



EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-056-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE SOCIEDAD GASTRONÓMICA Y EVENTOS
HERMANOS CORTÉS LIMITADA, TITULAR DE
PARRILLADAS AMANCAY.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA); la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA); en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (D.S. N° 38/2011); en la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS N° 38/2011; en la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del DS N° 38/2011; en la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; el Decreto Supremo N° 31, de 08 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (D.S. N° 30/2012); en la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) y dicta instrucciones generales sobre su uso (Res. Ex. N° 166/2018); y, en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

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

1º. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-056-2019, fue iniciado en contra de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada (en adelante, “el titular” o “la empresa”), RUT N.º 76.248.265-7, titular de Parrilladas Amancay (en adelante, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en Avenida Los Pajaritos N° 3151, comuna de Maipú, región Metropolitana.

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

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN.

3º. Que, con fecha 17 de noviembre de 2017, esta Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) recibió una **denuncia** presentada por doña Constanza Angélica Lagos Araya, mediante la cual indicó que hace aproximadamente 10 años la unidad fiscalizable estaría emitiendo ruidos molestos provenientes de música envasada y en vivo, lo que dificultaría poder conciliar el sueño y provocaría que los vecinos tuviesen que dormir con tapa oídos y pastillas. Luego, mediante Ordinario N° 2831, de fecha 24 de noviembre de 2017, esta SMA informó a la denunciante que la denuncia fue registrada en el sistema y su contenido se incorporó al proceso de planificación de Fiscalización.

4º. Que, con fecha 13 de diciembre de 2017, mediante el Ord. N° 2975, esta Superintendencia del Medio Ambiente, encomendó a la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, la realización de actividades de fiscalización pertinentes, por denuncias de ruidos molestos, de diversas fuentes emisoras, entre las que se encuentra el establecimiento “Parrillas Amancay”.

5º. Que, con fecha 2 de marzo de 2018, mediante el Ord. N° 1426, el Secretario Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, respondió el Ordinario precedente, informando con respecto a “Parrillas Amancay”, que el día 18 de febrero de 2018, se habría constatado que el NPC registrado durante la inspección ambiental excedía el nivel máximo permisible para la Zona II del D.S. N° 38/2011 del MMA, realizada en una vivienda ubicada en la Zona ZH-4 del IPT de Maipú.

6º. Que, con fecha 24 de julio de 2018, la División de Fiscalización (DFZ) derivó a la División de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambas de esta SMA, el **Informe de Fiscalización** DFZ-2018-1692-XIII-NE, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 18 de febrero de 2018 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 18 de febrero de 2018, siendo las 02:15 horas, funcionarios de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana (SEREMI de Salud RM) se constituyeron en el domicilio de la denunciante individualizada en el considerando anterior, ubicado en Pasaje Adonay N° 3129, comuna de Maipú, Región Metropolitana, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental.

7º. Que, asimismo, según consta en la Ficha de Nivel de Presión Sonora, durante la fiscalización se realizó una medición del nivel de presión sonora, en un punto situado detrás de la fuente emisora identificada, el cual correspondió al patio frontis de la vivienda de la denunciante (Receptor N° 1), medición realizada en condiciones de medición externa, entre las 02:19 y las 02:25 horas. En la ficha correspondiente, se indicó que el ruido medido correspondió a ruido proveniente de música en vivo desde el restaurante.

8º. Que, para efectos de evaluar los niveles medidos, se procedió a homologar la zona correspondiente al lugar donde se ubica el receptor sensible. En base al Plan Regulador Comunal de Maipú, se constató que el receptor se encuentra en la zona de emplazamiento ZH-4 “Zona Habitacional 4” de acuerdo a dicho Instrumento de Planificación Territorial, homologable a la Zona II de la Tabla N° 1 del artículo 7º del D.S. N° 38/2011 MMA, conforme a lo indicado en el Artículo 34 de dicho Plan, que señala los usos de suelo permitidos para zonas preferentemente habitacionales; y, por tanto, el nivel de presión sonora máximo permitido en horario nocturno es de 45 dB(A).

9º. Que, según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, la medición en el Receptor N° 1, realizada con fecha 18 de febrero de 2018, en condición externa, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registró una excedencia de 10 dB(A). El resultado de dicha medición de ruido en el correspondiente Receptor se resume en la siguiente Tabla:

Tabla N° 1: Evaluación de medición de ruido en Receptor N° 1

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 N° 1	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs.)	55	No afecta	II	45	10	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2018-1692-XIII-NE.

10º. Que, se dejó constancia en la Ficha de Medición de Ruido que el ruido de fondo no afectó la medición.

11º. Que, posteriormente, con fecha 17 de agosto de 2018, esta Superintendencia recibió el Oficio N° 38/2018, mediante el cual, la Ilustre Municipalidad de Maipú informó a esta SMA sobre una **denuncia** presentada por doña Nicole Gutiérrez Candia, por ruidos molestos que provendrían del recinto ubicado en Avenida Pajaritos N° 3151, comuna de Maipú. La Municipalidad informó, además, que habría realizado una fiscalización en la unidad fiscalizable los días 13 y 15 de julio de 2018, estableciendo que los niveles de emisión sonora superarían el límite permitido por la normativa vigente. Asimismo, la Municipalidad acompañó las respectivas Acta y Fichas de Medición de Ruido, las cuales, si bien no podrán ser ponderadas como prueba en el presente procedimiento sancionatorio ya que no fueron realizados conforme a lo prescrito en el D.S. N° 38/2011 MMA, igualmente se tendrán presentes.

