

EN LO PRINCIPAL: FORMULA DESCARGOS; **EN EL OTROSÍ:** SEÑALA FORMA DE NOTIFICACIÓN.

SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

EDUARDO GIBSON Z. en representación ya acreditada en autos de **CONSTRUCTORA SANTOLAYA LTDA.** (en adelante también, el Titular) en autos sobre **proceso administrativo sancionatorio Rol D-176-2023** respetuosamente digo:

Encontrándome dentro de plazo y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica Constitucional de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), vengo en presentar descargos en relación a los cargos formulados por esta Superintendencia (SMA) en contra de mi representada mediante la Resolución Exenta N° 1 de este expediente administrativo, de fecha 31 de julio de 2023, solicitando desde ya que esta sea absuelta de todos los cargos formulados.

Las alegaciones del presente escrito se resumen en las siguientes:

- (i)** Se advierten infracciones al deber de asistencia al cumplimiento que pesa sobre el organismo.

En efecto, esta parte no recibió, pese a haber presentado ella misma las mediciones de ruido, asistencia alguna por parte del organismo fiscalizador.

Asimismo, por cuanto el PDC que fuere ingresado por esta parte en el sancionatorio fue rechazado de plano sin posibilidad de que se le realizaran enmiendas ni mejoras;

- (ii)** Las mediciones de ruido realizadas por la entidad técnica adolecen de deficiencias en el Receptor 1 que afectan su validez para configurarlas como cargo en el presente procedimiento, cuestión reconocida por esta misma

SMA; y

- (iii)** Finalmente, y en subsidio de lo anterior, se solicita que se tenga en consideración la implementación efectiva de medidas correctivas, lo que se aprecia claramente de los resultados de medición de ruido del último día de medición, a efectos de la configuración de la sanción a imponer.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de marzo de 2022, la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) concurrió a dependencias de una faena de construcción de un edificio residencial de propiedad de mi representada ubicada en calle Manuel Antonio Tocornal N°312, comuna de Santiago motivada por una denuncia por supuestos ruidos molestos ingresada en el año 2021.
2. El proyecto consistió en la construcción de un edificio residencial de 9 pisos y 2 subterráneos que, a la fecha de la inspección mencionada anteriormente se encontraba construyendo el tercer piso en etapa de obra gruesa.
3. En el acta de inspección citada, consta que los funcionarios de la SMA no realizaron la medición de ruido personalmente “*dado que la emisión de ruido se vio intervenida por una fuente de ruido externa*¹”.
4. Debido a dicha “imposibilidad” manifestada por los fiscalizadores, se le requirió en el mismo acto de inspección a mi representada que presentara un informe acerca de la emisión de ruido por sus faenas, exigiéndole que éste sea realizado por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA) acreditada, junto con acompañar medios de verificación acerca de la implementación de medidas de control de ruido.

¹ Acta de inspección de 24 marzo 2022, p.2.

5. Esta parte acompañó a Ud., Informe N° MED1918.1-01-22 elaborado por la ETFA “SEMAM” con fecha 29 abril 2022 que da cuenta de la realización de 3 mediciones de ruido en los días 25, 26 y 27 de abril.
6. Dicho informe da cuenta de que en el Receptor N°1 (R1) para los días 25 y 26 de abril se habría producido una superación de la norma de emisión de ruido del DS N°38/2011 con una excedencia de 7 dB(a) y 2 dB(a), respectivamente.
7. Pese a que el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2022-1408-XIII-NE de junio 2022 (IFA) elaborado por la SMA **cuestiona aspectos relevantes del Informe ETFA**, de todos modos, a través de la Res. Ex. N°1 de este expediente, el organismo procede a formularle cargos a mi representada por la superación normativa indicada anteriormente.
8. La formulación de cargos fue notificada a mi representada con fecha **2 de agosto de 2023**.
9. De conformidad a Carta Gantt acompañada en etapa de fiscalización, la obra gruesa del edificio culminó el 3 de agosto de 2022, mientras que la finalización de las faenas constructivas ocurrió el 3 de enero de 2023, de modo que el presente procedimiento sancionatorio inició una vez que la fuente emisora de ruido y las faenas constructivas ya habían terminado hace 8 meses.
10. Con fecha 16 de agosto de 2023 esta parte presentó un Programa de Cumplimiento (PdC) proponiendo acciones de conformidad a la Guía de Programa de Cumplimiento para infracciones al DS N°38/2011 y a la Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento, considerando, además, de que **la obra ya estaba terminada**.
11. Mediante la Res. Ex. N° 2 del presente expediente, y sin mediar ronda de observaciones, aclaraciones o correcciones alguna la SMA procedió -de plano- a rechazar el PdC propuesto por mi representada, declarando la continuidad del actual sancionatorio.

ALEGACIONES QUE DESVIRTÚAN LOS CARGOS FORMULADOS.

