

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-042-2017.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 615

Santiago, 29 MAY 2018

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"); la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado ("LOCBGAE"); el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 37, de 08 de septiembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente, que renueva la designación de don Cristián Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 693, de fecha 21 de agosto 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; la Resolución Exenta N° 491, de fecha 31 de mayo 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS N° 38/2011; la Resolución Exenta N° 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del DS N° 38/2011; el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica ("D.S. N° 38/2011"); 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; el expediente administrativo sancionatorio Rol F-042-2017; y la Resolución N° 1600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol F-042-2017, fue iniciado contra la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, RUT N° 76.438.362-1, titular del local "Gyvens Club", ubicado en Pio Nono N° 260, comuna de Recoleta, Región Metropolitana. Dicho

establecimiento corresponde a una “Fuente Emisora de Ruidos”, al tratarse de una actividad de esparcimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 3 y 13 del D.S. N° 38/2011.

2. Que, con fecha 1 de marzo del año 2017, a las 21:00 horas, funcionarios técnicos de la Superintendencia del Medio Ambiente, concurren a la azotea del edificio ubicado en calle Ernesto Pinto Lagarrigue N° 247, comuna de Recoleta, región Metropolitana, para realizar mediciones de presión sonora asociadas a varias fuentes emisoras del sector. Una vez finalizadas dichas actividades, aproximadamente a las 2:00 horas del día 2 de marzo del año 2017, los citados funcionarios procedieron a inspeccionar auditivamente los pisos restantes del mencionado edificio, para lo cual accedieron a la escalera de emergencia ubicada en el ala oriente de la infraestructura, lugar desde el cual reconocieron ruido proveniente del local Gyvens Club, por sobre los ruidos de los locales aledaños. Este hecho, motivó la realización de mediciones que permitiesen caracterizar la emisión de la mencionada fuente emisora.

3. Que, con fecha 22 de mayo del año 2017, mediante, comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, el Informe de Fiscalización DFZ-2017-266-XIII-NE-IA (“el Informe”), que detalla las actividades de fiscalización realizadas por funcionarios técnicos de esta Superintendencia.

4. Que, según consta en el mencionado Informe y en la Ficha de Georreferenciación de Medición de Ruido adjuntada a éste, se realizaron 3 mediciones de presión sonora, desde tres receptores sensibles (R1, R2 y R3), ubicados en Ernesto Pinto Lagarrigue N° 247, comuna de Recoleta, Región Metropolitana, en condición externa. Conforme al esquema de recorrido indicado en dichos instrumentos, el receptor sensible R1 corresponde al punto ubicado en la escalera de emergencia del ala oriente del edificio; el receptor sensible R2 corresponde al punto ubicado en el estacionamiento del edificio, frente a la fuente emisora; y el receptor sensible R3, corresponde al otro punto ubicado también en el estacionamiento del edificio.

5. Que, de acuerdo a la información contenida en las Fichas de Georreferenciación de Medición de Ruido, la ubicación geográfica de los puntos de medición, se detalla en la siguiente tabla:

Punto de medición	Coordenada norte	Coordenada este
Receptor N° R1	6.299.674m	347.846m
Receptor N° R2	6.299.684m	347.848m
Receptor N° R3	6.299.687m	347.838m

Coordenadas receptores. Datum: WGS84, Huso 19H

6. Que, en el aludido Informe se adjunta el Acta de Fiscalización, en la cual se indica que desde los puntos de medición señalados, se perciben únicamente ruidos generados por Gyvens Club, por lo que no fue necesario la medición de ruido de fondo. Además, se indica que conforme a las observaciones de la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, al momento de realizarse las mediciones de presión sonora,

los ruidos generados por la fuente emisora correspondían a la reproducción de música envasada, la cual producía vibraciones en las estructuras metálicas del galpón que encierra a Givens Club, por lo que a fin de complementar esta información, los funcionarios técnicos de esta Superintendencia, adjuntaron al Informe de Fiscalización Ambiental, un video de prueba grabado desde el punto de medición correspondiente al receptor sensible N° R3.

7. Que, según consta en Ficha de Información de Medición de Ruido, el instrumental de medición utilizado consistió en un Sonómetro marca Cirrus, modelo CR:162B, número de serie G066131, con certificado de calibración de fecha 7 de diciembre del año 2016; y en un Calibrador marca Cirrus, modelo CR:514, número de serie 64889, con certificado de calibración de fecha 7 de diciembre del año 2016.

8. Que, para efectos de evaluar los niveles de presión sonora medidos, se procedió a homologar la Zona correspondiente al lugar donde se realizó la medición, establecida en el Plan Regulador Comunal de Recoleta, con las zonas establecidas en el artículo 7 del D.S. N° 38/2011 (Tabla N° 1). Al respecto, la zona evaluada en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, es la Zona U-E1, concluyéndose que dicha zona es asimilable a Zona II de la Tabla N° 1 del D.S. N° 38/2011, por lo que el nivel máximo permitido en horario nocturno para dicha zona es de 45 dB(A).

9. Que, en el Informe de Fiscalización, se consignan tres incumplimientos a la norma de referencia, establecida en el D.S. N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente. En efecto, en la medición efectuada en el Receptor N° R1, realizada en condición externa, durante horario nocturno (07:00 a 21:00 horas), se registra una excedencia de 20 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona II; en la medición efectuada en el Receptor N° R2, realizada en condición externa, durante horario nocturno (07:00 a 21:00 horas), se registra una excedencia de 20 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona II; y en la medición efectuada en el Receptor N° R3, realizada en condición externa, durante horario nocturno (07:00 a 21:00 horas), se registra una excedencia de 19 dB(A) sobre el límite establecido para la Zona II. El resultado de dicha medición de ruido en los correspondientes Receptores, se resume en la siguiente Tabla:

Tabla 1: Evaluación de mediciones de ruido en Receptores R1, R2 y R3

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor N° R1 (Externa)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	65	-	II	45	20	No Conforme
Receptor N° R2 (Externa)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	65	-	II	45	20	No Conforme
Receptor N° R3 (Externa)	Nocturno (21:00 a 07:00 hrs)	64	-	II	45	19	No Conforme

Fuente: Anexo Acta, Detalles de actividad de fiscalización. DFZ-2017-266-XIII-NE-IA.

