

RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N° 366

SANTIAGO, 14 MAR 2019

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (D.S. N° 38/2011 MMA); el artículo 80 de la Ley N° 18.834, que aprueba Estatuto Administrativo; 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; la Res. Ex. N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Res. Ex. RA N° 119123/58/2017 de 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2° nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Res. Ex. N° 81, de 18 de enero de 2019, que establece orden de subrogancia para el cargo de Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-072-2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y la Res. Ex. N° 1.600, 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. Antecedentes generales

1. Mediante la Res. Ex. N° 1/ Rol D-072-2017, de fecha 26 de septiembre de 2017, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador Rol D-072-2017, en contra de don Claudio Osvaldo Labbé Reyes, en su calidad de titular de la instalación "Jammin Club", ubicado en calle Antonia López de Bello N° 49, comuna de Recoleta, Región Metropolitana, por el hecho infraccional consistente en la obtención, con fecha 17 de junio de 2015, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 55 dB(A) en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en Zona II.

2. Por medio de la Res. Ex. N° 875, de 23 de julio de 2018, se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-072-2017, sancionando al titular con una multa de tres coma cuatro unidades tributarias anuales (3,4 UTA).

3. En cuanto a la notificación de la Res. Ex. N° 875, ésta fue enviada mediante carta certificada al domicilio del titular siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Recoleta, con fecha 25 de julio de 2018, según consta en el seguimiento asociado al número de envío 1180762462311.

4. Con fecha 31 de julio de 2018, don Claudio Osvaldo Labbé Reyes, presentó ante esta Superintendencia un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 875, fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que en él se indican, y que serán analizados en los apartados siguientes de la presente resolución.

5. Meriante la Res. Ex. N° 998, de 14 de agosto de 2018, esta Superintendencia notificó la interposición del recurso de reposición antes señalado a la interesada en el procedimiento, con el fin de dar cumplimiento al artículo 55 de la Ley N° 19.880, otorgándole 5 días hábiles para que alegase cuanto considerase procedente en defensa de sus intereses, respecto del recurso de reposición interpuesto.

6. Luego, por medio de la Res. Ex. N° 1086, de 27 de agosto de 2018, esta Superintendencia resolvió proveer el recurso de reposición interpuesto por el titular, requerir de información a don Claudio Labbé en virtud del artículo 3 literal e) y 40 literal f) de la LOSMA, otorgándole 20 días hábiles, contados desde la notificación de dicha resolución, todo, con el fin de determinar la capacidad de pago del infractor. La antedicha resolución fue notificada por carta certificada según da cuenta el seguimiento de Correos de Chile N° 1180762467859.

7. Con fecha 27 de septiembre de 2018, el titular ingresó un escrito acompañando antecedentes en relación al requerimiento de información señalado en el considerando anterior. Para ello incorporó lo siguiente: Balance y estado de resultados del ejercicio contable de los años 2015, 2016 y 2017, emitidos y firmados por el contador don Manuel Cerda Cornejo, registro N° 15381-7.

8. Mediante el Memorándum FCL N° 145/2018, de 17 de octubre de 2018, el Fiscal (S) remitió los antecedentes señalados en el considerando anterior a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, ambos de esta Superintendencia, con el fin de revisar los antecedentes señalados en el considerando anterior, a efectos de evaluar la capacidad de pago del infractor.

9. Luego, por medio del Memorándum N° 60334/2018, de 29 de octubre de 2018, la División de Sanción y Cumplimiento de esta SMA, otorgó respuesta al Memorándum N° 145/2018, cuyo contenido será analizado en el apartado correspondiente de la presente resolución, referida a la capacidad de pago del infractor.

II. Admisibilidad del recurso de reposición interpuesto por el recurrente

10. El recurrente en su presentación indica estar dentro de plazo legal para interponer el recurso. Al respecto, el plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA: *“En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución”*.

