

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE REPOSICION EN CONTRA DE RESOLUCION SANCIONATORIA DE SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE. **OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

SR. SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE
REGIÓN DEL BÍO BÍO

13 DIC 2021

OFICINA DE PARTES
RECIBIDO

DIEGO ALEJANDRO SERRANO VALENZUELA, Cedula Nacional de Identidad N° 8.587.232-K, Ingeniero Civil, domiciliado en calle Víctor Lamas N° 425, Primer Piso comuna de Concepción, en representación legal de **SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA.**, del giro de prestación de servicios restaurantes, RUT N° 76.008.107-8, del mismo domicilio de su representante, en procedimiento iniciado por informe de fiscalización **DFZ-2019-753-VIII-NE** de fecha 22 de julio de 2019, y en especial con respecto a la resolución exenta N° **2369**, de fecha 29 de octubre de 2021, dictada en procedimiento sancionatorio **ROL D-034-2021** por la cual se impuso a mi representada una multa de 25 UTA a usted respetuosamente digo:

Que encontrándome dentro de plazo legal y en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N° 20.417 vengo en interponer recurso de reposición en contra de la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021, que condeno a mi representada la **SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA** al pago de veinticinco Unidades Tributarias Anuales (25 UTA) en su equivalente en pesos al momento del pago a contar de diez días desde la notificación la fecha de la referida resolución (3 de diciembre del año 2021), basándome para ello en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I. CON RESPECTO A LA INFRACCIÓN QUE SE IMPUTA A MI REPRESENTADA SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA

Según consta en la resolución que se recurre y en el informe de fiscalización DFZ-2019-753-VIII-NE de fecha 22 de julio de 2019 la infracción que se imputa a mi representada consiste en haberse cometido en el Pub Restaurante Latitud Sur, ubicado en calle Lincoyán n° 14, Concepción (Unidad Fiscalizada) una excedencia de 24 dB(A) registrado con fecha 18 de abril de 2019 en horario nocturno, en condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en zona II, que genero el incumplimiento del Decreto Supremo N° 38/2011 MMA.

Con respecto a las mediciones efectuadas en la fiscalización el respectivo informe señala: **"Se detectaron y midieron las emisiones de NPS procedentes de la fuente denunciada en el punto del receptor RE1 priorizado por cercanía, RE2 correspondiente a punto en exterior en altura, tanto en horario diurno como nocturno. Se verifica que el Ruido de Fondo en horario DIURNO, asociado principalmente al tráfico vehicular por calles LINCOYAN y VICTOR LAMAS,**

afectaron las mediciones, las que se establecieron como NULAS. Los niveles de presión sonora corregidos NPC, medidos en RE1 en horario NOCTURNO, sobrepasaron el límite fijado para la zona C-3, correspondiente al límite nocturno de la Zona II del DS38/2011 del MMA, sin presentar interferencia del Ruido de Fondo asociado a las calles Lincoyán o Víctor Lamas. A petición del denunciante en RE2, se procedió a realizar mediciones exteriores NOCTURNAS, las que permitieron verificar que el Ruido de Fondo asociado al tráfico vehicular por calle Víctor Lamas, si interfirieron los NPS, por lo que se concluyó que dichas mediciones eran nulas. - Dada la distancia a los posibles receptores RE2 en Zona II (más de 55 metros lineales, incluyendo otras edificaciones y locales entre ambos puntos), se concluyó que la peor condición medida en RE1 era la representativa del perímetro. Por lo anterior, como conclusión general del hecho, existen antecedentes que permitan confirmar que las emisiones de ruido medibles desde la fuente emisora denunciada, sobrepasen en 24 dB(A)L el límite nocturno de la Zona II”

En consecuencia es una única medición, esto es la realizada en el punto RE1 la que arrojo un nivel de emisiones de 69 dB(A) y que supuestamente acreditaría la infracción de mi representada. Pero no obstante ello debemos señalar que el informe de fiscalización omite factores absolutamente trascendentes para comprender integralmente el nivel de ruido existente en el perímetro en cuestión.

