

EN LO PRINCIPAL: Deduce reclamación de ilegalidad; **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos; **SEGUNDO OTROSÍ:** Señala forma de notificación que indica; **TERCER OTROSÍ:** Se tenga presente.

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

SEBASTIAN URRUTIA MENDOZA, Abogado, Cedula nacional de Identidad N° 10.825.384-3, domiciliado en calle San Martin N° 668, Oficina 2ª, Concepción, en representación judicial de don **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, quien concurre 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, a **SS. ILTMA** con respeto digo:

Que por este acto; en virtud de lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO - SMA), y 17 N°3 y 18 N°3, de la Ley N°20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, y en razón de los argumentos de hecho y de Derecho que hago valer más abajo; vengo en deducir reclamación por ilegalidad contra la Resolución Exenta SMA N°976/2023, de fecha 6 de junio de 2023, dictada por la Superintendente del Medio Ambiente, Marie Claude Plumer Bodin, en su calidad de Jefe y representante de la fecha 12 de junio de 2020, en el marco del Proceso Administrativo Sancionatorio ROL D -034 - 2021.

Solicitamos a este Tribunal Ambiental se sirva tener por presentada la reclamación, y en su mérito y conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Tribunales Ambientales (en adelante LTA) acogerla, declarar la ilegalidad de la R.E. número 976/2023, y disponer su anulación total o parcial, todo ello conforme a los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho que a continuación se expondrán de la siguiente forma

I. ASPECTOS PRELIMINARES: DEL TRIBUNAL AMBIENTAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LA RECLAMACIÓN.

El artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en el artículo segundo de la Ley N°20.417 (en adelante, LO - SMA), permite a los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia

no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, reclamen de las mismas, ante el Tribunal Ambiental competente.

En el mismo sentido, la referida LTA prescribe en su artículo 17 N°3 que estos organismos jurisdiccionales serán competente para: “3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción. “

Luego, considerando que los hechos que motivaron la instrucción del proceso sancionatorio tuvieron lugar en la comuna de Concepción, Región del Bio Bio, y que el artículo 5°, literal a) de la LTA, establece que el Tercer Tribunal Ambiental cuenta con competencia territorial en la mencionada Región, concluimos que SS. ILUSTRE posee jurisdicción y competencia para conocer de la presente reclamación de ilegalidad.

II. ASPECTOS PREMILINARES: DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y DEL PLAZO PARA PRESENTAR RECLAMACION DEL ARTÍCULO 56 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE.

Respecto de la legitimación activa, el artículo 56, inciso primero, de la LO - SMA, prescribe: “Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”.

De esta manera, la referida norma legal nos habilita como regulados, supuestos infractores y afectados para comparecer ante SS. ILUSTRE y reclamar la Resolución Exenta N°976/2023, recaída en el Proceso Administrativo Sancionatorio ROL D - 034 – 2021 que falla el recurso de reposición interpuesto por esta parte en contra de la resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021, y que confirma la referida aplicando en efecto la sanción de multa de 25 UTA y que constituye el acto administrativo terminal o decisional del Proceso Administrativo Sancionatorio ROL D - 034 – 2021 en razón de su ilegalidad manifiesta, y habida cuenta del hecho que mediante ella se nos impone una sanción de multa de 25 Unidades Tributarias Anuales, en razón de una supuesta infracción ambiental que se nos atribuye sin satisfacer las más mínimas exigencias legales y de lógica formal.

Respecto del plazo debemos señalar que la carta certificada por la cual se comunico la notificación de la referida resolución exenta tiene fecha de recepción de 15 de junio de 2023 en la Oficina de Correos de Concepción

Luego, habiéndonos sido efectivamente notificada la resolución reclamada recién con fecha 15 de junio -tal como se desprende de documento de Correos de Chile acompañado en otrosí-, nos encontramos dentro del plazo legal de 15 días hábiles que establece el artículo 56 de la LO - SMA para reclamar ante la judicatura ambiental especializada.

Lo anterior, habida cuenta de que la presunción de conocimiento o de notificación de cartas certificadas que contiene el artículo 46 de la Ley N°19.880, es de naturaleza relativa, iuris tantum o simplemente legal, y que tal como lo ha interpretado la Tercera Sala de la Corte Suprema en forma unánime (inter alia en casaciones ROL 7.359/2018, impugnatorias de sentencia dictada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental): “(…) la citada presunción trata de las notificaciones efectuadas por medio de carta certificada cuya fecha de entrega se desconoce, motivo por el cual le legislador establece, de manera previa y explícita, un modo objetivo de establecer el día en que se efectuó la notificación de que se trata, proceder con el que se pretende eliminar la incertidumbre derivada de tal desconocimiento, otorgando de este modo a las partes una mínima seguridad en torno a la contabilización de los plazos dentro de los que pueden ejercer sus derechos”...“en esas condiciones, forzoso es concluir que la presunción simplemente legal en comento ha resultado vencida, pues existe certeza en cuanto a la fecha en que la notificación se practicó (...)”.