12º. Que, mediante el Ord. N° 2099, de fecha 24 de agosto de 2018, esta SMA informó a la denunciante, Sra. Nicole Gutiérrez Candia, que se habría tomado conocimiento de su denuncia por ruidos molestos por el funcionamiento del restaurant Amancay, y que sería incorporada en el proceso de planificación fiscalización, de conformidad a las competencias de la SMA.

13º. Que, mediante el Ord. N° 2226, de fecha 06 de septiembre de 2018, esta SMA encomendó a la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, actividades de fiscalización ambiental, relacionadas con ruidos molestos de diversas fuentes emisoras, entre ellas, del restaurant Amancay.

14º. Que, en respuesta, mediante el Ordinario N° 5691, de fecha 24 de octubre de 2018, la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana informó a esta Superintendencia, con respecto a “Parrillas Amancay”, que los días 30 de septiembre y 06 de octubre de 2018, personal técnico del Servicio, habría concurrido al domicilio de la denunciante Sra. Nicole Gutiérrez Candia, constatando que el NPC registrado durante las inspecciones ambientales excedían el nivel máximo permisible para la Zona II del D.S. N° 38/2011 del MMA, realizada en una vivienda ubicada en la Zona ZH-4 del IPT de la comuna de Maipú.

15º. Que, posteriormente, con fecha 2 de enero de 2019, en forma electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, el **Informe de Fiscalización Ambiental**, individualizado como DFZ-2018-2723-XIII-NE, el cual contiene las Actas de Inspección Ambiental de fechas 30 de septiembre y 6 octubre, ambas de 2018, y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, los días 30 de septiembre y 6 de octubre de 2018, siendo las 02:48 y 01:53 horas respectivamente, funcionarios de la SEREMI de Salud RM arribaron al domicilio de la denunciante indicado en el considerando anterior, ubicado en pasaje Adonay N° 3140, comuna de Maipú, Región Metropolitana, a fin de realizar las respectivas actividades de fiscalización ambiental.

16º. Luego, en la misma fecha, esta Superintendencia informó a la denunciante Sra. Nicole Gutiérrez Candia, mediante la Carta N° 14 de 02 de enero de 2019, que se ha elaborado un informe técnico de fiscalización ambiental asociado a la visita inspectiva realizada en Pasaje Adonay N° 3140, efectuada con fecha 30 de septiembre de 2018, y que como primera medida para asegurar el cumplimiento normativo, fue enviada una copia del informe señalado al titular del establecimiento Parrillas Amancay. Al mismo tiempo, mediante la Carta N° 15 de fecha 02 de enero de 2019, esta Superintendencia informó al titular de Parrillas Amancay, sobre la superación de la Norma de Emisión de Ruidos, remitiéndole copia del informe técnico asociado.

17º. Que, asimismo, según consta en las Fichas de Niveles de Presión Sonora, durante cada fiscalización se realizaron mediciones del nivel de presión sonora en un mismo punto situado a un costado de la fuente emisora identificada, y que correspondió a patio trasero cubierto del domicilio de la denunciante (Receptor N° 1), ambas mediciones realizadas en condiciones de medición interna con ventana cerrada. En las fichas correspondientes a ambas mediciones, se indicó además, que el ruido medido correspondió a al proveniente de música orquestada amplificada.

18º. Que, para efectos de evaluar los niveles medidos, se procedió a homologar la zona correspondiente al lugar donde se ubica el receptor sensible. Conforme a lo indicado también en el considerando 8º de este acto, en base al Plan Regulador Comunal de Maipú, se constató que el receptor se encuentra en la zona de emplazamiento ZH-4 “Zona Habitacional 4, Maipú Centro Oriente” de acuerdo a dicho Instrumento

de Planificación Territorial, homologable a la Zona II de la Tabla N° 1 del artículo 7° del D.S. N° 38/2011 MMA, conforme a lo indicado en el Artículo 34° de dicho Plan, que señala los usos de suelo permitidos para zonas preferentemente habitacionales; y, por tanto, el nivel de presión sonora máximo permitido en horario nocturno es de 45 dB(A).

19°. Que, según indican ambas Fichas de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, tanto la medición en el Receptor N° 1, realizada con fecha 30 de septiembre de 2018, como la medición realizada en el mismo Receptor con fecha 6 de octubre de 2018, ambas en condición interna con ventana cerrada, durante horario nocturno (21:00 a 07:00 horas), registran excedencias de 14 dB(A). El resultado de dichas mediciones de ruido en el correspondiente Receptor se resumen en la siguiente Tabla:

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

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 N° 1 (30 de septiembre de 2018)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs.)	59	No afecta	II	45	14	Supera
Receptor N° 1 (06 de octubre de 2018)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs.)	59	No afecta	II	45	14	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2018-2723-XIII-NE.

20°. Que, se dejó constancia en las Fichas de Medición de Ruido que el ruido de fondo no afectó las mediciones.

21°. Que, finalmente, con fecha 13 de febrero de 2019, fue presentado a esta Superintendencia un escrito de doña Nicole Gutiérrez, mediante el cual solicita priorización de la formulación de cargos en contra de Parrillas Amancay, atendida la superación de la norma de emisión de ruidos y a la frecuencia en que continúan funcionando, extendiéndose música (orquesta en vivo), hasta las 04:30 horas de la madrugada.

22°. Que, mediante Memorandum D.S.C. N° 148/2019 de fecha 09 de mayo de 2019, se procedió a designar a Mauro Lara Huerta como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Jaime Jeldres García como Fiscal Instructor suplente.