I. Existen infracciones al deber de asistencia al cumplimiento en el presente procedimiento que lo anulan completamente.

1. Llama la atención de que si bien esta parte presentó en etapa de fiscalización a requerimiento de esta SMA, las mediciones de ruido exigidas por el D.S. N°38/2011, junto con implementar medidas para el control de sus emisiones acústicas, ésta no haya recibido asistencia alguna de parte del organismo, ni en etapa de fiscalización, ni en el actual sancionatorio.
2. De conformidad al art. 3 literal u) de la Ley Orgánica de la SMA (LOSMA), dentro de sus atribuciones, la Superintendencia cuenta con el deber de **“Proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanen de los instrumentos individualizados en el artículo 2º de esta ley.”**. Dentro de dicha orientación a la comprensión de las obligaciones del art. 2 de la LOSMA se enmarcan las normas de emisión, como el D.S. N°38/2011.
3. Esta asistencia al regulado puede adoptarse no necesariamente durante un procedimiento sancionatorio, sino que también en etapas previas a éste, y ello ocurre muchas veces en lo que la propia SMA ha denominado “corrección temprana”.
4. El 2º Tribunal Ambiental recientemente ha fallado justamente en casos de sanciones por infracción a la norma de emisión de ruido que **“... la SMA, al tomar conocimiento de una denuncia debe, además de ejercer su potestad sancionatoria, asistir al presunto infractor en el cumplimiento de la**

normativa ambiental, con mayor razón si éste aporta antecedentes tales como mediciones y medidas de mitigación adoptadas².”.

5. En este caso, mi representada no sólo aportó la medición de ruido realizada por una ETFA en etapa de fiscalización, sino que también acompañó una serie de medidas adoptadas destinadas a controlar sus emisiones acústicas. Esta parte, desde el primer momento, manifestó una intención y disposición de cumplir con la norma de emisión.
6. El mismo fallo ya citado del 2º Tribunal Ambiental declara al respecto que “... *el Tribunal ha dejado clara la necesidad de que la SMA otorgue la debida asistencia al regulado desde etapas tempranas, de manera tal que no se vea mermado su derecho a defensa, ni las posibilidades de que este adopte medidas correctivas y preventivas de manera oportuna. Lo anterior con la finalidad de incentivar la cooperación entre la Administración y los regulados...³*”.
7. No obstante, ante dichas actuaciones, la Superintendencia no efectuó comunicación ni acercamiento alguno con mi representada luego de su visita de inspección de marzo 2022, procediendo sin más a formularle cargos, omitiendo el brindar una asistencia desde las etapas más tempranas del proceso completo de sanción.
8. De este modo, se advierte la primera vulneración al derecho de recibir asistencia al cumplimiento de mi representada, por parte de la SMA. A diferencia de otros procedimientos sancionatorios, en este caso no hubo posibilidad de acceder a una fase de corrección temprana, aunque como se verá, en los hechos mi representada si ejecuto medidas que permitieron asegurar el cumplimiento normativo.
9. Seguidamente, y de conformidad al derecho que le asiste a todo sujeto de un

² Sentencia 2TA, 25 octubre 2023, R-378-2022, Consid.15º.

³ Sentencia 2TA, 25 octubre 2023, R-378-2022, Consid.18º.

procedimiento sancionatorio, mi representada presentó un PdC dentro de plazo, proponiendo acciones concretas para volver a la situación de cumplimiento, las que estaban ya todas ejecutadas al momento de su ingreso dada la naturaleza temporal y acotada de las faenas de construcción del edificio y al hecho de que éste ya se encontraba finalizado al momento de dar inicio al presente sancionatorio.

10. No obstante, y sin mediar observación, comentario o corrección alguna al instrumento presentado por esta parte, la SMA procedió a rechazarlo de plano por cuanto las acciones que se habrían propuesto habrían resultado como “no eficaces” debido a que ya estaban ejecutadas y que el mismo informe ETFA que se reiteró en el PDC daba cuenta de la comentada ineficacia.
11. Al respecto, la propia Guía general de PDC de la SMA⁴ ha consolidado expresamente la actitud de asistencia al cumplimiento que la entidad ha adoptado frente a presentaciones de este tipo de instrumentos por parte de titulares, declarando que “**La actividad administrativa hasta la fecha indica que, por regla general, los PDC presentados requieren de un proceso de revisión previo a su aprobación o rechazo, que se efectúa a través de una o más resoluciones exentas de la SMA que requieren la incorporación de observaciones que apuntan a precisar, clarificar o directamente señalar la insuficiencia de las acciones o medidas propuestas del PDC presentado.** Este proceso implica que los PDC presentados eventualmente requieren modificaciones de forma previa a su aprobación⁵.”.
12. Si bien la SMA está facultada legalmente para rechazar de plano un PDC, ello debe ser debidamente justificado por el acto de rechazo, cuestión que en este caso no ocurre, por cuanto éste solo se limita a señalar que las acciones ya estarían ejecutadas y que el informe de la ETFA acompañado justificaría su

⁴ <https://portal.sma.gob.cl/index.php/guias-sma/>

⁵ Guía PDC SMA, p.24

ineficacia. En este caso, se trata de una sola infracción, acotada en el tiempo y que fue calificada como leve. ¿Qué antecedente justifica su rechazo sin mediar observaciones?