10. Que, mediante Memorándum D.S.C. N° 525/2017 de fecha 23 de agosto de 2017, se procedió a designar a Daniela Paulina Ramos

Fuentes como Instructora titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Maura Torres Cepeda como Instructora suplente.

11. Que, con fecha 28 de junio de 2017, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-042-2017, mediante la Formulación de Cargos contra Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, titular de Gyvens Bar, mediante la Res. Ex. N° 1/Rol F-042-2017 por constatare tres incumplimientos al D.S. N° 38/2011, debido a la obtención con fecha 2 de marzo de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 65 dB(A) en Receptor N° R1, 65 dB(A) en Receptor N° R2, y 64 dB(A) en Receptor R3, todos los Receptores Sensibles medidos en horario nocturno, en condición externa, encontrándose ubicados en Zona II.

12. La resolución indicada en el considerando anterior fue notificada mediante carta certificada, dirigida a Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada y recibida en la Oficina de Correos de la comuna de Recoleta con fecha 31 de agosto de 2017. Lo anterior, de acuerdo a la información que consta en la página web de Correos de Chile, cuyo número de seguimiento es 11780315512494.

13. La empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada no presentó Programa de Cumplimiento ni descargos, dentro del plazo establecido para tales efectos, conforme a lo establecido en el Resuelvo III de la Res. Ex. N° 1/Rol F-037-2017.

14. No obstante lo anterior, con fecha 11 de octubre de 2017, en virtud de lo establecido en Resuelvo V de las Res. Ex. N° 1/Rol F-042-2017, la Sra. María José Flores Troncoso y el Sr. José David Soto Barraza, en representación de Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, asistieron a las dependencias de esta Superintendencia ubicada en Teatinos N° 280, piso 9, comuna de Santiago, para celebrar una reunión de asistencia en compañía de funcionarios de la misma. Lo anterior, en cumplimiento de lo establecido en el artículo de conformidad a lo dispuesto en la letra u) del artículo 3° de la LOSMA y en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 30/2012.

15. Que, más tarde, con fecha 28 de febrero de 2018, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-042-2017, y en virtud de lo establecido en los artículos 40, 50 y 51 de la LOSMA, esta Superintendencia solicitó a la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, la siguiente información, otorgándose para ello el plazo de 4 días hábiles contados desde la fecha de notificación de dicha Resolución: 1) Indicar si había ejecutado medidas de mitigación directa, asociadas al cargo informado en la referida formulación de cargos. En caso afirmativo, debía acreditar fehacientemente la fecha de ejecución, los materiales utilizados y su efectividad para dar cumplimiento a los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011. Al respecto, se señaló que se podría acompañar copia de facturas y/o boletas en que constara la adquisición de materiales o pago de servicios, fichas técnicas de materiales comprados, fotografías fechadas y georreferenciadas, e informes de medición de ruidos realizados con posterioridad a la ejecución de las medidas; 2) Los Estados Financieros (a saber, Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo de Efectivo) correspondientes al año 2017, o cualquier documentación que acredite los ingresos anuales y

mensuales para el año 2017. En caso de no contar con la información final asociada al año 2017, se señaló que se podría enviar la información procesada a la fecha de recibo de dicha resolución. Además, se indicó que se debían acompañar los Formulario N° 29, enviados al SII durante el año 2017, correspondiente a los meses enero a diciembre de 2017.

16. Que, con fecha 1 de marzo de 2018, se procedió a notificar personalmente a la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, de la Res. Ex. N° 2/Rol F-042-2017, de fecha 28 de febrero de 2018, entregándose copia fiel de la misma, conforme consta la respectiva Acta de Notificación Personal.

17. Que, con fecha 9 de marzo de 2018, y encontrándose fuera del plazo otorgado, la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, dio respuesta a la Res. Ex. N° 2/Rol F-042-2017, de fecha 28 de febrero de 2018, entregando la siguiente información: **1)** Un escrito en el cual se indica, en primer lugar, que se habrían efectuado diversas obras de reparación y acondicionamiento en el establecimiento, señalándose que se encontraría reparado en su totalidad el techo del mismo y que se procedería a armar una pared doble dentro del establecimiento, sin mencionar materialidad alguna ni acompañar descripción o boletas o facturas que acrediten la efectividad de los mismas, sino que sólo se acompañaron, como medio de verificación, 7 fotografías en blanco y negro, no fechadas ni georreferenciadas, que serían ilustrativas del estado del techo al momento de la fiscalización y 19 fotografías en blanco y negro, no fechadas ni georreferenciadas, que serían ilustrativas de los trabajos de mejoras en el techo. Además, en segundo lugar, se indica que el establecimiento se encontraría arrendado a la Sociedad Rentas Inmobiliarias Slebe Hermanos, RUT 76.555.815-8 desde el día 18 de agosto de 2015, y con quien se habrían realizado conjuntamente las medidas de mitigación; **2)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 16 de marzo de 2017; **3)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 20 de abril de 2017; **4)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 22 de mayo de 2017; **5)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 25 de julio de 2017; **6)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 8 de septiembre de 2017; **7)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 8 de septiembre de 2017; **8)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 8 de septiembre de 2017; **9)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 20 de septiembre de 2017; **10)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 20 de octubre de 2017; **11)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 30 de noviembre de 2017; **12)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 20 de diciembre de 2017; **13)** Declaración Mensual y Pago simultáneo de impuestos Formulario 29 SII, con fecha de presentación 22 de enero de 2017; **14)** Copia de documento con contabilidad simplificada 14 TER, de la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, firmada por persona que no se identifica; **15)** Copia de Escritura de Constitución de la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, celebrada con fecha 21 de abril del 2015, ante el Notario Público don Pedro Ricardo Rivero Hormazabal y entre los comparecientes don Lesley Noruges y don Guyevens Laguerre, otorgándose a éste último la

administración, la representación y el uso de la razón social; **16)** Copia Contrato de Arriendo celebrado con fecha 18 de agosto de 2015, entre la Comunidad Hereditarias Slebe Tajmuch Hermanos, en calidad de arrendador, y el señor Guyvens Laguerre, en calidad de arrendatario, del inmueble ubicado en la calle Pío Nono N° 260, comuna de Recoleta, Región Metropolitana.

