



EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-157-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE FLESAN S.A.**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LO-SMA”); la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, “D.S. N° 38/2011”); la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del DS N° 38/2011; la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del DS N° 38/2011; la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; el artículo 80 de la Ley N° 18.834, que aprueba Estatuto Administrativo; el Decreto Supremo N° 31, de 08 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; la Res. Ex. N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, “D.S. N° 30/2012”); la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) y dicta instrucciones generales sobre su uso (Res. Ex. N° 166/2018); la Res. Ex. N° 1270 de fecha 03 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente que aprueba guía para la presentación de un programa de cumplimiento, infracciones a la norma de emisión de ruidos; y, la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

**II. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DE
LA UNIDAD FISCALIZABLE**

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-157-2019, fue iniciado en contra de Flesan S.A. (en adelante, “el titular” o “la empresa”), RUT N° 76.259.040-9, titular de la Faena de Demolición ejecutada en Ricardo Lyon N° 806-812 (en adelante, “faena de demolición” o “la unidad fiscalizable”), comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago.

2. Dicha unidad fiscalizable tuvo como objeto la prestación de servicios de demolición de obras, y por tanto, corresponde a una “Fuente Emisora de

Ruidos”, al tratarse de una faena constructiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 12 y 13, del D.S. N° 38/2011 del MMA.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

3. Con fecha 02 de enero de 2018, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) recibió mediante el Ord. N° 11.841/2017 de la Ilustre Municipalidad de Providencia, una denuncia presentada por el Sr. Claudio Fernando Herrera Allende, mediante la cual indicó que estaría sufriendo ruidos molestos producto de las obras de demolición realizadas en Ricardo Lyon 806-812, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago.

4. Con fecha 17 de agosto de 2018, la División de Fiscalización (DFZ) derivó a la División de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambas de esta SMA, el Informe de Fiscalización DFZ-2018-1051-XIII-NE-IA, el cual contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 14 de diciembre de 2017 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 14 de diciembre de 2017, un fiscalizador se constituyó en el domicilio del denunciante individualizado en el párrafo anterior, ubicado en Ricardo Lyon N° 880, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

5. Según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, la medición realizada desde el receptor N° 1, realizada con fecha 14 de diciembre de 2017, en condición externa, durante horario diurno (07:00 a 21:00 horas), registra una excedencia de **19 dB(A)**. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla N° 1: Evaluación de medición de ruido en Receptor N° 1.

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor N° 1	Horario Diurno (07:00 a 21:00 horas)	79	65	II	60	19	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2018-1051-XIII-NE-IA.

6. En razón de lo anterior, con fecha 10 de octubre de 2019, el Jefe de la DSC nombró como Fiscal Instructora Titular a doña Carolina Carmona Cortés y como Fiscal Instructor Suplente, a don Jaime Jeldres García, a fin de investigar los hechos constatados en el Informe de Fiscalización individualizado; y asimismo, formular cargos o adoptar todas las medidas que considere necesarias para resguardar el medio ambiente, si a su juicio, existiere mérito suficiente para ello.

7. Con fecha 28 de octubre de 2019, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-157-2019, esta Superintendencia formuló cargos que indica, en contra de Flesan S.A., siendo notificada personalmente copia de dicha resolución, con fecha 07 de noviembre de 2019, en Avenida Apoquindo N° 6550, Piso 10, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago, habiéndose entregado en el mismo acto, copia de la Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos.

8. Por otra parte, cabe hacer presente que la Resolución Exenta N° 1/Rol D-157-2019, en su VIII resolutorio, requirió información a Flesan S.A., en los siguientes términos:

- “1. Identidad y personería con que actúa del representante legal del titular, acompañando copia de escritura pública, o instrumento privado autorizado ante notario, que lo acredite.*
- 2. Los Estados Financieros de la empresa o el Balance Tributario del último año. De no contar con cualquiera de ellos, se requiere ingresar cualquier documentación que acredite los ingresos percibidos durante el último año calendario.*
- 3. Plano simple que ilustre la ubicación del(los) instrumento(s) o maquinaria(s) generadora(s) de ruido, orientación y referencia con los puntos de medición de ruido, indicando además las dimensiones del proyecto de demolición.*
- 4. Indicar el número de martillos hidráulicos, martillos, taladros, compresores y sierras que se emplearon en la ejecución del proyecto, señalando el horario del hormigonado, así como la cantidad y horario de uso de camiones méixer, en caso de corresponder.*
- 5. Fecha y horario de inicio y término de faena, indicando también el de circulación de camiones y maquinaria pesada, señalando su ruta en el sector.”*

9. En relación a lo anterior, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-157-2019 ya referida, en su IV resolutorio señaló al presunto infractor un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento (en adelante, “PdC”), y de 15 días hábiles para formular sus Descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

10. Asimismo, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.880, en el IX resolutorio de la Resolución Exenta N° 1/Rol D-157-2019, amplió de oficio el plazo para la presentación de un PdC y para efectuar Descargos, concediendo un plazo adicional de 5 días hábiles en el primer caso, y de 7 días hábiles en el segundo caso.

11. En este sentido, el plazo para presentar un PdC venció el día jueves 28 de noviembre de 2019, no habiendo hecho uso el titular de la facultad contenida en el inciso primero del artículo 42 de la LO-SMA.

12. Encontrándose dentro de plazo, con fecha 09 de diciembre de 2019, don Rodrigo Andrés Salinas Pinto, en representación de Flesan S.A., presentó un escrito de descargos, acompañando los siguientes documentos:

- i. Copia de escritura pública, de fecha 02 de diciembre de 2015, de Acta de Sesión Extraordinaria de Directorio de Flesan S.A., celebrada con fecha 17 de noviembre de 2015, en donde consta que don Rodrigo Andrés Salinas Pinto fue designado como nuevo Gerente General de la sociedad, otorgándose en el mismo acto poder para ejercer la representación de la sociedad con amplias facultades;
- ii. Estados financieros de Flesan S.A., al 31 de diciembre de 2018 y 2017;
- iii. Plano simple que muestra la localización de la faena y de maquinaria generadora de ruido, y dimensiones del proyecto;
- iv. Listado de maquinaria utilizada en el proyecto;
- v. Carta Gantt del proyecto, donde se muestran las fechas de inicio y término de la obra;
- vi) Informe Análisis y Estimación de Posibles Efectos Ambientales;
- vii. Presupuesto, de fecha 21 de agosto de 2017, en que se detalla el procedimiento y plazo de ejecución de la faena; y

viii. Contrato de demolición de fecha 11 de septiembre de 2017, celebrado entre Simonetti Inmobiliaria S.A. y Flesan S.A.

13. Mediante Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, de fecha 13 de noviembre de 2019, esta Superintendencia tuvo por presentado escrito de descargos de Flesan S.A. Dicha Resolución fue enviada a notificar mediante carta certificada dirigida al titular, en domicilio señalado en escrito de descargos, siendo recepcionada en la Oficina de Correos de Chile de la comuna de Ñuñoa, con fecha 09 de enero de 2020, de acuerdo al comprobante de seguimiento N° 1180851719517, constatando este Servicio un cambio de domicilio.

14. En razón de lo anterior, y habida consideración de un error involuntario en la fecha de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, que señala 13 de noviembre de 2019, mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-157-2019 de fecha 10 de enero de 2020, esta Superintendencia rectificó de oficio la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, corrigiendo la fecha de su dictación a la que efectivamente correspondió (13 de diciembre de 2019), estableciendo además como domicilio del titular el señalado en la resolución de Formulación de Cargos, y no el que indicó el titular erróneamente en su escrito de descargos.

15. Consecuentemente, la Res. Ex. N° 3/Rol D-157-2019, que rectifica de oficio resolución que indica y ordena nueva notificación por cambio de domicilio, fue notificada personalmente por una funcionaria de esta Superintendencia, con fecha 14 de enero de 2020, de acuerdo al acta de notificación respectiva.

16. Finalmente, por motivos de gestión interna, se procedió a designar a Jaime Jeldres García como Fiscal Instructor Titular y a Carolina Carmona Cortés, como Fiscal Instructora Suplente.

IV. CARGO FORMULADO

17. En la formulación de cargos, se individualizó el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la norma que se indica:

Tabla N° 2: Formulación de cargos.

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 14 de diciembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 79 dB(A) , medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <p><i>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</i></p> <table border="1" data-bbox="643 934 1068 1051"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 7 a 21 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>II</td> <td>60</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]	II	60	Grave , conforme al numeral 2 del artículo 36 LO-SMA.
Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]						
II	60						

Fuente: Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019.

V. NO PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

18. Habiendo sido notificada la Formulación de Cargos al titular (Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019), conforme se indica en el considerando séptimo de este Dictamen, el titular, pudiendo hacerlo, no presentó un PdC dentro del plazo otorgado para tal efecto.

19. Asimismo, cabe señalar que con fecha 11 de noviembre de 2019, concurrió a las dependencias de esta Superintendencia doña Alejandra Schepeler, en representación de Flesan S.A., portando copia de escritura pública en que consta poder de representación de la empresa, y copia de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, solicitando reunión presencial de asistencia al cumplimiento. En este sentido, se hizo presente que por política del Servicio fundada en razones de eficiencia y eficacia, en materia de ruidos no se realizan reuniones presenciales de asistencia al cumplimiento, la cual conforme a la Resolución Exenta SMA N° 1270 de fecha 03 de septiembre de 2019, que aprueba Guía para la presentación de un programa de cumplimiento, infracciones a la norma de emisión de ruidos, se otorga por vías alternativas más expeditas, como son a través de correo electrónico en la casilla asistenciaruido@sma.gob.cl, o por vía telefónica. No obstante lo anterior, de manera excepcional, en atención a las particularidades del caso, según consta en Acta de Registro de Asistencia al Cumplimiento de fecha 11 de noviembre de 2019, este Fiscal Instructor, en conjunto con la Fiscal Instructora Suplente del caso, Carolina Carmona Cortés, sostuvieron reunión presencial de

asistencia al cumplimiento con doña Alejandra Schepeler, precisamente, para informar respecto de la realización de un Programa de Cumplimiento.

