



**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-182-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE GASTRONÓMICA GIARDINO SPA,
TITULAR DE PIZZERIA IL MALANDRINO**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Esta Fiscal Instructora ha tenido como marco normativo aplicable el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LOSMA”); la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante, “Ley N° 19.880”); la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, “D.S. N° 38/2011 MMA”); en la Resolución Exenta N° 52, de 12 de enero de 2024, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta RA 119123/152/2023, de 30 de octubre de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Nombra Jefatura de División de Sanción y Cumplimiento; la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para la homologación de zonas del D.S. N° 38/2011 MMA; la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante, “Bases Metodológicas”); 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 (en adelante, “D.S. N° 30/2012 MMA”); la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) y dicta instrucciones generales sobre su uso (en adelante, “Res. Ex. N° 166/2018 SMA”); la Resolución Exenta N° 1270, de 3 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, 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**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-182-2019, fue iniciado en contra de Gastronómica y Hotelera Luis Patricio Caorsi Casaubon E.I.R.L.¹ (en adelante e indistintamente, “la titular” o “la empresa”), RUT N° 76.033.575-4, titular de Pizzeria Il Malandrino (en adelante e indistintamente, “el establecimiento” o “la unidad fiscalizable”), ubicada en Almirante Montt N° 532, comuna de Valparaíso, Región de Valparaíso.

¹ Con fecha 28 de diciembre de 2022, se publicó en el Diario Oficial extracto de escritura de transformación de la empresa Gastronómica y Hotelera Luis Patricio Caorsi Casaubon E.I.R.L. a Gastronómica Giardino SpA.

III. ANTECEDENTES DE LA PRE-INSTRUCCIÓN

2. Esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") recepcionó las denuncias singularizadas en la **Tabla 1**, donde se indicó que se estarían generando ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas por la titular. Específicamente, se denuncian ruidos producidos por música envasada y movimiento de sillas, mesas y botellas, todo relativo a las actividades desarrolladas por "Pizzeria Il Malandrino".

Tabla 1. Denuncias recepcionadas

N°	ID denuncia	Fecha de recepción	Nombre denunciante	Dirección
1	38-V-2017	28 de marzo de 2017	Verónica Del Pilar Faúndez Moncada	Lautaro Rosas N° 570, comuna y Región de Valparaíso
2	109-V-2017	05 de diciembre de 2017		

3. La primera denuncia ID 38-V-2017, fue desistida mediante carta presentada ante esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante "SMA"), de fecha 30 de junio de 2017, esto debido a una serie de medidas comprometidas por la titular, mediante carta de fecha 26 de mayo de 2017, motivo por el cual mediante Res. Ex. N° 1018, de fecha 8 de septiembre de 2017, esta SMA archivó la denuncia referida.

4. Con fecha 20 de diciembre de 2017, y en virtud de la segunda denuncia ID 109-V-2017, la División de Fiscalización derivó a la División de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambas de la SMA, el **Informe de Fiscalización DFZ-2017-6265-V-NE-IA**, el cual contiene el acta de inspección ambiental de fecha 09 de diciembre de 2017 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, en dicha fecha, un fiscalizador de esta Superintendencia se constituyó en domicilio vecino a la UF, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

5. Según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA.

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

Fecha de la medición	Receptor	Horario de medición	Condición	NPC dB(A)	Ruido de Fondo dB(A)	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
09 de diciembre de 2017	Receptor N° 1	Nocturno	Externa	49	No afecta	II	45	04	Supera

6. En razón de lo anterior, con fecha 25 de noviembre de 2019, la Jefatura de DSC nombró como Fiscal Instructora titular a Carolina Carmona Cortés y como Fiscal Instructor suplente, a Jaime Jeldres García, a fin de investigar los hechos constatados en el informe de fiscalización singularizado; y, asimismo, formular cargos o adoptar todas las medidas que considere necesarias para resguardar el medio ambiente, si a su juicio, existiere mérito suficiente para ello.