II. DICTAMEN

18. Finalmente, con fecha 15 de mayo de 2018, mediante memorándum D.S.C. Dictamen N° 15/2018, la instructora remitió a este Superintendente el dictamen del presente procedimiento administrativo sancionatorio, conforme lo establecido en el artículo 53 de la LOSMA.

III. CARGO FORMULADO

19. 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 fecha 2 de marzo de 2017, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 65 dB(A) en receptor N° R1, 65 dB(A) en receptor N° R2, y 64 dB(A) en receptor N° R3; todos Receptores Sensibles, medidos en horario nocturno, en condición externa, encontrándose ubicados 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> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 21 a 7 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>II</td> <td>45</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	45	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LOSMA.
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	45						

IV. NO PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NI DE DESCARGOS POR PARTE DE SOCIEDAD BAR RESTAURANT Y EVENTOS GYVENS Y HERMANO LIMITADA

20. Que, la Res. Ex. N° 1/Rol F-042-201, que contiene la formulación de cargos habiendo sido notificado mediante carta certificada y

recibida en la Oficina de Correos de la comuna de Recoleta con fecha 31 de agosto de 2017, según el número de seguimiento 11780315512494, tal como se indicó en el considerando 12 de esta resolución, el titular, pudiendo hacerlo, no presentó un Programa de Cumplimiento ni tampoco descargos dentro del respectivo plazo otorgado al efecto.

V. MEDIOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

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

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

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

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

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

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

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

27. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 2 de marzo de 2017, así como en la Ficha de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración. Todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización remitido a esta División. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los considerandos 4 y siguientes de esta resolución.

28. En el presente caso, tal como consta en el capítulo IV de esta resolución, la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, no realizó presentación que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental iniciada el día 1 de marzo de 2017 y finalizada el día 2 de marzo de 2017, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

29. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el 1 y 2 de marzo de 2017, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 65 dB(A), 65 dB(A), y 64 dB(A), en horario nocturno, medidos desde el domicilio desde los receptores R1, R2 y R3, ubicados todos en el edificio ubicado en Ernesto Pinto Lagarrigue N° 247 (en escalera de emergencia y estacionamientos), comuna de Recoleta, homologable a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VI. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

30. 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/F-042-2017, esto es, la obtención, de un nivel de presión sonora corregido de 65 dB(A) en receptor R1, 65 dB(A) en receptor R2, y 64 dB(A) en Receptor R3, todos Receptores Sensibles, medidos en horario nocturno, en condición externa, medidos en receptores sensibles ubicados en Zona II, por un funcionario de esta Superintendencia.

31. Para ello fue considerado el Informe de Medición señalado precedentemente, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo a la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011.

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

VII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

33. 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 F-042-2017, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, que en este caso corresponde al D.S. N° 38/2011.

34. A su vez, respecto de la clasificación de las infracciones, 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.

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

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

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

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

39. Sin perjuicio de todo lo anterior, este Superintendente tiene en consideración que, conforme a las máximas de la experiencia, los establecimientos de este tipo desarrollan sus actividades en horario diurno y principalmente nocturno, con una frecuencia regular durante el año.

40. En efecto, lo anteriormente dicho es concordante con la información publicada por el titular en redes sociales, en la cual se indica como horario de funcionamiento desde las 20:00 hasta las 04:00 horas².

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

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

43. 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.

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

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

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

45. 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”*.

² https://es-la.facebook.com/pg/gvvensclub/about/?ref=page_internal

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

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

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

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

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado³.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁴.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁵.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁶.*

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a

- e) *La conducta anterior del infractor⁷.*
- f) *La capacidad económica del infractor⁸.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°⁹.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁰.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹¹.*

49. En este sentido, corresponde desde ya indicar que la circunstancia de la letra h) del artículo 40 de la LOSMA, no es aplicable en el presente procedimiento, puesto que el establecimiento de Sociedad Bar Restaurante y Eventos Gyvens no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado, ni la letra g), pues el infractor no presentó dentro de plazo un programa de cumplimiento. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que corresponde aplicar, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

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

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

51. Como también ha sido descrito en dicho documento, para la ponderación de esta circunstancia es necesario configurar el escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental, así como también configurar el

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.

⁷ 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.

⁸ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

⁹ 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

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹¹ 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.

escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. En este sentido, se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

(a) Escenario de Incumplimiento.

52. En este caso, tal como consta en la presente resolución, la empresa no presentó descargos, ni realizó presentación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental de fecha 2 de marzo de 2017, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

53. El escenario de incumplimiento da cuenta de la situación real ocurrida con infracción, considerando si los costos de inversiones necesarios para cumplir con la normativa son incurridos en una fecha posterior a la debida o definitivamente no se incurre en ellos, o si se ejecutan actividades susceptibles de generar ingresos, que no cuentan con autorización. En base a lo anterior, se procederá a analizar los hechos que permitan establecer el tipo de escenario de incumplimiento que procede en el actual procedimiento sancionatorio.