El Pub restaurante Latitud Sur se ubica en calle Lincoyán n° 14 de la ciudad de Concepción en un sector o perímetro en que se encuentran otros pubs y restaurantes con música en vivo. Así a la fecha de la referida fiscalización se encontraba funcionando también, a una distancia de 40 metros de la unidad fiscalizada, y de 40 metros del dispositivo medidor el pub restaurante **“SIN PECADO CONCEBIDO”** ubicado en calle Lincoyán N° 47 el que también tiene música en vivo (en especial grupos de rock), el que se encontraba abierto y funcionando el día 18 de abril de 2019. Asimismo a la fecha de la fiscalización se encontraba funcionando ilegalmente un **“FOOD TRACK”** con carros de comida y bar, también con música en vivo en el patio de la propiedad ubicada en calle Lincoyán N° 35 a solo 25 metros del punto de medición RE1 el cual fue clausurado con posterioridad. Además en la misma cuadra en el número 60 de calle Lincoyán se encuentra también el restobar **“LO QUE MAS QUIERO”** el que tiene una terraza de fumadores con música envasada de fondo, que se ubica al interior de la propiedad con patio interior. Por otra parte a la fecha de las denuncias del 11 de diciembre de 2018 también en la misma cuadra se encontraba en funcionamiento el pub restaurante **“TIJUANA”** (Lincoyán N° 25) establecimiento que también operaba con música envasada. Por ultimo debemos agregar que solo a 92 metros del punto de medición RE1 se encuentra otro local comercial del tipo Pub Restaurante con música en vivo llamado **“EL IRISH BAR”**. Todos estos locales son fuentes de emisión de ruidos que sin duda pudieron interferir la medición efectuada desde el punto RE1 interferencias que se producen por la existencia de grandes superficies reflectantes del ruido en virtud de la arquitectura de los edificios de calle Lincoyán. En ciertos casos la reflexión del ruido emitido por los otros locales

comerciales podía escucharse al interior del pub Latitud Sur, superando el nivel de ruido emitido por los equipos de música del local.

A lo anterior hay que sumar la circunstancia de que es el propio tráfico de la avenida Víctor Lamas ubicada a 10 metros de punto de medición RE1, sumado al constante y bullicioso tráfico de la Avenida Chacabuco ubicada a 100 metros del referido punto de medición, y al tráfico propio de la calle Lincoyán, todo ello, sumado a las condiciones de viento, temperatura ambiente y las condiciones posicionales de la avenida Lincoyán, pudieron haber generado factores de interferencia acústica en la medición en cuestión.

En virtud de esta circunstancia y por ser el perímetro evaluado una zona de Pubs y Restaurantes en que todos estos son fuentes de ruido con música en vivo, sumado al tráfico que se desarrolla en la zona, el cual es constante (incluso en calle Lincoyán en horario nocturno) se debe considerar que al momento de la medición existían factores que propiciaban una sobreevaluación del ruido emitido por el Restaurante Latitud Sur, ya que no se consignó en el informe de fiscalización la existencia de las otras fuentes de ruido que se encontraban en el perímetro evaluado, según lo señalado.

II. CON RESPECTO AL HECHO DE QUE MI REPRESENTADA NO HAYA EFECTUADO PRESENTACION ALGUNA RESPECTO DE LA RESOLUCION EXENTA NUMERO 1/ROL D-034-2021 QUE CONTENIA LA FORMULACION DE CARGOS Y LA SOLICITUD DE PRESENTACION DE UN PLAN DE CUMPLIMIENTO

A este respecto y en relación con la notificación de dicha resolución mediante carta certificada de fecha 17 de febrero de 2021, conforme a la guía de seguimiento 1180851751654 debemos señalar que, dicha notificación fue enviada al domicilio comercial del pub Latitud Sur ubicado en calle Víctor Lamas N° 401, Concepción, fue efectuada a un local que en virtud del estado de Emergencia por la Pandemia COVID-19 (**FASE 1 CUARENTENA**), se encontraba cerrado y sin trabajadores, por lo cual nunca pude imponerme acerca de la notificación ni respecto de su contenido, y, en especial por el hecho de haber pasado casi 2 años desde el procedimiento de fiscalización que origino la referida dictación de cargos en contra de mi representada.

La notificación de cargos a mi representada y la solicitud de presentación de un programa de cumplimiento lo han sido durante la vigencia del estado de catástrofe declarado por el Presidente de la Republica por Decreto Supremo 104 de 18 de marzo del año 2020 (prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021).

A este respecto debemós señalar que si bien la Ley 21.226 estableció la suspensión de plazos judiciales y audiencias hasta los diez días siguientes al término del estado de excepción constitucional no ocurrió lo mismo respecto de los procedimientos administrativos sancionatorios que tienen igual aptitud para afectar derechos de los administrados. A este respecto el 17 de marzo del año 2020 la CGR emitió el **Dictamen N° 3610** de 2020, en virtud del cual se determinaron las posibles medidas