IV. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

7. Con fecha 27 de noviembre de 2019, mediante **Resolución Exenta N° 1 / Rol D-182-2019**, esta Superintendencia formuló cargos que indica, en contra de Gastronómica y Hotelera Luis Patricio Caorsi Casaubon E.I.R.L.², siendo notificada personalmente por medio de un funcionario de esta SMA con fecha 05 de diciembre de 2019, habiéndose entregado en el mismo acto, copia de la *“Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos”*. Dicho cargo consistió, en el siguiente:

Tabla 3. Formulación de cargos

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 09 de diciembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 49 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.	<p>D.S. N° 38/2011 MMA, 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" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <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 LOSMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	45						

8. Cabe hacer presente que la Res. Ex. N° 1 / Rol D-182-2019, requirió de información a la empresa, con el objeto de contar con mayores antecedentes en relación al titular de la unidad fiscalizable y al hecho constitutivo de infracción.

9. Que, conforme a lo señalado anteriormente, con fecha 27 de diciembre de 2019, Luis Patricio Caorsi Casaubon, en representación de la titular, presentó un Programa de Cumplimiento, acompañando la documentación pertinente.

10. Posteriormente, con fecha 10 de enero de 2020, mediante la **Resolución Exenta N° 2 / Rol D-182-2019**, esta Superintendencia aprobó el Programa de Cumplimiento incorporándose correcciones de oficio que en la misma resolución se

² Actualmente Gastronómica Giardino SpA.

indican. La antedicha resolución fue enviada a través de correo electrónico con fecha 14 de enero de 2020, según lo solicitado en presentación de Programa de Cumplimiento.

11. Con fecha 02 de julio de 2020, mediante comprobante de derivación electrónica, DFZ remitió a DSC el informe técnico de fiscalización ambiental del programa de cumplimiento DFZ-2020-404-V-PC, el cual, levantó el incumplimiento parcial.

12. Que, con fecha 23 de marzo de 2023 mediante la **Resolución Exenta N° 3 / Rol D-182-2019**, esta Superintendencia resolvió declarar incumplido el Programa de Cumplimiento, debido a que el análisis de los antecedentes permitió concluir que el titular no dio total cumplimiento a las acciones comprometidas en el Programa de Cumplimiento, toda vez que no ejecutó la instalación de la barrera acústica perimetral ni realizó la medición de ruidos. Finalmente, y a consecuencia del incumplimiento del instrumento señalado, esta Superintendencia resolvió reiniciar el procedimiento sancionatorio.

13. En el presente caso, la empresa no presentó escrito de descargos dentro del plazo otorgado para tal efecto.

14. Que, con fecha 22 de diciembre de 2023, esta Superintendencia, realizó una inspección ambiental en la unidad fiscalizable para verificar la continuidad de operación en el mismo domicilio y con la misma titularidad. En esta actividad de inspección se pudo constatar que en el domicilio Almirante Montt N° 532 actualmente opera el restaurante "Malizoso", cuya titularidad corresponde a Gastronómica Alegre SpA, RUT 77.673.381-4, sin que existan antecedentes que la relacionen con Gastronómica Giardino SpA, titular de la unidad fiscalizable "Malandrino".

15. Debido a motivos de organización interna de esta Superintendencia, con fecha 28 de noviembre de 2023, se modificaron los instructores del presente procedimiento, nombrándose a Constanza Lucero Álvarez como Fiscal Instructora titular, y a Juan Pablo Correa Sartori como Fiscal Instructor suplente.

16. Finalmente, aquellos antecedentes del presente procedimiento administrativo sancionatorio que no se encuentren singularizados en el presente acto, forman parte del expediente Rol D-182-2019 y pueden ser consultados en la plataforma digital del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental ("SNIFA")³.

V. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

A. Naturaleza de la infracción

17. En primer término, cabe indicar la unidad fiscalizable corresponde a una "*Fuente Emisora de Ruidos*", al tratarse de una actividad comercial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, número 2 y 13 del D.S. N° 38/2011 MMA. Por lo tanto, se encuentra obligada a dar cumplimiento a los límites máximos permisibles contenidos en esta norma de emisión.

³ Disponible en la dirección: <https://snifa.sma.gob.cl>.

18. Luego, 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 MMA, conforme fue constado en la actividad de fiscalización efectuada con fecha 9 de diciembre de 2017, y cuyos resultados se consignan en la respectiva acta de inspección ambiental.

19. Cabe precisar, que dicho hecho infraccional se identifica con el tipo establecido en la letra h), del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 MMA.

B. Medios Probatorios

20. De modo de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 53 de la LOSMA, en el presente procedimiento sancionatorio se ha contado con los medios de prueba que a continuación se mencionan, los que serán ponderados en la configuración, clasificación y circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, siguiendo el sistema de valoración de la prueba de la sana crítica, según lo dispone el artículo 51 de la LOSMA.

