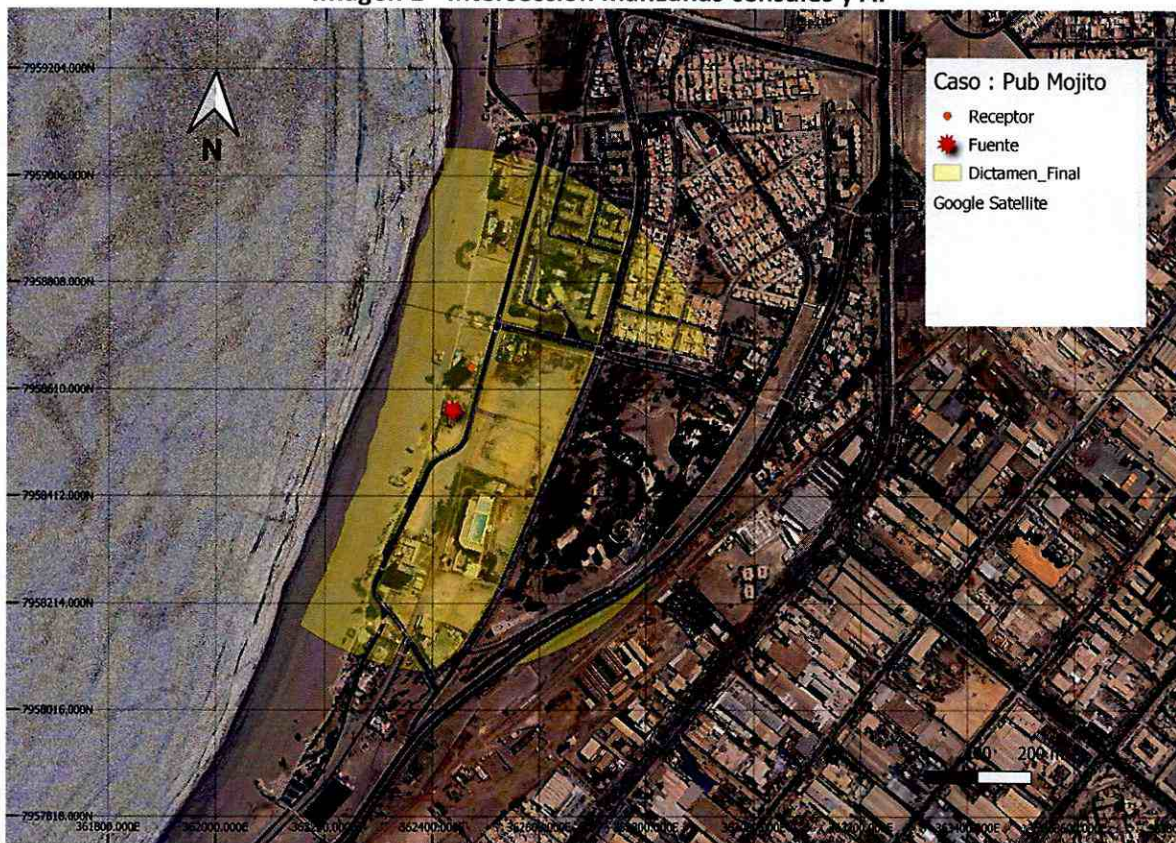
excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 487 metros desde la fuente emisora.

92. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³⁴ del Censo 2017³⁵, para la comuna de Arica, en la Región de Arica Parinacota, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

³⁴ Manzana censal: unidad geográfica básica con fines estadísticos que conforman zonas censales en áreas urbanas y 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.

³⁵ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

Imagen 1 - Intersección manzanas censales y AI



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.22.3 e información georreferenciada del Censo 2017.

93. 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	Nº de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	15101031002001	111	95.750	54.203	57	63
M2	15101031002002	238	81.673	35.729	44	104
M3	15101031002018	109	9.136	6.961	76	83
M4	15101031002019	401	18.134	4.609	25	102
M5	15101031002040	94	9.218	4.346	47	44
M6	15101031002041	70	8.922	7.020	79	55
M7	15101031002042	43	6.149	6.149	100	43
M8	15101031002043	40	4.300	2.776	65	26
M9	15101031002044	30	3.705	732	20	6
M10	15101031003006	276	302.666	6.068	2	6
M11	15101031003901	74	564.741	199.865	35	26

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

94. 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 **558 personas**.

95. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción, en los términos antes señalados.

b.1.3 La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i), del artículo 40 LOSMA).

96. 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.

97. 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.

98. 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.

99. 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”³⁶. 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.

100. 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

³⁶ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

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.

101. En esta línea, en el presente procedimiento sancionatorio, los hechos que fundamentan el cargo se constataron por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, en dos ocasiones de incumplimiento de la normativa.

102. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 20 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona III, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada del 28 al 29 de febrero de 2020 y la cual fue motivo de la Formulación de Cargos contenida en la RES. EX. N° 1/ ROL D-217-2021. 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 de la LOSMA.

b.2. Factores de incremento

103. 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 LOSMA)

104. 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 LOSMA.

105. 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.

106. En el presente caso, el Resuelvo VIII de la Res. Ex. N°1/ Rol D-217-2021, requirió de antecedentes al titular, a lo cual éste no dio cumplimiento.

107. En virtud de lo anterior, **se configura la presente circunstancia del art. 40 de la LOSMA, 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 LOSMA)

108. De acuerdo a la letra i) del artículo 40 de la LOSMA, 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.

109. 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 LOSMA 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.³⁷

110. En particular, en el presente caso se ordenaron medidas provisionales pre procedimentales, mediante la Res. Ex. 436, de 06 de marzo de 2020, por un plazo de 15 días hábiles. Dicha resolución fue notificada al titular personalmente, con fecha 12 de marzo de 2020.

111. Habiendo transcurrido el plazo sin que el titular presentara respuesta total a la Res. Ex. N°436/ Rol MP-019-2020, con fecha 02 de septiembre de 2021, mediante Res. Ex. N°1956, esta SMA resolvió declarar incumplidas dichas medidas provisionales pre procedimentales.

112. Lo anterior, sin perjuicio que este Superintendente sí considera que lo ordenado en el Resuelvo I.1), en cuanto a la presentación de un informe de diagnóstico de problemas acústicos, fue cumplido por el titular, mediante la presentación de los documentos señalados en el considerando 15° de esta resolución.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. Irreprochable conducta anterior (letra e), del artículo 40 LOSMA)

³⁷ 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.

113. 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.

114. 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 LOSMA).

115. 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 Pública³⁸. De esta manera, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

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

Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario

³⁸ 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 Lus et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 303 - 332.

2021 (año comercial 2020). Sin embargo, se observa que el SII no cuenta con la información de tamaño económico para a **Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones EIRL**.

117. Por otra parte, de la revisión de los antecedentes disponibles en el procedimiento, se concluye que no se cuenta con información de los ingresos anuales del infractor que permita determinar su tamaño económico, dado que no responde a requerimiento de información respecto a esta circunstancia. En ese contexto, fue necesario estimar el tamaño económico del infractor a partir de los antecedentes de referencia disponibles por esta Superintendencia. El tamaño económico de la empresa fue estimado en base al tamaño económico del rubro "Actividades de Discotecas y Cabaret (Night Club)", que corresponde a **Micro N° 3**.

118. 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 económica³⁹.

119. En atención a lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO. Conforme a lo señalado en esta resolución, respecto al hecho infraccional consistente en "*La obtención, con fechas 28 y 29 de febrero de 2020, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 64 dB(A), 68 dB(A), 67 dB(A), 70 dB(A), 69 dB(A), y 67 dB(A) respectivamente, todas las mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona III*", que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA, aplíquese a **Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones EIRL, una sanción consistente en dos coma seis unidades tributarias anuales (2,6 UTA)**.

SEGUNDO. Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en 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

³⁹ En el presente caso, puesto que la estimación se realiza sobre la base de una situación representativa de un año tipo, la cual, por su naturaleza, no es posible ni asociarla ni distinguirla de un escenario de crisis sanitaria, se considera que no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico para internalizar en la sanción los efectos de la crisis ocasionada por la pandemia de Covid-19.

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 LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo. El monto de la multa impuesta por la Superintendencia será 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.

Se hace presente que, el pago de la multa deberá efectuarse en la oficina correspondiente de la Tesorería General de la República o mediante la página web de dicho servicio, en la sección “pago de impuestos fiscales y aduaneros en línea” a través del siguiente enlace: <https://www.tgr.cl/pago-de-impuestos-fiscales-y-aduaneros/>. En ambos casos, para realizar el pago deberá utilizarse el **formulario de pago N° 110**.

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace:

<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

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 LOSMA 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.



EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)



ODLF/JAA/MPA

Notifíquese por carta certificada:

- Rodrigo Javier Kong Contreras Restaurant y Producciones EIRL domiciliado en Av. Raúl Pey Casado N°2861, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.
- Arturo Gonzalo Steel Miranda, domiciliado en Oscar Belmar N°370, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.
- Eduardo Vergara Cáceres, domiciliado en Barsilia N°2402, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.
- Manuel Enrique Jamett Soto, domiciliado en Avenida Raúl Pey N°2911, dpto. 54, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.
- María Cristina Bravo Ovando, domiciliada en Avenida España N°3002, comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.

Notifíquese por correo electrónico:

- Elena Lizana Orozco. lizanaorozco@gmail.com

C.C.:

- Gabinete, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Fiscal, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento Jurídico, Superintendencia del Medio Ambiente
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Información y Seguimiento Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo sancionatorio Departamento Jurídico, Superintendencia de Medio Ambiente.

Rol D-217-2021

Expediente N° 23.249/2021