



**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-065-2017, SEGUIDO EN
CONTRA DE SOCIEDAD COMERCIAL INSOMNIO
GROUP CHILE LIMITADA.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Esta Fiscal Instructora ha tenido como marco normativo aplicable el artículo segundo de la Ley Nº 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley Nº 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ("LOCBGAE"); del artículo 80 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 29 de 16 de junio de 2004 del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.834, sobre Estatuto Administrativo; el Decreto con Fuerza de Ley Nº 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta RA SMA Nº 119123/58/2018, de 27 de diciembre de 2017, que renueva el nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2º nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta Nº 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por la Resolución Exenta Nº 559, de fecha 14 de mayo de 2018; la Resolución Exenta Nº 693, de fecha 21 de agosto 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; la Resolución Exenta Nº 491, de fecha 31 de mayo 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS Nº 38/2011; la Resolución Exenta Nº 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del DS Nº 38/2011; el Decreto Supremo Nº 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. Nº 38/2011"); la Resolución Exenta Nº 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; la Res. Ex. Nº 82, de 18 de enero de 2019, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; y, la Resolución Nº 1600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DEL PROYECTO

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició en contra de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, Rut

76.437.864-4, titular Discoteca Kamikaze, ubicada en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, Región de Coquimbo.

2. Dicho establecimiento tiene como objeto la prestación de servicios de discoteca, y por tanto, corresponde a una “Fuente Emisora de Ruidos”, al tratarse de una actividad de esparcimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 3 y 13 del D.S. N° 38/2011.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

3. Que, con fecha 4 de mayo del año 2016, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia”), recepcionó una denuncia por ruidos molestos, realizada por don Rodrigo Enrique Zegers Reyes, cédula de identidad N° 6.375.622-9, en su calidad de representante legal de Hoteles Campanario Limitada, RUT N° 78.318.030-8, en contra de cuatro fuentes emisoras que se encuentran contiguas al Hotel Campanario del Mar, ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, Región de Coquimbo. Según se señaló en la mencionada denuncia, las citadas fuentes funcionarían hasta bien entrada la madrugada, con altos niveles de emisión de ruido durante las noches, lo cual impediría a sus clientes, principalmente turistas nacionales o extranjeros, y ejecutivos de empresas de la zona, el descanso; agregando, además, que debido a su larga duración, se estaría convirtiendo en una crítica recurrente al hotel, y consecuentemente le generaría cuantiosos perjuicios. Asimismo, señaló que en el portal de búsquedas de destinos y alojamientos www.booking.com, se registraban más de 20 reclamos que datarían desde agosto del año 2014 y que describirían la molestia e indignación de clientes que no habrían podido dormir durante su estadía en el hotel afectado por ruidos molestos, transcribiendo y acompañando el denunciante algunos ejemplos de dichos reclamos. Por otra parte, el denunciante hizo presente que en temporada alta (meses de diciembre a febrero aproximadamente), el ruido insoportable se tornaría en un problema diario, dado que en aquella época, los pubs y discotecas de los alrededores del hotel afectado, funcionarían toda la semana de día y noche con altos niveles de música y bullicio; cuestión que en temporada baja, se mantiene principalmente entre los días miércoles a sábado. Finalmente, el denunciante señaló que en el hotel se habrían realizado todos los esfuerzos posibles para intentar aminorar los ruidos molestos, por ejemplo, con la instalación en todas las habitaciones de costosos termo-paneles, e inclusive, con cortinas externas anti ruido, cuestión que no ha resultado exitosa para aislar el bullicio, y por tanto, los ruidos molestos continuarían afectando profundamente la comodidad y descanso de sus trabajadores del hotel y clientes, así como la valoración de su marca.

4. Que, con fecha 27 de julio del año 2016, mediante Carta N° 001475, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia”), informó al Administrador del Local Comercial Discoteca Kamikaze, la recepción de una denuncia por emisión de ruidos molestos, provenientes de dicho local, ubicado en Avenida Cuatro Esquinas s/n, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, lo cual podría implicar eventuales infracciones al D.S. N° 38/2011. Asimismo, se le informó al denunciado, que esta Superintendencia tiene competencia sancionatoria en relación al incumplimiento de la Norma de Emisión antes señalada, y las sanciones que podría acarrear un eventual procedimiento sancionatorio. Finalmente, se le solicitó que en caso de adoptar cualquier medida asociada al

cumplimiento de la Norma de Emisión señalada, fuera informada a esta Superintendencia, acompañando toda aquella documentación que la acredite.

5. Que, con fecha 27 de julio del año 2016, mediante el Ord. D.S.C. N° 001471, esta Superintendencia informó al Sr. Rodrigo Enrique Zegers Reyes, representante Legal de Hoteles Campanario Limitada, la toma de conocimiento de su denuncia por ruidos molestos, provenientes de diversos locales ubicados en las cercanías de Avenida del Mar, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, entre ellos, el recinto Kamikaze, ubicado en Avenida Cuatro Esquinas s/n, comuna de la Serena, Región de Coquimbo; lo cual podría implicar eventuales incumplimientos al D.S. N° 38/2011. Asimismo, se le informó que la denuncia habría sido ingresada a nuestro sistema, y que su contenido se incorporaría en el Proceso de Planificación de Fiscalización de conformidad a las competencias de esta Superintendencia.

6. Que, con fecha 27 de diciembre del año 2016, mediante carta dirigida a esta Superintendencia, el Sr. Rodrigo Zegers Reyes, en su calidad de representante legal del denunciante, reiteró la denuncia por ruidos molestos presentada con fecha 4 de mayo de 2016, y solicitó nuevamente a esta Superintendencia que en el uso de sus atribuciones legales, declarase a los recintos denunciados, entre ellos Discoteca Kamikaze, en infracción al D.S. N° 38/2011. Por otro lado, se informó la realización de un informe de medición de Ruidos, que se acompañó a dicha presentación, y que daría cuenta de la realización de 6 mediciones de ruido en tres fechas distintas (25 de septiembre del año 2016, 8 de octubre del año 2016 y 20 de noviembre del año 2016, respectivamente), el cual, según se señala, ilustra con certeza la constante exposición a molestos y altos ruidos.

7. Que, con fecha 17 de marzo del año 2017, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, el informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-95-IV-NE-IA (en adelante, “el Informe”), que detalla las actividades de fiscalización realizadas por personal técnico de esta Superintendencia, a la unidad fiscalizable “Discoteca Kamikaze”.

8. Que, en el citado Informe, se adjunta además, un Acta de Inspección Ambiental, de fecha 19 de enero del año 2017, la cual constata que a las 21:00 horas del día 18 de enero de 2017, personal técnico de esta Superintendencia concurrió al domicilio del denunciante, con el fin de realizar las fiscalizaciones encomendadas. Conforme a lo señalado en dicha acta, al comprobar que las 4 fuentes de ruido individualizadas en la denuncia se encontraban operativas, se procedió a esperar la condición de mayor exposición al ruido. Posteriormente, según consta en el Acta, a las 03:30 horas del día 19 de enero del año 2017, al detener su funcionamiento las fuentes restantes, se procedió a realizar la medición de ruido acorde al D.S. N° 38/2011, captándose el funcionamiento del recinto “Discoteca Kamikaze”, el cual emitía ruidos correspondiente a música envasada y cantos.

9. Que, según consta en la Ficha de Información de Medición de Ruido, entre las 03:27 y las 03:37 horas, se realizó 1 medición de presión sonora, desde un único receptor sensible (Receptor R3), correspondiente a la terraza de la cocina del Hotel Campanario del Mar, es decir, en condición externa.

10. Que, de acuerdo a la información contenida en las Fichas de Información de Medición de Ruido, la ubicación geográfica del único punto de medición, se detalla en la siguiente tabla:

Punto de medición	Coordenada norte	Coordenada este
Receptor N° 3	6.686.376	279.758

Coordenadas receptores. Datum: WGS84, Huso 19J

11. Que, según consta en Ficha de Información de Medición de Ruido, el instrumental de medición utilizado consistió en un Sonómetro marca Cirrus, modelo CR:162B, número de serie G066124, con certificado de calibración de fecha 30 de noviembre del año 2016; y en un Calibrador marca Cirrus, modelo CR:514, número de serie 64888, con certificado de calibración de fecha 28 de noviembre del año 2016.

12. Que, para efectos de evaluar los niveles de presión sonora medidos, se procedió a homologar la Zona correspondiente al lugar donde se ubica el receptor donde realizó la medición, establecida en el Plan Regulador Comunal de La Serena, con las zonas establecidas en el artículo 7 del D.S. N° 38/2011 (Tabla N° 1). Al respecto, la zona evaluada en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, es la Zona ZC-9, concluyéndose que dicha zona es asimilable a Zona II de la Tabla N° 1 del D.S. N° 38/2011, por lo que el nivel máximo permitido en horario nocturno para dicha zona es de 45 dB(A).

13. Que, en el Informe de Fiscalización, se consigna un incumplimiento a la norma de referencia (D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente). En efecto, la medición efectuada en el Receptor N° 3, realizada en condición externa, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registra una excedencia de 5 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona II. El resultado de dicha medición de ruido en el correspondiente Receptor, se resume en la siguiente Tabla:

Tabla 1: Evaluación de mediciones de ruido en Receptor R3

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor R3 (Externa)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	50	0	II	45	5	No Conforme

Fuente: Anexo Acta, Detalles de actividad de fiscalización. DFZ-2017-95-IV-NE-IA.

14. Que, con fecha 16 de agosto del año 2017, la División de Sanción y Cumplimiento remitió a la División de Fiscalización, ambas de esta Superintendencia, mediante el Memorándum D.S.C. N° 502/2017, el Informe de Medición y Evaluación de Ruidos realizado por el denunciante, conforme a lo señalado en el punto 6 de la presente Resolución.

15. Posteriormente, con fecha 18 de agosto del año 2017, mediante el Memorándum DFZ N° 473/2017, la División de Fiscalización informó a la División de Sanción y Cumplimiento, que conforme a la revisión de dicho informe, no era posible validar los resultados presentados, para efectos de evaluar el cumplimiento normativo de las fuentes emisoras de ruido. Lo anterior, debido a que, por una parte, el instrumental de medición

utilizado no contaba con un certificado de calibración entregado por el Instituto de Salud Pública de Chile o un certificado de calibración de fábrica del equipamiento; y, por otra parte, debido a que tanto la metodología utilizada como las fichas reportadas, no corresponden a las aprobadas mediante la Resolución Exenta SMA N° 693/2015. Además, se indicó que la obtención del Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) no cumple con lo señalado en el artículo 18º de la correspondiente Norma de Emisión, y finalmente, que las mediciones realizadas, no distinguen a las fuentes que emiten dichos niveles, y por tanto, no permiten diferenciar el nivel producido por cada local comercial y asignar la responsabilidad de superación o cumplimiento normativo a cada uno de los titulares evaluados. Por tanto, el Informe de Medición de Ruido presentado por el titular en fecha 27 de diciembre de 2016, no será considerado en el presente procedimiento sancionatorio.

16. Que, luego, con fecha 21 de agosto de 2017, mediante Memorándum D.S.C. N° 516/2017, se procedió a designar a Daniela Paulina Ramos Fuentes como Fiscal Instructora titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Maura Torres Cepeda como Fiscal Instructora suplente.

17. Que, por tanto, con fecha 25 de agosto del año 2017, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-065-2017, con la formulación de cargos a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, RUT N° 76.437.864-4, titular de Discoteque Kamikaze, en virtud de la infracción tipificada en el artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto al incumplimiento de Norma de Emisión, específicamente, por la obtención, con fecha 19 de enero de 2019, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 50 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en zona II.

18. Que, dicha Formulación de Cargos (Resolución Exenta N° 1/Rol D-065-2017), fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena con fecha 31 de agosto del año 2017, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180315512470.

19. Que, la mencionada Resolución Exenta N° 1/Rol D-065-2017, establece en su Resuelvo IV que el infractor tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento, y de 15 días hábiles para formular sus descargos, respectivamente, ambos desde la notificación de la Formulación de Cargos. A su vez, mediante el Resuelvo III de dicha Resolución, se otorgó el carácter de interesado a Hoteles Campanario Limitada, siendo notificadas las resoluciones del presente procedimiento sancionatorio, a don Rodrigo Enrique Zegers Reyes, en su calidad de representante legal la misma.

20. Que, asimismo, con fecha 13 de Septiembre del año 2017, don Henry Valencia Montiel, Representante Legal de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, presentó una solicitud de ampliación de plazo para presentar Programa de Cumplimiento y formular Descargos. La solicitud se fundó en que el titular se encontraba recopilando antecedentes técnicos para determinar la factibilidad de ejecución de un Programa de Cumplimiento real que permitiera evitar la generación de emisiones fuera de la norma y que fuera realizado tanto por prevencionistas como por técnicos de sonido, cuestión que, según indica, habría demorado más de lo esperado.

21. Que, en misma fecha, 13 de septiembre del año 2017, esta Superintendencia recepcionó un complemento a la presentación anteriormente señalada, en la cual, se acompañaron documentos para acreditar la personería de don Henry Cristian Valencia Montiel, respecto de la Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada.

22. Que, con fecha 21 de septiembre del año 2017, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-065-2017, esta Superintendencia resolvió la solicitud de ampliación de plazo anteriormente indicada, otorgando un plazo adicional de 5 días hábiles para la presentación de un Programa de Cumplimiento y de 7 días hábiles para la presentación de descargos, ambos contados desde el término del plazo original. Además, en el Resuelvo III de la misma, se tuvo presente el poder de representación de don Henry Cristian Valencia Montiel, respecto de la Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada.