Tabla 4. Medios de prueba disponibles en el procedimiento sancionatorio

Medio de prueba	Origen
a. Acta de inspección, 9 de diciembre de 2017.	SMA
b. Reporte técnico, 9 de diciembre de 2017.	
c. IFA DFZ-2017-6265-V-NE-IA	
d. Expediente de denuncia 109-V-2017	
Otros antecedentes acompañados durante el procedimiento	Titular: Anexos del Programa de Cumplimiento 27 de diciembre de 2019.
e. 2 Fotografías fechadas y georreferenciadas de la terraza de “Il Malandrino” y 1 fotografía de la terraza sin georreferencia.	
f. 4 Fotografías fechadas y georreferenciadas del equipo de música y los 3 parlantes ubicados al interior del restaurante.	
g. Plano simple del restaurante.	
h. Copia de escritura pública de constitución de Gastronomía y hotelera Luis Patricio Caorsi Casaubon E.I.R.L., de 11 de agosto de 2008, repertorio N°3932 de la Notaría Eliana Gabriela Gervasio Zamudio de Viña del Mar	
i. Copia de inscripción y certificado de vigencia de la sociedad del Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Valparaíso.	
j. Carpeta Tributaria de Gastronomía y Hotelera Luis Patricio Caorsi Casaubon E.I.R.L.	
k. 2 Fotografías de horario de funcionamiento del restaurant “Il Malandrino”	
l. Documento medio de verificación acción N° 1: Plano simple, fotografía fechada y	Reporte Único de Avance PDC

Medio de prueba	Origen
georreferenciada del equipo de música, 3 fotografías fechadas y georreferenciadas de los parlantes ubicados al interior del restaurante, y 2 Fotografías fechadas y georreferenciadas de la terraza de "Il Malandrino".	
m. Documento medio de verificación acción N° 2: Cotización Tabique de fecha 28 de enero 2020.	
n. Documento impedimento acción N° 2: Certificado de Defunción de Verónica Faúndez de fecha 24 de febrero de 2020.	
o. Documento medio de verificación acción N° 3: Propuesta Técnica y Económica de Informe Medición Ruido de ETFA Acustec de fecha 27 de diciembre de 2019.	
p. Documento impedimento acción N° 3: Certificado de Defunción de Verónica Faúndez de fecha 24 de febrero de 2020.	
q. Documento medio de verificación acción N° 4: Comprobante Carga PDC	
r. Documento medio de verificación acción N° 5: Documento compilado de todos los medios de verificación presentados en las acciones 1 a 4.	
s. Documento impedimento acción N° 5: Certificado de Defunción de Verónica Faúndez de fecha 24 de febrero de 2020.	
t. Nueva Acta de Inspección de 22 de diciembre de 2023.	SMA

21. Resulta relevante señalar que, respecto a los hechos constatados por funcionario que detente la calidad de ministro de fe, regirá lo dispuesto en el artículo 8 de la LOSMA, es decir, respecto de estos existe una presunción legal.

22. En seguida, se releva que todos los antecedentes mencionados, los cuales tienen por objetivo constatar el incumplimiento de la norma de emisión de ruidos, han sido analizados y validados por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, a la luz de la metodología contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA.

C. Conclusión sobre la configuración de la infracción

23. 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 Res. Ex. N° 1 / D-182-2019, esto es: *"la obtención, con fecha 09 de diciembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 49 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II."*



VI. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

24. Habiéndose configurado la infracción es necesario determinar, a continuación, su clasificación ya sea leve, grave o gravísima, conforme lo dispone el artículo 36 de la LOSMA.

25. En este sentido, en relación con el 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 1° y 2° del citado artículo 36 de la LOSMA.

26. Al respecto, es de opinión de esta Fiscal Instructora 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 acto.

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

VII. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

28. 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 de las Bases Metodológicas. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas⁵.

29. A continuación, se expone la ponderación de las circunstancias del artículo 40 LOSMA que corresponde aplicar en el presente caso:

⁴ El artículo 36 N° 3, de la LOSMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave

⁵ Disponible en línea en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/publicaciones/>.