20. El mismo día, a las 12:23 horas, doña María Eugenia Ubilla, Jefa del área de Medio Ambiente de Flesan S.A., envía correo electrónico a la casilla asistenciaruido@sma.gob.cl, consultando acerca del criterio a establecer para confeccionar PdC, por cuanto a su juicio, no se podría realizar medición por ETFA debido a que la faena de demolición habría sido concluida aproximadamente hace 18 meses. Ello se puso en conocimiento de la anterior Fiscal Instructora el día 15 de noviembre de 2019, enviando respuesta el mismo día, que en definitiva, se refirió a los criterios para la aprobación de un PdC establecidos en el artículo 9 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, señalando además como opción para presentar un PdC, el solicitar a alguna ETFA una proyección de los niveles de ruido en base a la norma ISO 9613-1, considerando los criterios técnicos aplicables sobre la memoria de cálculo, instruidos mediante Resolución Exenta N° 128/2019 de esta SMA.

21. Con fecha 22 de noviembre de 2019, doña Claudia Riveros, Encargada Ambiental de Flesan S.A., solicita a la casilla electrónica asistenciaruido@sma.gob.cl, una nueva reunión presencial de asistencia al cumplimiento con la asistencia de doña Claudia Pastore, actualmente encargada de la Sección Ciudad y Territorio de esta SMA, correo que fue respondido con fecha 25 de noviembre de 2019, señalando que no era posible acceder a dicha solicitud, por cuanto doña Claudia Pastore ninguna relación tiene con el procedimiento en curso, y además, atendido que con fecha 11 de noviembre ya se había efectuado reunión presencial de asistencia al cumplimiento con doña Alejandra Schepeler en dependencias de esta Superintendencia, precisamente, para informar acerca de la realización de un PdC, según consta en Acta referida en el numeral décimo noveno del presente Dictamen.

22. En este sentido, consta de manera fehaciente e indubitada que, a lo largo del procedimiento sancionatorio en curso, esta Superintendencia ha dado cabal cumplimiento al mandato contenido en el literal u) del artículo 3 de la LO-SMA.

VI. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL TITULAR

a) Consideraciones generales del escrito de Descargos presentado por Flesan S.A.

23. Como bien se ha señalado, encontrándose dentro de plazo, con fecha 09 de diciembre de 2019, don Rodrigo Andrés Salinas Pinto, en representación de Flesan S.A., presentó escrito de Descargos ante esta Superintendencia, el cual sostiene que:

i) **Se habría privado a Flesan S.A. del legítimo derecho a presentar un Programa de Cumplimiento.** Al respecto, el titular señala que *“se ha privado a mi representada del legítimo ejercicio de una de las herramientas de incentivo al cumplimiento ambiental estipuladas por la LOSMA, debido a que, tal como se le indicó en reunión de asistencia al cumplimiento, dado que la obra se encuentra concluida hace casi dos años, resulta imposible y carente de objeto la presentación de un Programa de Cumplimiento”*;

ii) Durante el proceso se habría vulnerado el principio de contradictoriedad probatoria, ya que, según indica el titular, *“ni el Acta de Inspección ni el Informe de Fiscalización Ambiental fueron comunicados a mi representada”*;

iii) Existirían errores metodológicos durante las actividades de medición, que invalidarían la fiscalización ambiental, por cuanto *“los niveles de ruido de fondo medidos a partir de las 11:20 horas, no consideran la ausencia de la fuente sonora que se pretende medir, lo cual constituye un error metodológico de la fiscalización ambiental”*;

iv) La calificación de la infracción sería desproporcionada, toda vez que a juicio del titular *“se trata de una situación puntual y acotada en el tiempo, en una zona que presenta altos niveles de ruido de fondo y que, además, no es susceptible de generar un riesgo significativo o daño para la salud de la población por la temporalidad de los hechos, magnitud y duración”*; y,

v) Finalmente, el titular solicita considerar la aplicación de circunstancias atenuantes, *“en razón a que se incorporarán todas las medidas correctivas, procedimientos operacionales y aquellas que resulten idóneas para el control y mitigación de las emisiones de ruido; se ha prestado cooperación eficaz; y se tiene una irreprochable conducta anterior”*.

24. En escrito de Descargos referido en el considerando anterior, el titular solicita tener por presentados descargos, acogerlos y absolver a Flesan S.A. de todo cargo, y en su defecto, recalificar la infracción de grave a leve, aplicando una sanción no pecuniaria o rebajada, solicitando al otrosí de dicho escrito tener por acompañados los documentos individualizados en el considerando 12 de la presente resolución.

25. Con fecha 13 de diciembre de 2019, mediante Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, esta Superintendencia tuvo por presentado escrito de descargos de Flesan S.A., la cual fue enviada a través de Correos de Chile, para notificación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, al domicilio fijado por el titular en escrito de Descargos, cual es Francisco Meneses N° 1980, comuna de Ñuñoa, ciudad de Santiago.

26. Con fecha 10 de enero de 2020, se realizó seguimiento a la notificación referida en considerando anterior, a través del portal web de Correos de Chile, código de seguimiento N° 1180851719517, el cual consta como no entregado por cambio de domicilio.

27. Habida consideración de lo anterior y además, constatando este Fiscal Instructor error involuntario en la fecha de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, cual señala 13 de noviembre de 2019, en circunstancias que fue dictada con fecha 13 de diciembre de 2019, mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-157-2019, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.880, se rectifica de oficio la fecha de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, estableciendo además domicilio de Flesan S.A. y su representante legal, don Rodrigo Andrés Salinas Pinto, en Avenida Apoquindo N° 6550, Piso 10, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago. Lo anterior, en vista a que la notificación personal de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, de formulación de cargos, fue notificada debidamente en el domicilio antes señalado.

28. Con fecha 14 de enero de 2020, fue notificada personalmente copia de la Res. Ex. N° 3/Rol D-157-2019, según consta en Acta respectiva, en Avenida Apoquindo N° 6550, Piso 10, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago, siendo entregado en el mismo acto:

(i) Copia de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, de fecha 13 de diciembre de 2019, que tiene por presentado escrito de Descargos de Flesan S.A.;

- (ii) Copia de Acta de notificación personal de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, de fecha 07 de noviembre de 2019; y,
- (iii) Copia de documento de seguimiento de Correos de Chile N° 1180851719517, en que consta notificación fallida de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, por cambio de domicilio.

b) Del análisis de los Descargos por parte de esta Superintendencia

29. En los párrafos siguientes, esta Superintendencia realizará análisis del fundamento de los Descargos presentados por Flesan S.A., en el orden señalado en el mismo escrito.

i. Respecto a que Flesan S.A. no tuvo oportunidad de presentar un Programa de Cumplimiento

30. En relación a este punto, en síntesis, el titular sostuvo en escrito de Descargos que *“se ha privado a mi representada del legítimo ejercicio de una de las herramientas promotoras del cumplimiento ambiental estipuladas en la LO-SMA, toda vez que debido al excesivo tiempo transcurrido entre la fiscalización y la formulación de cargos, lo que acarrió además, que el proyecto esté concluido hace casi dos años, y tal como se nos indicó en la reunión de asistencia al cumplimiento, la presentación de un programa de cumplimiento carece de objeto, por encontrarse Flesan en una situación fáctica imposible de dar cumplimiento a la norma de emisión que se consideró infringida en el pasado y cuya situación ya no se mantiene”*, solicitando consiguientemente la absolucón del cargo formulado.

31. Conforme fue señalado latamente en el Capítulo V del presente Dictamen, no es efectivo que Flesan S.A. no tuvo oportunidad de presentar un PdC. En este sentido, el cuarto resolutorio de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, señala expresamente que *“[D]e conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42 de la LO-SMA, el infractor tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento (...)”*. A continuación, el noveno resolutorio, según lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 19.880, determina ampliar de oficio el plazo señalado en el cuarto resolutorio, otorgando 5 días hábiles adicionales para la presentación de un PdC.

32. En concordancia con lo anterior, la afirmación del titular en el sentido de que no tuvo oportunidad de presentar un PdC, habiendo sido válidamente notificada la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, según consta en Acta respectiva, no es efectiva y carece de fundamento.

33. Por otro lado, tampoco es efectivo que, según se señaló en el escrito de Descargos, Flesan S.A. se habría visto privada de presentar un PdC. En efecto, y tal como fue señalado en el numeral décimo noveno de este Dictamen, con fecha 11 de noviembre de 2019, concurrió a las dependencias de esta Superintendencia doña Alejandra Schepeler, en representación de Flesan S.A., portando copia de escritura pública en que consta poder de representación de la empresa, y copia de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, solicitando reunión presencial de asistencia al cumplimiento. En este sentido, aun cuando en materias de ruido no se realizan reuniones presenciales de asistencia al cumplimiento por política del Servicio fundada en razones de eficiencia y eficacia, asistencia que en todo caso, conforme a la Res. Ex. SMA N° 1270, de fecha 03 de septiembre de 2019, que aprueba Guía para la presentación de un

programa de cumplimiento, infracciones a la norma de emisión de ruidos, se otorga por vías alternativas más expeditas, como son a través de correo electrónico en la casilla asistenciaruido@sma.gob.cl, o por vía telefónica; de manera excepcional, en atención a las particularidades del caso, según consta en Acta de Registro de Asistencia al Cumplimiento de fecha 11 de noviembre de 2019, este Fiscal Instructor, en conjunto con la Fiscal Instructora Suplente del caso, doña Carolina Carmona Cortés, sostuvieron reunión presencial de asistencia al cumplimiento con doña Alejandra Schepeler, precisamente, para informar respecto a la realización de un Programa de Cumplimiento.