54. Que, con fecha 28 de febrero de 2018, la SMA, emite la Res. Ex. N° 2/Rol D-042-2017, solicitando al titular, entre otros lo siguiente: *“Indicar si ha ejecutado medidas de mitigación directa, asociadas al cargo informado en la referida formulación de cargos. En caso afirmativo, acreditar fehacientemente la fecha de ejecución, los materiales utilizados y su efectividad para dar cumplimiento a los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011. Al respecto, podrá acompañar copia de facturas y/o boletas en que conste la adquisición de materiales o pago de servicios, fichas técnicas de materiales comprados, fotografías fechadas y georreferenciadas, e informes de medición de ruidos, realizados con posterioridad a la ejecución de las medidas”.*

55. Con fecha 9 de marzo de 2018, el Sr. Gyvens Laguerre, en representación de Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Ltda., presentó escrito ante esta Superintendencia, en respuesta a la Res. Ex. N° 2/Rol D-042-2017. En dicha presentación, se acompañaron documentos indicados en el considerando N° 17 de esta resolución. Al respecto, cabe destacar que se anexaron fotografías en blanco y negro que darían cuenta de la mejora de la techumbre del local. Sin embargo, no indican fecha ni georreferenciación.

56. Por lo tanto, la información aportada por “Gyvens Club” al procedimiento sancionatorio, no permite acreditar fehacientemente la implementación de la medida indicada, debido a que no responde de manera íntegra a lo solicitado mediante la Res. Ex. N°2/Rol D-042-2017. En efecto, no resulta posible para este Superintendente, considerar implementada y ejecutada dicha medida, así como tampoco acreditar su fecha de implementación, ni tampoco la materialidad utilizada a fin de establecer la suficiencia de la misma, para efectos de mitigar los Niveles de Presión Sonoros registrados en la actividad de Fiscalización realizada por esta Superintendencia.

57. En base a lo expuesto, el escenario de incumplimiento, con motivo del desarrollo de esta resolución, deberá considerar la situación existente durante la actividad de fiscalización realizada el 1 y 2 de marzo de 2017, en donde se registraron excedencias de 20 y 19 dB(A), por sobre la norma.

(b) Escenario de Cumplimiento.

58. En relación al presente cargo, la obtención de un beneficio económico se originó a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas, habrían posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, y por tanto, evitado el incumplimiento.

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

60. En particular, de acuerdo al escenario de incumplimiento descrito anteriormente, esta Superintendencia determinará las medidas de mitigación idóneas para efectos de configurar el escenario de cumplimiento.

61. Así, en relación al presente cargo, la obtención de un beneficio económico se originó a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas, habrían posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, y por tanto, evitado el incumplimiento.

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

63. En este sentido, resulta así necesario identificar las medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrentes e idóneas para implementar en una fuente de ruidos identificada, como Club/Discoteque en donde se realizan actividades con público, emitiendo ruido producto de música envasada y en vivo, actividades de Karaoke y ruido comunitario, y que impidan la emisión de ruidos molestos hacia los receptores sensibles. La determinación de dichas medidas debe considerar que la emisión de ruidos molestos se genera debido a las actividades realizadas en dicho "Club/Discoteque", en parte del horario diurno y gran parte del horario nocturno de lunes a sábado, tomando en cuenta los costos de mercado asociados a su implementación.

64. En consecuencia, en el presente caso, el beneficio económico fue calculado sobre la base del costo asociado a la implementación de medidas genéricas, destinadas a disminuir o mitigar el ruido generado producto del funcionamiento del local con música en vivo y envasada, además de ruido comunitario generado por los clientes del local, en horario nocturno, con una excedencia de al menos 20 dB(A), en un escenario de cumplimiento normativo, es decir, la instalación de medidas de mitigación de ruido en el respectivo local.

65. Que, en atención a la información existente en páginas web que publicitan establecimiento del caso¹², se determinarán las características de la fuente. De este modo, dadas las particularidades del establecimiento y sus características, se consideran como idóneas las siguientes medidas: La instalación de paneles acústicos en la techumbre del local (se estima la instalación de un panel acústico en un área aproximada de 120 m² ¹³); la revisión de ventanas, muros y techumbres; confinamiento de puerta (instalación de doble puerta); la adquisición, instalación y calibración de un limitador acústico; y el diseño y distribución de altavoces dentro de la discoteque. Dichas medidas configuran una solución idónea para efectos de mitigar la emisión de ruidos molestos generados por un establecimiento tipo Club/Discoteque, que genera ruidos, por un lado, producto de la música en vivo y envasada y actividades de Karaoke, así como también, producto del ruido comunitario generado por los clientes del local.

66. Así entonces, para efectos de la estimación del beneficio económico, dicho costo tiene el carácter de un costo de inversión, el cual ha sido completamente evitado desde el 2 de marzo de 2017, fecha en que se realizó la actividad de medición de ruidos validada por esta Superintendencia y que registró excedencias de 19 y 20 dB(A), por lo cual, la misma se consideró como fecha de cumplimiento oportuno. Además, para dicho cálculo se utilizó como valor de referencia las medidas que se estiman idóneas para este tipo de fuente y emisión de ruido registrada, que como se señaló, consisten en la acción del tipo Instalación de paneles acústicos (se consideró el valor del metro cuadrado de dicha medida¹⁴) en el techo del local; la revisión de frontis o muro perimetral, así como ventanas y techumbre, y la instalación de doble puerta, procurando el confinamiento del local; la instalación y calibración de un limitador acústico y; además considerando el nivel de excedencia, se estima pertinente el rediseño y distribución de los altavoces dentro de la Discotheque. Las referidas medidas fueron comprometidas en programas de Cumplimiento aprobados por esta Superintendencia, correspondiente a los procedimientos sancionatorios Rol D-072-2015, seguidos en contra de “Sociedad Comercial Pésimos Limitada”, y Rol D-004-2016 seguido contra “Adm. Y Exp. De Centros Gastronómicos M y M SPA”, ambos ejecutados satisfactoriamente.

67. En efecto, la instalación de paneles acústicos en el techo del local; la revisión de la techumbre y ventanas; el muro perimetral del local; la óptima distribución de altavoces; la instalación de un limitador acústico en el equipo de música existente en el local; y además la instalación de una doble puerta, constituyen medidas con características, tanto de materialidad como de diseño, óptimas para la mitigación del nivel de presión sonora registrados durante la fiscalización realizada a la fuente, considerando la ubicación de los receptores identificados, que son afectados por la fuente de ruido. A mayor abundamiento, en base a los antecedentes recabados por esta Superintendencia, se observa que el establecimiento es un local tipo galpón que presenta deficiencias de materialidad acústica en su techumbre. Asimismo, dadas las características del local, resulta importante la revisión de ventanas muros y techumbres (o cierre de vanos entre muros y techumbres existentes) y el confinamiento de puerta (bien mediante la instalación

¹² https://bares.guiabbb.cl/018097/Gyvens_club y página de Facebook del local “Gyvens Club” (consultada por última vez el 15 de mayo de 2018).