13. Como ya se ha venido indicando, y tal como el 2º Tribunal Ambiental lo ha fallado, el derecho a “*la debida asistencia al cumplimiento ambiental no se satisface con el mero hecho de hacer presente en la formulación de cargos la posibilidad de presentar un PDC (...). Tampoco satisface el estándar de la debida asistencia al cumplimiento el señalar, en la referida resolución, el link de la guía metodológica respectiva*⁶.”.
14. Del mismo modo, en otra causa señaló el mismo Tribunal que “*es relevante que la autoridad fiscalizadora tenga un rol activo en la promoción de la asistencia al cumplimiento, fomentando la colaboración en aras de una más efectiva protección*⁷.”.
15. Esta parte, desde mucho antes del ingreso del PdC siempre tuvo la intención de cumplir con la normativa aplicable, y de volver a la situación regular respecto de ella. Prueba de ello fueron las reiteradas oportunidades en que se acompañaron documentos relacionados con la implementación de acciones en etapa de fiscalización y la elaboración de un informe de medición de ruidos por parte de una ETFA.
16. En efecto, dicho informe ETFA, que es empleado por la SMA para formular cargos y también para rechazar el PDC, **da cuenta de la efectividad de las acciones que fueron implementadas por este Titular**, por cuanto da cuenta de la existencia de la superación de la norma contenida en el DS N°38/2011 en un receptor determinado (R1) en 2 de los 3 días de medición (25 y 26 de abril 2022), mientras que en **el tercer día (27 de abril 2022), luego de implementadas las medidas de control y abatimiento de ruido, no se superó la norma de emisión en ninguno de los receptores**

⁶ Sentencia 2TA, 25 octubre 2023, R-378-2022, Consid.42º.

⁷ Sentencia 2TA, 25 octubre 2023, R-376-2022, Consid.39º.

sensibles.

17. De acuerdo al Informe ETFA que esta parte acompañó en sede de fiscalización, en la visita a terreno se implementaron algunas medidas de control de ruido, las que aparecen en fotografías fechadas de 27 de abril 2022, día en que se practicó la tercera medición. Si bien existen fotos del día 25 de abril 2022, ellas no muestran la implementación de medidas de control de ruido de una manera adecuada, ni tampoco de todas aquellas que fueron informadas por esta parte mediante ingreso durante la fase de fiscalización y también al momento de ingresar el PDC.
18. La eficacia de dichas medidas se aprecia claramente en el hecho de que en la última de las 3 mediciones no se constató superación normativa alguna, sobre lo cual volveremos en el apartado III., de estos descargos a efectos de una adecuada determinación, en subsidio, de las circunstancias del art.40 de la LOSMA.
19. Volviendo al rechazo de plano del PDC, si la SMA estimaba que las medidas propuestas por este Titular no eran las idóneas para volver a la situación de cumplimiento, pudo haberlo observado mediante una Resolución Exenta, dándonos la oportunidad de mejorar el programa originalmente ingresado y de ofrecer más medidas o de realizar una modelación acústica, nada de ello ocurrió en la especie.
20. Por tanto, al haberse infringido el derecho de esta parte de ser asistida en el cumplimiento de sus obligaciones, se solicita la absolución en el presente sancionatorio por los motivos ya indicados.

II. LAS MEDICIONES QUE DEMUESTRAN SUPERACIÓN NORMATIVA EN EL RECEPTOR R1 ADOLECEN DE DEFICIENCIAS QUE AFECTAN SU CREDIBILIDAD: ALGO INCLUSO RECONOCIDO POR LA SMA.

21. De acuerdo a lo indicado por el IFA que hace mención al informe ETFA

acompañado por esta parte, se realizó una medición de ruido en 4 receptores (R1 a R4) cercanos a las faenas constructivas los días 25, 26 y 27 de abril 2022.

22. De los 4 receptores medidos, 2 de dichas mediciones fueron realizadas al interior de la propiedad de los mismos (una en terraza, y otra en recinto cerrado: R2 y R4), mientras que otras dos (R1 y R3) se ejecutaron a plena calle, en las fachadas de los edificios.
23. Al respecto, de conformidad al Protocolo de Fiscalización de la norma del DS N°38/2011 aprobado por Res. Ex. N° 867/2016, existen tres tipos de mediciones: externas; internas y de ruido de fondo.
 - a. Las mediciones internas consisten en las “*realizadas al interior de un recinto cerrado*”;
 - b. La mediciones externas son “*mediciones realizadas desde el exterior, corresponden a las **realizadas en la propiedad del receptor**, pero que no se realicen al interior de su casa u oficina, por ejemplo en el patio, terraza, incluso podría considerarse un cobertizo con un techo pero que no tenga paredes que lo conviertan en un recinto confinado*⁸.”.
24. Por lo tanto, para la medición externa es requisito que ella se desarrolle en la propiedad del receptor. en este sentido, el informe ETFA da cuenta de mediciones realizadas en R1 y R3 no al interior de dichas propiedades, no en las terrazas ni en patios de las mismas, sino que en plena calle, fuera de la propiedad, en sus fachadas. Es decir, cualquier medición tomada en dichos emplazamientos es meramente referencial y no permite asumir un incumplimiento. Así, la autoridad ni siquiera se dio el trabajo de modelar sino que derechamente asume el incumplimiento, con un claro sesgo respecto del titular. En la práctica, la SMA formula cargos por los resultados de una medición realizada **en** la fuente emisora y no en un punto que refleje la realidad de algún

⁸ Protocolo SMA Fiscalización DS N°38/2011, p.14.