III. DE LA RECLAMACION PROPIAMENTE TAL

1. PETICION PRINCIPAL

Que en mérito de la normativa ya mencionada venimos en solicitar a SS. Itma declarar la ilegalidad de la R.E. número 976/2023, y disponer su anulación total o parcial, por las siguientes razones jurídicas

A. Invalidez del acta de fiscalización

El procedimiento sancionatorio en contra de mi representada según consta 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 arrojó 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 último, 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” ubicado en Lincoyán 135. 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.

A este respecto debemos señalar que la omisión en el acta de fiscalización de consignar las circunstancias y el contexto en que se desarrolla la fiscalización deviene en la ilegalidad de la misma.

Lo anterior dado que, para gozar de valor probatorio en el proceso administrativo referido, el acta de inspección ambiental tendría que haber sido levantada con arreglo a lo que dispone la LO - SMA y las disposiciones que “le correspondía aplicar (según dispuso el legislador en el artículo 56 de la LO - SMA)”, las cuales son en la especie, tanto aquellas contenidas en la Resolución 1184/2015, como en la Guía de la propia SMA para el Llenado del Acta y Recomendaciones para la Inspección Ambiental (aprobada mediante Resolución Exenta N°251/2018, dictada con fecha 01 de marzo de 2018 por el Sr. Superintendente del Medio Ambiente), así como en el “Protocolo Técnico para la Fiscalización del D.S. MMA 38/2011 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA (aprobado mediante la Resolución Exenta SMA N°867/2016)”.

En las Instrucciones generales de la SMA aprobadas mediante la Resolución 1184, ya en 2015 se establecía recomendaciones para la redacción del Acta de inspección ambiental, entre las cuales destaca aquella que señala: “los hechos que deberán ser consignados son aquellos que ocurren o se aprecien durante la visita en terreno y deberán ser descritos indicando la forma en que son percibidos o han llegado a su conocimiento (artículo decimocuarto, letra a)”, y “los hechos percibidos deben ser contextualizados indicando las circunstancias relevantes en que se desarrolló la visita en terreno, por ejemplo, la hora, las condiciones meteorológicas o ambientales relevantes que puedan incidir en su percepción, o la ubicación georreferenciada del punto donde se toma la observación (mismo artículo recitado, literal c)”.

Ahora, contrastada con la Guía de 2018, resulta llamativo que en el Acta no se consignen antecedentes referidos a circunstancias que alteren el desarrollo de la inspección (acápite 5.7. de la Guía), y menos se satisfagan las exigencias institucionales asociadas a la descripción de los hechos constatados y/o actividades realizadas (acápite 5.8. de la Guía), toda vez que el fiscalizador no describió con precisión en el documento los hechos constatados ni la forma en que fueron percibidos (5.8. N°2), ni tampoco redactó su descripción considerando el mandato del Sr. Superintendente contenido en la Guía, en el sentido que “los hechos percibidos deben ser contextualizados indicando, según sea el caso,

las condiciones ambientales relevantes que puedan incidir en su percepción, tales como condiciones meteorológicas, luminosidad, visibilidad (...) (5.8. N°4)".

A mayor abundamiento, en el "Protocolo Técnico para la Fiscalización del D.S. MMA 38/2011 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA", aprobado mediante la Resolución Exenta SMA N°867/2016, también se contemplan "Consideraciones para el llenado del acta de inspección", entre las cuales se señala, nuevamente, la "Contextualización de la actividad".

En consecuencia, al no contextualizarse el proceso de fiscalización al no mencionar que en un área de 50 metros de extensión operaban (y aun operan en la actualidad) al momento de la fiscalización otros 4 pubs con música en vivo.

De este modo, encontramos a la base del respectivo procedimiento administrativo un acto que contraviene los principios constitucionales de juridicidad y de legalidad, pilares sobre los que descansa el Derecho público y sus distintas ramas (tales como el Derecho administrativo sancionador y el Derecho ambiental, por cierto), y cuya observancia por parte de los órganos públicos es condición de posibilidad para que los ciudadanos podamos contar en un caso concreto con las garantías de un debido proceso y de una investigación racional y justa, eliminando cualquier atisbo de parcialidad o discriminación arbitraria en el trato que dispensa el Estado

En consecuencia, la Resolución Exenta SMA N°976/2023, de fecha 6 de junio de 2023, al confirmar y declarara firme la sanción aplicada a mi representada señalando que: "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" Esto en abierta contradicción con la acta de fiscalización que no hace ni siquiera referencia a la existencia de otras fuentes de ruido en un área inferior a los 50 metros de extensión.

