

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN
INTERPUESTO POR SOCIEDAD COMERCIAL
TANDIL LTDA., EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN
EXENTA N° 2369**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 976

Santiago, 6 de junio de 2023

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011 MMA"); en 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 el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, de 13 de diciembre de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 70, de 28 de diciembre de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a la Superintendente del Medio ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/104/2022, de 3 de agosto de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que renueva el nombramiento del Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 564, de 29 de marzo de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente y deja sin efecto resolución exenta que indica; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-034-2021; y en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes generales

1. Con fecha 8 de febrero de 2021, mediante la Resolución Exenta N° 1/ Rol D-034-2021, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio rol D-034-2021, con la formulación de cargos en contra de Sociedad Comercial Tandil Ltda. (en adelante, "el titular" o "la empresa"), RUT N° 76.008.107-8, en su calidad de titular del Pub Restobar Latitud Sur (en adelante, "el establecimiento" o "la unidad fiscalizable"), por el siguiente hecho infraccional:

"La obtención, con fecha 18 de abril de 2019, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 69 dB(A), medición efectuada en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II".

2. La Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021 fue notificada al titular mediante carta certificada, la cual fue recibida en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Concepción el día 17 de febrero de 2021, según da cuenta el código de seguimiento N° 1180851751654.

3. Con fecha 29 de octubre de 2021, mediante la Resolución Exenta N° 2369 (en adelante e indistintamente, “Res. Ex. N° 2369/2021” o “resolución sancionatoria”), esta Superintendencia puso término al procedimiento sancionatorio, imponiendo al titular una sanción consistente en una multa de veinticinco unidades tributarias anuales (25 UTA), por infracción al D.S. N° 38/2011 MMA, según dispone el artículo 35 literal h) de la LOSMA.

4. La antedicha resolución fue recibida en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Concepción el día 2 de diciembre de 2021, según el código de seguimiento N° 1178693493573. Por ende, considerando lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, aplicable según establece el artículo 62 de la LOSMA, se entiende notificada al titular con fecha 7 de diciembre de 2021.

5. Luego, con fecha 13 de diciembre de 2021, el Sr. Diego Alejandro Serrano Valenzuela, en representación de la empresa, presentó un escrito por el cual, en lo principal, interpuso un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 2369/2021; y, en el otrosí, acompañó los siguientes documentos: (i) copia de la escritura pública de constitución de sociedad, repertorio N° 7.835/2007, de fecha 14 de diciembre de 2007; y (ii) certificado de vigencia, folio N° 718, emitido por el Conservador de Bienes Raíces y Comercio de Concepción.

6. En razón de lo anterior, con fecha 10 de marzo de 2022, mediante la Resolución Exenta N° 369, esta Superintendencia confirió traslado a los interesados en el procedimiento sancionatorio, otorgándoles un plazo de 5 días hábiles para presentar sus alegaciones respecto del recurso interpuesto por el titular. Dicha resolución fue notificada a los interesados por carta certificada, todas ellas entregadas con fecha 25 de marzo de 2022, según los códigos de seguimiento de Correos de Chile N° 1178719903536; N° 1178719903543 y N° 1178719903550.

7. Por su parte, los interesados no realizaron presentación alguna.

II. Admisibilidad del recurso de reposición

8. El plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA, que dispone: “[...] *En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución [...]*”.

9. De esta forma, considerando que la resolución impugnada fue notificada con fecha 7 de diciembre de 2021, y el recurso de reposición fue presentado con fecha 13 de diciembre de 2021, cabe considerar que el recurso fue interpuesto dentro de plazo.

10. Por tanto, corresponde pronunciarse, a continuación, respecto de las alegaciones formuladas por el titular.

III. Alegaciones formuladas por el titular en su recurso de reposición

11. La defensa del titular se centra en los siguientes puntos: (i) configuración de la infracción; (ii) notificación de la formulación de cargos; (iii) ponderación de las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA y proporcionalidad de la sanción aplicada. En lo sucesivo, se expondrán de manera resumida cada una de las alegaciones señaladas.