23. Que, dicha Res. Ex. N° 2/Rol D-065-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo devuelta a la oficina de Santiago, con fecha 13 de octubre de 2017, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180315515174 y 11803155181.

24. Que, no obstante la falta de notificación señalada anteriormente, con fecha 28 de septiembre del año 2017, esta Superintendencia recepcionó un Programa de Cumplimiento, presentado dentro de plazo, y firmado por don Henry Valencia Montiel y el Sr. Kary Gómez Villanueva, Experto en Prevención de Riesgos, mediante el cual se proponen medidas para hacer frente a las infracciones imputadas. Por tanto, conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley N° 19.880, la Res. Ex. N° 2/Rol D-065-2017 se entiende notificada tácitamente al titular.

25. Que, con fecha 13 de noviembre de 2017, mediante Memorándum D.S.C. N° 8467/2017, la Fiscal Instructora del presente procedimiento sancionatorio, derivó los antecedentes del referido Programa de Cumplimiento a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento, con el objeto de evaluar y resolver su aprobación o rechazo.

26. Que, posteriormente, con fecha 29 de noviembre del año 2017, mediante la Res. Ex N° 3/Rol D-065-2017, esta Superintendencia previo a proveer, incorporó observaciones al Programa de Cumplimiento presentado por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, y otorgó el plazo de 5 días hábiles, contados desde la notificación de dicha resolución, para la presentación de un Programa de Cumplimiento Refundido que incluyera todas las observaciones consignadas en ésta.

27. Que, con fecha 7 de diciembre del año 2017, en virtud del artículo 46 de la Ley N° 19.880, se procedió a notificar personalmente a la Sociedad Comercial Insomnio Group Limitada, titular de Discoteca Kamikaze, en el domicilio de la misma, constando ello en la respectiva Acta de Notificación Personal, la antedicha Res. Ex. N° 3/Rol D-065-2017.

28. Que, luego, con fecha 13 de diciembre del año 2017, el Sr. Pablo Bremer Maldonado, en su calidad de Apoderado de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, presentó una solicitud de ampliación de plazo para presentar el

Programa de Cumplimiento Refundido. La solicitud se fundó en la necesidad de tratar las correcciones al plan de cumplimiento presentado para la Discoteca Kamikaze.

29. Que, por otro lado, con fecha 13 de diciembre del año 2017, el Sr. Pablo Bremer Maldonado, en su calidad de Apoderado de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, presentó una solicitud de reunión de asistencia, fundada en la necesidad de tratar las correcciones al plan de cumplimiento presentado para la Discoteca Kamikaze.

30. Que, con fecha 15 de diciembre del año 2017, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-065-2017, esta Superintendencia resolvió en el considerando I de la misma, conceder la ampliación de plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento Refundido, otorgando para ello un plazo adicional de 2 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo original.

31. Que, no obstante la falta de notificación de la resolución anteriormente señalada, con fecha 19 de diciembre del año 2017, don Henry Valencia Montiel, en su calidad de Representante Legal de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, presentó dentro de plazo, un Programa de Cumplimiento Refundido, debidamente firmado por el mismo representante y por el Sr. Kary Gómez Villanueva, Experto en Prevención de Riesgos, mediante el cual se proponen medidas para hacer frente a las infracciones imputadas.

32. Que, con fecha 21 de diciembre del año 2017, esta Superintendencia por medio de la Res. Ex. N° 5/Rol D-065-2017, resolvió téngase presente respecto de la solicitud de reunión de asistencia, conforme a la presentación individualizada en el numeral 13 de la presente resolución.

33. Que, con fecha 26 de diciembre del año 2017, don Henry Valencia Montiel, en su calidad de Representante Legal de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, presentó un complemento al Programa de Cumplimiento Refundido individualizado en el numeral 15 de la presente resolución. Asimismo, en la carta conductora de dicha presentación, se señala que por un error involuntario no se acompañó la versión definitiva del Programa de Cumplimiento Refundido, solicitando por tanto, que se incluyera la presente versión de dicho instrumento como versión oficial.

34. Que, la mencionada Res. Ex. N° 5/Rol D-065-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena con fecha 27 de diciembre del año 2017, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 118058825358.

35. Que, asimismo, a la presentación individualizada en el numeral anterior de la presente resolución, se adjuntaron los siguientes documentos: 1) Cotización y Ficha Técnica DE Compresor con Gate S-COM PLUS Samson; 2) Anexo de soluciones de construcción firmado por el arquitecto Gary Aguirre Sepúlveda, que contiene un presupuesto de las mismas; 3) Anexo revestimiento de muro con material de absorción acústica; 4) Copia de certificado de título de doña Kary Valesca Gómez Villanueva, Ingeniera en prevención de riesgos, quien según se indica utilizará el sonómetro asociado a la acción N° 1 del Programa de

Cumplimiento; 5) Cotización N° v1968/17, de fecha 22 de diciembre de 2017, de Sonómetro Marca Cirrus CR:162B, y Calibrador Acústico marca Cirrus y modelo CR:514 Clase 2, emitido por Sociedad Acustical S.A; 6) Plano simple ilustrativo de la ubicación actual de los amplificadores en el establecimiento; 7) Plano simple ilustrativo de redistribución que se realizará de los amplificadores en el establecimiento.

36. Que, con fecha 28 de diciembre de 2017, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, esta Superintendencia tuvo por aprobado el Programa de Cumplimiento presentado por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, incorporando correcciones de oficio que en la misma resolución se indican, teniendo en consideración los principios de celeridad, conclusivo, y de no formalización consagrados en los artículos 7, 8 y 13 de la Ley N° 19.880.

37. Que, la mencionada Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena, con fecha 5 de enero del año 2018, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180588255005.

38. Que, con fecha 19 de enero de 2018, Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada presentó un Programa de Cumplimiento Refundido que incorporó las rectificaciones de oficio realizadas mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017.

39. Que, mediante el Memorándum N° 9716/2018, de fecha 26 de febrero de 2018, la División de Sanción y Cumplimiento informó a la División de Fiscalización que el Programa de Cumplimiento presentado por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, así como la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, se encontraban debidamente cargadas en la plataforma informática de la SMA, como instrumento fiscalizable, con el objeto de que se le efectuara el análisis y fiscalización correspondiente, de forma tal de determinar su ejecución satisfactoria.

40. Que, posteriormente, mediante la Res. Ex. N° 85, de 22 de enero de 2018, esta Superintendencia aprobó el documento denominado “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización”, señalando que resulta aplicable a todos los procedimientos sancionatorios incoados por la misma.

41. Que, con fecha 25 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1196-IV-PC (en adelante, “el Informe”).

42. Que, respecto del señalado Informe, corresponde señalar, en términos generales, que:

42.1. En primer lugar, da cuenta que con fecha 20 de junio de 2018, mediante la Res. Ex. O.R.C. N° 23, esta Superintendencia requirió a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, para que en el plazo de 5 días hábiles contados desde la fecha de la notificación, entregara copia con timbre de la SMA de los reportes del Programa de

Cumplimiento, en caso de haberlos entregado, o bien, en caso contrario, que entregara la información requerida para la verificación de la ejecución de las acciones que componen al mismo, indicándose al respecto la forma y modo de presentación.

42.2. En segundo lugar, da cuenta que con fecha 28 de junio de 2018, con Henry Valencia Montiel, solicitó una solicitud de ampliación de plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento, a razón de que se encontraría recolectando información técnica del cumplimiento de las medidas aprobadas y redactando y complementando el Informe Final correspondiente.

42.3. En tercer lugar, contiene un Acta de Fiscalización Ambiental realizada por personal de esta Superintendencia, con fecha 4 de julio de 2018, entre las 10:00 y las 11:00 horas.

42.4. Y, finalmente, en cuarto lugar, da cuenta que, con fecha 11 de julio de 2018, Sociedad Comercial Insomnio Group Chile dio respuesta al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia y reiterado en la actividad de fiscalización ambiental, acompañando los siguientes documentos: 1) Copia de un Programa de Cumplimiento, en el cual se indica que todas las acciones han sido ejecutadas; 2) Anexo 1, "Cronograma de Gestión de Mantención Anuales "Kamikaze""; 3) Anexo 2, "Cronograma de Capacitaciones Anuales "Kamikaze""; 4) Anexo 3, "Mejoras estructurales "Kamikaze"" , conformado por 16 fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 5) Anexo 4, "Encajonamiento de Bajos (Amplificación) "Kamikaze"" , conformado por dos fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 6) Anexo 5, "Boleta Honorarios Profesional, Utilización de Sonómetro, Título Profesional "Kamikaze"" , conformado por ficha de medición de ruido y Certificado de Título de don Diego Cristian Bustos Rojas, y Boleta de Prestación de Servicio, de fecha 11 de mayo de 2018, por asesoría Medición de Ruido; 7) Anexo N° 6: "Fotografía Limitador Electrónico "Kamikaze"" , conformado por 4 fotografías no fechadas ni georreferenciadas.

43. Que, con fecha 26 de octubre de 2018, mediante la Res. Ex. N° 7/Rol D-065-2017, esta Superintendencia resolvió declarar incumplido el Programa de Cumplimiento, por las razones que en dicha resolución se indican, y que, además, serán señaladas en el capítulo V de este dictamen y en el análisis de la circunstancia contemplada en el literal g) del Artículo 40 de la LO-SMA.

44. Que, la mencionada Res. Ex. N° 7/Rol D-065-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena, con fecha 29 de septiembre del año 2018, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la cartas certificadas N° 1180846028549 y N° 1180846028556.

45. Que, posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2018, esta Superintendencia receptionó un escrito presentado por don Pablo Alberto Bremer Maldonado, en representación de la empresa Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, mediante el cual, en un primer otrosí, solicita tener por presentados descargos, y en un segundo otrosí, solicita tener presente que en su calidad de abogado, asumirá personalmente el patrocinio y poder conferido, conforme consta en escritura de mandato general otorgado con fecha 7 de abril del año 2015, ante el Notario Público don Rubén Reinoso Herrera.

46. Que, en la mencionada presentación de fecha 10 de octubre de 2018, se indican los siguientes argumentos de descargos:

46.1. El establecimiento llevaría más de dos décadas en el sector, con distintas concesiones y nombres, y siempre habrían existido, por una parte, vecinos circundantes, los cuales habrían aumentado con el paso del tiempo a razón de la urbanización con edificios, y por otra, con otros locales comerciales del mismo rubro. Además, agrega, que el local comercial desde donde se realizó la denuncia, tendría la misma cantidad de años en el sector.

46.2. El establecimiento funcionaría sólo en períodos estivales, entendiendo por ello las vacaciones de invierno, verano y feriados largos, y por tanto, no se encontraría abierto al público durante todo el año; pero que durante su funcionamiento siempre cumpliría con la normativa vigente en todo ámbito, ya que es periódicamente fiscalizado por entidades como Carabineros, distintos departamentos municipales y la Seremi de Salud correspondiente. En virtud de lo anterior, se indica que ni la discoteca ni la sociedad comercial habría sido objeto de una formulación de cargos como la de este procedimiento, ni menos aún, habría sido sancionada alguna vez. En aras de ello, a fin de evitar sanciones o producir problema o daño a otro local comercial, vecino o persona natural, siempre se habría buscado mantener el ruido producido por el establecimiento dentro de los parámetros legales.

46.3. En virtud del Principio de la Confianza Legítima entre el Administración y el Administrado solicita a esta Superintendencia, que considere el hecho de que, en su oportunidad, durante la tramitación del Programa de Cumplimiento, se habrían acompañado mediciones de ruido desde el mismo recinto del denunciante, inclusive desde el interior de una de sus habitaciones, y no habría existido incumplimiento a la normativa de ruido. Asimismo, señala que no sería lícito para la Autoridad formular cargos, sancionar o imponer condiciones más gravosas a las existentes respecto a la actividad fiscalizada, dado que en virtud de los principios constitucionales de Estado de Derecho, como la juricidad (art. 6 y 7 CPR) y de seguridad jurídica (art. 19 N° 26), debería existir una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico, lo cual, según agrega, se encontraría muy vinculado a la doctrina iusprivatista de los actos propios, de alcance más procesal y aplicables al pleito, sean éstas públicas o privadas. Finalmente, señala que el principio de protección de la confianza legítima ("Vertrauenschutz") supondría el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, que ha venido actuando de una manera determinada y que lo seguirá haciendo de la misma y bajo circunstancias (políticas, sociales y económicas) similares. Y por tanto, se concluye el argumento que la aplicación del principio de la confianza legítima, se aplicaría al caso, ya que existiría la situación fáctica consistente en el desarrollo de una actividad comercial, la cual sería regulada periódicamente tanto por el Municipio, por distintos departamentos municipales como el de Obras y Patentes, que cuentan con fiscalizadores, y por la Seremi de Salud, cumpliendo con todos los estatutos y parámetros solicitados durante el tiempo de funcionamiento del establecimiento, sin ser objeto nunca de pronunciamiento en contra por algún tipo de daño a la salud de las personas y en especial de residentes o vecinos.

46.4. Solicita a esta Superintendencia que al momento de determinar la responsabilidad, considere como atenuantes las siguientes

circunstancias: 1) el hecho de que no existan procesos pendientes ni sanciones anteriores determinadas por esta Superintendencia; 2) el hecho de haber colaborado con la investigación en todos sus aspectos, ya sea aportando antecedentes y permitiendo las visitas inspectivas pertinentes; 3) que no ha existido beneficio económico con motivo de la infracción; y, finalmente, 4) que no existe afectación a la salud a personas producto de la infracción.