11. De esa forma, ya que la resolución impugnada se entendió notificada el día 30 de julio de 2018, y el recurso fue presentado con fecha 31 de julio de 2018, este Superintendente estima que el recurso interpuesto por el titular se encuentra presentado dentro de plazo, en tanto el plazo fatal para su presentación vencía el día 6 de agosto de 2018.

12. Por tanto, presentado el recurso dentro de plazo legal, corresponde pronunciarse a continuación respecto de las alegaciones formuladas por el recurrente.

III. Análisis de las alegaciones formuladas por el recurrente

a) Alegación referida a la supuesta gradualidad del procedimiento administrativo sancionatorio

13. En primer lugar el titular alega una supuesta gradualidad en la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio llevado por esta SMA, expresando lo siguiente: *“Que el contexto en que se desarrolla este procedimiento sancionatorio es relativamente nuevo, de escaso tiempo de aplicación e interpretación de sus normas, lo anterior supone una adecuación paulatina de las normas a aplicar, especialmente en el caso en comento, ya que Jammin Club, tiene una antigüedad en el barrio de más de 20 años, no es una discoteca propiamente tal, sino que alberga una tendencia musical y cultural [...]”*.

14. Esta alegación debe ser descartada desde que las competencias de la Superintendencia se encontraban plenamente vigentes al momento de iniciar el presente procedimiento sancionatorio, en tanto la fiscalización, que determinó el hecho infraccional de superación de ruido, fue realizada con fecha 17 de junio de 2015, formulando cargos con fecha 26 de septiembre de 2017. Así, la Ley N° 20.417, cuyo artículo segundo fija las funciones y atribuciones de esta SMA, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero de 2010, mientras que su artículo noveno transitorio condicionó a una vigencia diferida el Título III “De las infracciones y de las sanciones” al funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental, cuestión que aconteció con fecha 28 de diciembre de 2012, en virtud del Acta N° 1 Sobre Instalación y Funcionamiento del Segundo Tribunal Ambiental.

15. Al no existir tampoco normas de vigencia diferida o de gradualidad en el cumplimiento de la Tabla N° 1 del artículo 7 del D.S. N° 38/2011 MMA, aplicable al caso, la alegación realizada por la titular debe ser desestimada.

b) **Alegación referida a un supuesto vicio en la modificación del plan regulador comunal que permitió el emplazamiento de los receptores sensibles adyacentes a la fuente de ruido**

16. En segundo lugar, el titular alega el cumplimiento de las normas urbanísticas aplicables en el momento anterior al emplazamiento del inmueble donde se encuentra el interesado en el procedimiento, pretendiendo que dicha situación podría ser un argumento posible para solicitar la condonación de la multa o su rebaja sustancial. Señala que la construcción del edificio habitacional, donde habitan algunos receptores sensibles, así como el denunciante e interesado en el presente procedimiento, fue permitido a raíz de una modificación en el plan regulador de la comuna, cuyo origen se encontraría viciado por haber sido impulsado por un Director de Obras sujeto a procedimientos judiciales y destituido del cargo. Dicha situación, modificó las circunstancias del emplazamiento *“puesto a disposición de los locatarios para ejecutar sus giros de esparcimiento y cuyos requisitos para explotar el giro fueron ampliamente cumplidos”*.

17. Al respecto, este Superintendente debe señalar que el cumplimiento de las normas urbanísticas, como patentes y permisos, no son competencia de este Servicio, no correspondiéndole su fiscalización, sanción ni ponderación dentro del procedimiento administrativo sancionador, excepto en lo que dice relación con la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS N° 38/2011, cuyos supuestos no corresponden a lo discutido.

18. Por otro lado, toda persona se encuentra obligada al cumplimiento de la normativa sectorial relacionada con su propio giro, y según sea el caso, a sus posteriores modificaciones, en tanto las normas de derecho público rigen *in actum*, es decir, son de aplicación inmediata atendida la naturaleza de orden público que contienen, entre las que se encuentran, desde luego, los instrumentos de planificación territorial, por lo que el mero cumplimiento normativo del giro no constituye por sí mismo un factor que permita condonar o rebajar una multa impuesta por esta SMA.