34. A lo señalado, se agregan sucesivas ocasiones en que la anterior Fiscal Instructora Titular, respondió correos electrónicos del titular. Sobre este punto, especial relevancia tiene correo electrónico de fecha 11 de noviembre de 2019, enviado por doña María Eugenia Ubilla, Jefa de Medio Ambiente de Flesan S.A., a la casilla asistenciaruido@sma.gob.cl, consultando por el criterio a establecer para confeccionar PdC, por cuanto a su juicio, no podría realizar medición por ETFA debido a que las faenas de demolición fueron concluidas hace más de 18 meses, circunstancia que se puso en conocimiento de la anterior Fiscal Instructora el día 15 de noviembre de 2019, enviando respuesta el mismo día, que en definitiva, se refirió a los criterios para la aprobación de un PdC establecidos en el artículo 9 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, señalando además como opción para presentar un PdC, el solicitar a alguna ETFA una proyección de los niveles de ruido en base a la norma ISO 9613-1, considerando los criterios técnicos aplicables sobre la memoria de cálculo, instruidos mediante Resolución Exenta N° 128/2019 de esta SMA.

35. En consideración de lo señalado, no resultan efectivas las alegaciones del titular, relativas a que Flesan S.A. no habría tenido oportunidad de presentar PdC, ni tampoco que Flesan S.A. se habría visto privada de presentar el correspondiente PdC, las cuales carecen de todo fundamento. En consecuencia, se procederá a realizar análisis de las siguientes alegaciones contenidas en escrito de Descargos.

ii. En relación a la alegación de vulneración al principio de contradictoriedad probatoria

36. Sobre el particular, el titular señala que *“[H]abiendo ya expuesto que ni el Acta de Inspección ni el Informe de Fiscalización Ambiental fueron comunicados a mi representada, es posible aseverar también que existe una vulneración al principio de contradictoriedad probatoria”*. Asimismo, agrega el titular que *“[l]a formulación de cargos fundamenta su mérito en el Informe de Fiscalización Ambiental que, a su vez, tiene su origen únicamente en el Acta de Inspección del día 14 de diciembre de 2017 de la Municipalidad de Providencia. De acuerdo a lo que consta en la mencionada acta, (que además no indica el horario de la medición ni el lugar preciso de ésta ni tampoco se remite a la ficha de información de medición de ruido) ésta fue entregada a quien la suscribió anteponiendo su nombre al cargo de “mayordomo”. En este sentido cabe preguntarse legítimamente, ¿a quién fue notificada el acta? dicha persona acaso ¿tiene el carácter de interesado en el procedimiento sancionatorio? A continuación, señala “[p]ese a requerirse normativamente que se elimine o “apague” la fuente generadora de ruido para poder medir el ruido de fondo de forma apropiada, esto no aconteció en la fiscalización en cuestión, toda vez que el funcionario municipal a cargo de la inspección nunca solicitó a Flesan que se interrumpieran las labores habituales, ni menos informó o entregó copia del Acta una vez practicada la diligencia”*. Además, el titular, citando a los autores Jaime Schnettler y Cristián Maturana, indica que *“[C]abe señalar que ‘la garantía de contradictoriedad se aprecia al*

imponer la ley al instructor del procedimiento la obligación de comunicar a los interesados con la antelación suficiente el:

1. Inicio de las actuaciones probatorias (Art. 36 ley N° 19.880)
2. El lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar peritos para que asistan (Art. 36 inciso final, ley N° 19.880). En la misma línea anterior, ha de considerarse que *‘en caso de que no se dé cumplimiento a esta regla de contradictoriedad se configura el vicio de indefensión para la parte que aparece privada de su derecho a rendir prueba de manera debida y oportuna o bien de la facultad de participar o presenciar dicha práctica, para la que necesariamente debe ser citada.’*

37. Finalmente, el titular concluye señalando que *“[I]a circunstancia de no haberse comunicado la inspección de manera oportuna (al menos mientras se mantuvo la ejecución del Proyecto), impidió a mi representada ejercer su derecho a obtener y rendir prueba de manera debida y oportuna, como lo es por ejemplo la realización de una nueva medición de ruido de forma correcta, dado que atendida la conclusión de la obra, resulta imposible elaborar determinados medios probatorios, lo que deviene en un vicio que sólo puede ser subsanado con la absolución de todo cargo a Flesan”.*

38. Ahora bien, en primer término se debe tener presente lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.880, respecto del principio de contradictoriedad. Dicho artículo establece que *“[L]os interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. / Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto (...) / Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses. / En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento”.*

39. En este sentido, la Corte Suprema en sentencia dictada en causa Rol N° 95.126-2016, de fecha 20 de febrero de 2018, señala que, *“[e]l artículo 10 de la Ley N° 19.880 establece el principio de contradicción, en el sentido que el procedimiento ante la Administración debe tener el carácter de contradictorio, sin importar si el procedimiento se inició de oficio o a petición de parte, pudiendo los interesados formular alegaciones, solicitar pruebas y aportar probanzas (...)”.* En el mismo sentido, la Contraloría General de la República, en Dictamen N° 17.793 de fecha 2 de julio de 2019, a propósito del principio de contradictoriedad, señala *“[E]l artículo 10 de este último cuerpo legal [Ley N° 19.880] dispone como principio del procedimiento administrativo que los interesados podrán, en cualquier momento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”.*

40. Sobre el particular, conviene tener presente en esta materia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que señala como exigencias básicas que caracterizan un debido proceso la formulación de cargos, su notificación al inculpado, así como una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y producir pruebas, así como la posibilidad de impugnar lo resuelto en sede jurisdiccional¹. A este respecto, en palabras del autor Eduardo Cordero, *“resulta relevante en la*

¹ Considerando décimo cuarto, Sentencia Tribunal Constitucional dictada en causa Rol N° 2784-2015.

sentencia lo que considera como ‘elementos básicos del debido proceso, como manifestación del principio de contradictoriedad’, que la resume en los siguientes puntos:

- El conocimiento de los cargos que se dirigen en contra de los administrados;
- La bilateralidad de la audiencia;
- La oportunidad de presentar descargos; y
- La oportunidad de aportar las pruebas que se estimen pertinentes²”.

41. Que, en concordancia con lo anterior, el procedimiento sancionatorio en curso contempló todos y cada uno de dichos elementos, siendo una manifestación de los mismos la notificación personal de la formulación de cargos, practicada de acuerdo a lo señalado en el numeral séptimo del presente Dictamen, lo cual materializa a su vez la bilateralidad de la audiencia³; y la presentación de escrito de Descargos por parte del titular con fecha 09 de diciembre de 2019, junto con medios documentales tendientes a acreditar sus alegaciones, ponderados latamente por esta Superintendencia en el presente Dictamen.

42. Por otro lado, conviene tener a la vista que, en relación al texto citado por el titular, de los autores Jaime Schnettler y Cristián Maturana, el contexto de lo señalado se enmarca dentro de lo que los autores denominan “principio de oficialidad de la prueba”, precisamente, en el punto 2.3.2 acerca del principio de contradictoriedad probatoria, el cual señala: “[E]xisten ciertas pruebas que, por sus características, deben siempre ser practicadas en presencia y con la participación de los interesados. A ello responde el artículo 35 de la ley N° 19.880 que faculta al órgano instructor para abrir un plazo específico de prueba, de 10 a 30 días (inciso 2°). La garantía de contradictoriedad se aprecia al imponer la ley al instructor del procedimiento la obligación de comunicar a los interesados, con la antelación suficiente el:

1. inicio de las actuaciones probatorias (art. 36), y
 2. el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar peritos para que le asistan (art. 36, inciso final).
- En caso que no se dé cumplimiento a esta regla de contradictoriedad, se configura el vicio de indefensión para la parte que aparece privada de su derecho a rendir prueba de manera debida y oportuna o bien de la facultad de participar o presenciar dicha práctica, para la que necesariamente debe ser citado.”

43. Consecuentemente, resulta necesario examinar lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N° 19.880, que señala “[P]rueba. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento, podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia. / Cuando a la Administración no le consten los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento se lo exija, el instructor del mismo ordenará la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. / El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.”

44. Habida consideración de lo anterior, resulta manifiesto que el texto citado por el titular, de los autores Jaime Schnettler y Cristián Maturana, se refiere específicamente al principio de contradictoriedad probatoria, el cual se remite a la

² Cordero Quinzacara, Eduardo, *El debido procedimiento administrativo sancionador y el derecho a la defensa* (2018), en Sentencias Destacadas 2017. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, LyD Ediciones.

³ Sentencias Tribunal Constitucional, Rol N° 481-2006, 676-2006, 616-2007 y 1518-2009, entre otros.

regulación otorgada por el artículo 35 de la Ley N° 19.880, texto que, convenientemente por el titular, fue sacado de contexto.

45. A mayor abundamiento, en escrito de Descargos, el titular señala que *“[n]i el Acta de Inspección ni el Informe de Fiscalización Ambiental fueron comunicados a mi representada, es posible aseverar también que existe una vulneración al principio de contradictoriedad probatoria”*, estableciendo que: (i) No se habría comunicado Acta de Inspección ni Informe de Fiscalización Ambiental; y que (ii) Dicha falta de comunicación implicaría una vulneración al principio de contradictoriedad probatoria, circunstancias que serán analizadas en los párrafos siguientes.

46. Al respecto, el artículo 49 de la LO-SMA señala que *“[L]a instrucción del procedimiento sancionatorio se realizará por un funcionario de la Superintendencia que recibirá el nombre de instructor y se iniciará con una formulación precisa de los cargos, que se notificarán al presunto infractor(...)”*. En este sentido, la Formulación de Cargos constituye el punto de partida del procedimiento sancionatorio, comunicándose en este mismo acto, como fundamentos del mismo, el Acta de Inspección Ambiental de fecha 14 de diciembre de 2017, así como también el Informe de Fiscalización Ambiental, que da cuenta de la actividad inspectiva de fecha 14 de diciembre de 2017 y de los hallazgos constatados. Lo anterior viene a ser ratificado por el séptimo resolutorio de la referida resolución de Formulación de Cargos, que tiene por incorporados al expediente sancionatorio la denuncia, el Informe de Fiscalización Ambiental, la ficha de Información de Medición de Ruidos, y todos aquellos actos administrativos de la SMA a los que se hace alusión en la resolución de Formulación de Cargos.