47. Que, a su vez, a la presentación de fecha 10 de octubre de 2018, se acompañaron los siguientes documentos:

47.1. Informe Técnico de fecha 10 de enero de 2017, realizado por Diego Bustos Rojas, Ingeniero en sonido.

47.2. Copia simple de certificado emitido con fecha 2 de enero de 2018, por el Notario Público don Rubén Reinoso Herrera, en el cual se indica que la copia adjunta de Mandato General de Sociedad Comercial Insomnio Group Limitada a Pablo Alberto Bremer Maldonado, de fecha 7 de abril de 2015, se encuentra vigente a la fecha, por no tener anotación marginal de revocación.

48. Que, posteriormente, con fecha 19 de noviembre de 2018, esta Superintendencia recepcionó una denuncia de don Mauricio Humberto Olguín Peña, mediante la cual, informa que la Discoteca Kamikaze, entre otros establecimientos del sector, desde hace unos 3 años a lo menos, emitiría ruidos molestos que corresponderían, particularmente, a música y animación a gran volumen; y que le impedirían dormir en las noches y descansar en las tardes. Además, indica que si bien el establecimiento funcionaría los días viernes, sábados y previo a días feriados, desde las 00:00 horas las 05:00 horas, durante los meses de noviembre a marzo, el mismo funcionaría todos los días, comenzando el ruido molesto entre las 18:00 y las 20:00 horas. Finalmente, manifiesta que dicho ruido molesto afectaría también a 4 personas de su grupo familiar y vecinos, agregando, a su vez, que una de esas personas, padecería lupus, por lo que no podría sufrir estrés y requeriría tener un descanso adecuado; sin embargo, no acompaña certificado médico que acredite dicha condición médica.

49. Que, luego, con fecha 22 de noviembre de 2018, mediante el Ord. Orc. N° 310, esta Superintendencia informó a don Mauricio Olguín Peña, la toma de conocimiento de su denuncia por ruidos molestos en contra de algunos establecimientos, entre ellos, Discoteca Kamikaze, siendo esta incorporada al procedimiento al procedimiento sancionatorio existente. Además, se le señaló que en la oportunidad que corresponda, esta Superintendencia le informaría lo que se resuelva en conformidad a la ley.

50. Que, con fecha 17 de diciembre de 2018, esta Superintendencia recepcionó una nueva denuncia de ruidos en contra de Discoqueto Kamikaze, realizadas por Carlos Alberto González Villa, quien informa que dicho establecimiento emitiría ruidos molestos insopportables, que lo impedirían a él y a su familia dormir adecuadamente. Al respecto, señala que se vería afectado por los ruidos molestos, desde diciembre del año 2017, y que el establecimiento funcionaría los días festivos, fin de semana, y época de vacaciones, desde las 00:00 hasta las 05:00 horas. Agrega, además, que su domicilio correspondería a un departamento ubicado en un sexto piso, a 160 metros del establecimiento. Finalmente, señala que el día 4 de noviembre de 2018, producto de los ruidos molestos emitidos por Discoqueto Kamikaze

no habría podido dormir con su familia, compuesta por niños, adultos y adulto mayor, razón por la cual habría tomado muestras con una aplicación de sonómetro instalada en su teléfono celular, con la cual habría registrado 56 decibeles en promedio, acompañando al respecto, copia de los resultados obtenidos, tres fotografías no fechadas ni georreferenciadas ilustrativas de la ubicación de su domicilio respecto del establecimiento, y copia de una solicitud de acceso a la información dirigida a la Municipalidad de La Serena, por el estado de los permisos para el funcionamiento de la señalada discoteca, además de todas las fiscalizaciones que hubiese realizado la municipalidad en materia relacionada a ruidos molestos.

51. Que, posteriormente, con fecha 28 de diciembre de 2018, esta Superintendencia recepcionó una nueva denuncia de ruidos molestos de parte de don Mauricio Humberto Olgún Peña en contra del establecimiento ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, y que identifica con el nombre "Pub Kamanga". Al respecto, señala que dicho establecimiento correspondería a una terraza abierta que tendría equipos de sonido y alto parlantes que funcionarían a gran volumen durante las fiestas bailables con música envasada, animación y karaokes que realizarían, y que, por tanto, emitiría un ruido molesto que califica de insoportable, dado que el establecimiento no contaría con aislación acústica. Además, agrega que el establecimiento funcionaría desde hace 2 años, y emitiría mayor ruido los días jueves a sábado, entre las 23:00 horas y las 4:00 a 5:00 de la mañana, con excepción de los veranos, época en la que funcionaría todos los días. Finalmente, señala que su domicilio se encontraría ubicado a unos 150 metros y que una de las personas afectadas por los ruidos molestos, padecería lupus, por lo que no podría sufrir estrés, requeriría tener un descanso adecuado, y debería evitar que se le suba la presión; sin embargo, no acompaña certificado médico que acredite dicha condición médica.

52. Que, en virtud de lo anterior, con fecha 9 de enero de 2019, mediante el Ord. Orc. N° 19, esta Superintendencia comunicó a don Carlos González Villa la toma de conocimiento de su denuncia por ruidos molestos, informándosele, además, que había sido incorporada a nuestro sistema y al procedimiento sancionatorio existente (Rol D-065-2017). Finalmente, se le indicó que en la oportunidad que corresponda, esta Superintendencia le comunicaría lo que se resuelva en conformidad a la ley.

53. Que, finalmente, con fecha 2 de enero de 2019, mediante el Ord. Orc. N° 02, esta Superintendencia informó a don Mauricio Olgún Peña, la toma de conocimiento de su denuncia, la cual había sido incorporada en nuestro sistema. Finalmente, se le indicó que en la oportunidad que corresponda, esta Superintendencia le comunicaría lo que se resuelva en conformidad a la ley.

54. Que, con fecha 8 de abril de 2019, mediante el Memorándum N° 19743/2019, la División de Sanción y Cumplimiento, remitió a División de Fiscalización, el Informe de Medición acompañado con fecha 10 de octubre de 2018, por la Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, con el objeto de que éste fuese analizado y validado.

55. Que, posteriormente, con fecha 16 de abril de 2019, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-065-/2017, esta Superintendencia resolvió:

55.1. Rectificar el Resuelvo I y el Resuelvo II de la Res. Ex. N° 7/Rol D-065-2017, según indica.

55.2. Tener por incorporados los descargos presentados por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., presentados con fecha 10 de octubre de 2018, e indicándose, además, que lo solicitado en dicha resolución estuviese a la resolución de los mismos.

55.3. Tener presente las nuevas de ruidos molestos recibidas por esta Superintendencia, en contra del establecimiento Kamikaze, ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de La Serena, Región de Coquimbo.

55.4. Se otorgó el carácter de interesados del presente procedimiento sancionatorio, a don Mauricio Olguín Peña y a don Carlos Alberto González Villa.

55.5. Y, para efectos de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, se solicitó la siguiente información: 1) Informar si hubiere ejecutado medidas de mitigación directa asociadas al cargo informado en la formulación de cargo, indicándose cómo se debía señalar, acreditar y presentar la información; y, 2) La entrega de los Estados Financieros de la empresa, especificándose la documentación pertinente a entregar.

56. Que, la antedicha Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, y conforme a lo establecido en el inciso 4º del artículo 46 de la Ley N° 19.880, fue notificada personalmente a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., conforme consta en el Acta de Notificación Personal debidamente incorporada al presente procedimiento sancionatorio.

57. Que, con fecha 2 de mayo de 2019, mediante el Memorándum N° 15.122/2018, la División de Fiscalización en respuesta al Memorándum N° 19743/2019 remitido por la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, informó que el Informe de Medición presentado por el titular en su presentación de fecha 10 de octubre de 2018, no podía ser validado, debido a que, por una parte no se adjuntaron al mismo, los certificados de calibración utilizados, y por otra, las fichas de reporte no se presentan según el formato establecido por esta Superintendencia a través de la Res. Ex. N° 693/2015 SMA. Por tanto, el señalado informe no será tenido en consideración en el presente procedimiento sancionatorio.

58. Que, luego, con fecha 3 de mayo de 2019, esta Superintendencia recepcionó una solicitud de ampliación de plazo, presentada por don Pablo Bremer Montiel, para la presentación de Programa de Cumplimiento y Descargos. Dicha presentación, se funda en que el titular se encontraría recopilando la información requerida, conjuntamente con los medios probatorios solicitados.

59. Que, finalmente, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, de fecha 3 de mayo de 2019, esta Superintendencia resolvió la antedicha solicitud de ampliación de plazo, otorgando un saldo adicional de 2 días hábiles contados desde el término del plazo original, para dar respuesta al requerimiento de información efectuado mediante los Resuelvo VII, VIII y IX de la Res. Ex N° 8/Rol D-065-2017.

60. Que, la antedicha Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena con fecha 9 de mayo del año 2019, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180847601093.

IV. **CARGO FORMULADO**

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

Tabla N° 2: Formulación de Cargos

Nº	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 50 dB(A), en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <i>"Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1":</i></p> <p><i>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</i></p> <table border="1"><thead><tr><th>Zona</th><th>De 21 a 7 horas [dB(A)]</th></tr></thead><tbody><tr><td>II</td><td>45</td></tr></tbody></table>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	45	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LO-SMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	45						

V. **PRESENTACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE SOCIEDAD COMERCIAL INSOMNIO GROUP CHILE LTDA.**

a) **Antecedentes previos a la aprobación del Programa de Cumplimiento:**

62. Tal como se ha expuesto, con fecha 28 de septiembre de 2017, y encontrándose dentro de plazo, Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda. presentó un Programa de Cumplimiento, el cual fue observado mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-065-2017, de fecha 29 de noviembre de 2017.

63. Que, a consecuencia de lo anterior, con fecha 19 de diciembre de 2017, la empresa presentó un Programa de Cumplimiento Refundido, el cual fue aprobado por esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, de fecha 28 de diciembre de 2017, incorporándose correcciones de oficio que en la misma resolución se indican,

teniendo en consideración los principios de celeridad, conclusivo, y de no formalización consagrados en los artículos 7, 8 y 13 de la Ley N° 19.880.

b) Antecedentes posteriores a la aprobación del Programa de Cumplimiento:

64. Que, la mencionada Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, fue remitida por carta certificada al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de La Serena, con fecha 5 de enero del año 2018, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180588255005.

65. Que, con fecha 19 de enero de 2018, Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada presentó un Programa de Cumplimiento Refundido que incorporó las rectificaciones de oficio realizadas mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017.

66. Que, mediante el Memorándum N° 9716/2018, de fecha 26 de febrero de 2018, la División de Sanción y Cumplimiento informó a la División de Fiscalización que el Programa de Cumplimiento presentado por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, así como la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, se encontraban debidamente cargadas en la plataforma informática de la SMA, como instrumento fiscalizable, con el objeto de que se le efectuara el análisis y fiscalización correspondiente, de forma tal de determinar su ejecución satisfactoria.

67. Que, con fecha 25 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1196-IV-PC (en adelante, “el Informe”).

68. Que, respecto del señalado Informe, corresponde señalar, en términos generales, que:

68.1. En primer lugar, da cuenta que con fecha 20 de junio de 2018, mediante la Res. Ex. O.R.C. N° 23, esta Superintendencia requirió a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, para que en el plazo de 5 días hábiles contados desde la fecha de la notificación, entregara copia con timbre de la SMA de los reportes del Programa de Cumplimiento, en caso de haberlos entregado, o bien, en caso contrario, que entregara la información requerida para la verificación de la ejecución de las acciones que componen al mismo, indicándose al respecto la forma y modo de presentación.

68.2. En segundo lugar, da cuenta que con fecha 28 de junio de 2018, con Henry Valencia Montiel, solicitó una solicitud de ampliación de plazo para la presentación de los citados reportes, a razón de que se encontraría recolectando información técnica del cumplimiento de las medidas aprobadas y redactando y complementando el Informe Final correspondiente.

68.3. En tercer lugar, contiene un Acta de Fiscalización Ambiental realizada por personal de esta Superintendencia, con fecha 4 de julio de 2018, entre las 10:00 y las 11:00 horas.

68.3.1. Respecto de la Acción N° 1, consistente en “*Compra y utilización de un sonómetro integrador, con el objeto de controlar la emisión de ruido generada por el establecimiento, de acuerdo a los límites establecidos para zona II*”, don Henry Valencia informó que el establecimiento se encontraría cerrado y solo funcionaría en época estival, pero que durante el verano habrían contado con los servicios de un ingeniero acústico que poseía un sonómetro y realizaba las mediciones. A su vez, don Iván Valdés señaló que actualmente el sonómetro se encontraría en calibración y no habría registro en el local de las mediciones.

68.3.2. Respecto de la Acción N° 2, consistente en “*Se realizará una mejora estructural en la cabina del Dj de la terraza del local, aislando el bajo y amplificador; encajonándolos, con el objeto de disminuir la emisión de ruidos y vibraciones provocados por estos*”: Se constató la existencia de una cabina para el DJ de la terraza, la cual posee un techo plástico y estaría construida con madera de 10 mm aproximadamente. Además, se observó un cajón de manera con cubrepiso, el cual sería utilizado en época estival para encajonar el amplificador y bajo, pero que dado que el establecimiento no se encontraría funcionando, los parlantes no se encontraban instalados.

68.3.3. Respecto de la Acción N° 3, consistente en “*Adquisición e instalación de un limitador acústico para disminuir la emisión de decibeles en cumplimiento a los límites establecidos para la Zona II*”: Se constató la existencia de un limitador acústico de marca y modelo que se indica, el cual, según lo señalado por el Administrador, se conectaría en línea con todos los parlantes del establecimiento, no pudiendo constatarse su utilización por no encontrarse el establecimiento en funcionamiento.