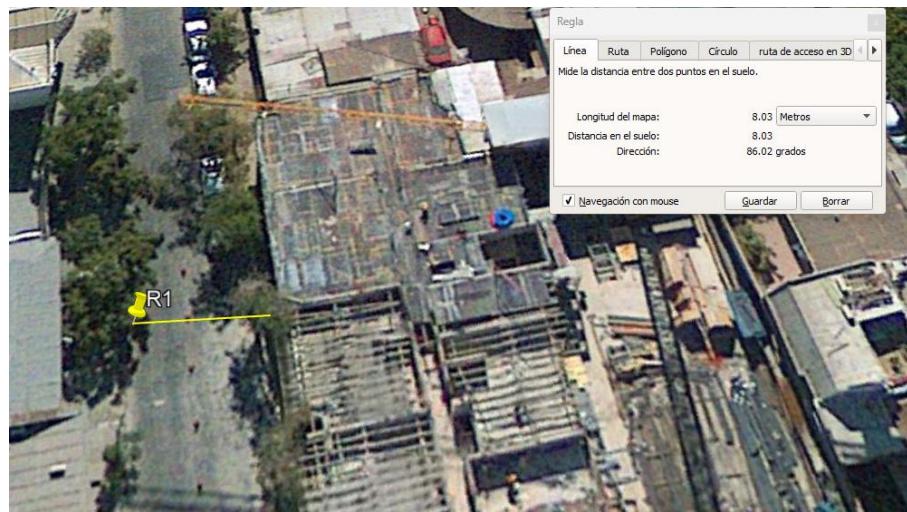
possible receptor afectado.

25. Lo anterior resulta relevante al momento de entregarse resultados de mediciones de ruido, por cuanto las mediciones se realizaron de manera muy cercana a la fuente emisora y no reflejan la realidad respecto a la inmisión acústica a que habrían estado sometidos los Receptores R1 y R3 al no haber podido realizarse mediciones al interior de sus propiedades.
26. De más está decir, además, que la medición en plena calle se ve importantemente afectada por el ruido de fondo de la circulación vial, junto con el hecho de estar **inmediatamente frente a la fuente emisora de ruido de este Titular.**
27. Ello consta de las siguientes imágenes incorporadas al Informe ETFA de medición de ruido en que se aprecia que los instrumentos de medición en el R1 fueron instalados en plena calle, afuera de la propiedad de dicho receptor y a escasos metros de la fuente emisora. En esas circunstancias, resulta evidente que la norma era susceptible de ser superada, puesto que no se midió al interior de la propiedad del receptor, sin que hayan mediado muros medianeros, panderetas ni otras construcciones de consideración para la medición exterior en terraza o jardín.



28. Lo anterior se aprecia con aún más claridad si es que se insertan las coordenadas UTM de la ubicación que se consideró para R1 y en donde se emplazó el equipo

de medición del día 25 de abril 2022 en el visor Google Earth, en el que consta claramente que: **(i)** el aparato de medición fue emplazado en la vereda, a plena calle; **(ii)** encontrándose a escasos 8 metros de la fuente emisora de ruidos. Ante una circunstancia así, resultaba evidente que iba a existir una importante medición acústica por parte de los instrumentos, algo que previó el Protocolo de Fiscalización del DS N°38/2011, pero que, no obstante, fue incumplido por la ETFA al momento de medir.



29. La circunstancia anterior da cuenta de una medición poco representativa y extremadamente desfavorable que implica en la práctica el resultado de una medición realizada en la misma fuente emisora, cuando lo relevante es tener una noción acerca de la realidad que viven los receptores respecto a la inmisión acústica, en sus propiedades, no en plena calle.
30. Es por lo anterior que se solicita a Ud., que el cargo fundado en la medición de ruido en R1 sea completamente desestimado por esta circunstancia.
31. Prueba de lo anterior es que la norma de ruido no fue superada en ninguno de los otros 3 Receptores, especialmente en el receptor R2, en el cual se realizó justamente una medición externa como la de R1, pero practicada en la propiedad del afectado, en una terraza separada por escasos 11 metros de la fuente emisora, tal como se aprecia en la siguiente imagen:



32. De este modo, consta cómo no se consideraron las circunstancias reales de los receptores en la medición de R1, cuestión que en R2 sí fue correctamente aplicada y que dio cuenta de que la emisión de ruidos estaba dentro de los parámetros de la normativa en los 3 días.
33. Ante esto, resulta evidente que, si las mediciones en R1 hubiesen sido practicadas en la propiedad del receptor en un sector ubicado al exterior de dicha propiedad, los resultados habrían sido inferiores a la norma del DS N°38/2011. Cabe señalar que por lo que se puede apreciar de las imágenes de google earth, el inmueble frente al receptor R1 no tiene un patio delantero o terrazas en las que sus ocupantes desarrolleen actividades al aire libre. De tal manera, una medición en plena calle es totalmente inapropiada. En este sentido, es la SMA la que por norma debe controlar la labor de las ETFA y certificarlas, por lo que debió haber advertido esta situación.
34. De este modo, no correspondía practicar las mediciones en plena calle, cuestión que anula por completo los resultados y no pueden ser considerados como válidos para fundamentar los cargos del presente sancionatorio.