47. En concordancia con lo anterior, ambos documentos forman parte del expediente Rol D-157-2019, encontrándose disponibles tanto en formato digital, a través del portal de SNIFA, como en el expediente físico custodiado en esta Superintendencia. En consecuencia, queda demostrado que las alegaciones del titular a este respecto, no son efectivas, no existiendo vulneración alguna al principio de contradictoriedad.

48. Que, por otro lado, debe tenerse a la vista la interpretación que la jurisprudencia judicial y administrativa ha realizado acerca del contenido del principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10 de la Ley N° 19.880, el cual, según lo ya expuesto, consiste en la posibilidad efectiva de los interesados de formular alegaciones, solicitar y aportar prueba⁴. En este sentido, mediante la presentación de escrito de Descargos de fecha 09 de diciembre de 2019, Flesan S.A. ejerce su legítimo derecho a defensa, en tanto esta Superintendencia, según consta a lo largo del presente Dictamen, analiza conforme a derecho tanto los argumentos esgrimidos por el titular, como los medios documentales acompañados, tendientes a acreditar sus dichos. De ahí que resulte improcedente sostener que en el procedimiento en curso se haya vulnerado la garantía de la contradictoriedad.

49. Ahora bien, respecto a la alegación del titular relativa a que *“[l]a circunstancia de no haberse comunicado la inspección de manera oportuna (al menos mientras se mantuvo la ejecución del Proyecto), impidió a mi representada ejercer su derecho a obtener y rendir prueba de manera debida y oportuna, como lo es por ejemplo la realización de una nueva medición de ruido de forma correcta, dado que atendida la conclusión de la obra, resulta imposible elaborar determinados medios probatorios, lo que deviene en un vicio que sólo puede ser subsanado con la absolucón de todo cargo a Flesan”*, cabe señalar que no es

⁴ Sentencia Corte Suprema en causa Rol 95.126-2016, de fecha 20 de febrero de 2018.

efectivo que a Flesan S.A. se le impidiera rendir prueba, específicamente, el realizar una nueva medición de ruido, por cuanto si el titular hubiese presentado PdC, conforme a lo dispuesto en la *Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por infracciones a la norma de emisión de ruidos*, una de las medidas cuya ejecución es de carácter obligatorio, es la medición final de ruidos realizada por una ETFA debidamente autorizada por esta Superintendencia, para de esa manera acreditar el retorno al cumplimiento de la normativa infringida, lo cual, según consta en el procedimiento y fue expuesto en detalle en el Capítulo V de este Dictamen, no se verificó. Lo anterior hubiese sido posible, según se indicó al titular en correo electrónico de fecha 15 de noviembre de 2019, en el cual la anterior Fiscal Instructora señala como opción para presentar un PdC, el solicitar a alguna ETFA una proyección de los niveles de ruido en base a la norma ISO 9613-1, considerando los criterios técnicos aplicables sobre la memoria de cálculo, instruidos mediante Resolución Exenta N° 128/2019 de esta SMA. Consecuentemente, no es efectivo que se impidiera a Flesan S.A. rendir o aportar prueba, a quien le fueron indicados incluso los medios que podría hacer valer, a pesar de lo cual, voluntariamente, el titular opta por no presentar un PdC y remitir únicamente escrito de Descargos, junto con medios documentales tendientes a acreditar sus dichos.

50. Finalmente, respecto a la alegación del titular relativa a que “[D]e acuerdo a lo que consta en la mencionada acta [Acta de Inspección de fecha 14 de diciembre de 2017], (que además no indica el horario de la medición ni el lugar preciso de ésta ni tampoco se remite a la ficha de información de medición de ruido) ésta fue entregada a quien la suscribió anteponiendo su nombre al cargo de “mayordomo”. En este sentido cabe preguntarse legítimamente, ¿a quién fue notificada el acta? dicha persona acaso ¿tiene el carácter de interesado en el procedimiento sancionatorio?”, cabe señalar que, el Reporte Técnico del D.S. N° 38/2011 del MMA contiene ficha de información de medición de ruido, ficha de georreferenciación de medición de ruido, ficha de medición de niveles de ruido, así como ficha de evaluación de niveles de ruido, todas las cuales, en conjunto con los certificados de calibración, forman parte integrante del expediente Rol-D-157-2019, siendo antecedentes y fundamento de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, que formula cargos que indica a Flesan S.A. Por otro lado, la entrega de copia del Acta de Inspección al Mayordomo del domicilio del denunciante, se justifica en la ausencia del denunciante al momento de realizar la inspección, según consta en el mismo Acta.

51. Finalmente, respecto a la alegación del titular que señala “[p]ese a requerirse normativamente que se elimine o “apague” la fuente generadora de ruido para poder medir el ruido de fondo de forma apropiada, esto no aconteció en la fiscalización en cuestión, toda vez que el funcionario municipal a cargo de la inspección nunca solicitó a Flesan que se interrumpieran las labores habituales, ni menos informó o entregó copia del Acta una vez practicada la diligencia”, corresponde aclarar que en ninguna parte el D.S. N° 38/2011 del MMA señala que al momento de efectuar la medición del NPC será necesario apagar la fuente generadora de ruido para medir el ruido de fondo, toda vez que la misma norma de emisión establece en su artículo 18 el procedimiento para la evaluación y obtención del NPC, en tanto que el artículo 19 de la misma establece el procedimiento a seguir para realizar corrección de ruido de fondo, en el supuesto de que éste último afecte *significativamente* las mediciones. Sobre este punto, la Ficha de Medición de Niveles de Ruido, contenida en el Reporte Técnico del D.S. N° 38/2011 del MMA, que consta en expediente Rol D-157-2019, señala, a propósito del Registro de Ruido de Fondo, que éste no afecta la medición efectuada con fecha 14 de diciembre de 2017, a las 11:20 horas.

52. En consideración a lo ya señalado, no resulta efectiva la alegación de Flesan S.A., relativa a que habría sido vulnerado el principio de contradictoriedad, toda vez que a Flesan S.A. le fue notificada válidamente la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, que formula cargos que indica, otorgando esta Superintendencia un plazo razonable para la presentación de PdC o bien, para la formulación de Descargos, haciendo uso de esta última opción el titular, presentando escrito de Descargos con fecha 09 de diciembre de 2019 ante esta Superintendencia, acompañando al mismo una serie de medios documentales tendientes a acreditar sus alegaciones, todos los cuales han sido debidamente ponderados por esta Superintendencia, en la elaboración del presente Dictamen. En consecuencia, se procederá a realizar análisis de las siguientes alegaciones contenidas en escrito de Descargos.

iii. En cuanto a los supuestos errores metodológicos en la fiscalización ambiental

53. En relación a este punto, ya mencionado en la alegación anterior, el titular señala que *“[d]e los antecedentes presentados de las actividades de fiscalización ambiental, y presentados en forma específica en la Ficha de Información de Medición de Ruido asociada al procedimiento sancionatorio, se observa que los niveles de ruido de fondo medidos a partir de las 11:20 horas, no consideran la ausencia de la fuente sonora que se pretende medir, lo cual constituye un error metodológico de la fiscalización ambiental”*. En seguida, y como fundamento a lo anterior, el titular cita la definición de ruido de fondo otorgada por el numeral 22 del artículo 6 del D.S. N° 38/2011 del MMA, el cual señala expresamente que, *“[E]ste corresponderá al valor obtenido bajo el procedimiento establecido en la presente norma”*.

54. En consecuencia y considerando además lo señalado en el numeral quincuagésimo primero de este Dictamen, en ninguna parte el D.S. N° 38/2011 del MMA señala que al momento de efectuar la medición del NPC será necesario apagar la fuente generadora de ruido para medir el ruido de fondo, toda vez que la misma norma de emisión establece en su artículo 19 el procedimiento a seguir para realizar corrección de ruido de fondo, en el supuesto de que éste último afecte *significativamente* las mediciones. Sobre este punto, la Ficha de Medición de Niveles de Ruido, contenida en el Reporte Técnico del D.S. N° 38/2011 del MMA, que consta en expediente Rol D-157-2019, señala, a propósito del Registro de Ruido de Fondo, que éste no afecta la medición efectuada con fecha 14 de diciembre de 2017, a las 11:20 horas, por lo que la alegación de Flesan S.A. sobre este punto, no es efectiva y carece de fundamento.

iv. Acerca de la calificación de la infracción

55. Sobre el particular, el titular solicita recalificar la infracción como leve, indicando que *“[C]onforme a lo expresado en la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019, el hecho fue imputado al literal h) del artículo 35 de la LO-SMA, y clasificado como constitutivo de una infracción grave, de conformidad al artículo 36 N° 2 de la misma ley. Si bien la precipitada resolución no lo indica, careciendo por esta razón de la debida motivación o fundamentación, atendido que el objeto de protección de la Norma de Emisión que se estimó infringida, es posible afirmar que ésta fue calificada como grave en razón a la posibilidad de generación de un riesgo significativo para la salud de la población, vale decir, el literal b) del N° 2 del artículo 36 de la LO-SMA”*.

56. A continuación, el titular señala que a su juicio, la infracción imputada no generó un riesgo significativo a la salud de la población aledaña al proyecto, en base a las consideraciones que se exponen a continuación:

1. Por la ubicación del Proyecto en zona urbana con niveles de ruido alto, de acuerdo a la Red Pública de Monitoreo de Ruido Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente. Sobre este punto señala que, *“[e]n efecto, en la Estación 3, denominada Estación Pedro de Valdivia se registran niveles de presión sonora que en el horario diurno, generalmente superan los 70 dB (Leq) y los 80 dB (LMax), de suerte tal que el proyecto no aumentó significativamente la situación base (ruido de fondo) del área de influencia. La Estación 3 Pedro de Valdivia se encuentra cercana a aproximadamente 3 cuadras de la Unidad Fiscalizable (...), y representa una vía con tránsito vehicular similar a la Avenida Ricardo Lyon, registrándose los valores antes expuestos, es decir, un ruido de fondo alto”*.