19. Finalmente, el recurso de reposición del artículo 55 de la LOSMA, no es el medio de impugnación para alegar vicios de tramitación del plan regulador comunal de la comuna de Recoleta, por lo que éste, encontrándose vigente al momento de iniciar el presente procedimiento sancionador, corresponde a la normativa aplicable a efectos de homologar la zona del D.S. N° 38/2011 MMA, encontrándose esta Superintendencia obligada a su aplicación.

20. Por todo lo anteriormente señalado, las alegaciones realizadas por el titular en este acápite deben ser rechazadas.

c) Alegación referida a la falta de certeza que la superación por la cual se formularon cargos haya sido de exclusiva responsabilidad del titular

21. En tercer lugar, el titular alega la falta de certeza de que "Jammin Club" haya sido la única fuente emisora responsable del ruido registrado en la medición de fecha 17 de junio de 2015, respecto de la cual se formularon cargos, debido a que *"no es menos cierto que el emplazamiento de la propiedad denunciante y denunciada, se encuentra inmerso en un barrio destinado a pub, discotecas, centros de eventos y restaurantes, que por esencia son emisores de ruido y en horarios nocturnos, por lo que sumamente difícil tener certeza de que Jammin Club haya sido el único emisor que satura la norma en dicha medición, incluso en aquella realizada, se menciona ruido ambiente y de conversaciones, que probablemente interfieren o aumentan la percepción instrumental de medición, el rango medido de exceso en la norma es bastante leve, por lo que dicha medición puede estar sujeta a corrección o factor de error, más aún, en la convicción que se hizo solo un único y exclusivo muestreo de la supuesta infracción, por el personal del SEREMI Metropolitano"*.

22. Al respecto, se debe señalar que no existe prueba acompañada por el titular en el recurso que sustente ninguna de las afirmaciones transcritas anteriormente. Así, y sin perjuicio de ello, este Superintendente considera necesario realizar ciertas consideraciones sobre los puntos levantados.

23. Primeramente, respecto que es *"sumamente difícil tener certeza de que Jammin Club haya sido el único emisor que satura la norma en dicha medición"*, se debe indicar que el Informe de Fiscalización DFZ-2016-1060-XIII-NE-IA describe en detalle la forma como se obtuvieron los resultados que arrojaron incumplimientos de nivel de presión sonora del titular, y que dicha fiscalización, a través de su Acta de Inspección, posee presunción legal, no desvirtuada. Dicha presunción tiene sustento normativo en el artículo 51 de la LOSMA, y en el artículo 156 inciso 2° del Código Sanitario, al tratarse de funcionarios de la SEREMI de Salud RM quienes realizaron la medición de ruidos en el caso¹. La presunción de legalidad de lo constatado por ministros de fe que no sean funcionarios de la SMA, pero que digan relación con materias ambientales, ha sido respaldada por la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 38.340-2016 al fallar que: *"En este aspecto, se debe precisar que el artículo 51 del mencionado texto legal dispone que los hechos constatados por los funcionarios a los que se les reconozcan la calidad de ministro de fe, tendrá el valor probatorio indicado en el artículo 8°, esto es, gozarán de la presunción legal de validez, cuestión que viene en ratificar lo hasta ahora reseñado, toda vez que claramente se está refiriendo a los ministros de fe de otros servicios públicos, pues cualquier interpretación en contrario haría redundante la disposición. Asentado lo anterior, sólo cabe concluir que los funcionarios de los organismos sectoriales que ostentan el carácter de ministro de fe en virtud*

¹ Artículo 51 inciso 2° LOSMA: *"Los hechos constatados por los 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"*; Artículo 156 inciso 2° Código Sanitario: *"El acta deberá ser firmada por el funcionario que practique la diligencia, el que tendrá el carácter de ministro de fe"*.

de lo dispuesto en la ley que los rige, mantienen tal calidad en relación a materias vinculadas a instrumentos ambientales”².