de gestión que pueden establecer los órganos de la Administración del Estado en virtud del coronavirus 2019 (covid-19). Especialmente quieren destacarse que, a raíz de ello, dictamina lo siguiente: Los jefes superiores de los servicios (de los órganos de la Administración del Estado) se encuentran **“facultados”** para suspender los plazos en los procedimientos administrativos o para extender su duración sobre la base de la situación de caso fortuito que se viene produciendo. Establece de modo adicional que al efecto deberá considerarse especialmente la naturaleza de los actos terminales a que darán origen los procedimientos administrativos, pudiendo suspenderse los plazos respecto de algunos de ellos, pero siempre respetando la igualdad de trato entre los distintos interesados. Sostiene que, al tenor de lo previsto en los artículos 32 y 63 de la Ley N° 19.880, se podrán adoptar medidas provisionales para asegurar la protección de los intereses implicados frente a casos de urgencia, así como ordenarla tramitación del procedimiento de urgencia, reduciendo los plazos a la mitad. Finalmente, reitera que la adopción de cualquiera de las decisiones antes indicadas debe ser formalizada mediante la dictación del acto administrativo pertinente, teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar la salud de los servidores públicos y de la población, evitando la propagación de la pandemia, así como el deber de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad, que constituyen la razón de ser del servicio público. El dictamen establece: **“ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional corresponde a los Órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, reguardando a su vez la continuidad del servicio público.** Acto seguido, menciona que **“en la especie, el brote del COVID-19 representa una situación de CASO FORTUITO, y que a la luz de lo prescrito por el artículo 45° del Código Civil, normas de derecho común y de carácter supletorio constituye una excepción que, en diversos textos normativos permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones o plazo, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico”**. El dictamen referido es destacable, por cuanto da una relativa certeza tanto a la Administración Pública como a los particulares con respecto a la continuidad de la acción administrativa. Sin embargo, por otro lado, es criticable por cuanto entrega a los jefes de servicio la determinación de una cuestión tan esencial como es la suspensión o no de los plazos en los procedimientos administrativos en curso, invocándose al efecto el caso fortuito en vez de la fuerza mayor.

Ignora esta parte si la Superintendencia del Medio Ambiente estableció la suspensión de los procedimientos administrativos sancionatorios, o si de haber establecido dicha suspensión, cuál fue su extensión temporal, pero el hecho de haberse recibido la notificación de la RESOLUCION EXENTA NUMERO 1/ROL D-034-2021 por carta certificada en el domicilio de mi representada, estando cerrado y sin posibilidad de funcionar el local comercial en cuestión por encontrarse a esa fecha la provincia de Concepción en FASE 1 de la Pandemia (CUARENTENA), implica un cumplimiento **meramente formal** de la obligación de los órganos del estado de notificar las

resoluciones sancionatorias que devienen de un procedimiento administrativo de tales características, pero que no cumple con la finalidad de la ley ni la finalidad del debido emplazamiento en el proceso administrativo. Con respecto al emplazamiento en el proceso Administrativo Sancionador se ha señalado que: **“el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues solo así podrá disponer de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa, previa a la toma de decisión; y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como de alegar lo que a su derecho convenga”** (Gosalbes Pequeño Humberto, El procedimiento administrativo sancionador. Teoría y práctica, Editorial DYKINSON S L, 2013, pag. 111). Así debemos señalar que el espíritu de la Ley de Procedimientos Administrativos y de la Ley Orgánica del Servicio del Medio Ambiente no pueden si no exigir que a través de la forma de notificación de las resoluciones sancionatorias, el administrado **tome un real y efectivo conocimiento de las resoluciones sancionatorias**, lo que en este caso no ha ocurrido por la vigencia del Estado de Emergencia que afectaba a esta provincia a la fecha de practicarse la referida notificación por carta certificada.

Con respecto al derecho a defensa en el procedimiento administrativo sancionador el profesor Oelkers Camus señala: **“En materia administrativa, el derecho a defensa se ha considerado no sólo como una exigencia del principio de justicia sino también como expresión del principio de eficacia ya que asegura un mejor conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa garantizando que ella sea más justa. Efectivamente, la garantía del debido proceso que reconoce el Art. 19 N° 3 inc. 5°, en el ámbito administrativo se manifiesta en una doble perspectiva: a) el derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas y también b) como el derecho de exigir de la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos. Así pues, es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, lo que supone la posibilidad de hacer valer dentro del procedimiento los distintos intereses en juego, así como que esos distintos intereses puedan adecuadamente ser confrontados por sus respectivos titulares antes de adoptarse una decisión definitiva por parte de la Administración.”**(Oelkers Camus, Osvaldo, El derecho a la defensa del interesado en el procedimiento administrativo. especial referencia al proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX (Valparaíso, Chile, 1999) pag. 272).

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara en sostener la aplicación de esta garantía en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria de

la Administración. De esta forma, no resultan admisibles aquellos procedimientos que no permiten a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad. Así, en la sentencia Rol N° 376, afirmó que el artículo 19 N° 3 “[...] **consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa**” (c. 30°). Por lo demás, “[...] el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles” (c. 37°).