B. No consideración de los efectos de la pandemia COVID 19 en la notificación y conocimiento por mi representado del proceso sancionatorio para los efectos de que mi representada tomase conocimiento de la resolución exenta número 1/rol d-034-2021 que contenía la formulación de cargos y la solicitud de presentación 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 mi representado nunca pudo imponerse 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 debemos 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 ordenar la 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, resguardando 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, pág. 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 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, 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.

En consecuencia, la resolución que se recurre incurre en una ilegalidad manifiesta al rechazar la reposición planteada a este respecto al señalar que: “Se advierte que al tiempo en que se notificó la resolución exenta N° 1 ROL D-034-2021 la comuna de Concepción se encontraba en fase de TRANSICION, 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”

Esto ya que durante la FASE DE TRANSICION según lo dispuesto por Resolución Exenta N° 43 de fecha 14 de enero de 2021 que establece el plan “paso a paso” se señala expresamente que el “comercio no esencial” podría funcionar de lunes a viernes. La falta de recursos provocada por la inactividad de la pandemia impidió a mi representada retomar el funcionamiento del local comercial Latitud Sur, el cual solo abrió nuevamente sus puertas al público en el mes de diciembre de 2021 por lo que efectivamente se configuran las circunstancias alegadas por esta parte que le impidieron tomar conocimiento de la formulación de cargos y presentar oportunamente su defensa vulnerándose así el derecho a la oportuna y debida defensa jurídica del administrado.

2. PETICION SUBSIDIARIA

En el poco probable evento que SS. ILUSTRE desestime la presente reclamación, y de ese modo valide la sanción impuesta y el irregular proceso administrativo que le sirve de base; vengo en solicitar en forma subsidiaria que se ordene rebajar en todo o parte la multa impuesta, conforme al mérito de lo de lo que se expondrá y a la luz de los siguientes argumentos:

La Resolución Exenta SMA N°976/2023, de fecha 6 de junio de 2023 señala en sus acápite 39 y siguientes una serie de consideraciones para denegar al final la solicitud de ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA a fin de la aplicación de una multa de 25 UTA

Con respecto al “beneficio económico” según 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 cuando confirma la resolución sancionatoria respecto de la cual se interpuso recurso de reposición establece un escenario de cumplimiento que asocia al 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 provoco molestia a los vecinos, por lo cual nunca más se optó por esta vía de reproducción musical.

En consecuencia, siendo el pub Latitud Sur un establecimiento familiar en el que solo se sirven comidas y bebidas careciendo de escenario y de grandes equipos de amplificación sonora (solo un equipo marca Technics y 7 parlantes de 60 Watts, 4 en interior y 3 en exterior) 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.

Por otro lado, con respecto al factor de ponderación 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 señalado en la resolución que se recurre este concluyendo respecto del caso 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”.

Pero la resolución 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).

A este respecto debemos señalar que como se ha interpretado por los Tribunales Ambientales, lo que la SMA debe buscar para configurar la circunstancia en comento es la existencia de un peligro concreto. El Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, por ejemplo, ha sostenido en forma expresa que de no ser capaz la Superintendencia determinar la existencia de este peligro concreto, este componente no debiere ser considerado como circunstancia para la determinación de la sanción (sentencia recaída en el ROL R - 15 - 2015, de fecha 8 de febrero de 2016).

De ahí entonces la importancia de precisar la expresión “concreto”, porque su empleo implica la necesidad de incorporar un criterio de vinculación directa entre el hecho y el peligro ocasionado, lo que en la resolución impugnada no queda establecido, ya que sólo se asume en ella que la generación de ruido puede generar ciertas externalidades, que como la misma guía de la OMS señala, se pueden verificar por diversas fuentes y según la condición variable de las personas expuestas.