68.3.4. Respecto de la Acción N° 4, consistente en “*Inclusión de material de absorción acústica en muros perimetrales del establecimiento y en muro frontal en dirección a la calle, con el objeto de controlar la emisión de ruido que emite el establecimiento en cumplimiento del límite permitido para zona II*”: Se constató la existencia de una pared en la parte frontal, lado poniente, del establecimiento, el cual, según lo señalado por el administrador del establecimiento habría sido construida con lana mineral. Las medidas del mismo, desde el lado norte, es de 52 centímetros. Por otra parte, se consulta por los otros muros perimetrales, obteniendo como respuesta que en los otros muros perimetrales no se habrían realizado trabajos.

68.3.5. Finalmente, respecto de la Acción N° 5, consistente en “*Se realizará una redistribución de todos los parlantes y sub bajos del establecimiento, especialmente en sector terraza, con el fin de redireccionar las ondas y con ello disminuir el ruido emitido y las vibraciones generadas por el establecimiento*”: Se señaló que durante el verano, se habría realizado la redistribución de los parlantes por un ingeniero acústico. Sin embargo, ello no se pudo constatar dado que los parlantes no se encontraban instalados por no encontrarse en funcionamiento el establecimiento.

68.3.6. Además, cabe hacer presente que en dicha actividad de fiscalización se reiteró el requerimiento de información realizado por la Oficina Regional de la SMA con fecha 20 de junio de 2018.

68.4. Y, finalmente, en cuarto lugar, da cuenta que, con fecha 11 de julio de 2018, Sociedad Comercial Insomnio Group Chile dio respuesta al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia y reiterado en la actividad de fiscalización ambiental, acompañando los siguientes documentos: 1) Copia de un Programa de Cumplimiento, en el cual se indica que todas las acciones han sido ejecutadas; 2) Anexo 1, "Cronograma de Gestión de Mantención Anuales "Kamikaze""; 3) Anexo 2, "Cronograma de Capacitaciones Anuales "Kamikaze""; 4) Anexo 3, "Mejoras estructurales "Kamikaze"";, conformado por 16 fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 5) Anexo 4, "Encajonamiento de Bajos (Amplificación) "Kamikaze"";, conformado por dos fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 6) Anexo 5, "Boleta Honorarios Profesional, Utilización de Sonómetro, Título Profesional "Kamikaze"";, conformado por ficha de medición de ruido y Certificado de Título de don Diego Cristian Bustos Rojas, y Boleta de Prestación de Servicio, de fecha 11 de mayo de 2018, por asesoría Medición de Ruido; 7) Anexo N° 6: "Fotografía Limitador Electrónico "Kamikaze"";, conformado por 4 fotografías no fechadas ni georreferenciadas.

69. Que, con fecha 26 de octubre de 2018, mediante la Res. Ex. N° 7/Rol D-065-2017, esta Superintendencia resolvió declarar incumplido el Programa de Cumplimiento, debido a que el análisis de los antecedentes permitió concluir que la empresa sólo había cumplido parcialmente tres de las seis acciones del Programa de Cumplimiento, sin poder constatarse la implementación efectiva de las mismas por no encontrarse el establecimiento en época de funcionamiento, y que, además, el titular tampoco realizó la medición final comprometida en la acción N° 6, la cual se constituía en el principal medio de verificación para acreditar el retorno al cumplimiento en materia de niveles de presión sonora, ni tampoco habría presentado un informe final de cumplimiento del programa de cumplimiento, lo cual resulta fundamental en el análisis del cumplimiento de este instrumento de incentivo. A mayor abundamiento, todo lo anterior, fue constatado principalmente en la inspección ambiental de fecha 4 de julio de 2018, que tenía por objeto verificar el adecuado cumplimiento del programa de cumplimiento, la que como se ha analizado a lo largo de la presente resolución, entregó como resultado que casi la totalidad de la acciones no habían sido ejecutadas satisfactoriamente. Adicionalmente, los documentos aportados por el titular en respuesta al requerimiento de información realizado por la Oficina Regional de la SMA con fecha 20 de junio de 2018 y reiterado en la referida actividad de fiscalización, resultan insuficientes para acreditar el cumplimiento efectivo del analizado Programa de Cumplimiento. Finalmente, y consecuencia del incumplimiento del instrumento señalado, esta Superintendencia resolvió reiniciar el procedimiento sancionatorio Rol D-065-2017, haciendo presente que 7 días hábiles era el saldo presente para presentar descargos.

**VI. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DE
SOCIEDAD COMERCIAL INSOMNIO GROUP
CHILE LTDA.**

70. Que, en el presente capítulo se dará cuenta del escrito de descargos, de fecha 10 de octubre de 2018, presentado por don Pablo Alberto Bremer

Maldonado, en representación de la empresa Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, como consecuencia de la reanudación del procedimiento sancionatorio:

a) Del escrito de descargos de fecha 10 de octubre de 2018:

70.1. El establecimiento llevaría más de dos décadas en el sector, con distintas concesiones y nombres, y siempre habrían existido, por una parte, vecinos circundantes, los cuales habrían aumentado con el paso del tiempo a razón de la urbanización con edificios, y por otra, con otros locales comerciales del mismo rubro. Además, agrega, que el local comercial desde donde se realizó la denuncia, tendría la misma cantidad de años en el sector.

70.2. El establecimiento funcionaría sólo en períodos estivales, entendiendo por ello para las vacaciones de invierno, verano y feriados largos, y por tanto, no se encontraría abierto al público durante todo el año; pero que durante su funcionamiento siempre cumpliría con la normativa vigente en todo ámbito, ya que es periódicamente fiscalizado por entidades como Carabineros, distintos departamentos municipales y la Seremi de Salud correspondiente. En virtud de lo anterior, se indica que la ni la discoteca ni la sociedad comercial habría sido objeto de una formulación de cargos como la de este procedimiento, ni menos aún habría sido sancionada alguna vez. En aras de ello, a fin de evitar sanciones o producir problema o daño a otro local comercial, vecino o persona natural, siempre se habría buscado mantener el ruido producido por el establecimiento dentro de los parámetros legales.

70.3. En virtud del Principio de la Confianza Legítima entre el Administración y el Administrado solicita a esta Superintendencia, que considere el hecho de que, en su oportunidad, durante la tramitación del Programa de Cumplimiento, se habrían acompañado mediciones de ruido desde el mismo recinto del denunciante, inclusive desde el interior de una de sus habitaciones, y no habría existido incumplimiento a la normativa de ruido. Asimismo, señala que no sería lícito para la Autoridad formular cargos, sancionar o imponer condiciones más gravosas a las existentes respecto a la actividad fiscalizada, dado que en virtud de los principios constitucionales de Estado de Derecho, como la juridicidad (art. 6 y 7 CPR) y la seguridad jurídica (art. 19 N° 26), debería existir una permanencia en la regulación y aplicación del ordenamiento jurídico, lo cual, según agrega, se encontraría muy vinculado a la doctrina iusprivatista de los actos propios, de alcance más procesal y aplicables al pleito, sean éstas públicas o privadas. Finalmente, señala que el principio de protección de la confianza legítima ("Vertrauenschutz") supondría el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, que ha venido actuando de una manera determinada y que lo seguirá haciendo de la misma y bajo circunstancias (políticas, sociales y económicas) similares. Y por tanto, se concluye con el argumento que la aplicación del principio de la confianza legítima, se aplicaría al caso, ya que existiría la situación fáctica consistente en el desarrollo de una actividad comercial, la cual sería regulada periódicamente tanto por el Municipio, por distintos departamentos municipales como el de Obras y Patentes, que cuentan con fiscalizadores, y por la Seremi de Salud, cumpliendo con todos los estatutos y parámetros solicitados durante el tiempo de funcionamiento del establecimiento, sin ser objeto nunca de pronunciamiento en contra por algún tipo de daño a la salud de las personas y en especial de residentes o vecinos.

70.4. Solicita a esta Superintendencia que al momento de determinar la responsabilidad, considere como atenuantes las siguientes circunstancias: 1) el hecho de que no existan procesos pendientes ni sanciones anteriores determinadas por esta Superintendencia; 2) el hecho de haber colaborado con la investigación en todos sus aspectos, ya sea aportando antecedentes y permitiendo las visitas inspectivas pertinentes; 3) que no ha existido beneficio económico con motivo de la infracción; y, finalmente, 4) que no existe afectación a la salud a personas producto de la infracción.

b) Del análisis de los descargos por parte de esta Superintendencia:

71. Que al respecto, es menester hacer presente que las alegaciones y defensas presentadas por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., no están destinadas a controvertir el hecho infraccional constatado, sino que estas buscan hacer presente cuestiones que, según el titular, debieran ser consideradas en alguna de las circunstancias que establece el artículo 40 de la LO-SMA, tales como el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (literal b); el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (literal c), la intencionalidad en la infracción (...) (literal d), la conducta anterior del infractor (literal e). Al respecto, es necesario señalar, que todas las circunstancias señaladas, serán debidamente analizadas conforme a las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales, establecidas mediante la Res. Ex. N° 85, de fecha 22 de enero de 2018, conforme da cuenta los capítulos del presente Dictamen.

72. No obstante lo anterior, para esta Fiscal Instructora es importante hacer presente al titular, por una parte, que esta Superintendencia tiene competencia legal para la fiscalización y sanción en la presente materia; y que a su vez, el hecho infraccional que dio lugar al procedimiento sancionatorio, se funda en un hecho objetivo, esto es, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, conforme fue constado en la actividad de fiscalización efectuada por personal técnico de esta Superintendencia, con fecha el 19 de enero de 2019. Por lo demás, conforme da cuenta el correspondiente expediente, durante el transcurso del procedimiento administrativo sancionatorio, se ha velado por el cumplimiento de todas las garantías debidas.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO.

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

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

75. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los

infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

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

77. 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

78. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la Jurisprudencia Administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que “*(...) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad*”.

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

80. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 19 de enero de 2017, así como en la Ficha de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración. Todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización remitido a esta División. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los numerales 7 y siguientes de este Dictamen.

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

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

81. En el presente caso, tal como consta en los Capítulos V de este Dictamen, la empresa Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental iniciada el día 18 de enero de 2017 y finalizada el día 19 de enero de 2017, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

82. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 19 de enero de 2017, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 50 dB(A), en horario nocturno, medidos desde el receptor N° R3, ubicado en Avenida del Mar N° 4600 (terraza de cocina, enfrentando a fuente de ruido), comuna de La Serena, Región Coquimbo, homologable a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS INFRACCIONES.

83. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/D-065-2017, esto es, la obtención, con fecha 19 de enero de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de **50 dB(A) medido en 1 Receptor sensible** ubicados en Zona II, en horario nocturno, en condición externa, y efectuadas por funcionarios de esta Superintendencia

84. Para ello fue considerado el Informe de Medición DFZ-2017-95-IV-NE-IA, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011.

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

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

86. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1/ Rol D-065-2017, de fecha 25 de agosto de 2017, fue el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011.

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

88. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve, considerando que, de manera preliminar, se estimó que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1º y 2º del citado artículo 36. Al respecto, es de opinión de esta Fiscal Instructora mantener dicha clasificación, debido a las razones que a continuación se expondrán.

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

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

91. En relación a lo anterior, es necesario indicar que sólo fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, una ocasión de incumplimiento de la normativa, por lo que no es posible establecer, de manera fehaciente, que se haya generado un riesgo significativo a la salud de las personas por estar sometidos a un ruido constante en el tiempo.

92. Sin perjuicio de todo lo anterior, esta Fiscal Instructora tiene en consideración que, conforme a las máximas de la experiencia, los establecimientos de este tipo desarrollan sus actividades en horario nocturno, con una frecuencia regular durante el año.

93. En efecto, lo anteriormente dicho es concordante con lo señalado por el denunciante, don Carlos González Villa, quién en su denuncia por ruido molestos, presentada con fecha 17 de diciembre de 2017 ante esta Superintendencia, indica, respectivamente, sobre los hechos denunciados y su periodicidad, que acontecerían "(...) *Desde la Kamikaze se torna insoportable e imposible poder dormir, pues el ruido en festivos, fines de semana y en época de vacaciones es enfermante (música y gritos de locutor)*(...)" . A su vez, la denuncia de don Mauricio Olguín y la denuncia de don Rodrigo Zeguers, son concordantes en señalar, que en temporada baja (aproximadamente de marzo a noviembre) el establecimiento funciona, a lo menos, los fines de semanas, mientras que en temporada alta (aproximadamente de diciembre a febrero), funciona todos los días. A su vez, cabe señalar que si bien el titular, en sus descargas indica que Discoteque Kamikaze funcionaría sólo en horario estival, no obstante, según en el historial de eventos publicados en una de sus páginas web³, durante el año 2017, constan eventos realizados en los meses de marzo⁴, abril⁵, julio⁶, agosto⁷ y septiembre⁸; y, a su vez, en durante el año 2018 constan eventos realizados en los meses de julio⁹ y septiembre¹⁰

³ https://es-la.facebook.com/pg/sunsetbech/events/?ref=page_internal

⁴ Viernes 10 de marzo: "Fiesta Mechona Ipchile 2017" (Link: <https://es-la.facebook.com/events/1681846112115873/>)

⁵ Jueves 13 de abril: "Jueves Santos" (Link: <https://es-la.facebook.com/events/1450341425038345/>)

94. Luego, no se mencionan ni acreditan otras circunstancias que permitan concluir la generación de un riesgo significativo debido a la infracción, tales como, la concurrencia de características de magnitud, frecuencia, extensión o intensidad de la superación de la norma.