Así debe considerarse que la no presentación de oposición a la formulación de cargos y el no presentar un programa de cumplimiento constituye a todas luces un caso fortuito o fuerza mayor. Por su parte, el artículo 45 del Código Civil establece que "**se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.**". Esto ya que las restricciones a la movilidad personal y al funcionamiento de empresas como el Pub Latitud Sur han impedido a su representante legal tomar conocimiento de la referida resolución exenta N° 1 ROL D-034-2021 y defenderse efectivamente en este proceso sancionatorio, como asimismo, proponer a la administración un plan de cumplimiento de control de emisiones sonoras en el lugar fiscalizado

III. CON RESPECTO A LA CALIFICACION Y DETERMINACION DEL MONTO DE LA INFRACCION

Como señala la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021 la infracción imputada a mi representada fue calificada como "**leve**" por no ser posible encuadrar la sanción en los casos establecidos en los numerales 1° y 2° de la Ley N° 20.417. En consecuencia cabe aplicar a este respecto lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la referida ley que establece: "**Las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales**".

La referida resolución exenta continua efectuando una ponderación de las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la Ley N° 20.417 señalando la concurrencia o falta de concurrencia de dichas circunstancias atenuantes o agravantes de responsabilidad administrativa ambiental, haciendo un análisis pormenorizado de cada una de ellas y de su aplicabilidad al caso concreto atendiendo además a lo dispuesto en el documento denominado "Bases metodológicas para la

determinación de sanciones ambientales-Actualización 2017” aprobadas por la Resolución exenta N° 85, de 22 de enero de 2018 de la SMA

Así, las conclusiones a que llega la resolución condenatoria son las siguientes: 1) En el acápite 44 de dicha resolución declara como inaplicables al caso particular como agravantes las circunstancias establecidas en las letras d), e), h) y g) del artículo 44 de la Ley N° 20.417; 2) En el acápite 45 de la misma resolución declara no aplicables al caso particular como factores atenuantes de responsabilidad las establecidas en la letra i) del referido artículo 40 señalando que en el caso no ha existido por parte del infractor cooperación eficaz, realizando acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias establecidas en el artículo 40, como asimismo señala que no se han aplicado medidas correctivas ya que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectiva y adoptadas de forma voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, en este caso medidas de mitigación de ruidos.

A este respecto y como señalamos precedentemente la no concurrencia de estas circunstancias no corresponde a un hecho voluntario y reticente del representante legal de la sociedad fiscalizada, sino que, como señalamos previamente, se debe a un impedimento absolutamente justificado, consistente en que la notificación por carta certificada de la RESOLUCION EXENTA NUMERO 1/ROL D-034-2021 se efectuó en el local del pub Latitud Sur el día 17 de febrero de 2021 el cual se encontraba en virtud del estado de excepción de emergencia COVID 19 (**FASE 1 CUARENTENA**), cerrado y sin trabajadores ni personal administrativo alguno, por lo que el representante legal de la sociedad fiscalizada no pudo tomar conocimiento de la formulación de cargos ni de su obligación de presentar un plan de cumplimiento de mitigación de ruidos, lo que afecto su derecho de defensa ante el procedimiento sancionatorio y resolución condenatoria de la cual solo tomo conocimiento en virtud de la carta certificada de 3 de diciembre del presente.

En consecuencia debe entenderse que el tipo de notificación de la formulación de cargos a mi representada, si bien está asentada y regulada en la ley, resultaba a todas luces ineficaz para provocar el emplazamiento requerido por la ley para los fines perseguidos por esta, ya que la pandemia del COVID 19 y los consecuentes estados de emergencia constitucional y las limitaciones al comercio gastronómico y a la movilidad personal en FASE 1 de la pandemia, convertían en incierto e indeterminado el momento en que el representante legal de la sociedad fiscalizada tomase conocimiento de la resolución de formulación de cargos, lo que como señalamos precedentemente constituye una verdadera hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

Continuando con la ponderación de los factores establecidos en el artículo 40 de la Ley N°20.417 efectuados por la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021, en el acápite 47 de la misma señala como factor a ponderar para los efectos de la determinación de la sanción “**El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción**” establecido en la letra c) del referido artículo 40. Señala a este respecto

que el referido beneficio económico está constituido por el beneficio pecuniario que el infractor puede obtener de una disminución de los costos o de un aumento de los ingresos, en un determinado periodo de tiempo que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción (diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella). Para determinar el referido beneficio económico la resolución en cuestión establece un escenario de cumplimiento que asocia a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que de haber sido cumplidas de forma oportuna hubiesen posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011. Los referidos costos son evaluados por la resolución en cuestión en los siguientes ítems según cotizaciones de empresas del rubro limitación de ruidos: 1) Cambio en el sistema de sonido mediante la incorporación de parlantes pasivos de menor potencia (\$769.748); 2) Incorporación de un limitador compresor de sonido DBX (\$92.366); 3) Construcción de malla acústica flotante sobre mesas del primer nivel (\$1.108.400), 4) Cierre de terraza de local con panel acústico (\$7.877.762). En consecuencia la sumatoria de los ítems destinados a mitigación de ruidos asciende a un total de \$9.848.276 estableciendo dicha suma como escenario de incumplimiento, determinando un beneficio económico para el infractor de \$9.848.276 (15,5 UTA).