24. A mayor abundamiento, es posible indicar que la forma como se obtuvieron los resultados de nivel de presión sonora se ajusta a un procedimiento de carácter general contenido en la norma de emisión D.S. N° 38/2011 MMA, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por fuentes que indica, elaborada a partir de la revisión del Decreto N° 146, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dicha regulación, para efectos de la explicación que se busca otorgar en la presente resolución que resuelve el recurso de reposición, puede ser dividido en dos secciones, regulación respecto del instrumento de medición y regulación respecto del procedimiento de obtención de resultados.

25. Respecto de la regulación sobre el instrumento de medición, una de las modificaciones sustanciales incorporadas en el D.S. N° 38/2011 MMA dice relación con las exigencias en la calidad de la instrumentación utilizada en las mediciones. Así, en los Considerandos de esta normativa se indica lo siguiente: *“f) Exigencia de Calidad de la Instrumentación. Para asegurar la calidad de los datos medidos, se hizo necesario incorporar exigencias sobre la calidad del instrumental de medición, mediante certificados que avalen que se está midiendo correctamente, de acuerdo a normativas y procedimientos de calidad internacionales”*.

26. La manifestación normativa de esta idea se concretiza en los artículos 5° N° 5, 11, 12, 13 y 14 del D.S. N° 38/2011 MMA que especifican las características que debe tener el instrumento de medición y calibrador, elementos no cuestionados por el titular al señalar que *“[...] creemos que las mediciones que se generan y sirven de base al proceso sancionatorio, están tomadas por personal e instrumentación idóneos [...]”*.

27. Ahora bien, respecto de la regulación sobre el procedimiento de obtención de resultados, una de las modificaciones sustanciales incorporadas en el D.S. N° 38/2011 MMA dice relación con la simplificación de la metodología de medición. Así, en los Considerandos de esta normativa se indica lo siguiente: *“La aplicación del DS N° 146, de 1997, Minseggres, hacía concluir que podría adaptarse un procedimiento único de medición de niveles de ruido, independientemente del tipo de ruido a evaluar. Además, se clarificó la corrección por ventana abierta y/o cerrada, y el concepto y utilización del ruido de fondo para la norma”*.

28. La manifestación normativa de esta idea se concretiza en los artículos 15 al 19 del D.S. N° 38/2011 MMA que especifican el procedimiento a seguir. Así, el artículo 15 dispone que:

“Artículo 15º.- La determinación del nivel de presión sonora corregido (NPC) se efectuará de acuerdo al siguiente procedimiento general:

² CORTE SUPREMA. Rol N° 38.340-2016. 3 de agosto de 2017. Exportadora Los Fiordos Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente. Casación en la forma y en el fondo. Considerando décimo tercero.

a) *Las mediciones se efectuarán con un sonómetro integrador, según lo especificado en los artículos 11º al 14º, y calibrado en terreno por el operador.*

b) *Se utilizará el filtro de ponderación de frecuencias A y la respuesta lenta del instrumento de medición.*

c) *Los resultados de las mediciones se expresarán en dB(A) y se evaluarán según el descriptor nivel de presión sonora corregido (NPC).*

d) *Las mediciones deberán ser acompañadas de un informe técnico, el que consistirá en lo siguiente:*

1. *Ficha de Información de Medición de Ruido,*
2. *Ficha de Georreferenciación de Medición de Ruido,*
3. *Ficha de Medición de Niveles de Ruido, y*
4. *Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido.*

El contenido y el formato de las fichas mencionadas, serán definidos por la Superintendencia del Medio Ambiente, dentro de los 60 días hábiles siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la presente revisión de norma³.

29. Que, ninguno de estos elementos del procedimiento de medición, han sido cuestionados ni se han aportado antecedentes y pruebas que vengán a desacreditar el Informe de Fiscalización DFZ-2016-1060-XIII-NE-IA, el que se ha ajustado al procedimiento de medición establecido en la norma de emisión de ruidos.