III. LA DENUNCIA CONTIENE DATOS QUE AFECTAN LA DEBIDA INTELIGENCIA DE LA MISMA Y, POR TANTO, EL INICIO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO.

35. En la Denuncia 1564-XIII-2021 que dio origen a la fiscalización de la SMA que culminó con el presente sancionatorio, consta que la denunciante reside en un punto de la región metropolitana indicado con las siguientes Coordenadas en formato decimal: Latitud: -33.445990°; Longitud: -70.667060° y que los ruidos afectarían la misma manzana en que ella vive (menos de 200m).

36. Pues bien, incorporadas las coordenadas indicadas en la denuncia al sistema Google Earth se arroja que su domicilio se encontraría en la intersección de las calles Romero con Av. Cumming en la comuna de Santiago, pero a más de 2 kilómetros de distancia de la faena de construcción de mi representada.



37. Al respecto, y dada la indeterminación de la ubicación del denunciante supuestamente afectado por las obras de mi representada, se desconoce si es que efectivamente existía o no algún receptor sensible susceptible de ser afectado por

las faenas.

38. Al desconocer la ubicación real de la denunciante, no pudo realizarse una medición en su propiedad, desconociéndose si es que eran reales o no los hechos que motivaron el inicio de la fiscalización.
39. A lo anterior, debe agregarse el hecho ya alegado de que la única superación normativa que arrojó la medición realizada por la ETFA, fue obtenida en un punto ubicado en plena calle, muy cercano a la fuente emisora y no en recintos o propiedades (ya sea interior o exterior) de receptores sensibles, incluida la denunciante.
40. De manera adicional, y de modo de reflejar un cumplimiento real de la norma del DS N° 38/2011 y que la superación por la cual se formularon cargos a mi representada fue obtenida en base a mediciones hechas prácticamente encima de la fuente emisora, damos cuenta de que en la propiedad de la denunciante que dio inicio a la fiscalización de este expediente no se constató la existencia de superación de la norma del DS N°38/2011.
41. En efecto, la Denuncia 1564-XIII-2021 ya citada, señala una dirección de los hechos denunciados: calle Marín N°443, Santiago.
42. Esa dirección no dice relación alguna con domicilio de la denunciante, sino que es un punto de referencia del edificio que estaba siendo construido por mi representada, ya que este tiene fachada tanto en calle Marín como en Manuel Antonio Tocornal.
43. Una vez más, se desconoce el punto exacto del denunciante y, por ende, la veracidad de los hechos plasmados en su denuncia, lo que no es posible ser cotejados con una medición de ruido que fue realizada en plena calle, muy cercana a la fuente emisora.

44. Aún si se considerase que la dirección entregada por la denunciante fuera la de su domicilio (Marín N°443), esta se encuentra casi concordante con el punto de medición R3 del informe ETFA, el cual arrojó como resultados en los 3 días de medición (25, 26 y 27 de abril 2022) que no se superaban los límites de la norma de ruido.



45. Ante la inexistencia de superación normativa en el receptor sensible principal que motivó el inicio de presente procedimiento, sumado al hecho de que el punto en que se constató la superación en 2 de los 3 días de medición no consistió en un receptor sensible, sino que en plena calle, corresponde que el cargo sea completamente descartado por esta Superintendencia, por no configurarse.

IV. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 LOSMA

46. En subsidio de lo hasta aquí alegado y, en el improbable caso que esa Superintendencia estime que existe una infracción, para efectos de determinar la sanción específica aplicable a un caso concreto, el artículo 40 de la LOSMA indica una serie de circunstancias que pueden ser utilizadas por la SMA para aumentar, o para disminuir dicha sanción, según estime pertinente.
47. De esta manera, la jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental ha sido sistemática en el sentido de que el legislador le ha impuesto a la SMA un deber

de considerar en la determinación de las sanciones específicas las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.

48. Ello por cuanto en ejercicio de la potestad sancionatoria, la SMA debe seguir ciertos pasos que terminan en la imposición de una sanción específica. En ese sentido, como ha señalado el profesor Jorge Bermúdez⁹, una vez determinada la infracción, deberán considerarse ciertos criterios de graduación y ponderación de sanciones, que en general se derivan del principio de proporcionalidad, que es fundamental del Derecho Administrativo sancionador. Conforme a él se permite adecuar la represión a la infracción y sus circunstancias, limitando la discrecionalidad administrativa en su imposición.
49. Una vez que se tiene el rango de sanciones que es posible aplicar, se deben ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, que la SMA debe aplicar para definir la multa, y que pueden aumentar o disminuir la sanción específica. En palabras de nuestra doctrina, “*constituyen criterios jurídicos de observancia obligatoria para la SMA al momento de llevar a cabo la graduación y cuantificación de la sanción aplicable*¹⁰”.
50. Los lineamientos para que la SMA realice la ponderación de las circunstancias han sido definidos en la Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales de dicho órgano fiscalizador. Consistente en una “herramienta analítica que ha contribuido a dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones, potenciando el efecto disuasivo de las mismas¹¹”.
51. En el improbable caso que esta Superintendencia decida imponer una sanción a mi representada es pertinente indicar que, para efectos de determinar la sanción

⁹ BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental*, 2ºed. (Ediciones Universitarias, Santiago), p.480.