Con respecto a esta determinación debemos efectuar las siguientes consideraciones. **Con respecto al cambio de sistema de sonido y incorporación de un limitador compresor DBX**, debemos señalar lo siguiente. No resulta necesario el cambio de equipo de sonido ni la instalación del compresor DBX, ya que tratándose de un equipo de sonido, este tiene un regulador de volumen el cual solo con girarse y otorgársele menos ganancia puede producir la reducción del volumen de la música envasada que se reproduce en el restaurante. Esto ya que el único tipo de música que se reproduce en el local es música envasada meramente incidental (para amenizar la conversación de los clientes) cuyo volumen puede ser regulado perfectamente desde el amplificador del equipo, esto ya que en ningún caso en el Pub restaurante Latitud Sur se reproduce MUSICA EN VIVO, entendiéndose por tal aquella que se genera a través de grupos musicales, con instrumentos con rango alto de resonancia (batería acústica o electrónica amplificada por ejemplo) y amplificadores instrumentales o micrófonos vocales. La única ocasión en que se reprodujo música en vivo en el local en cuestión fue el año 2014 (septiembre) con un cantante con micrófono y guitarra amplificada, pero dicha circunstancia provocó molestia a los vecinos, por lo cual nunca más se optó por esta vía de reproducción musical.

Con respecto a la **instalación de malla acústica flotante sobre mesas del primer nivel**, debemos efectuar las mismas consideraciones del párrafo anterior, ya que la música incidental en el primer y segundo nivel interior del restaurante es baja y no supera los 20 dB (A) ya que el pub Latitud Sur, otorga a sus clientes el servicio de comida gourmet y bebidas alcohólicas a clientes, en un ambiente de conversación grata para personas de edad media (35-55 años) por lo que mantener música fuerte en el interior (que incluso provoque daño potencial a las personas) es imposible, atentando abiertamente contra los fines del negocio de restaurante (nadie va a ir a comer y conversar a un local en que la música excede los 45 dB (A) en horario

nocturno) que es el giro que se ejerce en el local y no de centro de eventos o discotheque como pretende insinuarlo el informe de fiscalización,. En consecuencia con el mero control del potenciómetro del amplificador del equipo de música puede regularse perfectamente el ruido o contaminación acústica del interior del local, la que como hemos señalado, siendo música incidental para acompañar la degustación de los platos y conversación de los clientes nunca excede los 20 dB (A) según sonómetro propio de la administración del restaurante. Además las mediciones efectuadas en la fiscalización que ha motivado la instrucción de estos autos no se efectuaron en el interior del local por lo que en dicho acápite no existe infracción constatada alguna.

Por ultimo con respecto a la cuarta hipótesis de cumplimiento, esto es **Cierre de terraza de local con panel acústico** debemos señalar que dicha exigencia es imposible de cumplir o implementar en el marco y durante la vigencia del Estado de Emergencia por la pandemia COVID 19 y sus protocolos, en especial en lo relativo al protocolo de bares y restaurantes en comunas en **FASE DE PREPARACION** los cuales obligan a mantener tanto el interior de los restaurantes y pubs, como en las terrazas de los mismos, los sistemas adecuados de ventilación y circulación del aire para evitar la propagación del virus y el contagio de los comensales, lo que sin duda seria impedido en virtud de la instalación de un panel acústico que cierre completamente la terraza.

Por otra parte la terraza del restaurante Latitud Sur fue construida para los efectos de cumplir con la normativa establecida en la Ley N° 19.419 y sus posteriores modificaciones en especial en lo dispuesto por la Ley N° 20.660 y en la Ley N° 20.105 sobre ambientes libres de humo de tabaco, que establece que en terrazas separadas de la estructura del local principal los clientes pueden encender cigarrillos. En consecuencia se trata de una terraza especialmente construida para los efectos de que los clientes fumadores puedan instalarse a comer, beber y conversar, en la cual se efectuó una fuerte inversión para los efectos de permitir fumadores en el local, y en la que se cumplen las normas relativas a la circulación del aire en espacios de fumadores, por lo que la instalación de un panel acústico que cierre la totalidad de la terraza afectaría el cumplimiento de las normas anti tabaco que son cumplidas a cabalidad por la sociedad fiscalizada e incidiría además en el ejercicio de la actividad económica de la sociedad que represento, ya que es consabida la notoria baja de afluencia a los locales del rubro que crecen de espacios para fumadores.