A. Sobre la configuración de la infracción

12. En primer lugar, el titular sostiene que el Informe de Fiscalización Ambiental (en adelante, "IFA") DFZ-2019-753-VIII-NE omitiría factores que permiten comprender el nivel de ruido existente en el perímetro del establecimiento. En concreto, señala que el "Pub Latitud Sur" se ubica en un sector donde se encuentran otros pubs y restaurantes que cuentan con música en vivo, tales como "Sin pecado concebido", "Food track", "Lo que más quiero", "Tijuana" y "El irish bar", todos ellos fuentes emisoras de ruido que pudieron interferir en la medición efectuada desde el receptor "RE1" el día 18 de abril de 2019. Asimismo, señala que el tráfico de Av. Víctor Lamas, Av. Chacabuco y calle Lincoyán serían factores que también pudieron generar una interferencia acústica en la medición.

13. En vista de lo anterior, la empresa alega que la existencia de factores que propiciaban una sobreevaluación del ruido emitido por el establecimiento, los cuales no habrían sido consignados en el informe de fiscalización referido.

B. Sobre la notificación de la formulación de cargos

14. La empresa sostiene que la notificación de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021 fue enviada por carta certificada al domicilio comercial de "Pub Latitud Sur", ubicado en calle Víctor Lamas N° 401, comuna de Concepción, cuando el local se encontraba cerrado y sin trabajadores debido al estado de emergencia por la pandemia Covid-19 (fase 1 cuarentena), situación que habría impedido imponerse acerca de su notificación y contenido.

15. Explica que la notificación de la formulación de cargos se realizó durante la vigencia del estado de catástrofe declarado por el presidente de la república, a través del Decreto Supremo N° 104, de 18 de marzo de 2020 (prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021). A este respecto, señala que el 17 de marzo de 2020 la Contraloría General de la República emitió el dictamen N° 3610, en virtud del cual se determinaron las posibles medidas de gestión que podían establecer los órganos de la Administración del Estado a consecuencia del Covid-2019, encontrándose facultados los jefes superiores de los servicios para suspender los plazos de los procedimientos administrativos o extender la duración de los mismos.

16. Luego, manifiesta ignorar si la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") estableció la suspensión de los procedimientos sancionatorios, y de haber establecido dicha suspensión, cuál fue su extensión temporal. No obstante aquello, afirma que *"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 el debido emplazamiento en el procedimiento administrativo”.

17. En virtud de lo anterior, alega que las restricciones a la movilidad personal y al funcionamiento de las empresas como “Pub Latitud Sur” impidieron a su representante legal tomar conocimiento de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021 y defenderse en el procedimiento sancionatorio, como asimismo proponer a la administración un plan de cumplimiento de control de emisiones sonoras en el lugar fiscalizado.

C. Sobre los cuestionamientos a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

18. Respecto al beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, el titular señala los siguientes argumentos:

- i) En relación al cambio de sistema de sonido e incorporación de un limitador compresor DBX: indica que su implementación sería innecesaria, ya que el local solo reproduce música envasada (incidental), cuyo volumen puede regularse desde el amplificador del equipo de sonido. Agrega que la única vez que se reprodujo música en vivo en el establecimiento fue el año 2014, pero dadas las molestias provocadas a los vecinos nunca más se optó por este tipo de reproducción musical.
- ii) Con respecto a la instalación de malla acústica flotante sobre mesas del primer nivel: reitera el argumento anterior y agrega que el ruido al interior del establecimiento nunca excede los 20 dB(A), según el sonómetro propio de la administración del restaurante. Además, señala que las mediciones efectuadas en la fiscalización que motivaron este procedimiento no se efectuaron en el interior del local.
- iii) En cuanto al cierre de la terraza del local con panel acústico: indica que se trataría de una exigencia 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 el de bares y restaurantes en comunas en fase de preparación, el cual obligaba a mantener sistemas adecuados de ventilación y circulación del aire para evitar la propagación del virus y el contagio de los comensales. Por otra parte, la terraza del establecimiento habría sido construida para cumplir con la Ley N° 19.419 y sus posteriores modificaciones, en especial la Ley N° 20.660 y en la Ley N° 20.105 sobre ambientes libre de humo de tabaco, que establece que en terrazas separadas de la estructura del local principal los clientes pueden encender cigarrillos. Por lo anterior, señala que la instalación de un panel acústico que cierre toda la terraza afectaría al cumplimiento de las normas antitabaco.