Tabla 5. Ponderación de circunstancias del artículo 40 LOSMA

Beneficio económico		Circunstancias artículo 40 LOSMA	Ponderación de circunstancias
Componente de afectación	Valor de seriedad	Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c)	0,0 UTA. Se desarrollará en la Sección VII.A del presente acto.
		La importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a)	Riesgo a la salud de carácter bajo , se desarrollará en la Sección VII.B.1.1. del presente acto.
	Factores de Disminución	El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b)	13 personas. Se desarrollará en la Sección VII.B.1.2. del presente acto.
		El detrimento o vulneración a un Área Silvestre Protegida del Estado (ASPE) (letra h)	El establecimiento no se ubica ni afecta un ASPE.
		Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i)	La infracción generó una vulneración en una ocasión al D.S. N° 38/2011 MMA. Se desarrollará en la Sección VII.B.1.3. del presente acto.
		Cooperación eficaz (letra i)	Concurre. Respondió los ordinales 1, 2, 3 y 4 del Resolvo VIII de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-182-2019.
		Irreprochable conducta anterior (letra e)	Concurre , dado que no existen antecedentes para su descarte.
		Medidas correctivas (letra i)	No concurre pues no se demostró aplicación de medidas de mitigación de ruidos adoptadas de manera voluntaria. Las acciones propuestas en el PDC no pueden ser consideradas como acciones voluntarias y las medidas que la titular ejecutó en la etapa de fiscalización son previas a la medición que constató el hecho infraccional.
		Grado de participación (letra d)	Se descarta pues la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
		La intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d)	No concurre , en cuanto no existe información que permita sostener su aplicación.
Factores de Incremento	La conducta anterior del infractor (letra e)	No concurre , en cuanto no existen antecedentes que permitan sostener su aplicación.	
	Falta de cooperación (letra i)	Concurre , pues no respondió los ordinales 5 y 6 del Resolvo VIII de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-182-2019 y los ordinales 1, 2, 3, 4 y 5 del Resolvo IV de la Res. Ex. N° 3 / Rol D-182-2019.	
	Incumplimiento de MP (letra i)	No aplica , pues no se han ordenado medidas provisionales procedimentales en el presente procedimiento.	

Circunstancias artículo 40 LOSMA		Ponderación de circunstancias
Tamaño económico	La capacidad económica del infractor (letra f)	Esta circunstancia considera tamaño económico y capacidad de pago ⁶ . De conformidad a la información auto declarada del SII del año tributario 2023 (correspondiente al año comercial 2022), el titular corresponde a la categoría de tamaño económico Pequeña N°3 . Por tanto, procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción.
Incumplimiento de PdC	El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° (letra g)	Aplica , la ponderación del incumplimiento se desarrollará en la Sección VII.B.2 del presente acto.

⁶ La capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación de la sanción pecuniaria normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, debiendo proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

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

30. La configuración y el análisis de los escenarios que se describen a continuación, fueron efectuados considerando la situación existente durante la actividad de medición de ruido efectuada con fecha 09 de diciembre de 2017 ya señalada, en donde se registró su máxima excedencia de **4 dB(A)** por sobre la norma en horario nocturno en el receptor N° 1, ubicado en Lautaro Rosas N° 6, comuna y Región de Valparaíso, siendo el ruido emitido por “Malandrino”.

A.1. Escenario de cumplimiento

31. Esto 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°38/11 MMA y, por lo tanto, evitado el cumplimiento.

32. En el presente caso, y dado los acontecimientos relatados en el escenario de incumplimiento, es opinión de esta fiscal que los antecedentes que se presentan en este procedimiento son suficientes para acreditar el fin de las actividades en la unidad fiscalizable, siendo esta una medida idónea y suficiente para haber evitado la infracción de haber sido implementada de forma oportuna, es decir, de forma previa al 9 de diciembre de 2017.

A.2. Escenario de incumplimiento

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

34. Al respecto, a raíz de una actividad de fiscalización realizada por la Oficina Regional de Valparaíso de fecha 22 de diciembre de 2023⁷, se constató que en la dirección donde se producían los hechos se emplaza un nuevo local, de nombre “Malizioso” cuya titularidad corresponde a Gastronómica Alegre SpA, RUT 77.673.381-4, sin que existan antecedentes que la relacionen con Gastronómica Giardino SpA, titular de la unidad fiscalizable “Malandrino”. Por ende, es dable entender que desde la fecha del cese la actividad de la titular en el establecimiento, se alcanza el objetivo del cumplimiento normativo por parte de Gastronómica Giardino SpA.