¹³ Esta área determinada para la instalación de las barreras acústicas, se determinó mediante método indirecto, a través de imagen satelital publicada en software Google Earth.

¹⁴ Acción N°3 del PDC presentado por Adm. Y Exp de Centros Gastronómicos M y M SPA.

de una doble puerta) para disminuir la emisión de ruido producto del ingreso y salida de los clientes del local. Adicionalmente, la compra, instalación y calibración de un limitador acústico, conectado al equipo del DJ del establecimiento, así como la distribución de los altavoces, también permitiría la disminución de niveles de presión sonora, generados por las fuentes provenientes de música del tipo envasada, en vivo y actividades de karaoke.

68. A continuación, la siguiente tabla 4 contiene información relativa al beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción:

Tabla N° 4: Beneficio Económico

Tipo de gasto	Medida	Costos Evitados (pesos)	Beneficio económico (UTA)
Gastos de implementación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruido en local Club Gyvens.	Costos evitados por la no implementación de paneles acústicos en la techumbre del local.	\$1.700.000.-	9,15
	Costos evitados por falta de revisión de ventanas, muros y techumbres de primer piso del local.	\$ 2.000.000.-	
	Costos evitados por no incorporar un limitador de audio en el local (Conectado a la mesa del DJ).	\$2.000.000.-	
	Costos evitados por no haber efectuado el diseño y distribución de altavoces dentro de la Discotheque.	\$ 1.000.000.-	
	Costos evitados por no haber efectuado el confinamiento de puerta	\$1.000.000.-	

69. Como puede observarse, los costos asociados a la implementación de las referidas medidas de mitigación, ascienden aproximadamente a \$ 7.700.000.-, equivalentes a 10 UTA¹⁵. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se asume que Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, debió invertir, al menos, el monto indicado en la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria.

¹⁵ De acuerdo a valor UTA junio de 2018, informado por SII.

70. Que, para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 13%, calculada en base a la información que cuenta esta Superintendencia respecto al rubro “Entretenimiento (Restaurant/pub/discotheque)”.

71. Por otra parte, se consideró el siguiente rango de fecha para efectos de la determinación del beneficio económico: desde el día 2 de marzo de 2017 -fecha de la realización de la actividad de medición y de registro de la excedencia- hasta la fecha de cumplimiento, que se asumirá como la fecha de pago de la multa que finalmente se proponga, y que se estima aproximadamente para el 6 de junio de 2018.

72. En definitiva, de acuerdo a lo que ha sido señalado anteriormente, y a la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 9,15 UTA.

73. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor para la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

B. Componente de Afectación

74. Este componente se basa en el valor de seriedad, ajustado de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución que concurren en el caso.

b.1 Valor de seriedad

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

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

76. 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.

77. 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.

78. 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. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

79. En cuanto al concepto de peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, ésta corresponde a la “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”¹⁶. A su vez, dicho servicio distingue la noción de peligro, de la de riesgo, definiendo a esta última como la “probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”. La idea de peligro concreto, de acuerdo a como se ha comprendido la ponderación de esta circunstancia, se encuentra asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso en específico. Se debe tener presente que el riesgo no requiere que el daño efectivamente se produzca y que, al igual que con el daño, el concepto de riesgo que se utiliza en el marco de la presente circunstancia es amplio, por lo que éste puede generarse sobre las personas o el medio ambiente, y ser o no significativo.

80. 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.

81. En relación al peligro vinculado a la infracción, el conocimiento científicamente afianzado¹⁷ ha señalado que respecto de 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,

¹⁶ 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

¹⁷ 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/_data/assets/pdf_file/0017/43316/E92845.pdf.

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 mental¹⁸. 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, 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). Por otra parte, 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 vegetativo¹⁹.

82. 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 ruido²⁰.

83. Al respecto, 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.

84. De esta forma, es posible afirmar que la infracción cometida por la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, 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 completa²¹. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada (Música envasada de acuerdo a lo indicado en las Fichas de Fiscalización), y se identifican tres receptores ciertos²² (receptores identificados en la ficha de

¹⁸ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

¹⁹ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), páginas 22-27.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ 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.

²² 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.

medición de ruidos como R1, R2 y R3), es decir, se constató 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. En efecto, a través de la respectiva Ficha de Medición de ruido, de fecha 2 de marzo de 2017, se constató un registro de NPS de 65 dB(A) para R1, de 65 dB(A) para R2 y de 64 dB(A) para R3, con excedencias de 20, 20 y 19 dB(A) respectivamente, en horario nocturno, presentándose correlativamente un exceso de emisión de ruido de un 44% y un 42%, considerando el valor establecido en la normativa vigente, lo cual implica al menos un aumento en un factor de cien de la energía del sonido²³ respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma. 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.

85. En este mismo sentido, otro elemento que incide en la probabilidad de ocurrencia de estos efectos en el caso concreto es la frecuencia de exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, tal como se ha mencionado en la presente resolución, las máximas de la experiencia permiten inferir que los establecimientos del tipo entretención “Discotheque”, como es el Recinto “Gyvens Club”, desarrollan sus actividades durante horario nocturno, con una frecuencia regular de jueves a sábado de 11:00 hrs. hasta las 4:00 hrs²⁴. Por otra parte, en relación al ruido generado por las actividades realizadas por el citado Club/Discotheque, e identificado durante la actividad de fiscalización, se puede señalar que las actividades que generan ruidos molestos se realizarían al menos en el horario nocturno, cuando se ejecutan actividades que utilizan música envasada. Cabe agregar que en relación a lo expresado, no se ha aportado información alguna por el infractor en el presente sancionatorio, que permita ponderar de forma diversa el funcionamiento de dicho establecimiento.