19. Luego, en relación con la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el titular alega que la resolución recurrida habría efectuado una verdadera presunción de responsabilidad administrativa, al estimar 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. Es así que, a partir de una sola infracción constatada en 11 años de funcionamiento del local, la resolución recurrida presumiría una afectación potencial a la salud de las personas, sin base fáctica alguna.

20. Agrega que, para la determinación de la sanción, 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 ello derivaría en un acto arbitrario e ilegal.

21. A su vez, respecto al número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, alega que los resultados de la fiscalización serían exagerados, ya que la afectación propuesta sería igual a la devastación física causada por una bomba nuclear de 0,5 kilotonnes de carga. Además, indica que el establecimiento no es una discoteque, cabaret ni centro de eventos y que durante sus 11 años de existencia solo se han presentado tres denuncias en su contra, las que provienen de vecinos directos del local y no de aquellos ubicados a más de 30 metros, de los 280 metros de radio señalados en la resolución recurrida. En tal sentido, estima imposible una afectación como la señalada en dicha resolución.

22. Por otra parte, el titular expone alegaciones relativas a los factores de incremento de la sanción, específicamente relacionadas con la falta de cooperación aplicada por la SMA en virtud del literal i) del artículo 40 de la LOSMA. Sobre el particular, señala que la omisión de entregar los antecedentes solicitados por la SMA no corresponde a un hecho voluntario y reticente de la empresa, sino que se debe a un impedimento justificado, consistente en la falta de notificación de la formulación de cargos, lo cual le habría impedido presentar un programa de cumplimiento, así como entregar la información requerida.

23. Finalmente, el titular argumenta que la multa impuesta por esta Superintendencia sería desproporcionada, atendido a 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 empresa, la no concurrencia efectiva de los factores que agraven la responsabilidad administrativa que se basa en un solo ilícito comprobado, así como la realidad acústica del sector donde se encuentra la unidad fiscalizable, como un lugar de emplazamiento de diversos restaurantes y pubs.

24. En atención a lo anterior, el titular solicita dejar sin efecto la resolución recurrida y aplicar la sanción de amonestación por escrito, o bien, rebajar prudencialmente el monto de la multa a la mínima establecida en la ley.

IV. Análisis de la SMA respecto de las alegaciones del titular

A. Sobre la configuración de la infracción

25. En relación a los argumentos planteados por el titular, se debe tener a la vista lo dispuesto en el artículo 8 de la LOSMA que 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.”* (énfasis agregado).

26. En el presente caso, con fecha 18 de abril de 2019, un funcionario fiscalizador de la SMA llevó a cabo una actividad de inspección ambiental respecto de la unidad fiscalizable “Pub Restobar Latitud Sur”, pudiendo constatar los siguientes hechos:

*[...] d. Pasadas las 23:30 hrs se procede a realizar **mediciones en RE1. Ruido de fondo no afecta** mediciones, suprimiéndose de los registros el ruido emitido por el eventual paso de vehículos por calle Lincoyán.*

e. Pasadas las 00:05 hrs del 19-04-2019, se procede a RE2 en este caso, el ruido de fondo (tráfico vehicular por valle Víctor Lamas) si afecta. [...]

*g. **Fuente de ruido corresponde a UF denunciada**, que funcionaba con música en vivo en exterior, dentro de toldo plástico abierto que funciona como terraza fumadores”¹ (énfasis agregado).*

27. A partir de lo anterior, se advierte que el funcionario de la SMA logró identificar que la fuente emisora de ruido correspondía al “Pub Restobar Latitud Sur” y, por tanto, que el ruido medido provenía de dicho establecimiento y no de los locales a los que se refiere el titular en su recurso de reposición. Asimismo, determinó que el ruido de fondo –asociado al tránsito vehicular– solo afectó a la medición realizada desde el receptor RE2, considerándola como una medición nula.