95. En conclusión, a juicio de esta Fiscal Instructora, no se configura en la especie un riesgo significativo para la salud de la población como consecuencia de la infracción a la norma de ruidos por parte del funcionamiento del establecimiento denunciado. Por tanto, debe mantenerse la clasificación establecida.

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

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

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

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

98. Que, 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*”.

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

⁶ Viernes 7 de julio: “Lanzamiento Nueva Temporada Vacaciones de Invierno Kamikaze” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/283789652085875/>). Viernes 21 de julio: “Level Up” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/1985528134805932/>).

⁷ Viernes 11 de agosto de 2017: “Fiesta Ip Chile Bienvenida 2 Semestre” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/1288905257903919/>). Martes 22: “San Martes” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/1985959015009133/>):

⁸ Viernes 8 de septiembre: “Previa Dieciochera!!”. (Link: <https://es-la.facebook.com/events/121275731931887/>).

⁹ Viernes 6 de julio de 2018: “Open Kamikaze & Winter is coming 2018” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/416750432150608/>).

¹⁰ Martes 18 de septiembre de 2018: “Fiestas Patrias en Kamikaze La Serena” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/286277098643023/>). Viernes 21 de Septiembre de 2018: “Old School Kamikaze de Todos los Tiempos” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/2149778361904640/>). Viernes 28 de Septiembre: “Fluor Festival La Serena” (Link: <https://es-la.facebook.com/events/242912426396723/>).

100. Que, 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 la Guía “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

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

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

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado¹¹.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción¹².*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción¹³.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma¹⁴.*

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

- e) *La conducta anterior del infractor*¹⁵.
- f) *La capacidad económica del infractor*¹⁶.
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°*¹⁷.
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado*¹⁸.
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*¹⁹.

102. En este sentido, corresponde desde ya indicar que la circunstancia de la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA, no es aplicable en el presente procedimiento, puesto que el establecimiento de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda. no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado, ni la letra g), puesto que el programa de cumplimiento presentado por el infractor fue rechazado a través de la Res. Ex. N° 3/ROL D-079-2017 del 21 de febrero de 2018. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

a. **El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (Artículo 40, letra c) LO-SMA)**

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

104. Como también ha sido descrito en las Bases Metodológicas, para la ponderación de esta circunstancia es necesario configurar el **escenario de cumplimiento** normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental, así como también configurar el **escenario de incumplimiento**, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción, y respecto del cual se considerarán igualmente los costos incurridos por el titular dentro del periodo y que estén

¹⁵ 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.

¹⁶ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹⁷ 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

¹⁸ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹⁹ En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundamentalmente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

relacionadas con los cargos formulados. En este sentido, se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

105. Para efectos de la estimación del beneficio económico, se consideró una fecha estimada de pago de multa al **5 de junio de 2019**, el valor de la UTA al mes de mayo de 2019 —para todos los valores expresados en UTA— una tasa de descuento del 11%, calculada a partir de valores de referencia que maneja esta Superintendencia para el rubro de entretenimiento, ya que con la información entregada por la empresa no fue posible estimar una tasa de descuento específica.

(a) **Escenario de Cumplimiento.**

106. Conforme a lo anterior, se tiene que, en un **escenario de cumplimiento**, es decir, en una situación hipotética sin infracción, la empresa debió haber ejecutado una serie de medidas de mitigación de ruido que, de haber sido implementadas con antelación a la constatación de la comisión del hecho infraccional, es decir, el día **19 de enero de 2017**, habrían posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N°38/2011. Por tanto, la obtención de un beneficio económico se origina a partir de los costos no incurridos por la empresa en dicho escenario de cumplimiento.

107. Por otro lado, según consta en el Capítulo V de este Dictamen, si bien el titular presentó un escrito de descargos con fecha 10 de octubre de 2018, las alegaciones y defensas esgrimidas no estaban destinadas a controvertir el hecho infraccional constatado, ni tampoco el titular presentó alegación referida a los hechos objeto de la Formulación de Cargos ni presentó prueba en contrario respecto de los hechos constatados en el acta de inspección ambiental que contiene la fiscalización realizada el día 19 de enero de 2017, razón por la cual, es posible deducir razonablemente que Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda. no contaba en su establecimiento al momento de la inspección ambiental, con la infraestructura necesaria y suficiente para cumplir con la normativa vigente.

108. Que, la empresa está obligada a cumplir con los niveles máximos de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, para lo cual debió haber adoptado de forma oportuna las medidas orientadas a dicho objetivo.

109. Que, para efectos de configurar dicho escenario de cumplimiento, es necesario identificar las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas para implementar en una fuente de ruidos identificada como “Discoteca” -en donde se realizan actividades con público, emitiendo ruido en horario nocturno producto de música envasada y en vivo-, que permitan el cumplimiento de la norma de emisión en el receptor sensible. Para lo anterior, se tendrán en cuenta los costos de mercado asociados a su implementación.

110. Que, en virtud de lo anterior, las medidas de mitigación genéricas y mínimas que se indican a continuación, el infractor las debió haber realizado de manera integrada y con antelación a la fiscalización ambiental que dio lugar al procedimiento sancionatorio: 1) la implementación de un reforzamiento acústico de los muros de la discotheque,

con materiales acústicos idóneos; 2) la implementación de un limitador acústico; y, 3) el diseño y redistribución de los parlantes del local.

111. Por lo demás, según consta en los antecedentes del caso, con fecha 28 de diciembre de 2017, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, fue aprobado el Programa de Cumplimiento²⁰ de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., contemplando las antedichas medidas de naturaleza mitigatoria, por un monto total de \$2.198.372, equivalentes a 3,8 UTA. En consecuencia, esta Fiscal instructora entiende que, de haber sido implementadas las señaladas medidas con antelación al día **19 de enero de 2019** (fecha de la fiscalización ambiental), se habría posibilitado el cumplimiento del D.S. N°38/2011.

(b) Escenario de Incumplimiento

112. Luego, en el escenario de incumplimiento, es decir, en la situación real con infracción, consta en el presente procedimiento sancionatorio, medios de prueba que permiten a esta Fiscal instructora concluir que la empresa efectuó ciertos gastos atribuibles a la implementación de algunas medidas de mitigación contenidas en su aprobado Programa de Cumplimiento. A mayor abundamiento, estas implementaciones fueron corroboradas, por una parte, mediante la inspección ambiental realizada por esta Superintendencia con fecha 4 de julio de 2018²¹ y, por otra, por el escrito del titular recepcionado con fecha 11 de julio de 2018²². Sin embargo, es menester señalar que lo anterior no permite sostener ni acreditar la ejecución satisfactoria del Programa de Cumplimiento en cuestión, puesto que según quedó manifiesto en la Res. Ex. N° 7/ROL D-065-2017, de fecha 26 de septiembre de 2018, esta Superintendencia declaró el incumplimiento del mismo.

113. Así las cosas, en la antedicha resolución consta, entre otros, que la empresa no habría ejecutado, bajo ninguna circunstancia la compra y utilización de un sonómetro integrador asociado a la acción N°1, por un monto de \$1.279.472, equivalentes a 2,2 UTA.

114. Complementariamente, el Acta de Inspección Ambiental de fecha 4 de julio de 2018, da cuenta que la empresa habría efectuado mejoras estructurales en su local, asimilables a la acción N° 2 y N° 4 de su Programa de Cumplimiento, respecto de las cuales, el titular acompañó dos facturas de fecha 20 y 23 de febrero de 2018²³, asociadas a la compra de materiales, por un monto total de \$315.372.-²⁴, equivalentes a 0,5 UTA.

115. A su vez, en la señalada Inspección Ambiental, para esta Superintendencia, si bien fue posible constatar la existencia de un limitador acústico, la empresa no acompañó medio de verificación alguno, tales como boletas o facturas, que

²⁰ Res Ex. N°6/ROL D-065-2017 de 28 de diciembre de 2017.

²¹ Que consta en el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1196-IV-PC.

²² Este escrito fue emitido en respuesta a los requerimientos de información solicitados por esta SMA a través de la Res. Ex. O.R.C. N° 23, de fecha en 20 de junio de 2018.

²³ Las facturas se encuentran en el archivo digital denominado anexos 5,6 y 7 del escrito recibido con fecha 11 de julio de 2018 por parte de la empresa.

²⁴ Factura N°088878612 extendida con fecha 20 de febrero de 2018 por un monto neto de \$140.811 y factura N°089029536 de fecha 23 de febrero de 2018, por un monto neto de \$174.561

permitieran acreditar la fecha de compra y su costo, por tanto, esta Fiscal instructora entenderá que el mismo fue adquirido por la empresa en la fecha de la antedicha inspección y con el valor declarado en el mismo Programa de Cumplimiento, es decir, \$134.900.-, equivalentes a 0,2 UTA.

116. Que, por otra parte, respecto de la acción N° 5 del Programa de Cumplimiento, relativa a la redistribución de todos los parlantes y sub bajos del establecimiento, no se configura un beneficio económico por parte de la empresa, toda vez que dicha acción no fue valorizada por la empresa en el instrumento aprobado.

117. Que, finalmente, consta en el expediente sancionatorio, la emisión de la boleta de honorarios N°181, extendida con fecha **11 de mayo de 2018**, emitida por el Sr. Diego Bustos a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., correspondiente a una asesoría de medición de ruido realizada en febrero de 2018, por un monto de **\$200.000**, equivalentes a **0,3 UTA**, el cual será considerada en la estimación del beneficio económico respecto de la fecha de su emisión.

(c) Determinación del Beneficio Económico

118. De conformidad a lo indicado precedentemente, se concluye que el beneficio económico se origina en base a dos escenarios:

118.1. El primer escenario, está compuesto por el retraso de los costos de aquellas medidas idóneas, que se indican a continuación, y que fueron presentadas por el titular en el marco de su Programa de Cumplimiento Incumplido, respecto de las cuales, se estima el siguiente rango de fechas: desde el 19 de enero de 2019 -fecha de la fiscalización-, hasta fecha de emisión de las respectivas boletas.

118.2. El segundo escenario, está compuesto por el costo evitado de la acción que se indica a continuación, y que fue propuesta por el titular en el marco de su Programa de Cumplimiento Incumplido, respecto de la cual, se estima como fecha de emisión la del presente Dictamen

119. Que, en razón de lo anterior, y, de acuerdo al método de estimación utilizado por esta Superintendencia, considerando así los costos retrasados y evitados señalados precedentemente, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende entonces a **3 UTA**, el que se resume en la siguiente Tabla N°5.

Tabla N°3: Beneficio Económico Discotheque Kamikaze

Medida	Costos (\$) Retrasados	Costos (\$) Evitados	UTA	Fecha o periodo del incumplimiento	Beneficio Económico UTA
Costo retrasado respecto de realizar una mejora estructural en la cabina del Dj de la terraza del local (acción N° 2) y de inclusión de material de absorción acústica en muros perimetrales del establecimiento y en muro	315.372		0,5	19 de enero de 2017 a 23 de febrero de 2018	3,0

frontal en dirección a la calle (acción N° 4)					
Costo retrasado respecto de la adquisición e instalación de un limitador acústico (acción N° 3)	134.900		0,2	19 de enero de 2017 a 4 de julio de 2018	
Costo retrasado respecto de la medición de ruido realizada, asociada a la acción N° 6.	200.000		0,3	19 de enero de 2017 a 11 de mayo de 2018	
Costo evitado respecto de la compra y utilización de un sonómetro integrador (acción N° 1).		1.279.472	2,2	19 de enero de 2017	

Fuente. Elaboración propia

120. En razón de lo anterior, esta circunstancia será considerada en el cálculo de la sanción final que corresponde aplicar.

b. Componente de afectación

121. Que, este componente se basa en el valor de seriedad, ajustado de acuerdo a determinados factores de incremento o disminución que concurren en el caso.

b.1. Valor de seriedad

122. Que, el valor de seriedad se determina a través de la asignación de un “Puntaje de Seriedad” al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo al nivel de seriedad de los efectos de la infracción, o de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de control 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 vulneración al sistema jurídico de control ambiental, quedando excluida del análisis la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA, debido a que en el presente caso, como ya se indicó, no resulta aplicable.

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

123. La letra a) del artículo 40 de la LO-SMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño, o la ocurrencia de un peligro atribuible a la infracción cometida por el titular. En razón de lo anterior, se debe determinar si en el presente procedimiento sancionatorio se configura un daño, o un peligro atribuible a la infracción cometida, y, en cualquiera de los dos casos, evaluar su importancia.

124. En lo relativo al daño, es importante destacar que el concepto al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los

numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

125. 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 significativo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

126. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que “[d]e 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”²⁵. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

127. Conforme a lo ya indicado, el SEA -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”²⁶. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro²⁷ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible²⁸, sea ésta completa o potencial²⁹. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”³⁰. 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 ha dicho peligro.

²⁵ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

²⁶ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, *Guía de evaluación de impacto ambiental. Riesgo para la salud de la población* (Santiago, 2012), p. 19. Disponible en línea:

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

²⁷ En este punto, debe indicarse que el concepto de “peligro” desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de “peligro ocasionado” contenido en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA.

²⁸ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, *Guía de evaluación de impacto ambiental. Riesgo para la salud de la población* (Santiago, 2012), p. 19. Disponible en línea:

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

²⁹ Ibíd. 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.

³⁰ Ibíd.

128. 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 afianzado³¹ 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 mental³².