30. Así, la norma de emisión contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA posee requisitos específicos sobre el instrumento y sobre el procedimiento, por lo que en la medida en que los fiscalizadores le hayan dado cumplimiento, cuestión que no ha sido desvirtuada por ninguna prueba en contrario por el titular, les otorga a los resultados de la medición la certeza suficiente para que este Superintendente haya ejercido la potestad sancionadora encomendada por la LOSMA.

d) **Alegación referida a que las medidas correctivas tomadas por el titular sustentarían una condonación o rebaja de la multa impuesta**

31. En cuarto lugar, el titular alega que las medidas correctivas tomadas y probadas en el procedimiento administrativo sancionatorio sustentarían una condonación o rebaja de la multa impuesta por la resolución sancionatoria: *"[...] los propios parámetros esgrimidos como factores de incremento y disminución, la resolución favorece ampliamente a este contribuyente en el oportuno y fiel cumplimiento, autogenerado en tiempo y forma la corrección del supuesto exceso"* y teniendo que incurrir en gastos *"de más de 12 millones de pesos por la implementación de obras del plan de mitigación, lo anterior es claramente un antecedente probado en el proceso y que cimienta esta solicitud de condonación de la multa de más de 2 millones de pesos impuesta, que supera ampliamente el 15% en proporción a lo invertido para cumplir con el plan de mitigación"*.

32. Al respecto, este Superintendente debe señalar que el desembolso un gasto determinado dentro del procedimiento administrativo

³ En cumplimiento del inciso último del artículo 15 del D.S. N° 38/2011 MMA, esta Superintendencia dictó la Res. Ex. N° 867, de 16 de septiembre de 2016.

sancionatorio no puede fundamentar, a su vez, un recurso de reposición por el solo hecho de estimar el titular que la multa impuesta es elevada.

33. En efecto, tal como se señala en la resolución sancionatoria, entre sus considerandos 62 y 175, en virtud del artículo 40 de la LOSMA, el legislador otorgó a esta SMA, para la determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro del catálogo de sanciones, ciertas circunstancias que moderarán el ejercicio de la potestad sancionadora. De ese modo, este organismo, 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 Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales (en adelante, "Bases Metodológicas"), aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

34. Dichas bases y criterios han sido utilizados, tal como se explicita en la resolución sancionatoria. Específicamente, el monto desembolsado por el titular sí fue considerado para efectos de determinar la multa. Es efecto se ponderó en el acápite de medidas correctivas del artículo 40 literal i) entre los considerandos N°s 152 a 164, donde se concluyó que dicha circunstancia se ponderaría como un factor de disminución de la sanción.

35. Las demás circunstancias fueron razonadas debidamente, en conjunto con los antecedentes acompañados por el titular, por lo que no se advierte como, las medidas tomadas, **ya consideradas en la determinación de la sanción**, puedan ser nuevamente objeto de ponderación en el presente recurso de reposición, para condonar o rebajar la multa.

36. A mayor abundamiento, revisados los antecedentes del procedimiento, se hace notar que los supuestos "*12 millones de pesos por la implementación de obras del plan de mitigación*" referidos por el titular en su recurso, no son tales, desde que dicho valor fue anunciado en el programa de cumplimiento en términos referenciales en el escrito de fecha 11 de diciembre de 2017, página N° 2, sin embargo el único valor probado en el procedimiento procede de la factura extendida al titular por parte de la empresa Barrios y Funes Servicios Limitada, documento N° 124, de 28 de febrero de 2018, por un valor de \$5.131.038, valor considerado en la determinación del beneficio económico de la Res. Ex. N° 875, entre los considerandos 85 a 88.

e) **Alegación referida a la capacidad de pago del titular**

37. Por último, el titular alega la falta de capacidad de pago para hacer frente a la multa impuesta mediante la Res. Ex. 875, de 23 de julio de 2018, señalando haber acompañado al procedimiento antecedentes de la inexistencia de utilidades en el periodo tributario 2016-2017, con ejercicios contables que evidencian pérdidas, retraso en el pago de impuesto ante el SII, lo que sumado al costo de las medidas implementadas y a la multa impuesta ponen en peligro la continuidad del negocio.