28. En esta misma línea, cabe señalar que los resultados de la actividad de fiscalización fueron sistematizados en el IFA DFZ-2019-753-VIII-NE, donde se reitera lo expuesto en el acta de inspección ambiental, en orden a que *“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 DS 38/2011 del MMA, sin presentar interferencia del Ruido de Fondo asociado a las calles Lincoyán o Víctor Lamas [...]*” (énfasis agregado). En tal sentido, no es efectivo que la SMA haya omitido la existencia de ruidos que podrían haber generado interferencia en las mediciones realizadas.

29. En consecuencia, y atendido a que no existen nuevos antecedentes o elementos de prueba que permitan desvirtuar los resultados de la medición de ruido, se sigue que los hechos constatados por el funcionario de la SMA el día 18 de abril de 2018 gozan de una presunción legal de veracidad, que no ha sido desvirtuada por el titular.

30. Por lo tanto, las alegaciones en relación a este punto serán desestimadas.

B. Sobre la notificación de la formulación de cargos

31. Respecto a la segunda alegación del titular, es menester señalar que el artículo 49 de la LOSMA dispone que la instrucción del procedimiento sancionatorio se iniciará con la formulación precisa de los cargos, la cual se notificará al presunto infractor por medio de carta certificada en el domicilio que tenga registrado ante esta Superintendencia o en el que se señale en la denuncia, según sea el caso, confiriéndole un plazo de 15 días para formular sus descargos.

32. De tal manera, la Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021 fue notificada al titular por carta certificada, remitida a la dirección de la unidad fiscalizable ubicada en calle Víctor Lamas N° 401, comuna de Concepción, región del Biobío, que corresponde al domicilio señalado en las denuncias que dieron origen a este procedimiento sancionatorio y que fueron registradas en los sistemas internos de la SMA bajo los ID 41-VIII-2017, 158-VIII-2018 y 161-

¹ Acta de Inspección Ambiental, de fecha 18 de abril de 2019, de la SMA.

VIII-2018. Consecuentemente, resulta evidente que la notificación de la formulación de cargos se efectuó tal como lo ordena el artículo 49 de la LOSMA, esto es, en el domicilio señalado en la denuncia.

33. Adicionalmente, según da cuenta el código de seguimiento N° 1180851751654, la carta certificada fue recibida por el Sr. Jonaider Álvarez el día 17 de febrero de 2021. Por lo tanto, y a diferencia de lo que plantea el titular, si existió una entrega material y efectiva de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021.

34. Por otra parte, es menester aclarar que, la Superintendencia del Medio Ambiente, a través de las Res. Ex. N° 518, N° 548 y N° 575, todas de 2020, dispuso como medida provisional la suspensión de la totalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios seguidos ante el servicio, así como de los plazos administrativos conferidos para el cumplimiento de medidas, requerimientos de información y cualquier otra actuación desarrollada en el marco de otros procedimientos administrativos derivados del ejercicio de sus potestades, desde el 23 al 30 de abril de 2020, ambas fechas inclusive.

35. En razón de lo anterior, es dable concluir que a la fecha en que se notificó la Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021 no se encontraba vigente ninguna de las medidas provisionales adoptadas por la SMA con motivo de la pandemia por Covid-19, toda vez que el presente procedimiento inició casi un año después del vencimiento de dichas medidas.

36. A su vez, el Ministerio de Salud, mediante la Res. Ex. N° 43 de fecha 14 de enero de 2021, dispuso una serie de medidas sanitarias por brote de Covid-19 y estableció un nuevo plan "Paso a Paso" que contemplaba cinco fases que iban desde "cuarentena" hasta "apertura avanzada", según la situación epidemiológica de cada localidad del país. En este contexto, mediante la Res. Ex. N° 134 de fecha 8 de febrero de 2021, el Ministerio de Salud dispuso que a partir del día 11 de febrero de 2021 la comuna de Concepción, en la región del Biobío, avanzaba desde el paso 1 "cuarentena" al paso 2 "transición"² que, conforme al resuelvo 70 del plan Paso a Paso, permitía "la atención de público en restaurantes, cafés y análogos [...]".