2. Además, indica debe considerarse la Guía de Evaluación de Impacto Ambiental referida al Riesgo para la Salud de la Población del Servicio de Evaluación Ambiental (2012), que *“[p]ara considerar que se está en presencia de dicha circunstancia es necesario distinguir dos escenarios. El primero, consiste en que en forma previa a la ejecución del proyecto, existe una situación que genera un riesgo, mientras que en el segundo caso, la ejecución del proyecto genera un riesgo que no existía previamente. Teniendo presente que el alto ruido de fondo ya es superior al límite establecido en la normativa para la Zona II, en horario diurno, nos encontramos necesariamente en el primero de los escenarios expuestos, de forma tal que se debe evaluar si el proyecto genera un aumento de este riesgo preexistente, que sea de tal entidad que pueda aumentar la probabilidad de generar un riesgo para la salud. En dicho sentido, y como lo señala la Guía antes referida, éste sólo se generaría si el aumento es relevante o importante. (...) En consecuencia, dado que el ruido de fondo supera la norma de emisión, para efectos de evaluar la generación de un riesgo para la salud, se debe considerar la magnitud y duración del aumento del riesgo preexistente, debiendo concurrir ambas circunstancias para encontrarnos frente al riesgo que se imputa”*. Consiguientemente, el titular presenta datos de la referida Estación 3, del año 2019, para graficar lo que corresponde al factor magnitud. En tanto, respecto al factor duración, señala que la obra se ejecutó en plazo acotado de tiempo, entre el 1 de diciembre de 2017 y el 13 de enero de 2018, excluyendo trabajos nocturnos y en días inhábiles, por lo que los receptores no habrían sido expuestos a emisiones de ruido prolongadamente, disminuyendo la posibilidad de generar un riesgo significativo para la salud de la población. En este sentido, fundamenta sus dichos en informe denominado Análisis y Estimación de Posibles Efectos Ambientales, el cual acompaña al escrito de Descargos.

57. Ahora bien, en relación a la primera de dichas alegaciones, cabe señalar que la importancia del daño causado o peligro ocasionado como circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, para la determinación de la sanción específica que corresponda aplicar, será ponderada en el Capítulo X del presente Dictamen. No obstante lo anterior, es menester indicar que, al haber ingresado este Fiscal Instructor al portal web de la Red de Monitoreo de Ruido Ambiental, del Ministerio del Medio Ambiente, en el siguiente enlace: <https://ruido.mma.gob.cl/mapa-estaciones-de-ruido-publico/>⁵, para revisar en línea los datos correspondientes a la Estación 3 “Pedro de Valdivia” referida por el titular, el portal señala “Esta página no existe”, según consta en captura de pantalla tomada por la anterior Fiscal Instructora, con fecha 05 de febrero de 2020, a las 17:55 horas, por lo que no fue posible corroborar lo señalado por el titular, debido a la ausencia de datos en el portal referido. Sin perjuicio de lo

⁵ Consultado por última vez el día 17 de agosto de 2020.

anterior, se hace presente que conforme a lo señalado en el sitio web <https://ruido.mma.gob.cl/red-de-monitoreo-de-ruido/>⁶, el mapa de estaciones de ruido público es “(...) un proyecto que inicia el año 2018, con la instalación de **7 estaciones de monitoreo de ruido continuo** [el destacado es propio] en siete puntos estratégicos del Gran Santiago (...)”. Por tanto, dicho monitoreo se realiza por medio de utilización de sonómetros de medición continua, instrumentos que no cumplen con lo establecido en la Res. Ex. SMA N° 867, de fecha 16 de septiembre de 2016, que aprueba Protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 y exigencias asociadas al control del ruido en instrumentos de competencia de la SMA. Consecuentemente, los registros obtenidos mediante sonómetros de medición continua no permiten desvirtuar mediciones realizadas conforme a instrumental calibrado al momento de realizar la medición que constató la superación al límite máximo señalado en el presente procedimiento, ni son válidos para establecer un ruido de fondo, ya que los datos obtenidos por sonómetros de medición continua no consideran las condiciones de medición en que se verificó la infracción imputada, con fecha 14 de diciembre de 2017, como lo son la humedad, el viento y la temperatura en la que se constató la infracción.

58. En todo caso, resulta necesario tener presente que, en relación a la preexistencia del riesgo alegado y directamente relacionado con la magnitud del mismo, si bien es cierto que la medición efectuada con fecha 14 de diciembre de 2017, que constata la infracción imputada, establece como ruido de fondo un NPC equivalente a 65 dB(A) en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II del D.S. N° 38/2011 del MMA, de acuerdo a lo informado en Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, en circunstancias que el límite establecido en la referida norma de emisión corresponde a 60 dB(A) en horario diurno, para Zona II; el NPC registrado corresponde a 79 dB(A), en condiciones que determinan la improcedencia de corrección de ruido de fondo, al no afectar éste la medición, según consta en Ficha de Medición de Niveles de Ruido, del Reporte Técnico del D.S. N° 38/2011 del MMA. En este mismo sentido, aún si se tomara como base el NPC correspondiente al ruido de fondo, esto es 65 dB(A), existiría una excedencia correspondiente a 14 dB(A), generando igualmente un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA. Lo anterior se presenta con mayor detalle en el Capítulo IX del presente Dictamen, sobre la clasificación de la infracción.

59. Finalmente, cabe señalar que, en torno al factor duración de la emisión, mencionado por el titular, según se pudo constatar en Carta Gantt acompañada al escrito de Descargos presentado por el titular, que grafica inicio y término de la faena de demolición ejecutada por Flesan S.A., desde el inicio de las obras preliminares (sin considerar obras previas ni tramitación administrativa del permiso de demolición), hasta la entrega de la obra, transcurrieron 90 días, comenzando el 01 de noviembre de 2017 y hasta el 29 de enero de 2018 inclusive, superando el período de tiempo indicado por el titular (44 días), generando de esa manera un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA.

v. Respecto a la aplicación de circunstancias atenuantes

60. Sobre este punto, el titular afirma que concurren las siguientes circunstancias: (i) Irreprochable conducta anterior; (ii) Cooperación eficaz; y (iii) Aplicación de medidas correctivas. A lo anterior, se hace presente que la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que puedan ser aplicables, se realizará en el Capítulo XI del presente Dictamen.

⁶ Consultado por última vez el día 17 de agosto de 2020.

61. Al respecto, es menester señalar que las alegaciones y defensas presentadas por el titular, no están destinadas a controvertir el hecho infraccional constatado, sino que éstas buscan hacer presente cuestiones que, según el titular, debiesen ser consideradas en la circunstancia del literal i) del artículo 40 de la LO-SMA, esto es, todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción. Sobre el particular, cabe indicar que dicha circunstancia será debidamente analizada conforme a las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, establecidas mediante la Res. Ex. N° 85, de fecha 22 de enero de 2018, en el Capítulo X del presente Dictamen.

62. No obstante lo anterior, para este Fiscal Instructor es importante hacer presente al titular, por una parte, que esta Superintendencia tiene competencia legal para la fiscalización y sanción en la presente materia; y que a su vez, el hecho infraccional que dio lugar al procedimiento sancionatorio, se funda en un hecho objetivo, esto es, el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA, conforme fue constado en la actividad de fiscalización efectuada por personal técnico de la Ilte. Municipalidad de Providencia, con fecha 14 de diciembre de 2017. Por lo demás, tal como da cuenta el correspondiente expediente, durante el transcurso del procedimiento administrativo sancionatorio, se ha velado por el cumplimiento de todas las garantías debidas.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

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

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

65. Por su parte, cabe manifestar que los hechos han sido constatados por funcionario de la Ilustre Municipalidad de Providencia y que, al respecto, el artículo 5° literal o) inciso 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece que *“Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites urbanos comunales”*. A su vez, cabe agregar que existe variada normativa sectorial que le otorga a los inspectores municipales atribuciones propias de un ministro de fe, tales como el artículo 5.2.3⁷, el artículo 5.2.4⁸ y el artículo 5.2.9⁹, todos de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones; como, asimismo, el artículo 4° de la Ley de Tránsito¹⁰.

⁷ Artículo 5.2.3, Decreto N° 47, de fecha 16 de abril de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: *“Los funcionarios de la Dirección de Obras Municipales, el Revisor Independiente y el Inspector Técnico, tendrán libre acceso a las obras con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones anteriores”*.

⁸ Artículo 5.2.4, Decreto N° 47, de fecha 16 de abril de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: *“Los inspectores municipales deberán poner en conocimiento inmediato del Director de Obras Municipales los*

66. Que, posteriormente, las mediciones realizadas por los funcionarios de la mencionada municipalidad, fueron debidamente validadas por esta Superintendencia, constando ello en el respectivo Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2018-1051-XIII-NE-IA. A su vez, cabe señalar, que el proceso de validación de actividades de medición de ruido puede aplicarse no sólo respecto de mediciones efectuadas por funcionarios públicos, sino que, además, respecto de aquellas que sean realizadas por profesionales técnicos de empresas acreditadas, para efectos de determinar que se cumpla con la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011 del MMA y las normas generales que sobre la materia ha dictado esta Superintendencia.

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

68. En razón de lo anterior, corresponde reiterar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionario de la Ilustre Municipalidad de Providencia, tal como consta en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 14 de diciembre de 2017, así como en las Fichas de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración, validadas posteriormente por funcionarios de esta Superintendencia, según consta en el Informe de Fiscalización remitido a esta División. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los numerales cuatro y siguientes de este Dictamen.

69. Además, cabe hacer presente que, tal como consta en el Capítulo VI de este Dictamen, el titular no realizó alegaciones que contuvieran alguna referencia a la certeza de los hechos verificados en la medición de ruidos realizada el día 14 de diciembre de 2017, refiriéndose únicamente a errores metodológicos que, en base a su mérito han sido descartados por esta Superintendencia, conforme a lo señalado en el numeral iii) del Capítulo VI de este Dictamen; así como tampoco presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma, o relacionados con la validación realizada por funcionarios de esta Superintendencia.