86. En razón de lo expuesto, en relación al riesgo, si bien no se ha constatado de manera formal un perjuicio directo en la salud de los receptores sensibles, es posible concluir, razonablemente, que la actividad de la fuente emisora genera un riesgo para la salud de las personas que viven o trabajan en los inmuebles aledaños a la misma.

87. En definitiva, es de opinión de este Superintendente que las superaciones del nivel constatado de presión sonora de la norma de emisión, permiten inferir que efectivamente se ha acreditado un riesgo, aunque no significativo y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.

²³Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

²⁴ <https://www.civico.com/lugar/gyvens-club-santiago/>

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

88. La afectación concreta o inminente de la salud atribuida al comportamiento de un infractor determina la gravedad de la infracción, mientras que la entidad y cuantía de la sanción a aplicar será definida por el número de personas que pudieron verse afectadas, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad.

89. En ese orden de ideas, 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).

90. 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.

91. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 4 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".

92. 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, en primera instancia, se estableció un Área de Influencia (en adelante, "AI") de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una zona de uso residencial.

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

Ecuación 1

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

94. De esa forma, se tuvieron en cuenta cuatro factores relevantes para la determinación dicha área de influencia; en primer lugar, se utilizó la expresión señalada en el considerando anterior; en segundo lugar, se consideró la utilización del peor escenario de incumplimiento registrado por la medición validada en el presente sancionatorio, el que está compuesto por el área de influencia determinada en base a la medición de 64 dB(A) registrada en el edificio habitacional, en donde se ubican los receptores sensibles y definida como R3²⁵. Así, se considerará, solamente la medición obtenida en R3; en tercer lugar, se contempló la distancia lineal que existe entre la fuente y R3, la que corresponde aproximadamente a 29 metros; y, finalmente, se consideró el escenario de cumplimiento, el que corresponde a 45 dB(A) de acuerdo al artículo 7 del D.S. N° 38/2011.

95. Así, en base a lo expuesto en el considerando anterior, se estimó que la propagación sonora en campo libre para el nivel de ruido registrado en el punto R3, se encuentra a una distancia de 258 metros desde la fuente, en donde el ruido alcanza el nivel de cumplimiento de la norma según el D.S. N° 38/2011.

96. De este modo, se determinó un Área de Influencia o Buffer cuyo centro corresponde al domicilio de la fuente emisora que fue determinado mediante las coordenadas geográficas indicadas en el Informe de medición de Ruidos de fecha contenido en el Acta de Fiscalización de fecha 2 de marzo de 2017, con un radio de 258 metros aproximadamente, circunstancia que se grafica en la siguiente imagen.

²⁵ Se considera como peor escenario, la medición realizada en R3, dado que la relación entre la distancia lineal entre fuente y dicho punto de medición, sumado al nivel de excedencia registrado, entrega como resultado el AI con mayor radio de las tres mediciones realizadas.



Ilustración 1 Determinación del Área de Influencia con un radio de 258 metros. Elaboración propia en base a software Google Earth. En color rojo se puede observar el perímetro del área de influencia determinada para la fuente "Gyvens Club".

97. Una vez determinada el AI, se procedió a interceptar dicha información con los datos contenidos en el software Radatam, el que integra la base de datos del Censo del año 2002, con información georreferenciada respecto a las manzanas censales. En base a ello, se identificó que el AI intercepta 22 manzanas censales.

98. A continuación se presenta, en la tabla 4, la información correspondiente a cada manzana censal interceptada por el AI definida, indicando: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), y sus respectivas áreas totales. Es importante señalar que, para las manzanas censales identificadas en este sancionatorio, se registra un total de 1.963 personas.

Tabla N° 4: Identificación de manzanas censales interceptadas por el AI

ID PS	ID Manzana Censo	Área (m ²)
M1	13127101001002	390639,507
M2	13127101001003	33282,0704
M3	13127101001005	7203,127
M4	13127101001006	4818,854
M5	13127101001007	1628,647
M6	13127101001011	9965,395

ID PS	ID Manzana Censo	Área (m ²)
M7	13127101001009	11911,672
M8	13127101001008	9287,492
M9	13127101001010	5644,629
M10	13127101001016	14560,236
M11	13127101001017	14950,896
M12	13127101001020	14354,0351
M13	13127101001018	11522,126
M14	13127101001019	15501,063
M15	13123071001001	469920,478
M16	13123071001002	9268,830
M17	13123071001003	12122,992
M18	13123071001004	3386,540
M19	13123071001005	28542,416
M20	13123071001029	13175,301
M21	13123071001028	10702,428
M22	13123071001030	15873,531

99. Ahora bien, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea y obteniendo la proporción del AI, de acuerdo al contenido en la siguiente tabla 5, se constata lo siguiente:

Tabla N° 5: Distribución de la población correspondiente a manzanas censales

ID	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área (m ²)	A.Afectada (m ²)	% de Afectación	Afectados
M1	13127101001002	7	390.640	4.424	1	0
M2	13127101001003	128	33.282	11.264	34	43
M3	13127101001005	205	7.203	5.135	71	146
M4	13127101001006	60	4.819	4.819	100	60
M5	13127101001007	7	1.629	1.629	100	7

ID	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área (m ²)	A.Afectada (m ²)	% de Afectación	Afectados
M6	13127101001011	90	9.965	7.412	74	67
M7	13127101001009	90	11.912	11.912	100	90
M8	13127101001008	86	9.287	9.287	100	86
M9	13127101001010	144	5.645	4.280	76	109
M10	13127101001016	99	14.560	3.263	22	22
M11	13127101001017	211	14.951	13.812	92	195
M12	13127101001020	99	14.354	182	1	1
M13	13127101001018	94	11.522	11.522	100	94
M14	13127101001019	13	15.501	2.331	15	2
M15	13123071001001	12	469.920	9.835	2	0
M16	13123071001002	33	9.269	8.908	96	32
M17	13123071001003	85	12.123	12.123	100	85
M18	13123071001004	16	3.387	3.387	100	16
M19	13123071001005	319	28.542	1.246	4	14
M20	13123071001029	50	13.175	13.175	100	50
M21	13123071001028	65	10.702	5.862	55	36
M22	13123071001030	50	15.874	1.634	10	5

100. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en la tabla 5, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de 1.161 personas.