Por ultimo a este respecto y como hemos señalado precedentemente no es necesario desde un punto de vista lógico y objetivo, exigir la instalación de elementos de mitigación de ruidos, en un establecimiento comercial que solo reproduce música incidental y envasada a fin de amenizar la comida y conversación de los clientes y que no tiene la calidad de centro de eventos, boíte, cabaret o discotheque, siendo posible mitigar los ruidos de la terraza del restaurante con el mero control del potenciómetro del amplificador del equipo de músico y un control diario de los decibeles que se emiten con el sonómetro de propiedad de la sociedad fiscalizada.

En consecuencia el valor cumplimiento a que llega la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021, es absolutamente reemplazable con un valor \$0 consistente en un control efectivo del volumen del equipo musical de un restaurante de índole familiar y destinado a personas adultas criteriosas y no a jóvenes desbocados.

A continuación de lo señalado recedentemente la resolución que por este acto se impugna efectúa una evaluación del componente de afectación de la infracción atribuida a este recurrente. Para ello analiza el valor de seriedad mediante el análisis de "La importancia del daño causado o del peligro ocasionado" según lo dispuesto en la letra a) del Artículo 40 de la Ley N° 20.417 concluyendo respecto del caso particular, en su acápite 77 que en la especie **"efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, aunque no de carácter significativo y por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica"**. La resolución en cuestión llega a esta conclusión después de un extenso desarrollo de los peligros del ruido nocturno en relación a la salud de las personas desarrollando los principios médicos sobre la materia y su regulación por la OMS e instituciones análoga, lo cual es absolutamente efectivo y reconocido por nuestra jurisprudencia y doctrina ambiental.

Pero la resolución en cuestión en sus acápites 71 a 76 efectúa una verdadera **presunción de responsabilidad administrativa** al concluir que por operar el Pub latitud Sur 7280 horas anuales, este local, funcionando constantemente en horario nocturno generaría el peligro de superar los decibeles permitidos en la norma, afectando potencialmente la salud de los vecinos en un porcentaje de 168 a 7280 horas al año, entendiendo que por el funcionamiento periódico del restaurante esta superaría el límite en horario nocturno en base a un criterio de horas proyectadas, por el solo hecho de haberse fiscalizado en una sola oportunidad un nivel de ruido superior en 24 dB (a) al máximo permitido,. En consecuencia de una sola infracción constatada en los 11 años de funcionamiento del restaurante Latitud Sur, la resolución presume una afectación potencial a la salud de las personas (peligro o riesgo a la salud).

La doctrina y jurisprudencia han reconocido que el derecho administrativo sancionador (a falta de normas que regulen orgánicamente esta materia) está sujeto a los principios generales del ius puniendi estatal, que regulan y limitan el ejercicio de la sanción pública, determinando un debido proceso sancionador y buscando garantizar una adecuada resolución final. La aplicación de los principios del Derecho Penal a las sanciones administrativas se debe a varios factores. Así el profesor Alejandro Huergo señala que: **"En primer lugar, las características comunes que comparten ambos estatutos. Ambas sanciones provienen desde el poder público estatal, para castigar al particular que ha cometido un ilícito, ya sea penal o administrativo. A su vez, también se ha justificado su aplicación en que si las garantías propias del ius puniendi estuvieran limitadas al Derecho Penal, se abriría una gran puerta para el fraude legal, ya que el legislador podría eludir su aplicación haciendo algo tan simple como transformar los delitos en infracciones"**

administrativas. Por otra parte, también se justifica la aplicación de dichas garantías en el hecho de que actualmente es extremadamente difícil argumentar la existencia de diferencias cuantitativas y cualitativas o sustanciales entre ambos tipos de sanciones. Por último, entre varias otras razones, se ha señalado que la falta de aplicación de principios rectores a la sanción administrativa transformaría a este poder del Estado en uno incluso más gravoso que el poder punitivo penal, el que sí se encuentra limitado por dichas garantías a favor del acusado” (Huergo Lora, Alejandro (2007): Las Sanciones Administrativas, Editorial Iustel, primera edición, España. Pag. 32).

Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional al señalar: “(...) **las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto**” (Considerando 6° de la sentencia Rol N°1518-09, de 21 de octubre de 2010).

Por su parte la Excelentísima Corte Suprema ha tenido la oportunidad de referirse a esta situación al señalar: “ante la ausencia de norma expresa en el ordenamiento citado, y tratándose de disposiciones especiales, debe entenderse que en lo no contemplado expresamente en ellas, debe aplicarse supletoriamente las reglas de derecho común que, según la materia específica, correspondan. En este caso, el derecho común aplicable es el derecho penal, manifestación del ius puniendi estatal, pues en la especie resulta evidente que el procedimiento infraccional persigue la sanción de una falta, en este caso por infracción al ordenamiento administrativo” (Considerando 3° de Jara, Eduardo con Superintendencia de Electricidad y Combustibles. 2009).