37. Por lo tanto, se advierte que al tiempo en que se notificó la Res. Ex. N° 1/ Rol D-034-2021 la comuna de Concepción se encontraba en fase de transición, descartando entonces lo que plantea el titular en su recurso de reposición, en orden a que el representante legal de la empresa no pudo tomar conocimiento de la formulación de cargos debido a las restricciones de movilidad por la pandemia Covid-19.

38. Por las razones previamente expuestas, las alegaciones del titular referidas a la notificación de la formulación de cargos serán descartadas.

C. Sobre los cuestionamientos a la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

39. Respecto a la alegación referida a la circunstancia del beneficio económico, tal como se indicó en los considerandos 51 y 52 de la resolución sancionatoria, esta Superintendencia estimó que las medidas más idóneas para haber evitado la excedencia de la norma y sus respectivos costos son los aprobados en los programas de

² La Res. Ex. N° 43 estableció en su resuelvo 59 que "Se entenderá que una localidad está en Transición, cuando la autoridad sanitaria haya dispuesto por resolución, la cuarentena de dicha localidad sólo con efecto durante los días sábados, domingos y festivos (...)".

cumplimiento asociados al expediente rol D-196-2019 y rol D-047-2018, seguidos en contra de “Pub Toro Bravo” y “Centro Deportivo Península – Iquique”, respectivamente. Para tales efectos, esta Superintendencia tuvo en consideración que la excedencia registrada en la actividad de fiscalización fue producida tanto por música envasada como por música en vivo, así como las características que pudieron observarse a partir de imágenes del local disponibles en internet y de las imágenes satelitales obtenidas desde Google Earth.

40. En tal sentido, las Bases Metodológicas establecen que los “[...] costos o ingresos, según corresponda, son estimados por la SMA en base a la mejor información disponible, la cual puede **provenir de los antecedentes presentes en el mismo u otros procedimientos sancionatorios, información públicamente disponible, cotizaciones, requerimientos o solicitudes de información al infractor, así como de otras fuentes de información que permitan realizar las estimaciones o proyecciones que correspondan**”³ (énfasis agregado). En consecuencia, la SMA utilizando la mejor información disponible homologó las medidas aprobadas en los programas de cumplimiento ya mencionados, atendido a que el titular no proporcionó información que permitiera arribar a un escenario de cumplimiento distinto, como tampoco acreditó la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria y, por consiguiente, haber incurrido en algún costo asociado a ellas en el escenario de incumplimiento.

41. Ahora bien, sobre el argumento del titular que consiste en que el volumen de la música puede ser regulado desde el amplificador del equipo de sonido, corresponde señalar que ello no constituye una medida de naturaleza mitigatoria ni que permita abordar el problema ambiental de fondo, por lo que no es posible considerarla como idónea para el análisis del escenario de cumplimiento. Por lo demás, se trata de una medida cuyo cumplimiento queda al arbitrio del titular, pudiendo manipular el volumen del sonido en cualquier momento.

42. Por otra parte, el titular afirma que al interior del establecimiento nunca se exceden los 20 dB(A), según el sonómetro propio de la administración del restaurante. A este respecto, se debe precisar que el artículo 16 del D.S. N° 38/2011 MMA establece que **“Las mediciones para obtener el nivel de presión sonora corregido (NPC) se efectuarán en la propiedad donde se encuentre el receptor [...]”** (énfasis agregado). En consecuencia, la medición necesariamente debía realizarse en los domicilios de los denunciantes, es decir, fuera del establecimiento.