23°. Que, con fecha 20 de junio de 2019, mediante Res. Ex. N.º 1/Rol D-056-2019, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-056-2019, con la **formulación de cargos** a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, titular del establecimiento "Parrillas Amancay", por el siguiente hecho infraccional: "La obtención, con fechas 18 de febrero, 30 de septiembre y 06 de octubre de 2018, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 55, 59 y 59 dB(A) respectivamente, todas las mediciones efectuadas en horario nocturno,

en condición externa la primera y en condición interna con ventana cerrada las siguientes, en un receptor sensible ubicado en Zona II"

24º. Que, la resolución indicada en el considerando anterior, se notificó personalmente al titular con fecha 10 de julio de 2019, como consta en el Acta de notificación personal incorporada en el presente procedimiento sancionatorio.

25º. Que, con fecha 22 de julio de 2019, encontrándose dentro del plazo legal, don Rodrigo Cortés Pérez, en representación de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, presentó una solicitud de reunión de asistencia, con el objetivo de obtener mayor información sobre la correcta presentación del Programa de Cumplimiento solicitado en la Res. Ex. N° 1/Rol D-056-2019.

26º. Que, con fecha 25 de julio de 2019, mediante Res. Ex. N° 2/Rol D-056-2019, se resolvió ampliar de oficio el plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

27º. Que, en la misma fecha indicada en el considerando anterior, Rodrigo Cortés Pérez, en representación del titular, presentó una solicitud de ampliación de plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

28º. Que, con fecha 26 de julio de 2019, conforme a lo establecido en el resuelvo VI de la Formulación de Cargos, y previa solicitud de reunión de asistencia, Ariel Martínez, en representación, según indicó, de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, concurrió a las dependencias de esta Superintendencia con el objeto de que se le proporcionara asistencia sobre los requisitos y criterios para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

29º. Que, con fecha 1 de agosto de 2019, Ariel Martínez, en representación, según indicó, de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, presentó un Programa de Cumplimiento. Si bien en diversos puntos del documento se indica que se acompañaron anexos tales como esquemas y fotografías, el Programa presentado solamente contaba con los siguientes anexos: 1) Anexo N° 3: Certificados de calibración de un sonómetro y de un calibrador; 2) Certificado de título de Patricio Andrés Garay Espejo. Asimismo, Ariel Martínez tampoco acreditó contar con facultades para representar a la Sociedad, ya sea como Representante Legal o como Apoderado.

30º. Que, con fecha 19 de noviembre de 2019, Luis Manríquez presentó un reclamo mediante el cual indicó que habría presentado una denuncia anterior, N° de Expediente 340-XIII-2018, de fecha 17 de noviembre de 2017, indicando que los ruidos se mantendrían hasta la fecha. Revisado el expediente, se constató que el expediente citado contiene una denuncia presentada con fecha 17 de agosto de 2018 por Nicole Gutiérrez, quien indicó tener el mismo domicilio que el indicado en el reclamo de Luis Manríquez.

31º. Que, con fecha 5 de diciembre de 2019, mediante Memorándum N° 75041/2019, se derivó el PdC Presentado por Ariel Martínez, al Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento para resolver su aprobación o rechazo.

32º. Que, con fecha 26 de diciembre de 2019, mediante Res. Ex. N.º 3/Rol D-056-2019, se resolvió rechazar el Programa de Cumplimiento presentado por Ariel Martínez Sepúlveda, en representación, según indicó, de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, por no haber dado cumplimiento a los criterios de aprobación, específicamente de eficacia y verificabilidad, conforme a lo señalado en los artículos 33º y siguientes de la resolución indicada.

33º. Que, con fecha 23 de enero de 2020, se notificó personalmente al titular la resolución indicada en el considerando anterior.

34º. Que, con fecha 6 de febrero de 2020, Ariel Martínez Sepúlveda presentó un escrito de descargos mediante los cuales acompañó un Programa de Cumplimiento corregido, agregando además una solicitud relativa a que esta institución debiese asesorar y brindar ayuda técnica en el desarrollo del “plan de cumplimiento” del titular, acompañando asimismo un Programa de Cumplimiento elaborado por la empresa “Ceroruído”.

35º. Que, mediante Res. Ex. SMA N.º 518 de 23 de marzo de 2020, Res. Ex. N.º 548 de 30 de marzo de 2020 y Res. Ex. N.º 575 de 07 de abril de 2020, en virtud de la alerta sanitaria decretada por el Gobierno de Chile, se resolvió suspender la totalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios seguidos ante la Superintendencia del Medio Ambiente a contar del 23 de marzo de 2020 y hasta el 30 de abril de 2020, ambas fechas inclusive.

36º. Que, con fecha 5 de marzo de 2020, mediante Res. Ex. N.º 421, esta Superintendencia resolvió ordenar a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada la adopción de medidas provisionales de las letras a) y f) del artículo 48 de la LO-SMA, por un plazo de 30 días corridos, consistentes en elaborar un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos; implementar las mejoras propuestas por el informe señalado; prohibir la realización de actividades y el funcionamiento de los aparatos generadores de ruido hasta que no se implementen las mejoras indicadas previamente y; requerir un informe de inspección de las medidas implementadas y de medición de los ruidos emitidos por el establecimiento, el que deberá ser ejecutado por una ETFA.

37º. Que, la resolución indicada en el considerando anterior fue notificada personalmente al titular con fecha 05 de marzo de 2020, sin embargo, a la fecha el titular no ha presentado a este Servicio ningún documento de los requeridos mediante la medida provisional.

38º. Que, con fecha 5 de agosto de 2020, mediante Memorándum D.S.C. N.º 519/2020, por razones de distribución interna, se designó a Jaime Jeldres García como Fiscal Instructor Titular y a Mauro Lara Huerta como Fiscal Instructor Suplente.