¹⁰ BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental*, en *Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo*, coord. por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón I, 2ºed. (Thomson Reuters, Santiago), p.616.

¹¹ Superintendencia del Medio Ambiente, Guía Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales, p. 6

específica aplicable a un caso concreto, el artículo 40 de la LOSMA indica una serie de circunstancias que deben ser consideradas por la SMA (atenuantes y agravantes), según se estime pertinente. A continuación, se analizarán la configuración de tales circunstancias en el presente caso.

52. Cabe hacer presente que mediante la Guía “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambiental” (en adelante, “Bases Metodológicas”) de diciembre de 2017, la SMA orientó a los regulados respecto de cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA y el esquema metodológico utilizado.
53. Al respecto, cabe tener en cuenta que tal como ha concluido la Excma. Corte Suprema, la dictación de las Bases Metodológicas como herramienta para la coherencia, consistencia y proporcionalidad en la aplicación de sanciones, implica efectivamente un **mayor estándar de fundamentación para la Administración:**

*“El defecto de motivación antes observado quedó aún más en evidencia para los sentenciadores, cuando examinaron las Bases Metodológicas para la Determinación de las Sanciones Ambientales, instrumento creado por la propia Superintendencia del Medio Ambiente como herramienta para la coherencia, consistencia y proporcionalidad en la aplicación de sanciones, lo que implica efectivamente un mayor estándar de fundamentación y, en consecuencia, una revisión judicial más intensa (...)"*¹² [énfasis agregado].

54. Finalmente, cabe relevar que tal como ha resuelto la Excma. Corte Suprema, por ejemplo, en la **causa Rol N° 15.068-2022**, la **carga de acreditar la efectividad de lo aseverado por la Administración en un procedimiento sancionatorio radica justamente en ella, en este caso:**

¹² Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de abril de 2021, causa Rol N° 79.353-2020, considerando décimo séptimo.

“(...) esta Corte estima necesario señalar explícitamente, como lo ha sostenido previamente (verbi gracia en autos rol N° 95.068-2020), que **es al órgano administrativo al que corresponde acreditar la efectividad de la transgresión que imputa**. Es decir, que “para los efectos de aplicar una sanción administrativa, **recae sobre la Autoridad (...) la carga de la prueba**, pues su deber es formar convicción sobre una verdad material y la infracción a la normativa” (...) si la autoridad se encuentra en la necesidad de demostrar la veracidad de los cargos que formula, ni tan siquiera una eventual actitud pasiva del administrado se debe entender como un reconocimiento por parte de éste de la efectividad de lo aseverado por el ente estatal, al que corresponde, en cualquier caso, aportar la prueba necesaria para demostrar sus asertos”¹³ [énfasis agregado].

**A. LA IMPORTANCIA DEL DAÑO CAUSADO O DEL PELIGRO OCASIONADO (LETRA A)
DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 20.417)**

55. La letra a) del artículo 40 de la LOSMA, establece que para la determinación de las sanciones se deberá “considerar la importancia del daño causado o del peligro ocasionado”, estableciendo de esta manera dos circunstancias distintas:
 - (i) Por un lado, **la ocurrencia de un daño**, por lo tanto, exigiéndose la producción de un resultado dañoso; y
 - (ii) Por otro lado, una hipótesis de **riesgo concreto y verificable** de lesión de un bien jurídico protegido.
56. En este sentido, el Ilte. Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia dictada en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017, indicó que “(...) existen **dos hipótesis que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la**

¹³ Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de enero de 2023, causa Rol N° 15.068-2022, considerando 7º.

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 [...]” (STA, sentencia Rol N°33-2014 c. Sexagésimo tercero)¹⁴ [Énfasis agregado].

57. En particular, respecto de la hipótesis consistente en la **ocurrencia de un daño**, en las Bases Metodológicas (página 32) se señala que “procederá siempre que se genere un **menoscabo o afectación** que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la **salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente**” [énfasis agregado]. Es decir, se **requiere la generación efectiva** de un daño o resultado dañoso sobre la salud de las personas o un componente del medio ambiente.
58. Por otro lado, en relación a la **hipótesis peligro o riesgo concreto**, las Bases Metodológicas (página 33) indican que la “idea de peligro concreto se encuentra asociada a la **necesidad de analizar el riesgo en cada caso**, en base a la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado **en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso en específico** (...) este puede generarse **sobre las personas o el medio ambiente, y ser o no significativo**” [énfasis agregado].
59. Ambas hipótesis, es decir, la **ocurrencia de un daño** y una situación de **peligro o riesgo concreto, son descartables** ante la imputación realizada consistente en la superación únicamente en dos ocasiones en 7 y 2 dBA en un receptor (R1) que fue medido en plena vereda y muy cercano a la fuente emisora; en sector urbano consolidado. Precisamente el **cargo fue calificado como leve**, en atención a que no se configura el riesgo significativo para la salud de la

¹⁴ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia de fecha 31 de marzo de 2017, causa R- 128-2016, considerando vigésimo octavo.

población asociado a la calificación grave de infracciones (artículo 36 N° 2 letra b) de la LOSMA).