43. Respecto de la supuesta imposibilidad de realizar el cierre de la terraza con paneles acústicos debido al estado de emergencia por Covid-19, se debe aclarar que dicho cierre corresponde a una de las cuatro medidas consideradas en el escenario de cumplimiento, el cual constituye un escenario hipotético que permite a la SMA –junto con el escenario de incumplimiento– determinar el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción. Por lo tanto, a diferencia de lo que plantea el titular, no se trata de una exigencia impuesta por la SMA al tiempo en que se encontraba vigente el estado de emergencia por la pandemia Covid-19, sino que se trata de un análisis teórico para la determinación de la sanción impuesta en el presente procedimiento, lo que no obsta a la obligación que recae en el titular de cumplir con el D.S. N°38/2011 MMA. En tan sentido, se advierte que ante la constatación de nuevas superaciones a la norma de referencia esta Superintendencia puede iniciar un nuevo procedimiento

³ Ver Bases Metodológicas (p.53).

sancionatorio e incluso ordenar la adopción de medidas provisionales en virtud de las facultades conferidas por la LOSMA.

44. Por otra parte, no tiene asidero el argumento de que la instalación de un panel acústico afectaría el cumplimiento de la Ley N° 19.419 y sus posteriores modificaciones, toda vez que el titular debe observar todas las normas que resulten aplicables para el desarrollo de su actividad y que se encuentren vigentes. En consecuencia, el hecho de que la infraestructura del establecimiento esté habilitada para el consumo de cigarrillos en la terraza no obsta el cumplimiento de los límites de emisión sonora establecidos por el D.S. N° 38/2011 MMA.

45. A mayor abundamiento, la SMA, en base a sus años de experiencia estimó que el conjunto de medidas – incluyendo el cierre de la terraza– lograrían el cumplimiento normativo del D.S. N°38/2011 MMA. Dicho escenario no ha logrado ser desvirtuado por parte del titular, quien no ha señalado las medidas mitigatorias que a su entender serían idóneas para abordar el problema, como tampoco ha controvertido los costos considerados por esta Superintendencia para cada una de las medidas que conforman el escenario de cumplimiento.

46. En consecuencia, los argumentos que versan sobre el beneficio económico serán descartados en su totalidad.

47. En relación con las alegaciones sobre la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, se hace presente que esta circunstancia fue latamente desarrollada en los considerandos 59 al 77 de la resolución sancionatoria, en los cuales se explica el concepto de peligro y, en especial, de aquel generado por el ruido nocturno, para luego analizar el caso en concreto.

48. En este contexto, es relevante reiterar que los tribunales ambientales han indicado que *“De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de ‘peligro ocasionado’, es decir, **requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma.**”*⁴ (énfasis agregado). En consecuencia, para estar frente a la hipótesis de peligro basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, de un riesgo.

49. Por su parte, y tal como se indicó en la resolución sancionatoria, el Servicio de Evaluación Ambiental definió el concepto de peligro como la *“capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”*⁵. 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”*⁶.

50. Es así que, en el presente caso, se determinó que la superación de los límites de emisión establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA

⁴ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

⁵ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. p. 19. Disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

⁶ Ibídem.

generó un riesgo a la salud de la población, puesto que se verificaron los elementos para configurar una ruta de exposición completa, tal como se indica en el considerando 68 de la resolución en recurrida. Luego, se ponderó la importancia de dicho riesgo, teniendo consideración la excedencia registrada y el tiempo de exposición al ruido por parte del receptor, llegando a la conclusión –en base a un criterio de horas proyectadas a un año de funcionamiento de la unidad fiscalizable– que la frecuencia de funcionamiento es periódica.

51. En razón de todo lo expuesto, se determinó la existencia de un riesgo a la salud de las personas, pero que **no revestía el carácter de significativo**.

52. Por lo tanto, no se advierte de qué manera esta Superintendencia habría presumido la responsabilidad del titular o la afectación potencial a la salud de las personas, quedando demostrado que la SMA realizó un extenso análisis de la circunstancia establecida en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, en atención a los antecedentes que obran en expediente del procedimiento sancionatorio, así como la amplia bibliografía citada en el apartado donde se pondera dicha circunstancia.