129. Que, respecto al peligro específico del ruido nocturno, se puede señalar que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño y la calidad de vida y bienestar. Respecto de la calidad del sueño, el ruido nocturno genera efectos tales como: el despertar durante la noche o demasiado temprano, la prolongación del período del sueño y el incremento de la movilidad media durante el sueño. Con respecto a la calidad de vida y bienestar, existe evidencia relativa a efectos como molestias durante el sueño y uso de somníferos y sedantes. Igualmente, el ruido nocturno puede afectar condiciones médicas, provocando insomnio (diagnosticado por un profesional médico). Además de efectos directos en el sueño, el ruido durante este último 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 nerviosos central y vegetativo³³.

130. 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 ruido³⁴.

131. 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 para la existencia de una exposición al riesgo, o sea, el peligro del ruido.

132. En relación al segundo requisito del riesgo, relativo a determinar si se presentó una ruta de exposición completa³⁵, es posible afirmar que

³¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION REGIONAL OFFICE FOR EUROPE, *Night Noise Guidelines for Europe* (2009); disponible online en: http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0017/43316/E92845.pdf.

³² OBSERVATORIO DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE DE ANDALUCÍA, *Ruido y Salud* (2010), p. 19.

³³ *Idem.*, pp. 22-27.

³⁴ *Idem.*

³⁵ Una ruta de exposición se define como el proceso por el cual una persona se ve expuesta a contaminantes que se originan en alguna fuente de contaminación. 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

existe una fuente contaminante de ruido (la discotheque), que se identifica un receptor cierto (el denunciante)³⁶ y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como Receptor "R3"), de la actividad de fiscalización realizada en calle Av. del Mar N°4.600, La Serena, y un medio de desplazamiento que en este caso es la atmósfera por donde se desplaza la energía sonora que escapa desde la fuente emisora de ruido. 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.

133. En razón de lo anterior, se presentan los dos requisitos para configurar la existencia de un riesgo a la salud de la población. Una vez determinado esto, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, atribuida al infractor. Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

134. En efecto, en la Ficha de Medición de ruido, correspondiente a la inspección de fecha 19 de enero de 2017, se constató un nivel de presión sonora de 50 dB(A) en el receptor sensible ubicado en Zona II, detectándose una excedencia de 5dB(A), en horario nocturno y medición externa, lo que corresponde a un 11% de superación considerando el valor establecido en la normativa vigente, a saber, 45 dB(A); implicando, además, un incremento de la energía del sonido en 3,2 veces³⁷ respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma.

135. Por tanto, en base a lo señalado anteriormente, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

136. En este mismo sentido, otro elemento que incide en la probabilidad de ocurrencia de estos efectos en el caso concreto es la frecuencia de exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, consta en internet³⁸ que el funcionamiento de la discoteca sería de martes a jueves desde las 22.30 hasta las 4.00 am y viernes y sábado hasta las 5.00 am. A mayor abundamiento, en la denuncia recibida con fecha 27 de diciembre de 2016, el denunciante declara que el horario peak de funcionamiento se genera entre las 11.30 y las 4.00 am., lo cual coincide con lo informado en la página web consultada. Cabe señalar que, en relación a lo expresado, no se ha aportado información alguna por la infractora en el presente sancionatorio, que permita ponderar de forma diversa el funcionamiento de dicho establecimiento.

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. Al respecto, véase SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, *Guía de evaluación de impacto ambiental. Riesgo para la salud de la población* (Santiago, 2012), p. 39.

³⁶ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL, *Guía de evaluación de impacto ambiental. Riesgo para la salud de la población* (Santiago, 2012), p. 20.

³⁷ Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

³⁸ https://es-la.facebook.com/pg/kamikaze.santiago/about/?ref=page_internal

137. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes médicos de algún receptor sensible que le permita a este Fiscal instructor relevar alguna condición de vulnerabilidad dentro del área de influencia, con potencialidad de ser afectada. En razón de lo anterior, la condición de vulnerabilidad no será un factor a ponderar en el presente análisis.

138. En razón de lo expuesto anteriormente, en relación al riesgo, si bien no se ha constatado de manera formal un perjuicio en la salud de los receptores sensibles, es posible concluir, razonablemente, que la actividad de la fuente emisora genera un riesgo, aunque no significativo, para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la misma, de modo que no procede modificar la clasificación de gravedad originalmente imputada, sin perjuicio de que el nivel de riesgo no significativo será ponderado en la sección correspondiente de este Dictamen.

b.1.2. Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (artículo 40, letra b) de la LO-SMA).

139. Que, en primer lugar, es menester aclarar que la afectación concreta o inminente a la salud atribuida al comportamiento de un infractor, determina la gravedad de la infracción, mientras que el número de personas que pudieron verse afectadas determinará en parte, la cuantía de la sanción a aplicar, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad. Se introduce así, un criterio numérico de ponderación.

140. En ese orden de ideas, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de un peligro de afectación a la salud de las personas, esta circunstancia, al utilizar la formula verbal “pudo afectarse”, incluye tanto el riesgo significativo como el riesgo que no es significativo para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas y la generación de condiciones de riesgo, circunstancia que permite evaluar no sólo el número de personas cuya salud se vio afectada de manera cierta, sino también el número de potenciales afectados.

141. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 04 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N°25931-2014, que estableció que *“a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N° 146 del año 1997”*.

142. En consecuencia, 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 la propagación de las emisiones de ruido de dicha fuente. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (“AI”) de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una zona de uso comercial y residencial.

143. 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 a la fuente, para lo cual se utilizó la siguiente fórmula³⁹:

Ecuación Nº 1

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

144. De esa forma, se tuvieron en cuenta cuatro factores relevantes para la determinación de dicha área de influencia: en primer lugar, se utilizó la expresión señalada en el considerando anterior; en segundo lugar, se consideró la utilización del peor escenario de incumplimiento registrado por la medición señalada en el acta de inspección ambiental, el que está compuesto por el área de influencia determinada en base a la medición de 50 dB(A) registrada, el cual fue obtenido en el Receptor sensible (R3); en tercer lugar, se contempló la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido más cercana, la que corresponde a aproximadamente a 113 metros; y, finalmente, se consideró el escenario de cumplimiento, el que corresponde a 45 dB(A) conforme al Título IV artículo 7 del D.S. N°38/2011 MMA.

145. Así, en base a lo expuesto en el considerando anterior, y aplicando lo indicado en la Ecuación N°1, se estimó que el ruido a través de una propagación sonora en campo libre, alcanza el nivel de cumplimiento de la norma según el D.S. N° 38/2011 MMA a una distancia aproximada de 200 metros desde la fuente emisora.

146. De este modo, se determinó un Área de Influencia (AI), o Buffer, cuyo centro en este caso, corresponde Discoteca Kamikaze, ubicado en Avenida del Mar N° 4600, comuna de la Serena, según se expresa en el acta de fiscalización de fecha 19 de enero de 2017, con un radio aproximado de 200 metros.

Figura N° 1: Área de Influencia

³⁹ Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74

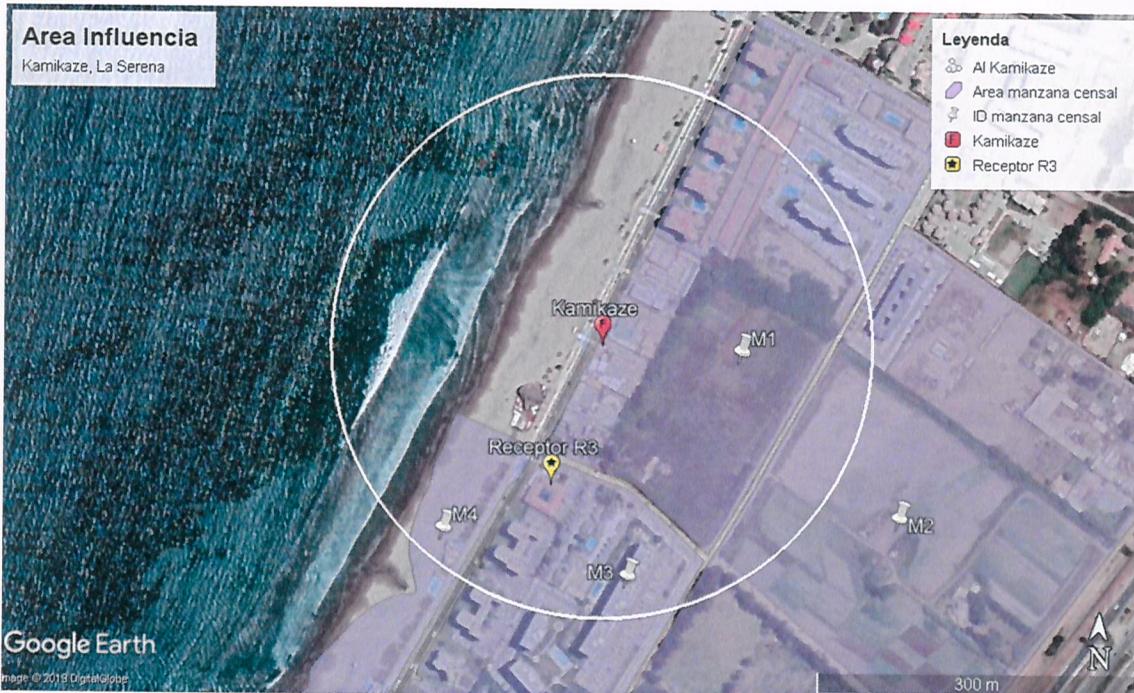


Figura 1. Al interior del círculo de color blanco que determina el área de influencia de Discoteque Kamikaze. En amarillo se representa el receptor y en color lila se muestra el área de cada manzana censal interceptada (M1 a M4). Fuente: Elaboración propia en base a aplicación Google Earth y coberturas del censo 2017 para la comuna de La Serena.

147. Una vez determinada el AI, se procedió a interceptar dicha información con los datos de densidad de población y vivienda por manzana censal⁴⁰ del Censo 2017, para la comuna de La Serena, disponibles en el portal del Instituto Nacional de Estadísticas. En base a ello, se identificó que el AI intercepta cuatro (4) manzanas censales, tal como se visualiza en la Figura N°1 como M1 a M4, y se describen en la Tabla N° 3, indicando: ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), ID de la manzana censal, área aproximada de toda la manzana censal en m^2 , número de personas dentro de la manzana censal y Área de Influencia de la fuente de ruido.

Tabla N° 4: Distribución de la población de la manzana censal que intercepta el AI

ID PS	ID Manzana Censo	Área (m^2)	Nº de Personas	Área de Influencia afectada
M1	4101041006005	87.412	173	64.771
M2	4101041006007	175.430	37	14.655
M3	4101041002002	79.894	389	21.145
M4	4101041002901	273.802	91	9.026

148. Con esta información, se procedió a evaluar el número de viviendas dentro del AI, constatándose la existencia de al menos 384 dentro de esta área de influencia. Por lo tanto, asumiendo la existencia de un hogar por cada vivienda, se determinó que el promedio de personas por hogar de las manzanas censales del AI es de 1,1 por lo cual, el número de personas potencialmente afectadas por la fuente emisora, alcanza al menos a **411 personas dentro del área de influencia**.

⁴⁰ Cada manzana censal representa a la unidad geográfica básica con fines estadísticos y contiene un grupo de viviendas contiguas o separadas, edificios, establecimientos y/o predios, delimitados por rasgos geográficos, culturales y naturales

149. En conclusión, si bien no existen antecedentes que permitan afirmar con certeza que existan personas cuya salud se vio directamente afectada producto de la actividad generadora de ruido, sí existen antecedentes de riesgo respecto al número de potenciales afectados, es decir, de personas cuya salud podría haberse visto afectada por la ocurrencia de la infracción.

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

b.1.3. Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (Artículo 40, letra i) de la LO-SMA)

151. 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.

152. 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.

153. 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.

154. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el Decreto Supremo N° 38, del año 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, la cual tiene por objetivo “proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido que esta norma regula”⁴¹. Los niveles máximos de emisión de ruidos se establecen en términos del nivel de presión sonora corregido, medidos en el receptor sensible. Estos límites son diferenciados de acuerdo a la localización del receptor, según la clasificación por zonas establecida en la norma, así como por el horario en que la emisión se constata, distinguiendo horario diurno y nocturno.

155. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno radica en que la emisión de niveles de presión sonora por

⁴¹ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011.

sobre los límites establecidos en la norma vulnera el objetivo de protección a la salud de la población de los riesgos propios de la contaminación acústica, encontrándose en todos los casos un receptor expuesto al ruido generado, ocasionándose un riesgo a la salud y potencialmente un detrimiento 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.

156. En el mismo sentido, y tal como se indicó a propósito de la clasificación de la infracción en el presente procedimiento sancionatorio, sólo fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, una ocasión de incumplimiento de la normativa (la excedencia del 19 de enero de 2017).

157. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra determinada por una magnitud de excedencia de 5 decibeles por sobre la sobre el límite establecido en la norma en horario diurno en Zona II. Cabe señalar, sin embargo, que dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del art. 40.

b.2. Factores de incremento

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

b.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (Artículo 40, letra d) de la LO-SMA)

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

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

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

162. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda.