En consecuencia y en virtud de la proscripción en materia penal de las presunciones de responsabilidad en materia penal o contravencional, la estimación que hace la resolución que por este acto se recurre de una potencial peligrosidad basada en el establecimiento de una sola infracción fiscalizada y la consideración de las potenciales horas de funcionamiento nocturno en que esta conducta podría repetirse, para considerarlo como tal al momento de evaluar la sanción administrativa, implica directamente el presumir una responsabilidad contravencional no acreditada, basada solo en una elucubración matemática, sin base fáctica alguna, por lo que incluso al considerar esta presunción de potencialidad de peligro para el solo efecto de determinar la sanción vulnera la carta fundamental y los principios inspiradores del derecho administrativo sancionador.

Refrenda lo anterior el considerar que las infracciones establecidas por la vulneración de las normas del Decreto Supremo N° 38/2011 MMA, son sanciones a infracciones concretas, que se subsumen en los principios de legalidad y tipicidad que informan al derecho Administrativo sancionador, por lo cual para la determinación de la sanción a imponer debe atenderse al hecho realizado y al peligro que emane directamente de ese hecho, pero no se puede presumir una potencial peligrosidad por la mera

posibilidad de que un hecho de tales características se repita por parte del infractor, ya que vulneraría todos los principios reconocidos por nuestra doctrina y jurisprudencia en materia de derecho sancionador administrativo, deviniendo en arbitrario e ilegal.

A continuación en sus acápites 78 a 87 la resolución que por este acto se recurre efectúa un análisis de la concurrencia de la circunstancia establecida en la letra b) del artículo 40 de la Ley N° 20.417, esto es **“El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción”**. La resolución en cuestión después de explicar los métodos de cálculo para llegar a la conclusión efectúa las siguientes conclusiones: A) afectación de contaminación acústica en un radio de 248 metros desde la fuente emisora (lo que daría un diámetro de afectación de casi 500 metros a la redonda); B) Afectación a 9 manzanas censales resultando afectadas la suma de 860 personas.

Resulta meridianamente clara la exageración en los resultados de la fiscalización ya que la afectación propuesta por el informe en cuestión sería igual a la devastación física causada por una bomba nuclear de 0,5 kilotonnes de carga. A este respecto la conclusión referida va en contra de toda lógica y experiencia cotidiana ya que como señalamos el Restaurante Latitud Sur es un restaurante familiar con música incidental envasada que permite a sus clientes conversar y disfrutar de la gastronomía y bebidas alcohólicas o no alcohólicas en un ambiente de distensión y relajación, y en base a lo señalado en el informe sería absolutamente imposible para su clientela conversar o mantenerse incluso con mediana paz y tranquilidad en el local con el nivel de afectación acústica que se imputa a la sociedad fiscalizada. El local fiscalizado no es una discoteque, ni un cabaret ni un centro de eventos y durante **sus 11 años de existencia solo ha presentado 3 denuncias en su contra**, 2 de ellas el día 11 de diciembre de 2018 de la misma persona y otra el día 3 de abril de 2017. Además las denuncias señaladas vienen de vecinos directos del local y no de vecinos ubicados a más de 30 metros de los 248 metros de radio señalados en el informe de fiscalización como campo de afectación.

En consecuencia debe estimarse en base a la realidad objetiva que es imposible una afectación de las características señaladas en las conclusiones de la resolución que por este acto se recurre, por lo que debe considerarse a fin de la evaluación de la resolución del presente recurso.

Después de este análisis la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021 efectúa un análisis de los **factores de incremento** de la sanción estableciendo como factor para aumentar la responsabilidad contravencional **“La falta de cooperación”** (Letra i) del artículo 40) esto en atención a que el representante legal de la SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA. no realizó presentación alguna ante el requerimiento de información practicado a este en virtud de RESOLUCION EXENTA NUMERO 1/ROL D-034-2021.

A este respecto debemos reiterar nuevamente que la omisión en el entregar los antecedentes solicitados por la SMA no corresponde a un hecho voluntario y reticente del representante legal de la sociedad fiscalizada, sino que, como señalamos

previamente, se debe a un impedimento absolutamente justificado, consistente en que la notificación por carta certificada de la RESOLUCION EXENTA NUMERO 1/ROL D-034-2021 se efectuó en el local del pub Latitud Sur el día 17 de febrero de 2021 el cual se encontraba en virtud del estado de excepción de emergencia COVID 19 (FASE 1 CUARENTENA), cerrado y sin trabajadores ni personal administrativo alguno, por lo que el representante legal de la sociedad fiscalizada no pudo tomar conocimiento de la formulación de cargos ni de su obligación de presentar un plan de cumplimiento de mitigación de ruidos ni de entregar la información solicitada por la SMA, por lo que se constituye en un impedimento justificado que no puede ser considerado para agravar responsabilidad.