39º. Que, con fecha 5 de agosto de 2020, mediante Resolución Exenta N° 4/Rol D-056-2019, se resolvió, previo a proveer el escrito de descargos presentado con fecha 6 de febrero de 2020 por Ariel Martínez Sepúlveda, acredítese sus facultades para representar a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, o ratifíquese la presentación del escrito por representante legal con facultades de representación de la empresa. Asimismo, se resolvió requerir información a la titular, relativa a describir el estado de

funcionamiento del local desde el 5 de marzo de 2020 a la fecha de la resolución; identificar las maquinarias, equipos, herramientas y/o actividades generadoras de ruido dentro de la unidad fiscalizable; presentar los documentos requeridos mediante las medidas provisionales ordenadas mediante Res. Ex. N° 421, de 5 de marzo de 2020; la efectiva implementación de cualquier tipo de medida correctiva; y los estados financieros y/o balance tributario, correspondientes al periodo 2019 completo.

40°. Que, finalmente, la resolución indicada en el considerando anterior, fue notificada personalmente a la titular con fecha 24 de agosto de 2020, de acuerdo a lo constatado en el acta correspondiente, incorporada al expediente del procedimiento sancionatorio.

IV. CARGO FORMULADO

41°. En la formulación de cargos, se individualizó el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la norma que se indica:

Tabla N° 3: Formulación de Cargos

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fechas 18 de febrero, 30 de septiembre y 06 de octubre de 2018, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 55, 59 y 59 dB(A) , respectivamente, todas las mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición externa la primera y en condición interna con ventana cerrada las siguientes, 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" data-bbox="716 1704 993 1871"> <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 DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

42°. Que, conforme a lo señalado anteriormente, con fecha 1 de agosto de 2019, Ariel Martínez Sepúlveda, en representación, según indicó, de

Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, presentó un Programa de Cumplimiento. En este sentido, cabe señalar que Ariel Martínez Sepúlveda no ha presentado documentos relativos a acreditar sus facultades para representar legalmente a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, a pesar de haber sido requerido al efecto en diversas resoluciones.

43º. Que, posteriormente, con fecha 26 de diciembre de 2019, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-056-2019, esta Superintendencia rechazó el Programa de Cumplimiento Refundido presentado por Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada con fecha 1 de agosto de 2019, por no haber dado cumplimiento a los criterios de aprobación establecidos en el artículo 9 del Reglamento, de acuerdo a lo que se detalla a continuación:

44º. **Criterio de eficacia.** Cabe señalar que el criterio de eficacia, contenido en la letra b) del artículo 9 del D.S. N° 30/2012, ya citado, se relaciona con el hecho de que *“las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir los efectos de los hechos que constituyen la infracción”*.

45º. En el presente caso, ninguna de las medidas presentadas por el titular cumple con el criterio de eficacia. En este sentido, la empresa no acreditó el nivel de mitigación de las acciones, no detalló sus características básicas (materialidad, ubicación, entre otros) y, en distintos puntos, las medidas propuestas carecían de errores o contradicciones, todo lo cual hacía que las medidas presentadas tuviesen deficiencias insubsanables, no siendo posible a esta Superintendencia, perfeccionar el programa presentado sin desvirtuar su contenido.

46º. **Criterio de verificabilidad.** Cabe señalar que el criterio de verificabilidad, contenido en la letra c) del artículo 9 del D.S. N° 30/2012, ya citado, está referido a que *“las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento”*.

47º. En el presente caso, el PdC no incorporó medios de verificación idóneos y suficientes para todas las acciones, que aporten información exacta y relevante y que permitan evaluar el cumplimiento de cada una de las acciones propuestas. En este sentido, si bien el titular incorporó la Acción N° 9, relativa a presentar un reporte final que incluya la acreditación de la ejecución de todas las medidas, la misma no es suficiente ya que cada acción debe contener la descripción de los medios de verificación específicos que el titular presentará respecto de cada una, conforme a lo indicado en la *“Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento, infracciones a la norma de emisión de ruidos”*¹, para que esta SMA pueda evaluarlos de forma previa a su eventual aprobación o rechazo, lo que no es posible en este caso.

48º. Que, como se indicó previamente, incluso cumpliendo los criterios anteriormente señalados, correspondía rechazar el PdC señalado, toda vez que el documento fue presentado por una persona natural cuyo nombre es Ariel Martínez

¹ Véase la Guía referida, página 16, punto 6.

Sepúlveda, quien hasta la fecha no ha presentado documentos relativos a acreditar sus facultades para representar legalmente a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada.

VI. NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL TITULAR

49º. Habiendo sido notificado el titular personalmente con fecha 23 de enero de 2020 de la Resolución Exenta N° 3/Rol D-56-2019, que tuvo por rechazado el programa de cumplimiento, la empresa no presentó escrito de descargos dentro del saldo de plazo otorgado para el efecto, correspondiente a 1 día hábil.

50º. Que, en este sentido, esta Superintendencia solamente recibió un escrito presentado por Ariel Martínez Sepúlveda quien, como ya se señaló, no ha acreditado contar con facultades de representación de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada.

51º. Que, sin embargo, incluso teniendo por presentados los descargos, los mismos no pueden ser considerados por este Servicio, toda vez que la empresa adjuntó una nueva versión del Programa de Cumplimiento, a pesar de haber sido rechazado el Programa anterior de forma definitiva, sin que se hubiese otorgado un plazo al titular para que presente un nuevo PdC refundido.

52º. Que, asimismo, tampoco se pueden considerar los antecedentes presentados como aplicación de medidas correctivas, ya que no se acompañó ningún medio de verificación que permitiese acreditar la implementación de las mismas, como boletas y/o facturas, fotografías fechadas y georreferenciadas.