70. En consecuencia, respecto de la medición efectuada por funcionario de la Ilustre Municipalidad de Providencia, en el día 14 de diciembre de 2017, que arrojó un nivel de presión sonora corregido de 79 dB(A), en horario diurno, en condición

defectos graves que comprometan la seguridad o salubridad del edificio o que constituyan peligro inminente para el vecindario, que adviertan en el ejercicio de sus funciones”.

⁹ Artículo 5.2.9, Decreto N° 47, de fecha 16 de abril de 1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: *“Las Direcciones de Obras Municipales podrán en cualquier momento, después de la recepción definitiva de una obra, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre seguridad, conservación de las edificaciones, accesibilidad universal y discapacidad.*

Asimismo, podrán fiscalizar que los edificios que tengan instalados ascensores, montacargas y escaleras o rampas mecánicas, cuenten con la mantención y certificación a que se refiere el artículo 5.9.5. de esta Ordenanza. De comprobarse que no se cuenta con dicha mantención o certificación, se aplicará lo dispuesto en el inciso final del artículo 159 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones”.

¹⁰ Artículo 4°, Ley N° 18.290, de fecha 23 de enero de 1984, del Ministerio de Justicia, Ley de Tránsito: *“Carabineros de Chile y los Inspectores Fiscales y Municipales serán los encargados de supervigilar el cumplimiento de las disposiciones a que se refiere la presente ley, sus reglamentos y las de transporte y tránsito terrestre que dicte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones o las Municipalidades, debiendo denunciar, al Juzgado que corresponda, las infracciones o contravenciones que se cometan. Asimismo, fiscalizarán el cumplimiento de las normas sobre jornada de trabajo de los conductores de vehículos destinados al servicio público de pasajeros o de carga, contenidas en el Código del Trabajo, y denunciarán su incumplimiento a la Inspección del Trabajo correspondiente al domicilio del empleador”.*

externa, medido desde el Receptor N° 1, ubicado en el domicilio del denunciante, en Ricardo Lyon N° 880, comuna de Providencia, homologable a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, cabe reiterar, en primer lugar, que fue efectuada por funcionario habilitado para realizar la actividad de fiscalización, quien dio cumplimiento a la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011 del MMA; en segundo lugar, la misma fue posteriormente corroborada a través de la validación efectuada por esta Superintendencia; y, en tercer lugar, no fueron controvertidas ni lograron ser desvirtuadas durante el presente procedimiento sancionatorio. Por tanto, en virtud de todo lo anterior, es plausible para este Fiscal Instructor concluir que las mismas gozan de una presunción de veracidad.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

71. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-157-2019, esto es, la obtención, con fecha 14 de diciembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 79 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.

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

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

VIII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

74. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-157-2019, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LO-SMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 del MMA.

75. En este sentido, respecto al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como grave¹¹,

¹¹ El artículo 36 N° 2, de la LO-SMA, dispone que son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: a) Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación; b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población; c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación; d) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior; e) Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental; f) Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes

considerando que, de manera preliminar, se estimó que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA.

76. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento es posible colegir de manera fehaciente que la infracción generó un riesgo significativo para la salud de la población, en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA.

77. En efecto, en relación a la generación de riesgo significativo a la salud de la población, es necesario considerar que, según se aprecia en la Ficha de Información de Medición de Ruido de fecha 14 de diciembre de 2017, se observa una superación sobre el nivel de presión sonora permitido de 19 dB(A). El análisis respecto de la significancia del riesgo que la infracción ha generado, se describirá en la sección del presente dictamen destinada a la ponderación de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, relativa a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado por motivo de la infracción, sin perjuicio de lo ya señalado en el numeral iv), del Capítulo VI de este Dictamen.

78. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales.

IX. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

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

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

80. Por su parte, el artículo 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal b) que “Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales”.

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

dispuestas por la Superintendencia; g) Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla; h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo; i) Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.

82. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en el documento “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización 2017” de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la SMA y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

b) Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, al caso particular.

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

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado¹².*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción¹³.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción¹⁴.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma¹⁵.*
- e) *La conducta anterior del infractor¹⁶.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁷.*

¹² En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

¹³ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas, y también la generación de condiciones de riesgo, sean o no de importancia.

¹⁴ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

¹⁵ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

¹⁶ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

¹⁷ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o¹⁸.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁹.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción²⁰.*

84. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, no son aplicables en el presente procedimiento:

- a. **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- b. **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que la unidad fiscalizable no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional.
- c. **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE.
- d. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues el infractor no presentó Programa de Cumplimiento en el procedimiento, conforme a lo señalado en el Capítulo V del presente Dictamen.

85. Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la letra i) del artículo 40, en este caso no aplican las siguientes:

- a. **Letra i), respecto de medidas correctivas**, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, en este caso, la adopción de medidas de mitigación de ruidos. En efecto, cabe señalar que si bien el titular, en escrito de Descargos, señala un listado con medidas que a su juicio serían de carácter mitigatorias, según se podrá apreciar en el presente Capítulo se trata de medidas de gestión, que en todo caso, no configuran la circunstancia en comento debido a que ninguna de ellas ha sido ejecutada, ni tiene relación alguna con la unidad fiscalizable objeto del procedimiento sancionatorio en curso.

86. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

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

¹⁸ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

¹⁹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

²⁰ En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

87. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de 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 de 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 motivo de la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella.

88. Es así como para su determinación es necesario configurar dos escenarios económicos contrapuestos: un escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental y el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. A partir de la contraposición de estos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

89. Se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios en este caso –los costos involucrados y las respectivas fechas en que fueron o debieron ser incurridos–, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia, la cual se encuentra descrita en las Bases Metodológicas.

90. Cabe destacar que la configuración y el análisis de los escenarios que se describen a continuación, fueron efectuados considerando la situación existente durante la actividad de medición de ruido efectuada con fecha 14 de diciembre de 2017, ya señalada, en donde se registró como máxima excedencia 19 dB(A) por sobre la norma en horario diurno, en el Receptor N° 1, ubicado en Ricardo Lyon N° 880, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago, siendo el ruido emitido por la faena de demolición ubicada en Ricardo Lyon N° 806-812, cuyo titular es Flesan S.A.

(a) Escenario de Cumplimiento.

91. Este se determina a partir de los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas de forma oportuna, hubiesen posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011 del MMA, y por lo tanto, evitado el incumplimiento. Las medidas identificadas como las más idóneas para haber evitado la excedencia de la norma por parte del establecimiento objeto del presente procedimiento y sus respectivos costos son los siguientes:

Tabla N° 3: Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento²¹.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	

²¹ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo debió ser incurrido.

Apantallamiento de 3 de 4 lados del perímetro (240 m largo x 3,6 m alto)	\$	12.342.857	PDC ROL D-085-2016
Parapetos móviles	\$	1.140.000	PDC ROL D-085-2016
Costo total que debió ser incurrido	\$	13.482.857	

92. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que estos se basan en los siguientes supuestos: (i) La actividad de demolición se realiza mayoritariamente a nivel de piso, con empleo de herramientas manuales, maquinaria de carga y transporte de residuos; (ii) Los receptores sensibles más cercanos corresponden a edificaciones de 1 o 2 pisos, oficinas y edificios departamentos de 12 y más pisos; (iii) La principal medida corresponde a parapetos móviles para las actividades más ruidosas y cercanas a los puntos sensibles, así como una pantalla perimetral de 3,6 metros de altura para control de todas las emisiones generadas por la actividad de demolición, sea que provengan de maquinaria móvil o fijas, o eventuales ruido de voces o gritos. Los valores de las medidas están estimados en base al PDC Rol D-085-2016, que fue implementado en forma satisfactoria.

93. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma previa a la fecha de fiscalización ambiental la cual se constató la excedencia de la norma, el día 14 de diciembre de 2017.

(b) Escenario de Incumplimiento.

94. Este se determina a partir de los costos que han sido incurridos por motivo de la infracción -en este caso, los costos asociados a medidas de mitigación de ruidos u otros costos incurridos por motivo de la excedencia de la norma-, y las respectivas fechas o periodos en que estos fueron incurridos.

95. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, el titular no ha acreditado la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria y por lo tanto, haber incurrido en algún costo asociado a ellas. En relación a lo anterior, cabe indicar que aun cuando en escrito de Descargos el titular señala que concurre como circunstancia atenuante la aplicación de medidas mitigatorias, sobre el particular señala que *“es necesario considerar que se da permanente cumplimiento a la colocación de cierros provisionales contemplados en el Capítulo 8, Faenas Constructivas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, tal como se muestra en las siguientes fotografías”*, acompañando el titular dos fotografías sin fechar ni georreferenciar, con el siguiente pie *“Cierros perimetrales en obra Mall Vivo Santiago”*. Agrega además, que en lo sucesivo, se implementarán las mejores técnicas o prácticas disponibles, a analizar caso a caso, considerándose en la etapa de diseño de cada proyecto, la implementación de medidas tales como: (i) Cierres perimetrales con características de barrera acústica; (ii) Consideración de distanciamientos entre fuente y receptor cuando la obra lo permita; (iii) Prohibición de utilización de bocinas al interior de la obra; (iv) Establecimiento de límites de velocidad al interior de la obra; (v) Limitación del trabajo al horario diurno; (vi) Informar a través de señalética las actividades a desarrollar durante la ejecución del proyecto, indicando días y horario de faena más ruidosa; (vii) Mantenimiento de libro de obra, correo electrónico, teléfono o plataforma de denuncias de la empresa; (viii) Acordar con los receptores, si se requiere, los días y horario de trabajo para no intervenir en período de descanso; (ix) De recibir reclamos por la comunidad, se realizará esfuerzo en medidas de gestión y mejores prácticas; y (x) Si los

reclamos se mantienen aun habiendo implementado tales medidas, se realizará medición de ruido en el receptor por una ETFA, para acreditar el cumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA.