38. Al respecto, cabe indicar en primer lugar que, los antecedentes acompañados en el procedimiento, específicamente los relativos a la determinación de las circunstancias del artículo 40 LOSMA, solicitados mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-072-2017, fueron ponderados entre los considerandos 172 a 175 de la Res. Ex. 875, de 23 de julio de 2018, con el fin de determinar o no un factor de reducción de la sanción de acuerdo al tamaño económico, considerando una mayor reducción cuando menor sea el tamaño económico de la empresa, determinando en el caso concreto la procedencia de la circunstancia como un factor que redujo la sanción, al concluir que la empresa pertenece a un rango de Pequeña empresa N° 2.

39. Además, tal como se ha señalado entre los considerandos 6 al 9 de la presente resolución, esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 1086, de 27 de agosto de 2018, resolvió, previo a proveer el recurso de reposición interpuesto por el titular, requerir de información a don Claudio Labbé en virtud del artículo 3 literal e) y 40 literal f) de la LOSMA, todo, en los siguientes términos: *a) Balances generales y estado de resultados de "Jammin Club" correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2018 a la fecha, respaldados por un contador o auditor independiente, debidamente firmado por el o los responsables; y b) Otros antecedentes que acrediten la situación económica de "Jammin Club", tales como libros contables y otros registros financieros correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2018 a la fecha, que permitan fundamentar la imposibilidad de pago del monto total de la multa impuesta, y que permitan acreditar lo sostenido por la parte recurrente en relación a su capacidad de pago".*

40. De ese modo, con fecha 27 de septiembre de 2018, el titular ingresó un escrito acompañando antecedentes en relación al requerimiento de información señalado en el considerando anterior, incorporando lo siguiente: Balance y estado de resultados del ejercicio contable de los años 2015, 2016 y 2017, emitidos y firmados por el contador don Manuel Cerda Cornejo, registro N° 15381-7.

41. Mediante el Memorándum FCL N° 145/2018, de 17 de octubre de 2018, el Fiscal (S) remitió los antecedentes señalados en el considerando anterior a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, ambos de esta Superintendencia, con el fin de revisar dichos antecedentes a efectos de evaluar la capacidad de pago del infractor.

42. Luego, por medio del Memorándum N° 60334/2018, de 29 de octubre de 2018, la División de Sanción y Cumplimiento de esta SMA otorgó respuesta al Memorándum señalado en el considerando anterior, en virtud del análisis efectuado de los antecedentes acompañados, señalando lo siguiente:

"Luego de revisar la información remitida por el titular, en relación a la fundamentación de su capacidad de pago de la multa, se señala lo siguiente:

Los antecedentes remitidos por el titular corresponden a los balances tributarios o 8 columnas de los años 2014, 2016 y 2017 y los formularios 22 de los años tributarios 2015, 2016, 2017 y 2018 que contienen información del año comercial anterior a esos años.

La información entregada es incompleta respecto de lo que se solicitó: No entregó ningún antecedente correspondiente al año comercial 2018, por ser el periodo más reciente, resulta de mayor relevancia.

No entregó todos los antecedentes necesarios para fundamentar su solicitud, como los libros contables, u otros elementos que le permitiesen fundamentar porque no puede pagar la multa. Esto se concluye debido a que las partidas de los balances tributarios remitidos no permiten conocer el detalle del negocio y sus resultados, pudiendo observarse solamente que la empresa tiene un resultado de pérdida durante los años 2016 y 2017, pero no se explica ni indica el motivo. Los formularios 22, por su parte, no aportan mayor información del negocio, aunque en ellos sí se puede observar que el titular obtiene rentas no asociadas al negocio Jammin Club, aunque no de gran cuantía. Puesto que los antecedentes enviados no aportan información en detalle y no permiten concluir respecto de su capacidad de pago de una multa de 3,4 UTA (aprox. 2 millones de pesos), el titular debió aportar mayores antecedentes para respaldar los resultados del negocio y fundamentar con argumentos el hecho que no pueda pagar la multa que se le impone [...].