53º. Que, finalmente, el titular indica en su escrito que *“Existen tantos aspectos técnicos presentados por usted que desconocemos como empresa, es importante que personal de vuestra institución haga seguimiento y nos brinden ayuda técnica en el desarrollo del plan de cumplimiento”*. Al respecto, cabe señalar que el titular sostuvo una reunión de asistencia con personas funcionarias de esta Superintendencia, de acuerdo con lo indicado en el considerando 28º de esta resolución, mediante la cual precisamente se prestó asistencia al titular para informarle sobre los requisitos para presentar un programa de cumplimiento, así como respecto del procedimiento sancionatorio en general. Igualmente, teniendo la posibilidad de presentar cualquier tipo de consulta ante este Servicio, el titular no lo ha hecho.

54º. Que, asimismo, mediante Res. Ex. N° 4/Rol D-056-2019, de fecha 6 de agosto de 2020, esta Superintendencia resolvió, previo a proveer el escrito de descargos presentado con fecha 6 de febrero de 2020, acreditar las facultades de Ariel Martínez Sepúlveda para representar a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, o ratifíquese la presentación del escrito por representante legal con facultades de representación de la empresa. En este sentido, habiéndose notificado personalmente la resolución indicada con fecha 24 de agosto de 2020, el titular no realizó ninguna presentación cumpliendo lo solicitado.

55º. Que, en virtud de lo indicado anteriormente, se tendrán por no presentados los descargos.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

56º. 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.

57º. En el presente caso, no se han efectuado otros requerimientos de diligencias de prueba por parte de los interesados o del presunto infractor.

58º. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica².

59º. Por su parte, el artículo 156 del Código Sanitario, señala que el funcionario que practique la diligencia y levante el acta de la misma, tendrá el carácter de ministro de fe. En virtud de lo anterior, los hechos constatados por dicho ministro de fe gozan de una presunción de veracidad que sólo puede ser desvirtuada por prueba en contrario.

60º. Además, 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”*.

61º. 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.”*³

2 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.

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

62º. Por lo tanto, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizaron las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valorización que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración y calificación de la infracción, como de la ponderación de las sanciones.

63º. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, tal como consta en las Actas de Inspección Ambiental de fechas 18 de febrero, 30 de septiembre y 6 de octubre, todas de 2018, 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 dichos procedimientos de medición se describen en los numerales 6º y siguientes, y 15º y siguientes de este Dictamen.

64º. En el presente caso, tal como consta en los Capítulos V y VI de este Dictamen, el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en las inspecciones ambientales iniciadas el 18 de febrero de 2018, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

65º. En consecuencia, las mediciones efectuadas por el fiscalizador de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, los días 18 de febrero, 30 de septiembre y 6 de octubre de 2018, que arrojaron niveles de presión sonora corregido de 55, 59 y 59 dB(A), respectivamente, en horario nocturno, en condición externa la primera, e interna con ventana cerrada las siguientes, tomadas desde dos receptores sensibles con domicilio ubicados en pasaje Adonay N° 3129 y N° 3140, comuna de Maipú, Región Metropolitana, homologables a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuadas por un ministro de fe, y no haber sido desvirtuadas ni controvertidas en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

66º. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1 /Rol D-056-2019, esto es, la obtención, con fechas 18 de febrero, 30 de septiembre y 06 de octubre de 2018, de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 55, 59 y 59 dB(A), respectivamente, todas las mediciones efectuadas en horario nocturno, en condición externa la primera y en condición interna con ventana cerrada las siguientes, en un receptor sensible ubicado en Zona II.

67º. Para ello fueron considerados los Informes de Medición señalados precedentemente, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011 del MMA.

68º. 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 del MMA, por lo que se tiene a su vez por configurada la infracción.

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

69º. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-056-2019, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 del MMA.

70º. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve⁴, 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.

71º. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permitan clasificar la infracción como gravísima o grave, conforme a lo señalado en el acápite de valor de seriedad de este dictamen.

72º. 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.

73º. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

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

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

74º. El artículo 38 de la LO-SMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA.

4 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

75º. 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”.

76º. 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.

77º. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en el documento “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización 2017” de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la SMA y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

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

78º. 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 ocasionado⁵.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁶.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁷.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁸.*

5 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.

6 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.

7 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.

8 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

- e) *La conducta anterior del infractor⁹.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁰.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o¹¹.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹².*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹³.*

79°. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, no son aplicables en el presente procedimiento:

- a. **Letra d), intencionalidad**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de la empresa.
- b. **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- c. **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional.
- d. **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE.
- e. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues el programa de cumplimiento no cumplió con los criterios de aprobación por parte de esta Superintendencia, conforme a lo señalado en los considerandos 42° ° y siguientes del presente dictamen.

80°. Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la letra i) del artículo 40, en este caso no aplican las siguientes:

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.

9 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.

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

11 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

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

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

- a. **Letra i), respecto de cooperación eficaz**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40. Al respecto, cabe indicar que en el presente caso, si bien el titular presentó un PdC, el mismo no contenía información que haya resultado útil a este Servicio respecto de los puntos indicados anteriormente. Igualmente, respecto de los descargos, los mismos se tuvieron por no presentados, de acuerdo a lo ya expuesto en los considerandos 49º y siguientes del presente Dictamen.
- b. **Letra i), respecto de medidas correctivas**, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, en este caso, la adopción de medidas de mitigación de ruidos.

81º. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

A. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c).

82º. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o de un aumento en los ingresos, en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción. En términos generales, el beneficio económico obtenido por motivo de la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella.

83º. Es así como para su determinación es necesario configurar dos escenarios económicos contrapuestos: un escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental y el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. A partir de la contraposición de estos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

84º. Se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios en este caso –los costos involucrados y las respectivas fechas en que fueron o debieron ser incurridos–, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia, la cual se encuentra descrita en las Bases Metodológicas.