53. A su vez, respecto a la circunstancia establecida en la letra b) del artículo 40 de la LOSMA, eso es, el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, el titular sostiene que los resultados de la fiscalización serían exagerados, ya que la afectación propuesta sería igual a la devastación física causada por una bomba nuclear de 0,5 kilotones de carga; cuestión que carece de toda lógica, pues no existe comparación entre la devastación generada por una bomba nuclear y la potencialidad de afectación analizada en el presente caso.

54. A este respecto, cabe indicar que la circunstancia de la letra b) del artículo 40 de la LOSMA incorpora un criterio numérico de ponderación, que recae específicamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas, por lo que no se requiere que se produzca un daño o afectación, sino que solo la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud.

55. De esta manera, en los considerandos 78 al 87 de la resolución sancionatoria se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados por las emisiones de la fuente emisora. Para ello, se determinó en primer lugar el área de influencia de la fuente emisora de ruido, que luego fue interceptada con la información de cobertura georreferenciada de las manzanas censales del Censo 2017, para la comuna de Concepción, en la región del Biobío, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre cada manzana censal y el área de influencia.

56. A este respecto, cabe mencionar que las Bases Metodológicas de esta Superintendencia establecen que la estimación del número de personas que pudieron verse afectadas por la infracción será realizada por la SMA en base a todos los antecedentes disponibles que sean pertinentes para estos efectos, incluyendo lo indicado en fuentes de información pública de libre acceso, como lo es la información censal⁷.

⁷ En la sentencia del caso Bocamina, considerando centésimo cuadragésimo cuarto, el Tercer Tribunal Ambiental ratificó la validez de una estimación realizada en base al último censo, en conjunto con los antecedentes del caso: “Que, respecto de la estimación de personas afectadas o en riesgo, este Tribunal entiende la preocupación de ENDESA respecto de la actualización de la información en torno al número de personas que residirían en el sector y los cambios en el entorno producto de los programas de relocalización; no obstante ello, en el diámetro de los 200 m establecidos por la SMA, se encuentran instalaciones públicas (retén de Carabineros), instalaciones comerciales (quioscos), viviendas con residentes, y

57. En línea con lo anterior, no es posible controvertir el análisis realizado por la SMA argumentando que el establecimiento no es una discoteque, cabaret ni centro de eventos y que durante sus once años de existencia solo se han presentado tres denuncias en su contra; lo cual se traducen en meras afirmaciones que no tienen un sustento técnico.

58. A mayor abundamiento, el método utilizado por la SMA para determinar el número de personas cuya salud pudo afectarse ha sido validado por la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol N° 56030-2021, en la cual indicó lo siguiente:

*“[...] el reproche contenido en la reclamación a la determinación del número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción se hizo consistir en el **contraste entre las 1.002 personas contabilizadas por la SMA y el hecho de haberse interpuesto sólo una denuncia, versus el tratarse, la “semana buinense”, de una actividad abierta a toda la comunidad de manera gratuita, argumento que pretende restar relevancia al cómputo de la autoridad de fiscalización ambiental en función de la amplitud del número de beneficiarios asociados a la fuente de emisión de ruido.***

*Noveno: Que, así entendida, esta alegación tampoco podrá ser oída, si se considera que **no resulta apta para modificar el “número de personas” calculado por la SMA, único presupuesto de hecho exigido por la norma que aquí se estudia**”⁸ (énfasis agregado).*

59. En atención a lo anterior, las alegaciones del titular necesariamente deben ser descartadas.

60. Por otra parte, sobre las alegaciones referidas a la falta de cooperación, cabe retirar que la Res. Ex. N°1 Rol D-034-2021 fue notificada por carta certificada al titular, quien pudiendo hacerlo no respondió el requerimiento de información contenido en dicha resolución ni aportó antecedentes que permitieran el esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias o sus efectos, así como la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LOSMA. Por esta razón, y tal como se consignó en la resolución sancionatoria, se aplicó la falta de cooperación como un factor de incremento de la multa.