Cabe destacar que el Balance Tributario entregado del año 2015, corresponde al de una empresa diferente y con un giro del negocio distinto al de Claudio Labbe Reyes, por lo que no cumplió con entregar la información correspondiente a 2015, entregando así, además, información confusa. Se observa que a continuación del balance 2015 (de la otra empresa) hay un resultado de ganancia de aprox. 43 millones – cuantiosa en comparación con los resultados de los demás periodos – que sí correspondería al titular.

Por lo anterior, la información remitida no es concluyente respecto de la falta de capacidad de pago de la multa impuesta, la cual es proporcionalmente baja en relación al tamaño de empresa (representa un 1% de los ingresos por venta 2017). Si bien la empresa presenta en sus balances tributarios pérdidas en los ejercicios 2016 y 2017, esto no permite concluir que una multa cercana a 2 millones de pesos va a poner en peligro la continuidad del negocio y, por ende, que es necesario reducirla”.

43. Este Superintendente comparte las conclusiones del Memorándum N° 60334/2018, en relación a que la información entregada es incompleta, que no permite conocer los resultados del negocio, que se acompañó información de una empresa diferente y con un giro de negocio distinto al de don Claudio Labbé, no siendo definitiva la información otorgada para concluir la falta de capacidad de pago por parte del titular, considerando además que el monto de la multa constituye o representa menos del 1% de los ingresos por venta del año 2017, no advirtiéndose desproporcionalidad en la mantención de la multa impuesta, mientras que su reducción hubiese implicado desnaturalizar su efecto disuasivo, cuestión que este Superintendente no puede avalar.

44. Cabe señalar, a mayor abundamiento, que la falta de justificación técnica o jurídica de la información entregada, por ejemplo, respecto de haber acompañado información de una empresa diferente y con un giro de negocio distinto o a la omisión de antecedentes del año 2018, constituyen una carga que el infractor debió asumir en el mismo recurso de reposición y en el escrito que dio respuesta a la Res. Ex. N° 1086, de 27 de agosto de 2018⁴.

⁴ La carga de la prueba se encuentra en el infractor respecto de la capacidad de pago tal como ha sido fallado por la Corte Suprema: “Que el arbitrio no esclarece ni tampoco se divisa cómo, aún con la reducción practicada, perduraría la desproporcionalidad, ni cuál sería un valor acorde a su capacidad de pago, dado que únicamente se consideró al momento de fijar el monto original de la multa, el tamaño de la sociedad sobre información tributaria auto declarada, para posteriormente, de cara a las protestas de imposibilidad de hacer frente al pago, la presentación del comunicado financiero especifica que así lo acreditará, lo que constituye una carga de la infractora, que acompañó sus estados financieros”. (el destacado es nuestro). Excma. Corte Suprema. Rol N° 61.291 – 2016. 24-4-2017. Recursos de casación en la forma y en el fondo. Pampa Camarones S.A. en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente.

45. En virtud de todo lo anteriormente expuesto, estese a lo que se resolverá por este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: RECHAZAR el recurso de reposición interpuesto por don Claudio Osvaldo Labbé Reyes, con fecha 31 de julio de 2018, en contra de la Res. Ex. N° 875, de 23 de julio de 2018, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-072-2017.

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta resolución. En contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental competente, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la presente resolución, según lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA.

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. Para mayores detalles puede visitar el siguiente link: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>.

TERCERO. Notifíquese por carta certificada la presente resolución, de conformidad al inciso tercero del artículo 46 de 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.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE.



RUBÉN VERDUGO CASTILLO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)
GOBIERNO DE CHILE

ES/JOR

Notifíquese por carta certificada:

- Claudio Osvaldo Labbé Reyes. Calle Antonia López de Bello N° 49, comuna de Recoleta, Región Metropolitana.
- Representante legal de la Comunidad Edificio Ernesto Pinto Lagarrigue N° 219. Calle Ernesto Pinto Lagarrigue N° 219, comuna de Recoleta, Región Metropolitana.



C.C.:

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

Rol D-072-2017

[Faint handwritten signature]