A mayor abundamiento, recientemente la Corte Suprema ha señalado que la “actividad del órgano reclamado se encuentra sometida al principio de exhaustividad, cómo surge de lo estatuido en el inciso final del artículo 3° del

D.F.L. N°1 del año 2000 (del Ministerio Secretaría General de la Presidencia), que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

Agrega el máximo Tribunal que “(...) de dicha disposición se desprende que los órganos de dicha administración se hallan regidos por un conjunto de principios que los obligan, en el desempeño de sus labores, a obrar, entre otras exigencias, con la mayor responsabilidad, eficiencia, probidad y transparencia, de manera que su actividad no puede entenderse caracterizada por un cariz de pasividad o de indiferencia, sino que por el contrario, en su desempeño tales entidades han de impulsar el avance de los procedimientos que deben conocer, deben emplear con eficiencia los recursos que han sido puestos a su disposición, han de obrar coordinadamente y deben someter sus decisiones a la revisión de sus superiores. De tales predicamentos se desprende, como es evidente, un mandato que los engloba y que obliga a la administración a ejercer sus facultades y a cumplir sus deberes de manera que los mismos sean plenamente satisfechos, lo que sigue, como es natural, que si reprocha a un particular la comisión de una determinada infracción deberá agotar los medios disponibles para verificar si dicha transgresión fue efectivamente cometida de qué modo ocurrió y quién es el responsable de su realización” (sentencia de la excelentísima Corte Suprema, del 8 de enero de 2018, recaída en ROL N°38.817 del año 2017).

De la sola lectura de la resolución impugnada es posible apreciar que la SMA entiende configuradas las circunstancias en atención a la mera existencia de ruido, sin ser exhaustivos en determinar con precisión cuál es el riesgo concreto, ni en la supuesta vinculación entre los hechos y un peligro concreto. Básicamente, la autoridad fiscalizadora entiende que hay afectación en la calidad de vida por el mero hecho de existir un ruido, aunque provenga de un parlante o un elemento de sonido y su volumen sea moderado, sin atender a los elementos de contexto ni a las características específicas de el o los receptores.

Mayor importancia adquiere el considerar que 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 lustel, primera edición, España. Pág. 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.

En un tercer orden de ideas debemos hacer referencia al factor de ponderación señalado en el ya citado artículo 40 de la LOSMA esto es esto es “El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción”. La resolución que se impugna señala o ratifica que respecto a este factor de ponderación se produce una 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 y una 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 kilotones 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 discotheque, 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.

En una cuarta carga de consideraciones debemos referirnos a que se consideró para la aplicación de la multa a mi representada de factores agravantes o factores de incremento considerándose “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 (, 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.

Por ultimo debemos señalar que debe considerarse que La multa impuesta por 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, y atendidos los argumentos de hecho y de Derecho esgrimidos,

A SS. ILUSTRISIMA SOLICITO: se sirva tener por deducida en tiempo y forma reclamación de ilegalidad contra la Resolución Exenta Resolución Exenta SMA N°976/2023, de fecha 6 de junio de 2023, dictada por la Superintendente del Medio Ambiente, Marie Claude Plumer Bodin, en su calidad de Jefe y representante de la Superintendencia del Medio Ambiente, acogerla y en definitiva declarar la ilegalidad del acto administrativo impugnado, dejándolo sin efecto, o en subsidio, disponer una rebaja de la multa impuesta, en atención a los argumentos de hecho y de Derecho esgrimidos.

PRIMER OTROSI: RUEGO A SS ILTMA. Se sirva tener por acompañados a esta presentación los siguientes documentos

1. Escritura Pública de mandato Judicial que acredita mi personería para comparecer a nombre de la sociedad supuestamente infractora
2. Resolución Exenta SMA N°976/2023, de fecha 6 de junio de 2023, dictada por la Superintendente del Medio Ambiente, Marie Claude Plumer Bodin, en su calidad de Jefe y representante de la Superintendencia del Medio Ambiente, R.U.T. N°61.979.950-K,
3. resolución exenta N° 2369, de fecha 29 de octubre de 2021, dictada en procedimiento sancionatorio ROL D-034-2021

POR TANTO,

A SS. ILUSTRE SOLICITO: tener por acompañados los documentos señalados.

SEGUNDO OTROSI: Que por este acto igualmente, vengo en solicitar se me notifiquen en forma electrónica los actos procesales que SS. ILUSTRE dicte, a la dirección de correo electrónico sebastianurrutiame@gmail.com.

POR TANTO, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N°20.600,

A SS. ILUSTRE SOLICITO: registrar el correo electrónico señalado y ser notificado en forma electrónica.

TERCER OTROSI: Ruego a SS. Ilustre, tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, domiciliado para estos efectos en calle San Martín n° 668. oficina -A, Concepción, asumo el patrocinio de mi parte en la presente causa y que actuaré personalmente, sin perjuicio de delegar la representación cuando lo estime conveniente

POR TANTO,

A SS. ILUSTRE SOLICITO, tenerlo presente.