60. Por lo tanto, en el improbable caso que esta Superintendencia decida imponer una sanción, se debe tener en cuenta la **ausencia de generación de una afectación, así como el nulo riesgo sobre la salud de las personas.**

B. NÚMERO DE PERSONAS CUYA SALUD PUDO AFECTARSE POR LA INFRACCIÓN (LETRA B) DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 20.417)

61. De acuerdo con lo señalado en las Bases Metodológicas (página 35), esta circunstancia se encuentra determinada por “*la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas*”.
62. Al respecto, cabe destacar que, de conformidad con lo expuesto en la Formulación de Cargos, esta autoridad recibió una única denuncia que motivó la actividad de inspección ambiental.
63. Lo anterior se ve robustecido toda vez que la formulación de cargos **no hace un análisis** de cuáles serían los receptores sensibles que a su juicio se verían afectados, así como tampoco la forma en la cual éstos serían afectados, el tipo de afectación ni su duración.
64. A lo anterior debemos agregar lo indicado en el apartado III. Anterior consistente en el hecho de que en el punto R3 que coincidiría con la dirección mencionada por el denunciante, no se constató superación normativa en ninguno de los 3 días de medición.
65. Adicionalmente, es relevante considerar que, a la fecha, no consta que se hayan presentado nuevas denuncias ni que otros terceros hayan acompañado antecedentes en el marco del procedimiento sancionatorio

66. Por lo tanto, en el improbable caso que esta Superintendencia decida imponer una sanción y que entienda que hubo un riesgo concreto, se debe tener en cuenta que el número de personas cuya salud pudo verse potencialmente afectada, corresponde a una muy cantidad menor de personas, las que, por lo demás, habitan un sector urbano consolidado con una condición de ruido basal importante, según pudo constatar la propia SMA en su visita inspectiva.

**C. BENEFICIO ECONÓMICO OBTENIDO CON MOTIVO DE LA INFRACCIÓN (LETRA C)
DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA**

67. Conforme a lo establecido en las Bases Metodológicas (página 36) “*(...) esta circunstancia busca considerar en la determinación de la sanción todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o un aumento en los ingresos, en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción.* (...)”

En términos generales, el beneficio económico obtenido por la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella.”
[énfasis agregado].

68. Al respecto, cabe señalar que mi representada no obtuvo beneficio económico alguno con motivo del hecho constitutivo de infracción imputado, toda vez que, el diseño del Proyecto consideraba medidas y acciones orientadas a mitigar posibles ruidos molestos, lo que necesariamente se tradujo en la necesidad de incurrir en gastos.

69. En efecto, en los documentos acompañados en etapa de fiscalización, así como también en el PDC de este expediente, se pueden apreciar algunas de las medidas

que implementó mi representada con la finalidad de controlar la emisión de ruido. Entre ellas, podemos encontrar medidas respecto del manejo de materiales, del manejo de los equipos y vehículos, maquinaria pesada, entre otras

70. **De esta manera, mi representada no obtuvo ningún beneficio económico**, muy por el contrario, mi representada incurrió **en gastos asociados acciones y medidas de mitigación de ruido.**

D. LA INTENCIONALIDAD EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN Y EL GRADO DE PARTICIPACIÓN EN EL HECHO, ACCIÓN U OMISIÓN CONSTITUTIVA DE LA MISMA (LETRA D) DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 20.417

71. Esta circunstancia dispuesta en la letra d) del artículo 40 de la LOSMA, establece dos aspectos para la determinación de la sanción en un caso específico: **(i)** la intencionalidad en la comisión de la infracción; y, **(ii)** el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

72. En este sentido, las Bases Metodológicas (página 39) señalan que la intencionalidad en la comisión de una infracción “*se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional. La concurrencia de intencionalidad implicará que el reproche de la conducta es mayor, lo cual justifica que esta circunstancia opere como un factor de incremento de la sanción. Por el contrario, cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada*” [énfasis agregado]. Por lo tanto, para efectos de ser considerada como factor agravante la intencionalidad requiere la configuración de **dolo**.

73. Pues bien, en el presente caso, es posible descartar categóricamente un actuar doloso (intención positiva de configurar una infracción ambiental), así como también un actuar negligente o culpable, toda vez que mi representada ha actuado siempre y en todo momento en forma **transparente**, de **buenas fe** y habiendo adoptado **medidas orientadas a prevenir ruidos molestos**.