163. En consecuencia, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora, como único hecho constitutivo de infracción, no permite afirmar que los actos de la infractora reflejen una intención de incumplir la norma, o en su defecto, una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por ese motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

b.2.2. Conducta anterior negativa (Artículo 40, letra e) de la LO-SMA)

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

165. Al respecto, no se tienen antecedentes en el actual procedimiento que den cuenta de infracciones cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente dictamen, por lo cual esta circunstancia no será considerada como un factor de incremento del componente de afectación para la determinación de la sanción.

b.2.3. Falta de cooperación (Artículo 40, letra i) de la LO-SMA)

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

167. La falta de cooperación opera como un factor de incremento de la sanción a aplicar en el marco de la letra i) de dicho artículo. Su análisis implica ponderar si el infractor ha tenido un comportamiento o conducta que va más allá del legítimo uso de los medios de defensa que le concede la Ley. 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; o (iv) Infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

168. Que, en primer lugar, en el presente caso, y según consta en los antecedentes, con fecha 20 de junio de 2018, mediante la Res. Ex. O.R.C. N° 23, esta Superintendencia requirió a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, para que en el plazo de 5 días hábiles contados desde la fecha de la notificación, entregara copia con timbre de la SMA de los reportes del Programa de Cumplimiento, en caso de haberlos entregado, o bien, en caso contrario, que entregara la información requerida para la verificación de la ejecución de las acciones que componen al mismo, indicándose al respecto la forma y modo de presentación.

169. Que, en virtud de la antedicha solicitud, con fecha 28 de junio de 2018, don Henry Valencia Montiel, solicitó una solicitud de ampliación de plazo para la presentación de los reportes del Programa de Cumplimiento, a razón de que se encontraría recolectando información técnica del cumplimiento de las medidas aprobadas y redactando y complementando el Informe Final correspondiente.

170. Posteriormente, durante la actividad de Fiscalización Ambiental, realizada por esta Superintendencia, con fecha 4 de julio de 2018, se le reiteró al titular reiteró el requerimiento de información realizado con fecha 20 de junio de 2018.; el cual, fue finalmente respondido con fecha 11 de julio de 2018, acompañando los siguientes documentos: 1) Copia de un Programa de Cumplimiento, en el cual se indica que todas las acciones han sido ejecutadas; 2) Anexo 1, "Cronograma de Gestión de Mantención Anuales "Kamikaze""; 3) Anexo 2, "Cronograma de Capacitaciones Anuales "Kamikaze""; 4) Anexo 3, "Mejoras estructurales "Kamikaze""", conformado por 16 fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 5) Anexo 4, "Encajonamiento de Bajos (Amplificación) "Kamikaze""", conformado por dos fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 6) Anexo 5, "Boleta Honorarios Profesional, Utilización de Sonómetro, Título Profesional "Kamikaze""", conformado por ficha de medición de ruido y Certificado de Título de don Diego Cristian Bustos Rojas, y Boleta de Prestación de Servicio, de fecha 11 de mayo de 2018, por asesoría Medición de Ruido; 7) Anexo N° 6: "Fotografía Limitador Electrónico "Kamikaze""", conformado por 4 fotografías no fechadas ni georreferenciadas.

171. Al respecto, corresponde señalar que si bien el titular dio respuesta a una solicitud de información efectuada por la Oficina Regional de esta Superintendencia, dicha actuación no corresponde sea considerada en la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, puesto que el motivo que generó la señalada actuación se debió al incumplimiento de una obligación adquirida por el titular en su programa de cumplimiento, es decir, el deber de reportar los medios de verificación comprometidos en dicho instrumento, en un único reporte final.

172. Que, por otra parte y en segundo lugar, en el presente caso, consta en antecedentes que con fecha 16 de abril de 2019, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-065-/2017, esta Superintendencia resolvió, entre otros, requerir al titular la siguiente información, para efectos de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA: 1) Informar si hubiere ejecutado medidas de mitigación directa asociadas al cargo informado en la formulación de cargo, indicándose cómo se debía señalar, acreditar y presentar la

información; y, 2) La entrega de los Estados Financieros de la empresa, especificándose la documentación pertinente a entregar.

173. Que, la antedicha Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, y conforme a lo establecido en el inciso 4º del artículo 46 de la Ley N° 19.880, fue notificada personalmente a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., tal como consta en el Acta de Notificación Personal debidamente incorporada al presente procedimiento sancionatorio.

174. Que, luego, con fecha 3 de mayo de 2019, esta Superintendencia recepcionó una solicitud de ampliación de plazo, presentada por don Pablo Bremer Montiel, para la presentación de la referida información requerida. Dicha presentación, se funda en que el titular se encontraría recopilando la información requerida, conjuntamente con los medios probatorios solicitados.

175. Que, finalmente, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, de fecha 3 de mayo de 2019, esta Superintendencia resolvió la antedicha solicitud de ampliación de plazo, otorgando un saldo adicional de 2 días hábiles contados desde el término del plazo original, para dar respuesta al requerimiento de información efectuado mediante los Resuelvo VII, VIII y IX de la Res. Ex N° 8/Rol D-065-2017. Sin embargo, a la fecha, esta Superintendencia no ha recepcionado respuesta por parte del titular.

176. Por tanto, la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, será considerada para efectos de aumentar el monto de la sanción a aplicar.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción (Artículo 40, letra d) de la LO-SMA)

177. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., titular de la fuente de ruido consistente en una discoteca.

b.3.2. Cooperación eficaz en el procedimiento (Artículo 40, letra i) de la LO-SMA)

178. Conforme al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con que la información o los antecedentes proporcionados deben permitir o contribuir al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o efectos, la identidad de los responsables, grado de participación y/o beneficio económico obtenido por la infracción, así como toda otra información relevante o de interés. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para determinar si una cooperación ha sido eficaz, son los siguientes: (i) allanamiento al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos. Dependiendo de sus alcances, el allanamiento puede

ser total o parcial; (ii) respuesta oportuna, íntegra y útil, a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA ; y (iv) aporte de antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

179. Que, en primer lugar, en el presente caso, y según consta en los antecedentes, con fecha 20 de junio de 2018, mediante la Res. Ex. O.R.C. N° 23, esta Superintendencia requirió a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, para que en el plazo de 5 días hábiles contados desde la fecha de la notificación, entregara copia con timbre de la SMA de los reportes del Programa de Cumplimiento, en caso de haberlos entregado, o bien, en caso contrario, que entregara la información requerida para la verificación de la ejecución de las acciones que componen al mismo, indicándose al respecto la forma y modo de presentación.

180. Que, en virtud de la antedicha solicitud, con fecha 28 de junio de 2018, don Henry Valencia Montiel, solicitó una solicitud de ampliación de plazo para la presentación de los referidos reportes, a razón de que se encontraría recolectando información técnica del cumplimiento de las medidas aprobadas y redactando y complementando el Informe Final correspondiente.

181. Posteriormente, durante la actividad de Fiscalización Ambiental, realizada por esta Superintendencia, con fecha 4 de julio de 2018, se le reiteró al titular reiteró el requerimiento de información realizado con fecha 20 de junio de 2018.; el cual, fue finalmente respondido con fecha 11 de julio de 2018, acompañando los siguientes documentos:) Copia de un Programa de Cumplimiento, en el cual se indica que todas las acciones han sido ejecutadas; 2) Anexo 1, "Cronograma de Gestión de Mantención Anuales "Kamikaze"'; 3) Anexo 2, "Cronograma de Capacitaciones Anuales "Kamikaze"'; 4) Anexo 3, "Mejoras estructurales "Kamikaze'", conformado por 16 fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 5) Anexo 4, "Encajonamiento de Bajos (Amplificación) "Kamikaze'", conformado por dos fotografías no fechadas ni georreferenciadas; 6) Anexo 5, "Boleta Honorarios Profesional, Utilización de Sonómetro, Título Profesional "Kamikaze'", conformado por ficha de medición de ruido y Certificado de Título de don Diego Cristian Bustos Rojas, y Boleta de Prestación de Servicio, de fecha 11 de mayo de 2018, por asesoría Medición de Ruido; 7) Anexo N° 6: "Fotografía Limitador Electrónico "Kamikaze'", conformado por 4 fotografías no fechadas ni georreferenciadas.

182. Al respecto, corresponde señalar que si bien el titular dio respuesta a una solicitud de información efectuada por la Oficina Regional Metropolitana de esta Superintendencia, dicha actuación no podrá ser considerada en la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, puesto que el motivo que generó la señalada actuación, se debió al incumplimiento de una obligación adquirida por el titular en su programa de cumplimiento, es decir, al deber de reportar los medios de verificación comprometidos en dicho instrumento, en un único reporte final.

183. Que, por otra parte y en segundo lugar, en el presente caso, consta en antecedentes que con fecha 16 de abril de 2019, mediante la Res. Ex.

N° 8/Rol D-065-/2017, esta Superintendencia resolvió, entre otros, requerir al titular la siguiente información, para efectos de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA: 1) Informar si hubiere ejecutado medidas de mitigación directa asociadas al cargo informado en la formulación de cargo, indicándose cómo se debía señalar, acreditar y presentar la información; y, 2) La entrega de los Estados Financieros de la empresa, especificándose la documentación pertinente a entregar.

184. Que, la antedicha Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, y conforme a lo establecido en el inciso 4º del artículo 46 de la Ley N° 19.880, fue notificada personalmente a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda., tal como consta en el Acta de Notificación Personal debidamente incorporada al presente procedimiento sancionatorio.

185. Que, luego, con fecha 3 de mayo de 2019, esta Superintendencia recepcionó una solicitud de ampliación de plazo, presentada por don Pablo Bremer Montiel, para la presentación de la referida información requerida. Dicha presentación, se funda en que el titular se encontraría recopilando la información requerida, conjuntamente con los medios probatorios solicitados.

186. Que, finalmente, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, de fecha 3 de mayo de 2019, esta Superintendencia resolvió la antedicha solicitud de ampliación de plazo, otorgando un saldo adicional de 2 días hábiles contados desde el término del plazo original, para dar respuesta al requerimiento de información efectuado mediante los Resuelvo VII, VIII y IX de la Res. Ex N° 8/Rol D-065-2017. Sin embargo, a la fecha, esta Superintendencia no ha recepcionado respuesta por parte del titular.

187. Por tanto, la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, no será considerada para efectos de aumentar el monto de la sanción a aplicar.

b.3.3. Aplicación de medidas correctivas (Artículo 40, letra i de la LO-SMA)

188. La SMA ha asentado el criterio de considerar, en la determinación de la sanción, la conducta del infractor posterior a la infracción o su detección, específicamente en lo referido a las medidas adoptadas por este último, en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y a evitar que se produzcan nuevos.

189. Sólo se ponderan en esta circunstancia las acciones que hayan sido aportadas de forma voluntaria por parte del infractor, por lo que no se consideran las acciones que se implementen en el marco de la dictación de medidas provisionales, la ejecución de un PdC o que correspondan al cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales pronunciadas por otros servicios públicos y/o tribunales de justicia.

190. Para la procedencia de la ponderación de esta circunstancia, es necesario que las medidas correctivas que se hayan aplicado sean idóneas y efectivas para los fines que persiguen, y deben ser acreditadas en el procedimiento sancionatorio, mediante medios fehacientes.

191. Que, con fecha 16 de abril de 2018, esta Superintendencia emitió la Res. Ex. N° 8/Rol D-065-2017, mediante la cual, entre otros, requirió de información a la empresa Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda, solicitándole, que se acreditara de manera fehaciente cualquier tipo de medida de mitigación adoptada y asociada al cumplimiento del D.S. N°38/2011. No obstante, a pesar de haber sido notificada personalmente la mencionada Resolución, el infractor no efectuó presentación alguna en ese sentido. De este modo, no ha sido posible constatar en el presente sancionatorio la implementación de medidas de mitigación de ruido, de carácter correctivo, en el referido establecimiento por parte del titular.

192. Por lo anterior, esta circunstancia no será considerada en la determinación de la sanción final.

**b.3.4. Irreprochable conducta anterior del infractor
(Artículo 40, letra e) de la LO-SMA)**

193. 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 la Guía sobre Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones.

194. 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.3.5. Presentación de autodenuncia.

195. El titular no presentó una autodenuncia relativa a los hechos constitutivos de infracción, por lo cual no procede considerar esta circunstancia como un factor de disminución del componente de afectación en la determinación de la sanción.

**b.3.6. Otras circunstancias del caso específico
(Artículo 40, letra i) de la LO-SMA)**

196. En virtud de esta circunstancia, la SMA está facultada, en cada caso particular, para incluir otros criterios innominados que estime relevantes para la determinación de la sanción.

197. Para el presente caso, se ha estimado que no existen otras circunstancias a considerar para la determinación de la sanción.

198. En conclusión, esta circunstancia no será considerada como un factor que incida en la sanción específica aplicable a la infracción.

b.4. Capacidad económica del infractor (Artículo 40, letra f) de la LO-SMA)

199. 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 Pública⁴². De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor, la que de no ser considerada podría desnaturalizar la finalidad de la sanción. De esta forma, mientras una elevada sanción pecuniaria podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa, por ejemplo, podría suponer el cierre del negocio y no ser efectiva.

200. Para efectos de la consideración de esta circunstancia, la Superintendencia incorpora un factor de ajuste en la sanción de acuerdo al tamaño económico del infractor, conforme a la clasificación desarrollada por el Servicio de Impuestos Internos (SII) en base a una estimación del nivel de ingresos anuales de un determinado contribuyente.

201. Al respecto, y dado que la empresa no respondió a el requerimiento de información efectuado con fecha 16 de abril de 2019 por esta SMA a fin de que se le informase está situación y a pesar de haber sido válidamente notificados, se tiene que a partir de la información publicada por el Servicio de Impuesto Internos respecto del listado de empresas, personas jurídicas para el año tributario 2018, es posible estimar que la empresa se sitúa en la clasificación **Pequeña N°3** por presentar ingresos por venta entre UF 10.000 y UF 25.000.