61. Finalmente, en relación con la supuesta falta de consideración del impacto de la pandemia por Covid-19, que alega el titular, esta Superintendente se remitirá a los considerandos 104 al 109 de la resolución sancionatoria, donde se ponderaron las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia Covid-19, señalando expresamente que *“[...] para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el*

existen vías públicas para el tránsito peatonal y vehicular, tal y como fue apreciado por este Tribunal durante la inspección personal llevada a cabo en la localidad de Coronel, y que fue decretada como medida para mejor resolver a fs. 933 de autos, por lo que la estimación de la SMA podría estar incluso por debajo del número real de personas que pudiesen ser catalogadas como receptores de ruido. Por todo lo anteriormente considerado, esta alegación será desechada”.

⁸ Ver sentencia de casación, dictada con fecha 23 de diciembre de 2022.

periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, **de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción a aplicar**” (énfasis agregado). De esta manera, se empleó el factor de disminución correspondiente al infractor del presente caso.

62. Adicionalmente, y pese a que el titular no alega la capacidad de pago, es necesario relevar que en este caso se aplicó asimismo un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción, debido la empresa fue categorizada como **Pequeña 3**. De acuerdo con ello, no se advierte desproporcionalidad alguna en la aplicación de la multa de 25 UTA.

63. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que se resolverá por esta Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Rechazar el recurso de reposición presentado por Diego Alejandro Serrano Valenzuela, actuando en representación de Sociedad Comercial Tandil Limitada, en contra de la Res. Ex. N° 2369/2021, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-034-2021, **manteniéndose la sanción consistente en una multa de veinticinco unidades tributarias anuales (25 UTA)**; en atención a los argumentos indicados en los considerandos de la presente resolución.

SEGUNDO. Téngase por acreditada la **personería de Diego Alejandro Serrano Valenzuela para representar a la empresa**, mediante copia de escritura pública otorgada con fecha 14 de diciembre de 2007 ante el Notario Público Mario Patricio Aburto Contardo.

TERCERO: En el marco del **Convenio de Colaboración suscrito con esta Superintendencia**, remítase a la **Ilustre municipalidad de Concepción** la presente resolución sancionatoria para su consideración y fines pertinentes, en el marco de la renovación de la patente de alcoholes, conforme a la Ley N° 19.925, que establece la ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas. **Sírvase la presente resolución como suficiente oficio remitisor.**

CUARTO: Recursos que proceden en contra de 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, en contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del remanente del plazo de quince días hábiles, el cual fuera suspendido con ocasión de la presentación del recurso de reposición aludido, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la LOSMA. 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.

QUINTO: 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 será 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. Para dichos efectos, se deberá acompañar el certificado de pago de la Tesorería General de la República correspondiente.

Se hace presente que el pago de la multa deberá efectuarse en la oficina correspondiente de la Tesorería General de la República o mediante la página web de dicho servicio, en la sección “pago de impuestos fiscales y aduaneros en línea”, a través del siguiente link:

<https://www.tgr.cl/pago-de-impuestos-fiscales-y-aduaneros/>

En ambos casos, para realizar el pago deberá utilizarse el **formulario de pago N° 110, especialmente dispuesto para dicho efecto**.

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace:

<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

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.

SEXTO: 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



MARIE CLAUDE PLUMER BODIN
SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE

Notificar por carta certificada:

- Sociedad Comercial Tandil Ltda., domiciliada en [REDACTED] comuna de Concepción, región del Biobío.
- Sergio Andrés Quiñones Cabrera, domiciliado en [REDACTED] comuna de Concepción, región del Biobío.
- Danitza Inés Cabrera Sepúlveda, domiciliada en [REDACTED] comuna de Concepción, región del Biobío.
- Genoveva del Carmen Alvarado Téllez, domiciliada en [REDACTED] comuna de Concepción, región del Biobío.

CC:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente
- Oficina Regional del Biobío, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Sección de Control Sancionatorio, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol D-034-2021

Expediente Cero Papel N° 29368/2021.