74. Por lo tanto, en el improbable caso que esta Superintendencia decida imponer una sanción, se debe tener en cuenta la falta intencionalidad (dolo) de mi representada, **no configurándose este factor agravante**. Por el contrario, la buena fe debe ser considerada como **factor atenuante**.

E. COOPERACIÓN EFICAZ (LETRA I) DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 20.417

75. La letra i) del artículo 40 de la LOSMA dispone que la SMA puede incluir otros criterios que se estimen relevantes para la determinación de la sanción en un caso específico. Dentro estos criterios, esta Superintendencia ha analizado la cooperación en la investigación o procedimiento, que conforme a las Bases Metodológicas (página 45) corresponde al comportamiento o conducta del regulado en relación a su contribución al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, durante el proceso de investigación o durante el procedimiento sancionatorio.

76. En particular, de acuerdo a las Bases Metodológicas (página 46), la cooperación eficaz implica que “*el infractor ha realizado acciones que han permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, así como también a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. La colaboración del infractor opera como un factor de disminución de la sanción a aplicar en el marco de la letra i) del mencionado artículo 40*

” [énfasis agregado].

77. En el presente caso, mi representada cooperó eficazmente durante todo momento. Tal como señalamos previamente, mediante esta presentación se aportan mayores antecedentes para la resolución del procedimiento y para la ponderación de las circunstancias señaladas en el artículo 40 de la LOSMA. Por lo tanto, se configura una **cooperación eficaz de mi representada**, correspondiente a un **factor de disminución**, en los términos de las Bases Metodológicas.

F. APLICACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS EFICACES (LETRA I) DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 20.417)

78. También se solicita a Ud., que considere que esta parte aplicó medidas correctivas luego de la primera visita realizada por esta SMA a dependencias de la faena constructiva, las que constan todas en respuesta a requerimiento de información realizado mediante el Acta de Inspección de fecha 24 marzo 2022, así como en documentos anexos acompañados al PDC de este expediente.
79. En el apartado de Resultados del IFA, se verifica que para el día 27/04/2022 la **norma de emisión se cumple todos los lugares de medición**, por lo que en dicho momento sí se logró cumplir con la norma, bajo el límite máximo establecido para una zona III que es de 65dB(A). ello, en un procedimiento normal habría terminado en una fase de corrección temprana. Sin embargo, inexplicablemente en este caso no sólo se formuló cargos, sino que en la práctica se omitió la asistencia al cumplimiento (lo que se demuestra con el rechazo del PdC sin que se efectuaran observaciones).
80. Lo anterior se sustenta en lo indicado en la letra f) del artículo N° 19 del DS 38/2011 del MMA. Esto significa que, **luego del tercer día de medición, la norma se cumplió en forma satisfactoria, estando las medidas de mitigación existentes implementadas y, por tanto, suficientes.**
81. Sobre lo indicado en el mismo IFA que consigna “*Independientemente de que las mediciones se efectuaran en puntos poco representativos de la emisión de ruido (R1 y R3), igualmente se supera la normativa acústica en el receptor R1 hasta en 7 dB(A), en la fachada.*”, la aseveración no se ajusta a lo evidenciado para el día 27/04/2022, dado que en dicho lugar de medición (R1) se obtuvo un Nivel de Presión Sonora Corregido de 64 dB(A) que para efectos de la evaluación se anula por el efecto del ruido de fondo. Pero si se analiza dicho valor, se obtiene de la composición del ruido generado por la unidad fiscalizada y el ruido de

fondo, quedando la suma de ambos en 64dB(A) siendo la norma máxima permisible de 65dB(A).

82. Lo anterior demuestra que, estando la obra en pleno proceso de implementación de sus medidas de mitigación, se verifica que la norma se cumplió toda vez que las medidas implementadas hasta dicho momento fueron suficientes para lograr disminuir el ruido a valores por debajo de los máximos permisibles establecidos en el DS 38/2011 del MMA y que las mediciones efectuadas los días anteriores (24 y 25 de abril de 2022) correspondieron a situaciones puntuales que no reflejan el ciclo completo de operación de las faenas constructivas que se encontraban siendo ejecutadas al momento de la fiscalización.
83. En razón de lo anteriormente expuesto, se da cuenta de que las medidas que esta parte implementó sí fueron efectivas al haberse demostrado al tercer día de medición de que no se superó la norma del DS N°38/2011 una vez implementadas las medidas de control y abatimiento. Ello se ve ratificado por el hecho de que esta SMA no recibió nuevas denuncias en los meses siguientes a la primera inspección de marzo 2022.

POR TANTO,

SOLICITO A LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE: Tener por presentados los descargos, y absolver a Constructora Santolaya Ltda., de toda sanción; o en subsidio, imponer la menor sanción que en derecho corresponda, de conformidad a los antecedentes de hecho y de derecho expuestos.

OTROSÍ: de conformidad a lo señalado en el artículo 30 letra a) de la Ley N° 19.880, solicitamos respetuosamente a esta autoridad, que las futuras resoluciones dictadas en el presente procedimiento sean notificaciones a los siguientes correos electrónicos:

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]



Eduardo Gibson Zurragamurdi