35. En dicho sentido, no existen documentos que permitan determinar la fecha en que se produjo el cierre de las actividades de “Malandrino” en Almirante Montt N° 532, Valparaíso. Por lo tanto, se considera que dicho cierre fue efectivo el día que inicia sus operaciones “Malizioso”, correspondiente al 9 de febrero de 2023, según lo difundido en las redes sociales⁸ de este restaurant.

⁷ Considerando 14° de la presente Resolución.

⁸ Conforme a la red social Instagram: https://www.instagram.com/malizioso.pizzeria/related_profiles/?hl=es [visitada por última vez con fecha 15 de abril de 2024].

36. Con base en lo anterior, es de opinión de esta Fiscal Instructora que esta información es suficiente para acreditar el fin de las actividades de la titular en el establecimiento ubicado en calle Almirante Montt 532, en la comuna de Valparaíso. En relación al costo de esta medida, se considera razonable suponer su costo fue marginal o que no implicó un costo adicional para el infractor.

A.3. Determinación del beneficio económico

37. A partir de la comparación de los escenarios anteriormente expuestos, es posible considerar que el beneficio económico en este caso es nulo, debido a que el costo de la medida que de haberse implementado oportunamente hubiese evitado la infracción, consistente en el cierre de la unidad fiscalizable, se estima de carácter marginal.

38. Por lo tanto, **la presente circunstancia no será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción dado que el beneficio económico resultante es cero.**

B. Componente de Afectación

B.1. Valor de Seriedad

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

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

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

41. 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.

42. 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.”⁹. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. Debido a lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

43. Conforme a lo ya indicado, el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, “SEA”) definió el concepto de riesgo como la “*probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*”¹⁰. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹¹ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹², sea esta completa o potencial¹³. El SEA ha definido el peligro como “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”¹⁴. 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.

44. 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 afianzado ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas, reconocidos por la Organización Mundial de la Salud¹⁵ 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 mental¹⁶.

45. 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

⁹ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

¹⁰ 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

¹¹ En este punto, debe indicarse que el concepto de “peligro” desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de “peligro ocasionado” contenido en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

¹² 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

¹³ 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.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ 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>.

¹⁶ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

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 e 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 y procesos de excitación de los sistemas nervioso central y vegetativo¹⁷.

46. 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 ruido¹⁸.

47. 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.

48. 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 completa¹⁹. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁰ y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como Receptor N°1, de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio del receptor) y un medio de desplazamiento, que en este caso es el aire, y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que al constatar 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.

49. 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.

50. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N° 38/2011 MMA fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a

¹⁷ *Ibíd.*, páginas 22-27.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ La ruta de exposición completa se configura cuando todos los siguientes elementos están presentes: Una fuente contaminante, por ejemplo, una chimenea o derrame de combustible; un mecanismo de salida o liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte; un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingesta [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes.

²⁰ 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.

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.

51. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 49 dB(A), en horario nocturno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 4 dB(A), corresponde a un aumento en un factor multiplicativo de 2,5 veces en la energía del sonido²¹ 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.

52. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo es el tiempo de exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, según los casos que esta Superintendencia ha tramitado en sus años de funcionamiento, le permiten inferir que los equipos emisores de ruido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo²². De esta forma, con base en estimación de funcionamiento basada en la homologación de equipos de similar función, se ha determinado para este caso una frecuencia de funcionamiento periódica en relación con la exposición al ruido, en donde, acorde a la constatación de la superación, esta exposición sólo superaría el límite normativo durante el horario nocturno²³, en base a un criterio de horas proyectadas a un año de funcionamiento de la unidad fiscalizable.

53. En razón de lo expuesto, es posible sostener que la superación de los niveles de presión sonora, sumado a la frecuencia de funcionamiento y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud de carácter bajo, y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.**

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

54. 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). Si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LOSMA no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud sea este significativo o no.

²¹Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible en línea en: https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

²² Por **funcionamiento puntual** se entiende aquellas actividades que se efectúan una vez o más, pero que no se realizan con periodicidad, estimándose que estas son menores a 168 horas de funcionamiento al año. Por **funcionamiento periódico**, se entenderá aquellas actividades que se realizan en intervalos regulares de tiempo o con cierta frecuencia, descartando una frecuencia de funcionamiento puntual o continua, las horas de funcionamiento anual varían entre 168 y 7280 horas. Finalmente, por **funcionamiento continuo**, se refiere a aquellos equipos, maquinarias, entre otros, que funcionan todo el tiempo y su frecuencia de funcionamiento anual se encuentra dentro de un rango mayor a 7280 horas.