202. En base a lo descrito anteriormente, se concluye que procede la **aplicación de un ajuste para la disminución de la sanción** que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

b.5. El cumplimiento del programa de cumplimiento señalado en la letra r) del artículo 3º (Artículo 40, letra g) de la LO-SMA)

203. Dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA, en su letra g), se considera el incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3, ello en relación a la función de la SMA de aprobar programas de cumplimiento de la normativa ambiental de conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LO-SMA. En este último artículo se indica que el presunto infractor puede, frente a una formulación de *cargos*, presentar un plan de acciones y metas, dirigido a cumplir

⁴² CALVO Ortega, Rafael, *Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General*, 10^a edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 - 332.

satisfactoriamente con la normativa ambiental. El mismo artículo regula los requisitos de aprobación del programa de cumplimiento, así como los efectos de su aprobación. Se refiere también a los casos en los cuales el presunto infractor, habiendo comprometido un programa de cumplimiento, no cumpliera con las acciones establecidas en él. En el inciso quinto, del artículo 42 de la LO-SMA se señala que el "... *procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia*".

204. Que, en el presente caso consta que con fecha 28 de diciembre de 2017, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-065-2017, esta Superintendencia tuvo por aprobado el Programa de Cumplimiento presentado por Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Limitada, incorporando correcciones de oficio que en la misma resolución se indican, teniendo en consideración los principios de celeridad, conclusivo, y de no formalización consagrados en los artículos 7,8 y 13 de la Ley N° 19.880.

205. Que, el señalado Programa de Cumplimiento, contemplaba las siguientes acciones:

Tabla N° 5. Acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda. aprobadas por la Resolución Exenta N° 6/Rol D-065-2017

Indicador	Acción
1	Compra y utilización de un sonómetro integrador, con el objeto de controlar la emisión de ruido generada por el establecimiento, de acuerdo a los límites establecidos para zona II.
2	Se realizará una mejora estructural en la cabina del Dj de la terraza del local, aislando el bajo y amplificador; encajonándolos, con el objeto de disminuir la emisión de ruidos y vibraciones provocados por estos.
3	Adquisición e instalación de un limitador acústico para disminuir la emisión de decibeles en cumplimiento a los límites establecidos para la Zona II.
4	Inclusión de material de absorción acústica en muros perimetrales del establecimiento y en muro frontal en dirección a la calle, con el objeto de controlar la emisión de ruido que emite el establecimiento en cumplimiento del límite permitido para zona II.
5	Se realizará una redistribución de todos los parlantes y sub bajos del establecimiento, especialmente en sector terraza, con el fin de re direccionar las ondas y con ello disminuir el ruido emitido y las vibraciones generadas por el establecimiento.
6	Se remitirá a la Superintendencia un reporte final que contendrá todos los medios de verificación comprometidos en el programa de cumplimiento. Además, se remitirá un informe de medición de ruido que se realizará dentro del plazo de 10 días hábiles desde la ejecución de la acción de más larga data.

Fuente: Elaboración propia

206. Que, con fecha 25 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1196-IV-PC (en adelante, "el Informe"), el cual contiene hallazgos en relación al cumplimiento de varias acciones del Programa de Cumplimiento.

207. De esta forma, se analizará a continuación la magnitud del incumplimiento del Programa de Cumplimiento en el caso en concreto y su ponderación para efectos de la determinación de la sanción. En este caso, como ha ocurrido un reinicio del procedimiento sancionatorio, el análisis del Programa de Cumplimiento se circunscribirá a este literal del artículo 40, y por lo tanto fue excluido del análisis de la conducta posterior. Lo anterior, con el fin de no ponderar dos veces una misma conducta para la determinación de la sanción⁴³.

208. Que, en este orden de ideas se expondrán a continuación las acciones que forman parte de este Programa de Cumplimiento, que fueron incumplidas o cumplidas parcialmente, lo que facultó el reinicio del procedimiento sancionatorio mediante la señalada Resolución Exenta N° 7/Rol D-065-2017. Cabe recordar que el Programa proponía un término de 30 días hábiles para la ejecución de las siguientes acciones:

Tabla 6. Análisis de cumplimiento de las acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento de Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda. aprobadas por la Resolución Exenta N° 6/Rol D-065-2017

Acción	Medio de Verificación en Reporte Final	Cumplimiento
<i>Compra y utilización de un sonómetro integrador, con el objeto de controlar la emisión de ruido generada por el establecimiento, de acuerdo a los límites establecidos para zona II.</i>	Registro fotográfico que deberá contener fotografías fechadas y georreferenciadas que sean ilustrativas de la ejecución de la acción, además, que se deberán acompañar cotizaciones y facturas. Se deberá entregar un registro realizado y firmado por la persona designada, que dé cuenta de las de periodicidad, fecha y horario con que se utilizó el sonómetro, y los registros obtenidos.	Incumplido: Se trata de una acción en ejecución, respecto de la cual el titular no acompañó el reporte final comprometido, por tanto no existen los medios de verificación que permitan acreditar la ejecución de la acción. Lo anterior, no obstante que en la actividad de fiscalización el representante legal señaló que se habrían contratado los servicios de un ingeniero acústico que poseía un sonómetro y realizaba las mediciones, dado que por no haber acompañado los medios de verificación comprometidos para esta Superintendencia resulta imposible tener por ejecutada satisfactoriamente la presente acción.
<i>Se realizará una mejora estructural en la cabina del Dj de la terraza del local, aislando el bajo y</i>	Registro fotográfico deberá contener fotografías fechadas y georreferenciadas que den cuenta del antes y después de la ejecución de la acción; además, que dichas	Cumplida Parcialmente: Dado que se trata de una acción por ejecutar, respecto de la cual el titular no acompañó el reporte final comprometido. Sin embargo, durante la actividad inspección ambiental realizada con fecha 4 de julio de 2018, por esta Superintendencia, se constató la mejora

⁴³ Ver, en el mismo sentido, Res. Ex. N°279, de 07 de abril de 2017, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-002-2015, seguido contra Ecomaule S.A. Considerando N° 767 y ss.

<p><i>amplificador; encajonándolos, con el objeto de disminuir la emisión de ruidos y vibraciones provocados por éstos.</i></p>	<p>fotografías deberán ser ilustrativas de la ubicación de los equipos en relación a la cabina del DJ y al establecimiento, facturas de compra de materiales y prestación de servicios.</p>	<p>estructural en la cabina del DJ y la existencia de un cajón para el encajonamiento de los bajos los cuales no se encontraban implementados por no encontrarse en funcionamiento el establecimiento. Además, cabe hacer presente que en respuesta al requerimiento de información realizado por la Oficina Regional de la SMA con fecha 20 de junio de 2018, el titular acompañó boletas que permiten concluir que la compra de materiales fue realizada los días 20 y 23 de febrero de 2018, en circunstancia que el plazo de ejecución de la medida debió haber sido realizada con fecha máxima el 24 de enero de 2018.</p>
<p><i>Adquisición e instalación de un limitador acústico para disminuir la emisión de decibeles en cumplimiento a los límites establecidos para la Zona II.</i></p>	<p>Fotografías que deberían ser fechadas y georreferenciadas e ilustrativas del antes y después de la ejecución de la acción” y “facturas y boletas.</p>	<p>Cumplida parcialmente: Esta es una acción por ejecutar, respecto de la cual el titular no acompañó el reporte final comprometido. Sin embargo, durante la actividad inspección ambiental realizada con fecha 4 de julio de 2018 por esta Superintendencia, se constató que en el local existe un limitador acústico, pero no se constató la instalación de este, puesto que el local no se encontraba en funcionamiento. Por tanto, para esta Superintendencia la presente acción se entiende ejecutada parcialmente. Además, no se acompañaron los medios de verificación correspondientes.</p>
<p><i>Inclusión de material de absorción acústica en muros perimetrales del establecimiento y en muro frontal en dirección a la calle, con el objeto de controlar la emisión de ruido que emite el establecimiento en cumplimiento del límite permitido para zona II.</i></p>	<p>Fotografías fechadas, georreferenciadas e ilustrativas del antes y después de la ejecución de la acción; órdenes de compra, y boleta o factura por prestación de servicios</p>	<p>Cumplida Parcialmente: el titular no acompañó el reporte final comprometido. Sin embargo, durante la actividad de inspección ambiental realizada con fecha 4 de julio de 2018 por esta Superintendencia, se constató que el titular implementó la medida solo en el muro poniente y no en todo el perímetro del local conforme a lo comprometido en su Programa de Cumplimiento. Además, cabe hacer presente que en respuesta al requerimiento de información realizado por la Oficina Regional de la SMA con fecha 20 de junio de 2018, el titular acompañó boletas que permiten concluir que la compra de material se realizó los días 20 y 23 de febrero de 2018, en circunstancias que el plazo de ejecución de la medida debió haber sido realizada con fecha máxima el 24 de enero de 2018.</p>

<p><i>Se realizará una redistribución de todos los parlantes y sub bajos del establecimiento, especialmente en sector terraza, con el fin de redireccionar las ondas y con ello disminuir el ruido emitido y las vibraciones generadas por el establecimiento.</i></p>	<p>Fotografías fechadas, georreferenciadas e ilustrativas del antes y después de la ejecución de la acción; órdenes de compra, y boleta o factura por prestación de servicios.</p>	<p>Incumplida: el titular no acompañó el reporte final comprometido. Además, durante la actividad inspección ambiental realizada con fecha 4 de julio de 2018 por esta Superintendencia, la ejecución de esta acción no pudo ser constatada debido a que los parlantes no se encontraban instalados por corresponder a un período en el cual el establecimiento no está en funcionamiento. Sin embargo, cabe hacer presente que a pesar que durante la actividad inspección ambiental realizada con fecha 4 de julio de 2018 por esta Superintendencia, se informó a la fiscalizadora que durante el verano un ingeniero acústico habría realizado la redistribución de los parlantes del establecimiento, y que, por otra parte, en respuesta al requerimiento de información realizado por la Oficina Regional de la SMA con fecha 20 de junio de 2018 y reiterado en la misma actividad de fiscalización, el titular presentó una nueva copia de Programa de cumplimiento en la que adjunta un Layout de la redistribución de los parlantes y bajos del local, pero que dicho documento no poseía fecha ni firma.</p>
<p><i>Enviar a la Superintendencia un Reporte Final, que contendrá todos los medios de verificación comprometidos en el presente programa de cumplimiento con el objeto de acreditar el cumplimiento efectivo de las acciones.</i></p>	<p>Informe de medición final de ruido, boletas o facturas, boletas de prestación de servicios, informes técnicos, fotografías fechadas y georreferenciadas, y cualquier otro medio de verificación comprometido en el Programa de Cumplimiento.</p>	<p>Incumplida: Es una acción por ejecutar, respecto de la cual el titular no acompañó el reporte final comprometido, no se acompañó tampoco ninguno de los medios de verificación comprometidos en el Programa de Cumplimiento, y más aún, tampoco se acompañó el Informe de Medición Final que es precisamente el medio de verificación más importante para acreditar el retorno al cumplimiento. Ahora bien, se debe hacer presente que en respuesta al requerimiento de información realizado por la Oficina Regional de la SMA con fecha 20 de junio de 2018 y reiterado durante la actividad inspección ambiental realizada con fecha 4 de julio de 2018 por esta Superintendencia, el titular presentó una ficha de medición de ruidos, y no un informe, la cual se realizó con fecha 10 de enero de 2018, adoleciendo la misma de una serie de falencias técnicas, que permiten concluir que la misma no válida, específicamente por las siguientes razones: 1)</p>

	<p>la medición no se realizó desde el Receptor Sensible identificado en la Formulación de Cargos (Figura 2), sino que desde la dirección Los Lúcumos 660, es decir, a más de dos kilómetros del establecimiento y tampoco indica las coordenadas correspondientes; 2) las fichas no se presentan en el formato requerido por la Resolución Exenta N° 693 de fecha 21-08-2015, de la SMA, que “Aprueba contenido y formatos de las fichas para informe técnico del procedimiento general de determinación del nivel de presión sonora corregido”; 3) no se señala quien registró los datos ni el modelo del equipo utilizado ni del calibrador; 4) no se adjuntan certificados de calibración de sonómetro ni de calibrador; y, 5) de la revisión de la misma, es posible señalar que la medición fue realizada de manera interna, sin embargo, no se aplicó la corrección ventana. Finalmente, el titular tampoco informó a esta Superintendencia el motivo por el cual no se realizó dicha medición de ruidos con una ETFA u organismo acreditado por el INN ni empresa que realice dicha actividad</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia

209. En conclusión, y en virtud de lo señalado en el artículo 8º de la LO-SMA, cabe concluir que la empresa no dio cumplimiento a las 3 de las 6 acciones señaladas, aconteciendo un mero cumplimiento parcial de las restantes.

210. Por lo anterior, el parcial nivel de cumplimiento indicado, será considerado en la determinación de la sanción respecto del cargo formulado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la LO-SMA y al método establecido en el documento de las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales.

X. PROPIUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

211. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrán las siguientes sanciones que, a juicio de esta Fiscal Instructora, corresponde aplicar a Sociedad Comercial Insomnio Group Chile Ltda.

212. Se propone una multa de **cinco coma cinco UTA (5,5 UTA)**, respecto del hecho infraccional consistente en una excedencia de 5 dB(A), registrada con fecha 19 de enero de 2017, en horario nocturno, en condición externa, medición efectuada desde un receptor sensible ubicado en Zona II.



Daniela Paulina Ramos Fuentes

Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente



Rol N° D-065-2017