IV. LA MULTA APLICADA A LA SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA ES ABSOLUTAMENTE DESPROPORCIONADA

La resolución que por este acto se recurre asciende la suma de **25 UTA**, esto es la suma de **\$16.251.300** la que resulta absolutamente desproporcionada atendido al hecho de que es la primera infracción en que ha incurrido mi representada, y que en base a lo expresado en los números anteriores no existen factores agravantes de responsabilidad, ni concurren efectivamente en perjuicio de mi representada los factores establecidos en el artículo 40 de la Ley N° 20.417.

Uno de los principios que rigen la potestad sancionatoria Administrativa es el denominado "**Principio de la Proporcionalidad**". Existe alguna discusión en torno a si el principio de proporcionalidad es una manifestación del principio de culpabilidad. Algunos autores consideran que la proporcionalidad está incluida dentro de la culpabilidad pero también hay otros que cuestionan aquello, en el entendido que la proporcionalidad se construye de forma objetiva a partir de la gravedad de la

Infracción prevista por el legislador (injusto penal) y la sanción correlativa que le resulta aplicable, quedando la culpabilidad como un elemento posterior que determina la atribuibilidad del hecho antijurídico a su autor. Para otros, este principio encontraría fundamentos en disposiciones más generales de nuestra Constitución. Así, para Hernán Fuentes Cubillos "**éste se encuentra subsumido o integrado en el ordenamiento constitucional chileno en aquella regla que declara la prohibición general de la arbitrariedad, así como aquella que consagra la garantía genérica de los derechos establecida en las bases de la institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6 y 7 y 19 N° 2 C. Pol.) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19 N° 26 C. Pol.), además del valor justicia inherente al Derecho**".(Fuentes Cubillos, Hernán, El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena, en *Ius et Praxis*, 14 (2008), pp. 21-29.).

En el ámbito del Derecho administrativo la proporcionalidad constituye un principio general que cumple una importante función dentro de los mecanismos destinados a controlar el ejercicio de las potestades discrecionales que el ordenamiento atribuye a los órganos administrativos. Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción. En resumen, el principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo.

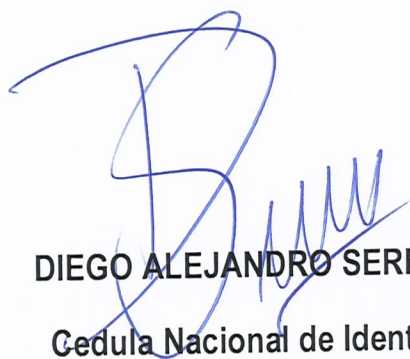
En consecuencia y en virtud de lo expresado en el presente recurso no cabe si no considerar que por las circunstancias de la pandemia COVID 19, la realidad del estado de las comunicaciones procesales en los procedimientos administrativos, la inexistencia de ilícitos ambientales anteriores por parte de la sociedad fiscalizada, la no concurrencia efectiva de factores que agraven la responsabilidad administrativa que se basa en un solo ilícito comprobado, la realidad acústica del sector como lugar de emplazamiento de diversos restaurantes y pubs en el sector y todo lo señalado precedentemente, estimamos que la suma de 25 UTA establecida como sanción es absolutamente desproporcionada en atención a la gravedad de la infracción.

POR TANTO: En mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la Ley N° 20.417 y artículo 55 del mismo cuerpo legal.

RUEGO A USTED: Se sirva tener por interpuesto recurso de reposición en contra de la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021, que condeno a mi representada la SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA al pago de veinticinco Unidades Tributarias Anuales (25 UTA) en su equivalente en pesos, esto es la suma de \$16.251.300 al momento del pago a contar de diez días desde la notificación la fecha de la referida resolución (3 de diciembre del año 2021), y dejarla sin efecto aplicando a mi representada solo la sanción establecida en la primera parte de la letra c) del artículo 39 de la Ley N° 20.417, esto es “**amonestación por escrito**”, o en el caso de que se determine que se mantiene la resolución recurrida en la parte que se condena a mi representada al pago de una multa, se rebaje prudencialmente el monto de la multa de la suma de 25 U. T. A, a la suma mínima establecida en la ley, esto es una multa de 1 U.T.A o la suma que usted en justicia determine.

OTROSÍ: Con la finalidad de acreditar mi personería para representar a la **SOCIEDAD COMERCIAL EL TANDIL LTDA**, vengo en acompañar copia de escritura pública de constitución de sociedad, la que lleva el repertorio 7.835/2007, de fecha 14 de

diciembre de 2007; y Certificado de Vigencia Folio Nro. 718 emitido por el Sr.
Conservador de Bienes Raíces y Comercio de Concepción.



DIEGO ALEJANDRO SERRANO VALENZUELA
Cedula Nacional de Identidad N°8.587.232-K