85º. Cabe destacar que la configuración y el análisis de los escenarios que se describen a continuación, fueron efectuados considerando la situación existente durante las actividades de medición de ruido efectuadas con fecha 18 de febrero, 30 de septiembre y 6 de octubre de 2018, ya señaladas, en donde se registró como máxima excedencia **14 dB(A)** por sobre la norma en horario nocturno en el Receptor N° 1, ubicado en pasaje Adonay N° 3140, comuna de Maipú, Región Metropolitana, siendo el ruido emitido por Parrilladas Amancay.

(a) Escenario de Cumplimiento.

86º. Este se determina a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas de forma oportuna, hubiesen posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011 del MMA, y por lo tanto, evitado el incumplimiento. Las medidas identificadas como las más idóneas para haber evitado la excedencia de la norma por parte del establecimiento objeto del presente procedimiento y sus respectivos costos son los siguientes:

Tabla N° 4: Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento¹⁴

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Instalación de limitador acústico en el establecimiento.	\$	2.000.000	D-072-2015
Instalación de panel acústico con cumbrera, en el límite perimetral donde se encuentran los receptores sensibles, asociados al establecimiento.	\$	7.070.685 ¹⁵	D-051-2017
Confinamiento de puertas asociadas al establecimiento.	\$	1.000.000	D-072-2015
Confinamiento de ventanas, muro y techumbre asociados al establecimiento	\$	2.000.000	D-072-2015
Costo total que debió ser incurrido	\$	12.070.685	

Fuente: Elaboración propia.

87º. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que se consideran como medidas idóneas para la naturaleza del ruido identificado como “música orquestada amplificada”, para la magnitud de la excedencia y el tipo de actividad llevada a cabo dentro de la unidad fiscalizable.

88º. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma previa a la fecha de la primera fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, el día 18 de febrero de 2018

(b) Escenario de Incumplimiento.

89º. Este se determina a partir de los costos que han sido incurridos por motivo de la infracción -en este caso, los costos asociados a medidas de

¹⁴ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo debió ser incurrido.

¹⁵ El costo de la presente medida se realizó a través de la estimación del costo unitario por metro lineal de la acción llevada a cabo en el procedimiento sancionatorio D-051-2017, la cual fue ponderada por 27 metros lineales estimados mediante fotointerpretación del deslinde colindante con los receptores sensibles de la unidad fiscalizable del presente procedimiento sancionatorio.

mitigación de ruidos u otros costos incurridos por motivo de la excedencia de la norma-, y las respectivas fechas o periodos en que estos fueron incurridos.

90º. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, el titular no ha acreditado la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria y por lo tanto, haber incurrido en algún costo asociado a ellas.

91º. Respecto de los costos asociados a la implementación de medidas de mitigación que no han sido ejecutadas a la fecha del presente dictamen, bajo un supuesto conservador para efectos de la modelación, se considera que estos son incurridos en la fecha estimada de pago de multa, configurando un beneficio económico por el retraso de estos costos hasta dicha fecha.

(c) Determinación del beneficio económico

92º. En la siguiente tabla se resume el origen del beneficio económico, que resulta de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, así como también el resultado de la aplicación del método de estimación de beneficio económico utilizado por esta Superintendencia. Para efectos de la estimación, se consideró una fecha de pago de multa al 22 de octubre de 2020, y una tasa de descuento de 11%, estimada en base a información de referencia del rubro de Restaurant. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de octubre de 2020.

Tabla N° 5: Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	12.070.685	20	3,7

Fuente: Elaboración propia.

93º. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

B. Componente de Afectación

b.1. Valor de Seriedad

94º. El valor de seriedad se determina a través de la ponderación conjunta del nivel de seriedad de los efectos de la infracción y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, y el análisis relativo a la importancia de la

vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, quedando excluida del análisis la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA debido a que en el presente caso no resulta aplicable.

b.1.1. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a)

95º. La letra a) del artículo 40 de la LO-SMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño o de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor.

96º. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

97º. En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas que sea consecuencia directa de la infracción constatada. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

98º. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que *“De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma”*¹⁶. 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.

99º. Conforme a lo ya indicado, el Servicio de Evaluación Ambiental -en el marco de una evaluación del riesgo para la salud de la población- definió el concepto de riesgo como la “probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”¹⁷. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un

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

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

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

riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹⁸ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹⁹, sea esta completa o potencial²⁰. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”²¹. Conforme a lo anterior, para determinar si existe un riesgo, a continuación se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

100º. 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 afianzado²² 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 mental²³.

101º. Ahora bien, respecto al peligro específico del ruido nocturno, se puede señalar que existe evidencia suficiente de sus efectos inmediatos sobre el sueño y calidad de vida y bienestar. Respecto a la calidad del sueño, el ruido nocturno, genera efectos como: despertares nocturnos o demasiado temprano, prolongación del período del comienzo del sueño, dificultad para quedarse dormido, fragmentación del sueño, reducción del período del sueño, incremento de la movilidad media durante el sueño. Respecto a la calidad de vida y bienestar, existe evidencia para efectos como molestias durante el sueño y uso de somníferos y sedantes. También, el ruido nocturno puede afectar condiciones médicas, provocando insomnio (diagnosticado por un profesional médico). Además de efectos directos en el sueño, el ruido durante el sueño, provoca; incremento de la presión arterial, de la tasa cardíaca y de la amplitud del pulso; vasoconstricción; cambios en la respiración; arritmias cardíacas; incremento del movimiento corporal; además de procesos de excitación de los sistemas nervioso central y vegetativo²⁴.

18 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.

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

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

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

21 Ídem.

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

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

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

102º. 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 ruido²⁵.