²³ Por tanto, no será ponderado el funcionamiento diurno en la presente circunstancia.

55. 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”.

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

57. 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.

58. Del mismo, modo considerando que también existen fenómenos físicos que afectarían la propagación del sonido, atenuándola como por ejemplo, la divergencia geométrica, la reflexión y la difracción en obstáculos sólidos, y la refracción 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; y dado el conocimiento empírico adquirido por esta SMA en sus años de funcionamiento, a través de cientos de casos analizados de infracciones al D.S. N° 38/2011 MMA, le han permitido actualizar su estimación del AI, incorporando un factor de atenuación ($Fa_{(\Delta L)}$) del radio del AI orientado a aumentar la representatividad del número de personas afectadas en función de las denuncias presentadas ante esta Superintendencia. En base a lo anterior, la fórmula actualizada a utilizar, para la determinación del número de personas, corresponde a:

$$L_p = L_x - 20 \log_{10} \frac{r}{r_x} - Fa_{(\Delta L)} \text{ db}^{24}$$

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).

Fa : Factor de atenuación.

ΔL : Diferencia entre Nivel de Presión Sonora medido y Nivel de Presión Sonora en cumplimiento normativo.

²⁴ Fórmula de elaboración propia, basada en la “Atenuación del ruido con la distancia”. Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. Página 74.

59. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 9 de diciembre de 2017, que corresponde a 49 dB(A), generando una excedencia de 4 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 24,2 metros desde la fuente emisora.

60. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales²⁵ del Censo 2017²⁶, para la comuna de Valparaíso, en la región de Valparaíso, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

Imagen 1. Intersección manzanas censales y AI



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.28.2 e información georreferenciada del Censo 2017.

61. 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.

²⁵ 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.

²⁶ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

Tabla 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	5101061001901	57	7256,145	1076,86	14,841	8
M2	5101061003002	65	4027,547	108,287	2,689	2
M3	5101061003003	61	4547,923	238,873	5,252	3

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

62. En consecuencia, de acuerdo con 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 **13 personas**.

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

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

64. 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.

65. 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.

66. 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.

67. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el D.S. N° 38/2011 MMA, la cual, de acuerdo con su artículo primero, 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”*. 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 con 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.

68. 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 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.

69. En el mismo sentido, solo fue posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, **una ocasión** de incumplimiento de la normativa –imputado en la formulación de cargos–, cuya importancia se ve determinada por la magnitud de excedencia de **cuatro decibeles** por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II, constatado con fecha 09 de diciembre de 2017. No obstante lo anterior, dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

B.2. Incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3° (artículo 40, letra g) de la LOSMA)

70. Dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA, en su letra g), se considera el incumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3, en relación con 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 LOSMA. 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 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 LOSMA 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"*.

71. En el presente caso, como fuera expuesto anteriormente, la titular incumplió el programa de cumplimiento aprobado, por lo que corresponde que se pondere la magnitud de dicho incumplimiento, de modo de poder incrementar proporcionalmente la sanción que originalmente hubiera correspondido aplicar, en conformidad a lo establecido en el artículo 42 de la LOSMA. Este análisis debe ser realizado respecto de cada una de las acciones asociadas a cada uno de los cargos formulados, lo que se pasará a desarrollar a continuación.

72. Cabe señalar que para acreditar la ejecución del PdC, tal como se señaló en la resolución de reinicio del presente procedimiento sancionatorio, el titular entregó un reporte único final en el cual acompañó medios de verificación para cada acción.

73. En base al reporte final de cumplimiento y el informe técnico de fiscalización ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2020-404-V-PC, el nivel de cumplimiento alcanzado es resumido en la siguiente tabla:

Tabla 7. Grado de ejecución de las acciones comprometidas en el PdC.