Ilustración 2 Manzanas censales identificadas dentro del Área de Influencia determinada para la fuente de ruido, "Gyvens Club".

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

102. 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)

103. 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.

104. 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.

105. 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.

106. 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”²⁶. 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.

107. 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.

108. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra determinada por una magnitud de excedencia de 20 y 19 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario nocturno en Zona II, y tres constataciones de excedencia. 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

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

²⁶ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011.

b.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d)

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

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

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

113. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada.

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

b.2.2. Conducta anterior negativa (letra e)

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

116. Al respecto, no se tienen antecedentes en el actual procedimiento que den cuenta de infracciones cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto de la presente resolución, por lo cual esta circunstancia no será considerada

como un factor de incremento del componente de afectación para la determinación de la sanción.

b.2.3. Falta de cooperación (letra i)

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

118. La falta de cooperación opera como un factor de incremento de la sanción a aplicar en el marco de la letra i) de dicho artículo. Su análisis implica ponderar si el infractor ha tenido un comportamiento o conducta que va más allá del legítimo uso de los medios de defensa que le concede la Ley. Algunas de las conductas que se consideran para valorar esta circunstancia son las siguientes: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) el infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

119. En el presente caso, cabe hacer presente que la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada no respondió dentro del plazo de otorgado el requerimiento de información realizado por esta Superintendencia, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-042-2017, de fecha 28 de febrero de 2018. Además, el contenido de la información entregada por el titular, en cuanto a la realización de medidas mitigación, es incompleta, conforme a lo solicitado por esta Superintendencia, dado que si bien el titular indica que habría ejecutado medidas, respecto de éstas no se señala la materialidad utilizada ni acompaña suficientes medios de verificación y conforme el estándar solicitado. Por otra parte, respecto de su situación financiera, el titular acompaña información confusa, dado que lo indicado en los formularios 29 acompañados no se condice con lo señalado respecto de lo indicado en el documento "Contabilidad simplificada artículo 14 ter". En efecto, debido a que el titular respondió el requerimiento de información fuera de plazo, y además presentó información incompleta y confusa, permite concluir a este Superintendente que no se aportó información útil.

120. En virtud de lo anterior, se configura la presente circunstancia del art. 40 de la LOSMA, para efectos de aumentar el monto de la sanción a aplicar.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción (letra d)

121. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en esta resolución, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, titular de la fuente emisora consistente en un pub/restaurant.

b.3.2. Cooperación efectiva (letra i)

122. Conforme al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados por el mismo. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) el infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos (dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial); (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

123. En el presente caso, con fecha 9 de marzo de 2018, la empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada dio cumplimiento fuera del plazo de 4 días hábiles, al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-042-2017. Al respecto, se precisa que con fecha 1 de febrero de 2017, dicha resolución fue notificada mediante notificación personal.

124. Ahora bien, se debe hacer presente que consta en el procedimiento que el titular dio respuesta a dicho requerimiento dos días hábiles después de terminado el plazo concedido en la correspondiente Resolución, y que además, el contenido de la información entregada no respondía de manera íntegra lo solicitado, dado que, respecto a la realización de medidas de mitigación, la misma no cumplía con los términos solicitados por esta Superintendencia, cuestión que por lo demás, será analizado en el acápite correspondiente. Además, respecto de su situación financiera, el titular acompañó información confusa, dado que lo indicado en los formularios 29 acompañados no se condice con lo señalado en el documento "Contabilidad simplificada 14 ter". Lo anterior, permite concluir que la información aportada por el titular junto con ser entregada fuera del plazo otorgado, además no es íntegra ni útil para dar respuestas a aspectos que debe abordar esta resolución.

125. Debido a lo anterior, consta en el procedimiento que el titular no ha presentado la información de manera oportuna ni íntegra conforme a los términos solicitados por la SMA en el requerimiento de información formulado y que la misma es confusa, y por tanto, no resulta útil.

126. En lo particular, de acuerdo a lo indicado por las referidas Bases Metodológicas, la cooperación con la Administración se vincula con *“aquel comportamiento o conducta del infractor en relación a su contribución al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, durante el proceso de investigación y/o durante el procedimiento sancionatorio”*, de modo que las actuaciones del infractor en el sancionatorio no permiten configurar la presente circunstancia del art. 40 de la LOSMA, para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar.

b.3.3. Aplicación de medidas correctivas (letra i)

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

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

129. Que, por otro lado, esta circunstancia será ponderada solo respecto de aquellas acciones que hayan sido adoptadas de manera voluntaria por el infractor, por lo que no se consideran las acciones que se implementen en el marco de una dictación de medidas provisionales, la ejecución de Programa de Cumplimiento o que respondan al cumplimiento de resoluciones administrativas o judiciales pronunciadas por otros servicios públicos y/o tribunales de justicia.

130. Que con fecha 28 de febrero de 2018, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-042-2017, la instructora de este procedimiento decretó la diligencia consistente, entre otras, en indicar si se efectuaron medidas de mitigación directa, asociadas al cargo informado en la referida formulación de cargos. Al respecto, se señaló la necesidad de acreditar fehacientemente la fecha de ejecución de las mismas, los materiales utilizados y su efectividad para dar cumplimiento a los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011. Finalmente, se indicó que se podía acompañar copia de facturas y/o boletas en que conste la adquisición de materiales o pago de servicios, fichas técnicas de materiales comprados, fotografías fechadas y georreferenciadas, e informes de medición de ruidos realizados con posterioridad a la ejecución de las medidas.