103º. Conforme a lo indicado en los considerandos anteriores, el ruido es un agente con la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor, por lo que se configura el primer requisito del riesgo, o sea, el peligro del ruido.

104º. Por otra parte, es posible afirmar que la infracción generó un riesgo a la salud de la población, puesto que en el presente caso, se verificaron los elementos para configurar una ruta de exposición completa²⁶. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁷ y un punto de exposición (receptores identificados en las fichas de medición de ruidos como los receptores ubicados en pasaje Adonay N° 3129 y N° 3140, comuna de Maipú, región Metropolitana, de las actividades de fiscalización realizadas en los domicilios de los receptores) y un medio de desplazamiento, que en este caso es el aire, y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que al constatarse la existencia de personas expuestas al peligro ocasionado por el nivel de presión sonora emitida por la fuente, cuyo valor registrado excedió los niveles permitidos por la norma, se configura una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, un riesgo.

105º. Una vez determinada la existencia de un riesgo, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor. Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

106º. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del DS N°38 del MMA fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar. Por tanto, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

25 *Ibíd.*

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

27 SEA, 2012. Guía de Evaluación de impacto ambiental riesgo para la salud de la población en el SEIA. Concepto de riesgo en el artículo 11 de la Ley N°19.300, página N°20.

107º. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 55, 59 y 59 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 10, 14 y 14 dB(A), respectivamente, implica un aumento en un factor multiplicativo de 25,1 en la energía del sonido²⁸ aproximadamente, respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma. Lo anterior da cuenta de la magnitud de la contaminación acústica generada por la actividad del titular.

108º. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo en el caso concreto, es la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, tal como se ha mencionado en el presente Dictamen, las máximas de la experiencia permiten inferir que los equipos y actividades que emiten el ruido tendrían un funcionamiento reiterado, entre 22:00 horas y 05:00 horas de la madrugada del día siguiente, los días viernes y sábado lo que da cuenta del nivel de exposición de los receptores al ruido en el presente caso.

109º. En razón de lo expuesto, es de opinión de este Fiscal Instructor, sostener que la superación de los niveles de presión sonora, constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo, y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.**

b.1.2 El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b)

110º. Mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto –riesgo– ocasionado por la infracción, esta circunstancia introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a). Que, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud, sea este significativo o no.

111º. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 04 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 25931-2014, disponiendo: *“a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N° 146 del año 1997”*.

112º. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados debido a las emisiones de dicha

28Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

fuelle. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (en adelante, "AI") de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una Zona II.

113º. Para determinar el AI, se consideró el hecho que la propagación de la energía sonora se manifiesta en forma esférica, así como su correspondiente atenuación con la distancia, la que indica que al doblarse la distancia se disminuye 6 dB(A) la presión sonora. Para lo anterior, se utilizó la expresión que determina que la amplitud del nivel de presión del sonido emitido desde una fuente puntual es, en cada punto, inversamente proporcional a la distancia de la fuente, para lo cual se utilizó la siguiente fórmula²⁹:

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

Donde,

L_x : Nivel de presión sonora medido.

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

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

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

114º. En relación con lo señalado en el párrafo anterior, cabe destacar que la fórmula presentada no incorpora la atenuación que provocarían factores tales como la disminución por divergencia - debido a la dispersión de la energía del sonido -, la reflexión y la difracción en obstáculos sólidos, y la reflexión y la formación de sombras por los gradientes de viento y temperatura; debido principalmente a que las condiciones del medio de propagación del sonido no son ni homogéneas ni estables. En función de esto, cabe manifestar que el conocimiento empírico adquirido por esta SMA en estos 7 años de funcionamiento, a través de los más de 360 casos analizados de infracciones al DS N°38/2011 MMA, le han permitido actualizar su estimación del AI, incorporando factores de atenuación del radio del AI orientados a aumentar la representatividad del número de personas afectadas en función de las denuncias presentadas ante esta Superintendencia.

115º. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible los días 30 de septiembre y 6 de octubre de 2018, que corresponde a 59 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 215 metros desde la fuente emisora.

116º. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³⁰ del Censo 2017³¹, para la comuna de Maipú, en la Región Metropolitana, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las

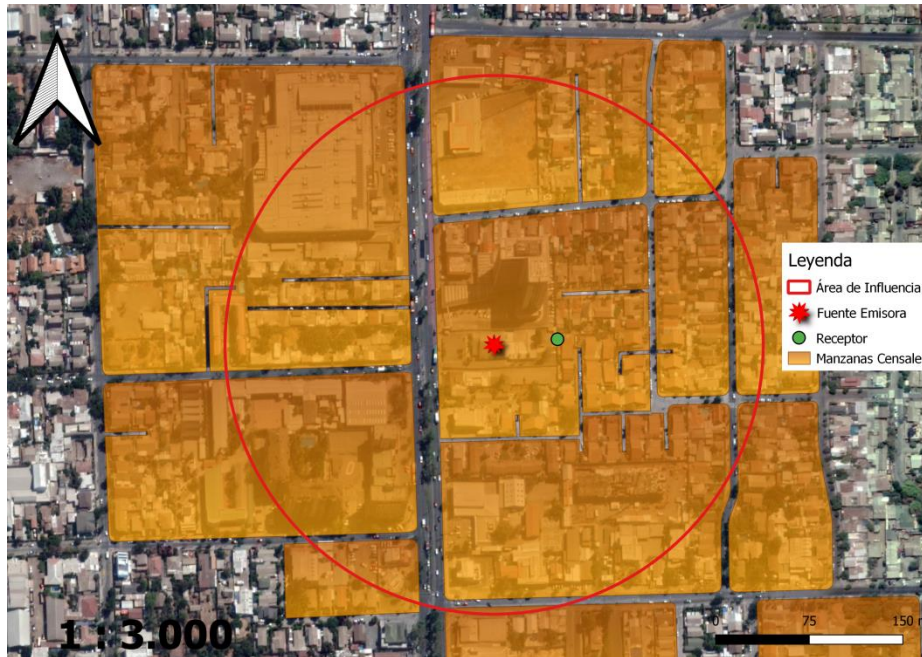
29 Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

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

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

manzanas censales y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

Imagen N° 1: Intersección manzanas censales y AI



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.14.1 e información georreferenciada del Censo 2017.