Infracción	Acción N°	Plazo	Cumplimiento
La obtención, con fecha 09 de diciembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 49 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.	1.- Retiro de equipo generador de ruido en sector terraza	16-03-2020	Cumplida
	2.- Barrera acústica perimetral. Consiste en la instalación de una barrera acústica, cuyas especificaciones técnicas son: densidad superior a 10 Kg/m ² , con espesor mínimo de 50mm, a instalarse en todo el perímetro del sector terraza, colindante a receptor sensible señalado en la resolución de Formulación de Cargos.	24-02-2020	Incumplida: Titular acompaña cotización para instalación de barrera acústica perimetral, pero la barrera no fue instalada, por lo que esta acción no se encuentra ejecutada.
	3.- Una vez ejecutadas todas las acciones de mitigación de ruido, se realizará una medición de ruido con el objetivo de acreditar el cumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA. La medición de ruidos deberá realizarse por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA), debidamente autorizada por la Superintendencia, conforme a la metodología establecida en el D.S. N°38/2011 del MMA, desde el domicilio de los receptores sensibles de acuerdo a la formulación de cargos, en el mismo horario en que constó la infracción y mismas condiciones. En caso de no ser posible acceder a la ubicación de dichos receptores, la empresa ETFA realizará la medición en un punto equivalente a la ubicación del receptor, de acuerdo a	15-03-2020	Incumplida: La titular adjuntó presupuesto N° 084382019 elaborado por la Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental ACUSTEC LTDA. Se concluye que, si bien se realizó la gestión de cotizar la medición de ruido, ésta no se llevó a cabo, por lo que la acción se encuentra no ejecutada.

	los criterios establecidos en el D.S. N°38/2011 del MMA. En caso de no ajustarse a lo dispuesto a lo recién descrito a medición no será válida.		
	4.- Cargar en el SPDC el Programa de Cumplimiento aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente. Para dar cumplimiento a dicha carga, se entregará la clave para acceder al sistema en la misma resolución que aprueba dicho programa. Debiendo cargar el programa en el plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación de la resolución que apruebe el Programa de Cumplimiento, de conformidad a lo establecido en la Resolución Exenta N° 116/2018 de la SMA.	22-01-2020	Cumplida.
	5.- Cargar en el portal SPDC de la Superintendencia del Medio Ambiente, en un único reporte final, todos los medios de verificación comprometidos para acreditar la ejecución de las acciones comprendidas en el PdC, de conformidad a lo establecido en la Resolución Exenta N° 116/2018 de la SMA. Lo anterior en el plazo de 10 días hábiles contados desde la fecha de ejecución de la medición final obligatoria.	15-03-2020	Cumplida.

74. En resumen, la tabla anterior muestra que la titular incumplió dos (2) de las acciones comprometidas respecto al cargo que ha sido configurado en el presente acto. Las acciones que fueron incumplidas, son las acciones N° 2 y 3, acciones que se refieren a la instalación de la barrera acústica perimetral y a la medición de ruidos por ETFA, lo que implica que no se ejecutó una de las medidas principales para mitigar el ruido y la medida que busca determinar si las medidas implementadas por la titular fueron efectivas para la mitigación del ruido, y, por lo tanto, determinar si se logró el retorno al cumplimiento normativo.

75. Sin perjuicio de lo anterior, y según consta en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2020-404-PC, que da cuenta de los resultados de la actividad de fiscalización en la unidad fiscalizable “Malandrino”, con la finalidad de verificar la ejecución del PDC aprobado mediante Res. Ex. N° 2 / Rol D-182-2019, respecto de ambas acciones incumplidas, N° 2 y 3, la titular expuso que no las pudo llevar a cabo por la imposibilidad de contactarse con la denunciante, de la propiedad colindante al patio del local, para la instalación de la barrera como para la medición, debido a su fallecimiento, adjuntando certificado de defunción.

76. El nivel de cumplimiento antes señalado será considerado para los efectos del incremento de la sanción base que es considerado en el artículo 42 de la LOSMA. Sin perjuicio de ello, **el grado de incumplimiento de dichas acciones es medio, motivo por el cual el incremento de la sanción original, producido por el incumplimiento de estas acciones, es moderado.**

VIII. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

77. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LOSMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de esta Fiscal Instructora corresponde aplicar a Gastronomía Giardino SpA.

78. Se propone una multa de una coma cinco unidades tributarias anuales **(1,5 UTA)** respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 4 dB(A), registrado con fecha 09 de diciembre de 2017, en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en Zona II, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 MMA.



Constanza Lucero Álvarez
Fiscal Instructora – División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

JPCS/MTR
Rol D-182-2019