131. Que con fecha, 9 de marzo de 2018, don Gyvens Laguerre, en representación de la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Ltda., presentó escrito en respuesta a la diligencia decretada por esta Superintendencia. Que en dicho escrito señala lo siguiente: "Indicar las medidas de mitigación directas, asociadas al cargo informado, a lo cual se puede señalar que esta sociedad a fin de remediar los hechos, se efectuaron diversas obras de reparación y acondicionamiento del lugar el cual a la fecha ya se encuentra reparado en su totalidad el techo del recinto y se procederá en lo sucesivo a armar una doble pared dentro del local, lo cual se demuestra en las fotografías que se muestran a continuación".

132. Respecto a dicha información, indicada por la empresa y tal como se señaló precedentemente, solo se acompañan fotografías sin fecha ni georreferenciación, que darían cuenta de la mejora de la techumbre del local. De esta manera, no se acompañan medios de verificación suficientes que permitan acreditar de manera fehaciente su implementación, ni tampoco se indica la materialidad utilizada. Del mismo modo, el titular no acompañó facturas que permitan dar cuenta de la materialidad y fecha de la implementación, ni tampoco boletas de servicio que acrediten que "Gyvens Club" hubiera cancelado por el servicio de la instalación de la referida medida, tal como fue solicitado en la Res. Ex. N° 2/Rol D-042-2017.

133. En virtud de lo anterior, no es posible para este Superintendente dar por acreditadas las medidas de mitigación que indica el regulado en su escrito de 9 de marzo de 2018, y por consiguiente considerarlas ejecutadas. En conclusión, no es posible señalar que, producto de las medidas indicadas por el regulado que hubieran sido implementadas por la empresa, se pueda retornar al cumplimiento total o parcial del D.S. N° 38/2011.

134. Por todo lo anterior, esta circunstancia no resulta aplicable al infractor para disminuir el monto de las sanciones a aplicar.

b.3.4. Irreprochable conducta anterior (letra e)

135. 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.

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

b.3.5. Presentación de autodenuncia

137. La empresa Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, no presentó una autodenuncia relativa a los hechos constitutivos de infracción, por lo cual no procede considerar esta circunstancia como un factor de disminución del componente de afectación en la determinación de la sanción.

b.3.6. Otras circunstancias del caso específico (letra i)

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

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

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

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

141. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con 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 Pública²⁷. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

142. Al respecto, con el objeto de contar con información actualizada respecto del tamaño económico de la empresa, por medio de la Res. Ex. N°2/Rol D-042-2017, de fecha 28 de febrero de 2018, se solicitó a la empresa "Los Estados Financieros (a saber: Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo Efectivo), correspondientes al año 2017, o cualquier documentación que acredite los ingresos anuales 2017. En caso de no contar con la información final asociada al año 2017, se podría enviar información procesada a la fecha del recibo de la presente resolución. Del mismo modo debería acompañar Formulario N°29, enviados al SII durante el año 2017, correspondiente a los meses enero a diciembre de 2017".

²⁷ CALVO Ortega, Rafael, curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista lus et Praxis, Año 16, N°1, 2010, pp. 303-332."

143. Que con fecha, 9 de marzo de 2018, el Señor Gyvens Laguerre, en representación de Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Ltda., presentó escrito en respuesta a diligencia decretada por esta Superintendencia. Que en dicho escrito se responde a requerimiento de información, señalando lo siguiente: "Que conjuntamente se acompañan los siguientes documentos que acrediten los estados financieros de la Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y hermano Limitada, consistente en declaración mensual y pago simultáneo correspondiente al período 2017". Respecto de dicha presentación, la empresa acompaña Formularios N°29, asociados a "Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada" correspondientes al año completo de 2017, además de documento que da cuenta de la Contabilidad Simplificada 14 TER, en donde se indican valores ingresados por ventas, compras, gastos y margen.

144. Al revisar dicha información, se pueden observar discordancias entre la información, presentada en los formularios N°29 y el documento que da cuenta de la contabilidad simplificada de la empresa²⁸. A mayor abundamiento, se puede señalar que los ingresos por venta que presenta la empresa en los Formularios N°29, es distinta a la información informada por ventas, en el señalado documento de contabilidad simplificada, concluyendo que la información aportada por el regulado al presente Procedimiento Sancionatorio, resulta confusa para determinar el tamaño económica de la empresa.

145. Por lo anterior, para determinar la presente circunstancia, se procedió a revisar la base de datos aportada por el Servicio de Impuestos Internos, la que da cuenta que la empresa sería clasificada de acuerdo a sus ingresos anuales, en el segundo rango de pequeña empresa, es decir, el rango de sus ventas anuales se encuentran entre 5.000 a 10.000 UF Anuales, información que sería concordante con la información presentada por la empresa, en el documento de contabilidad simplificada de la empresa.

146. En base a lo descrito anteriormente, al estimarse que "Club Gyvens" corresponde a una empresa categorizada en el segundo rango de Pequeña 2, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de las sanciones que corresponda aplicar a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

147. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Sobre la base de lo visto y expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente en la obtención con fecha 1 y 2 de marzo de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 65 dB(A)

en receptor N° R1, 65 dB(A) y en receptor N° R2, y de 64 dB(A) en receptor N° R3; todos receptores sensibles, medidos en horario nocturno, en condición externa, encontrándose ubicados en Zona II, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011, **aplíquese a Sociedad Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermano Limitada, una sanción consistente en una multa de diez unidades tributarias anuales (10 UTA).**

SEGUNDO. Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma Ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso.

Asimismo, ante la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa.** Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo.

El monto de las multas impuestas por la Superintendencia serán a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley, prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta

prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

QUINTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LOSMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



CRISTIAN FRANZ THORUD
SUPERINTENDENTE
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE
GOBIERNO DE CHILE



RPL/MPA

Notificación por Carta Certificada:

- Representante Bar Restaurant y Eventos Gyvens y Hermanos Ltda. Pío Nono N° 260, comuna de Recoleta, región Metropolitana.

C.C.:

- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol F-042-2017