117º. A continuación, se presenta la información correspondiente a cada manzana censal del AI definida, indicando: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), sus respectivas áreas totales y número de personas en cada manzana. Asimismo, se indica la cantidad estimada de personas que pudieron ser afectadas, determinada a partir de proporción del AI sobre el área total, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea.

Tabla N° 6: Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales

IDPS	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	13119011001017	96	23110,17	16193,95	70,07	67
M2	13119011001018	76	6973,64	1531,78	21,97	17
M3	13119011001025	143	12550,90	2297,56	18,31	26
M4	13119011001026	101	8978,78	8963,88	99,83	101
M5	13119011001027	182	28687,73	28687,73	100,00	182
M6	13119011001028	152	30856,27	27389,73	88,77	135
M7	13119011001029	87	11162,07	395,60	3,54	3
M8	13119011005001	639	103653,88	381,17	0,37	2
M9	13119101001038	416	59213,31	23876,09	40,32	168
M10	13119101001039	448	31417,21	16375,37	52,12	234
M11	13119101001045	16	6316,41	2568,21	40,66	7

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

118º. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en la tabla anterior, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de **942 personas**.

119º. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción,

b.1.3 La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i)

120º. 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,

121º. 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,

122º. 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,

123º. 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”³², 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,

124º. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno, radica en que la emisión de niveles de presión sonora por sobre los límites establecidos en la norma vulnera el objetivo de protección a la salud de la población, de los riesgos propios de la contaminación acústica, encontrándose en todos los casos un receptor expuesto al ruido generado, ocasionándose un riesgo a la salud y potencialmente un

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

detrimento en la calidad de vida de las personas expuestas, Cabe agregar, asimismo, que esta corresponde a la única norma que regula de forma general y a nivel nacional los niveles de ruido a los cuales se expone la comunidad, aplicándose a un gran número de actividades productivas, comerciales, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura, que generan emisiones de ruido,

125º. En el mismo sentido, y tal como se indicó a propósito de la clasificación de la infracción en el presente procedimiento sancionatorio, solo fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, 3 ocasiones de incumplimiento de la normativa,

126º. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 10, 14 y 14 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II, constatada durante las actividades de Fiscalización realizadas el 18 de febrero, 30 de septiembre y 6 de octubre de 2018 y las cuales fundamentaron la Formulación de Cargos asociada a la resolución Res, Ex, N° 1/Rol D-056-2019, 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

127º. A continuación, se ponderarán aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación, y que han concurrido en la especie,

b.2.3. Falta de cooperación (letra i)

128º. 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,

129º. Algunas de las conductas que se consideran para valorar esta circunstancia son las siguientes: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) El infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias,

130º. En el presente caso, el titular no ha respondido al requerimiento de información efectuado mediante Res, Ex, N° 4/Rol D-056-2019, habida cuenta que la resolución indicada se notificó personalmente al titular con fecha 24 de agosto de 2020, Mediante la resolución indicada, se requirió al titular

131º. En virtud de lo anterior, **se configura la presente circunstancia del art, 40 de la LO-SMA, para efectos de aumentar el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar,**

b.3. Factores de disminución

b.3.3. Irreprochable conducta anterior (letra e)

132º. La concurrencia de esta circunstancia es ponderada por la SMA en base al examen de los antecedentes disponibles que dan cuenta de la conducta que, en materia ambiental, ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable, Se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior cuando no se encuentra en determinadas situaciones que permiten descartarla, entre las cuales se cuenta la conducta anterior negativa -en los términos descritos anteriormente-, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales,

133º. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, por lo que esto **será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a la infracción ya verificada,**

b.4. La capacidad económica del infractor (letra f)

134º. 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 Pública³³, De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor,

135º. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago, El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general, Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, debiendo proveer la información

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

correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas,

136º. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2019 (año comercial 2018), De acuerdo a la referida fuente de información, Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico **Pequeña N° 2**, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 5.000,01 UF a 10.000 UF.

137º. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica,

138º. En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada como Pequeña N° 2, **se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.**

XI. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS ASOCIADAS A LA PANDEMIA DE COVID-19

139º. En el presente apartado, se ponderará como circunstancia excepcional el impacto de la pandemia que se encuentra actualmente en curso, Como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19), Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D,S, N° 4, de 5 de enero de 2020, Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global, Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D,S, N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D,S, N° 106 de 19 de marzo del mismo año,

140º. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas, Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos,

141º. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará “todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”, La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será propuesta al Superintendente,

142º. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020³⁴, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales, En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso, lo que se verá reflejado en la propuesta del presente dictamen,

XII. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

143º. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada,

144º. Se propone una multa de tres coma siete **(3,7 UTA)** respecto al hecho infraccional consistente en las excedencias de 10, 14 y 14 dB(A), registradas con fecha 18 de febrero, 30 de septiembre y 6 de octubre de 2018, en horario nocturno, en condición externa la primera, e interna las siguientes, medidos en un receptor sensible ubicado en Zona II, que generó el incumplimiento del D,S, N° 38/2011 del MMA,

Jaime Jeldres García
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

34 Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].



MLH / NTR

Rol D-056-2019