96. En este sentido, cabe señalar que el listado referido en el considerando anterior, salvo la primera medida indicada, no dice relación con medidas de mitigación directas, sino que, más bien contempla medidas de gestión, las cuales según lo establecido en la Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, no serán consideradas como medidas apropiadas. No obstante lo anterior, la principal causa para considerarlas como medidas inidóneas e impertinentes, radica en que, de acuerdo a lo que el mismo titular señala, ninguna de ellas ha sido ejecutada, ni tiene relación alguna con la unidad fiscalizable objeto del procedimiento sancionatorio en curso, por lo que no resulta procedente su ponderación como medida correctiva, dentro de las circunstancias del literal i) del artículo 40.

97. Por otro lado, cabe señalar que, de acuerdo al artículo 5.8.3 N° 4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, “OGUC”), es una obligación del responsable de la ejecución de las obras de demolición, para efectos de controlar su impacto, la entrega por parte del constructor de un programa de trabajo que contenga: a) El horario de funcionamiento de la obra; b) Lista de herramientas y equipos productores de ruidos molestos, con indicación de horario de uso y medidas consideradas; c) Nombre del constructor responsable y número telefónico de la obra; debiendo tomar todas las prevenciones para no ocasionar perjuicios a las personas o propiedades vecinas, ejecutando oportunamente los cierros provisorios, apuntalamiento, colocación de alzaprimas, y toda otra obra provisional que fuere necesaria, de conformidad a lo establecido en el artículo 5.8.12 de la OGUC.

98. Finalmente, respecto de los costos asociados a la implementación de medidas de mitigación que no han sido ejecutadas a la fecha del presente Dictamen, bajo un supuesto conservador para efectos de la modelación, se considera que estos son incurridos en la fecha estimada de pago de multa, configurando un beneficio económico por el retraso de estos costos hasta dicha fecha.

(c) Determinación del beneficio económico

99. En la siguiente tabla se resume el origen del beneficio económico, que resulta de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, así como también el resultado de la aplicación del método de estimación de beneficio económico utilizado por esta Superintendencia. Para efectos de la estimación, se consideró una fecha de pago de multa al día 22 de septiembre de 2020, y una tasa de descuento de 9,0%, estimada a partir de los estados financieros aportados por Flesan, así como otros indicadores financieros. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de agosto de 2020.

Tabla N° 4: Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	

Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	13.482.857	22,3	3,3
---	------------	------	-----

100. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

B. Componente de Afectación

b.1. Valor de Seriedad

101. El valor de seriedad se determina a través de la ponderación conjunta del nivel de seriedad de los efectos de la infracción y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, y el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, quedando excluida del análisis la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA debido a que en el presente caso no resulta aplicable.

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

102. La letra a) del artículo 40 de la LO-SMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño o de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor.

103. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

104. En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas que sea consecuencia directa de la infracción constatada. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

105. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que *“De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que*

el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma”²². Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

106. Conforme a lo ya indicado, el Servicio de Evaluación Ambiental -en el marco de una evaluación del riesgo para la salud de la población- definió el concepto de riesgo como la “probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”²³. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro²⁴ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible²⁵, sea esta completa o potencial²⁶. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”²⁷. Conforme a lo anterior, para determinar si existe un riesgo, a continuación se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

107. En relación al primer requisito relativo a la existencia de un peligro, entendido como capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor, el conocimiento científicamente afianzado²⁸ ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas, reconocidos por la Organización Mundial de la Salud y otros organismos como la Agencia de Protección Ambiental de EEUU, y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCA), son: efectos cardiovasculares, respuestas hormonales (hormonas de estrés) y sus posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y sistema inmune, rendimiento en el trabajo y la escuela, molestia, interferencia en el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental²⁹.

108. Asimismo, la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida de las personas por cuanto incide en la generación de

²² Itre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

²³ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

²⁴ En este punto, debe indicarse que el concepto de “peligro” desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de “peligro ocasionado” contenido en la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA.

²⁵ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

²⁶ Véase Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. Al respecto, una ruta de exposición completa, es la que se configura cuando se presentan todos los elementos enlistados en la página 39 del documento, y una ruta de exposición potencial es aquella a la que le falta uno o más de los elementos indicados, pero respecto de la cual existe información disponible que indica que la exposición es probable.

²⁷ Ídem.

²⁸ World Health Organization Regional Office for Europe. Night Noise Guidelines for Europe (2009). WHO Regional Office for Europe Publications. Disponible online en: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/environment-and-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe>.

²⁹ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

efectos emocionales negativos, tales como irritabilidad, ansiedad, depresión, problemas de concentración, agitación y cansancio, siendo mayor el efecto cuanto más prolongada sea la exposición al ruido³⁰.

109. Conforme a lo indicado en los considerandos anteriores, el ruido es un agente con la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso sobre un receptor, por lo que se configura el primer requisito del riesgo, o sea, el peligro del ruido.

110. Por otra parte, es posible afirmar que la infracción generó un riesgo a la salud de la población, puesto que en el presente caso, se verificaron los elementos para configurar una ruta de exposición completa³¹. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto³² y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como Receptor N° 1, de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio del denunciante) y un medio de desplazamiento, que en este caso es el aire, y las paredes que transfieren las vibraciones. En otras palabras, se puede afirmar que al constatarse la existencia de personas expuestas al peligro ocasionado por el nivel de presión sonora emitida por la fuente, cuyo valor registrado excedió los niveles permitidos por la norma, se configura una ruta de exposición completa y, por tanto, se configura, a su vez, un riesgo.

111. Una vez determinada la existencia de un riesgo, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor. Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

112. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del DS N°38 del MMA fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar. Por tanto, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

113. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 79 dB(A), en horario diurno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 60 dB(A), corresponde a una emisión significativamente superior a este límite, puesto que implica un aumento en un factor multiplicativo de 79,4 en la energía del sonido³³

³⁰ Ibíd.

³¹ La ruta de exposición completa se configura cuando todos los siguientes elementos están presentes: Una fuente contaminante, por ejemplo, una chimenea o derrame de combustible; un mecanismo de salida o liberación del contaminante; medios para que se desplace el contaminante, como las aguas subterráneas, el suelo y el subsuelo, el agua superficial, la atmósfera, los sedimentos y la biota, y mecanismos de transporte; un punto de exposición o un lugar específico en el que la población puede entrar en contacto con el contaminante; una vía de exposición por medio de la que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo (para contaminantes químicos, las vías de exposición son inhalación [p. ej., gases y partículas en suspensión], ingesta [p. ej., suelo, polvo, agua, alimentos] y contacto dérmico [p. ej., suelo, baño en agua]); y una población receptora que esté expuesta o potencialmente expuesta a los contaminantes.

³² SEA, 2012. Guía de Evaluación de impacto ambiental riesgo para la salud de la población en el SEIA. Concepto de riesgo en el artículo 11 de la Ley N°19.300, página N°20.

³³ Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

aproximadamente, respecto a aquella permitida para el nivel de ruido tolerado por la norma. Lo anterior da cuenta de la magnitud de la contaminación acústica generada por la actividad del titular y de la significancia del riesgo que esta puede ocasionar sobre la salud de la población.

114. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo en el caso concreto, es la frecuencia y el tiempo de la exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, tal como se ha mencionado en el presente Dictamen, las máximas de la experiencia permiten inferir que las maquinarias y equipos emisores de ruido, tuvieron un funcionamiento reiterado, al menos entre el 01 de noviembre de 2017 y hasta el 29 de enero de 2018 inclusive, esto es 90 días, conforme se detalla en el numeral quincuagésimo noveno de este Dictamen, lo que da cuenta del nivel de exposición de los receptores al ruido en el presente caso.

115. En razón de lo expuesto, es de opinión de este Fiscal Instructor, sostener que la superación de los niveles de presión sonora, constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo de carácter significativo y, por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.**

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

116. Mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto –riesgo– ocasionado por la infracción, esta circunstancia introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a). Que, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud, sea este significativo o no.

117. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 04 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 25931-2014, disponiendo: *“a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N° 146 del año 1997”*.

118. Con el objeto de determinar el número de eventuales afectados por los ruidos emitidos desde la fuente emisora, se procedió a evaluar el número de habitantes que se ven potencialmente afectados debido a las emisiones de dicha fuente. Para lo anterior se procedió, en primera instancia, a establecer un Área de Influencia (en adelante, “AI”) de la fuente de ruido, considerando que ésta se encuentra en una Zona II.

119. Para determinar el AI, se consideró el hecho que la propagación de la energía sonora se manifiesta en forma esférica, así como su correspondiente atenuación con la distancia, la que indica que al doblarse la distancia se disminuye 6 dB(A) la presión sonora. Para lo anterior, se utilizó la expresión que determina que la

amplitud del nivel de presión del sonido emitido desde una fuente puntual es, en cada punto, inversamente proporcional a la distancia de la fuente, para lo cual se utilizó la siguiente fórmula³⁴:

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

Donde,

L_x : Nivel de presión sonora medido.

r_x : Distancia entre fuente emisora y receptor donde se constata excedencia.

L_p : Nivel de presión sonora en cumplimiento de la normativa.

r : Distancia entre fuente emisora y punto en que se daría cumplimiento a la normativa (radio del AI).

120. En relación con lo señalado en el párrafo anterior, cabe destacar que la fórmula presentada no incorpora la atenuación que provocarían factores tales como la disminución por divergencia - debido a la dispersión de la energía del sonido -, la reflexión y la difracción en obstáculos sólidos, y la reflexión y la formación de sombras por los gradientes de viento y temperatura; debido principalmente a que las condiciones del medio de propagación del sonido no son ni homogéneas ni estables. En función de esto, cabe manifestar que el conocimiento empírico adquirido por esta SMA en estos 7 años de funcionamiento, a través de los más de 360 casos analizados de infracciones al DS N°38/2011 MMA, le han permitido actualizar su estimación del AI, incorporando factores de atenuación del radio del AI orientados a aumentar la representatividad del número de personas afectadas en función de las denuncias presentadas ante esta Superintendencia.

121. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 14 de diciembre de 2017, que corresponde a 79 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató excedencia de la normativa, que es de aproximadamente 38 metros; se obtuvo un radio del AI aproximado de 204 metros desde la fuente emisora.

122. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³⁵ del Censo 2017³⁶, para la comuna de Providencia, en la Región Metropolitana de Santiago, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales y el AI, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea, tal como se presenta en la siguiente imagen:

Imagen N° 1: Intersección manzanas censales y AI.

³⁴ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

³⁵ Manzana censal: unidad geográfica básica con fines estadísticos que conforman zonas censales en áreas urbanas. Contiene un grupo de viviendas contiguas o separadas, edificios, establecimientos y/o predios, delimitados por rasgos geográficos, culturales y naturales.

³⁶ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.10.3 e información georreferenciada del Censo 2017.

123. A continuación, se presenta la información correspondiente a cada manzana censal del AI definida, indicando: ID correspondiente por manzana censal, ID definido para el presente procedimiento sancionatorio (ID PS), sus respectivas áreas totales y número de personas en cada manzana. Asimismo, se indica la cantidad estimada de personas que pudieron ser afectadas, determinada a partir de proporción del AI sobre el área total, bajo el supuesto que la distribución de la población determinada para cada manzana censal es homogénea.

Tabla N° 5: Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales.

IDPS	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área aprox. (m2)	AI	Área Afectada aprox. (m2)	% de Afectación aprox.	Personas Afectadas
M1	13123031005001	195	9.351	205,6	5,3	0%	0
M2	13123031005002	583	24.804	205,6	6.568,3	26%	154
M3	13123031005003	516	21.369	205,6	12.086,9	57%	292
M4	13123031005004	821	34.358	205,6	19.480,2	57%	465
M5	13123031005005	525	23.432	205,6	7.273,8	31%	163
M6	13123031007003	379	11.729	205,6	157,5	1%	5
M7	13123031007005	96	9.174	205,6	4.556,1	50%	48
M8	13123031007009	155	10.601	205,6	2.744,3	26%	40
M9	13123031007010	137	10.243	205,6	1.009,8	10%	14
M10	13123031008001	750	24.198	205,6	14.483,7	60%	449
M11	13123031008002	1335	55.269	205,6	51.340,3	93%	1240

Fuente: Elaboración propia a partir de información de Censo 2017.

124. En consecuencia, de acuerdo a lo presentado en la tabla anterior, el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de **2.870 personas**.

125. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción.

b.1.3 La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i)

126. La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos propios que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

127. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma.

128. Dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada. Esto se diferencia de las circunstancias que se relacionan con los efectos de la infracción, las que pueden concurrir o no dependiendo de las características del caso.

129. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración de la norma de emisión de ruidos, establecida mediante el Decreto Supremo N° 38, del año 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, la cual tiene por objetivo “proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido generados por las fuentes emisoras de ruido que esta norma regula”. Los niveles máximos de emisión de ruidos se establecen en términos del nivel de presión sonora corregido, medidos en el receptor sensible. Estos límites son diferenciados de acuerdo a la localización del receptor, según la clasificación por zonas establecida en la norma, así como por el horario en que la emisión se constata, distinguiendo horario diurno y nocturno.

130. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno, radica en que la emisión de niveles de presión sonora por sobre los límites establecidos en la norma vulnera el objetivo de protección a la salud de la población, de los riesgos propios de la contaminación acústica, encontrándose en todos los casos un receptor expuesto al ruido generado, ocasionándose un riesgo a la salud y potencialmente un detrimento en la calidad de vida de las personas expuestas. Cabe agregar, asimismo, que esta corresponde a la única norma que regula de forma general y a nivel nacional los niveles de ruido a los cuales se expone la comunidad, aplicándose a un gran número de actividades productivas, comerciales, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura, que generan emisiones de ruido.

131. En el mismo sentido, y tal como se indicó a propósito de la clasificación de la infracción en el presente procedimiento sancionatorio, solo fue

posible constatar por medio del instrumental y metodologías establecidas en la norma de emisión, una ocasión de incumplimiento de la normativa.

132. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 19 decibeles por sobre el límite establecido en la norma, en horario diurno en Zona II, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada el 14 de diciembre de 2017 y la cual fue motivo de la Formulación de Cargos asociada a la resolución Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019. Cabe señalar, sin embargo, que dado que la vulneración a la norma de ruidos se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, la magnitud de la excedencia en términos de su consideración en el valor de seriedad de la infracción, ha sido ponderada en el marco de la letra a) del art. 40.

b.2. Factores de incremento

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

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

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

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

136. En tanto, la intencionalidad como circunstancia que influye en el monto de la sanción 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.

137. Conforme a lo resuelto por la Corte Suprema, *"la intencionalidad, en sede administrativa sancionadora, corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos"*³⁷. Se debe destacar que este criterio está contenido en las Bases Metodológicas, en el capítulo dedicado a intencionalidad. En este sentido, el máximo tribunal ha establecido tres requisitos para que concurra la intencionalidad en sede administrativa sancionadora, a saber: i) que el presunto infractor conozca la obligación contenida en la norma; ii) que el mismo conozca la conducta que se realiza y iii) que el presunto infractor conozca los alcances jurídicos de la conducta que se realiza. En el presente caso, en base al análisis de los antecedentes incorporados

³⁷ Corte Suprema. Causa Rol N° 24.422-2016. Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017.

al presente expediente sancionatorio, se verifica la concurrencia de estos requisitos, por las razones que se exponen a continuación.

138. En el presente caso, atendiendo a lo indicado en las Bases Metodológicas, es posible afirmar que el titular corresponde a un sujeto calificado, que se define como aquel que desarrolla su actividad a partir de una amplia experiencia en su giro específico, con conocimiento de las exigencias inherentes que en materia de cumplimiento de estándares medioambientales le exige nuestra legislación. Normalmente este tipo de regulados dispondrá de una organización sofisticada, la cual les permitirá afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias.

139. En el caso particular, puede afirmarse que la administración a cargo de la empresa sí cuenta con experiencia en su giro, ya que Flesan S.A. es una sociedad constituida el año 2005, bajo la razón social “Flesan Demoliciones Limitada”, habiendo iniciado sus actividades ante el Servicio de Impuestos Internos con fecha 26 de abril de 2005, y habiendo sido transformada en sociedad anónima cerrada, bajo la razón social “Flesan S.A.” durante el año 2008. Además, se puede afirmar que el titular sí tenía conocimiento de las exigencias legales, ya que en escrito de Descargos afirma que *“Flesan es una empresa que desde el año 1981 ha enfocado sus servicios a las obras previas a la construcción: demoliciones, anclajes, sostenimientos, entre otras. A lo largo de esta experiencia mi representada ha dado cumplimiento a las normativas constructivas y ordenanzas municipales aplicables, lo que se evidencia en la obtención de los respectivos permisos de demolición construcción y otros. A mayor abundamiento, y en la materia que nos convoca, es necesario considerar que se da permanente cumplimiento a la colocación de cierros provisionales contemplados en el Capítulo 8, Faenas Constructivas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (...)”*, todo lo cual permite concluir que, dada su vasta trayectoria en el rubro de la construcción, difícilmente podría alegar desconocimiento de la normativa aplicable, lo cual constituiría además un hecho sumamente negligente, habida consideración del riesgo al que expone a los receptores aledaños a la ejecución de sus faenas, el cual puede ser de carácter significativo, como ocurre en la especie. Finalmente, en lo relativo a la organización altamente sofisticada, se estima que la empresa cuenta con este atributo, ya que conforme a lo declarado en el año tributario 2019 ante el SII, el titular cuenta con una cantidad de **2.525 trabajadores dependientes**, lo que le permitiría afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias. En razón de lo anterior, los antecedentes permiten concluir que la empresa es un sujeto calificado.

140. Considerando su condición de sujeto calificado y lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que el infractor sí estaba en conocimiento de la conducta infraccional, siendo además posible afirmar que el titular estaba en conocimiento de la antijuridicidad asociada a la contravención ya que, como se ha planteado, su organización altamente especializada debería haber sido un insumo suficiente para detectar y aplicar la normativa de ruido. En este sentido, se concluye que el titular cometió este hecho infraccional con intencionalidad.

141. En consecuencia, la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en la fuente emisora, como único hecho constitutivo de infracción, permite afirmar que los actos del infractor reflejan una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por ese motivo, **esta circunstancia será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.**

b.2.2. Falta de cooperación (letra i)

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

143. Algunas de las conductas que se consideran para valorar esta circunstancia son las siguientes: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) El infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

144. En el presente caso, según consta en el Capítulo VI del presente Dictamen, la falta de cooperación en el procedimiento resulta evidente, por cuanto el infractor ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia, cual es la notificación de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, de fecha 13 de diciembre de 2019, al fijar como domicilio en escrito de Descargos presentado ante esta Superintendencia con fecha 09 de diciembre de 2019, la siguiente dirección: Francisco Meneses N° 1980, comuna de Ñuñoa, ciudad de Santiago; en circunstancias que su actual domicilio corresponde a Avenida Apoquindo N° 6550, Piso 10, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago.

145. Lo anterior consta a esta Superintendencia, por cuanto la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2019 de formulación de cargos, de fecha 28 de octubre de 2019, fue notificada personalmente al titular en Avenida Apoquindo N° 6550, Piso 10, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago, con fecha 07 de noviembre de 2019. En este sentido, la conducta desplegada por el infractor es manifiestamente dilatoria, dando lugar a la Res. Ex. N° 3/Rol D-157-2019, que rectifica de oficio resolución que indica y ordena nueva notificación por cambio de domicilio. Consecuentemente, según Acta de notificación respectiva, con fecha 14 de enero de 2020, fue notificada personalmente la Res. Ex. N° 3/Rol D-157-2019, haciendo entrega en el mismo acto de una copia de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019; copia del Acta de notificación de la Res. Ex. N° 1/Rol D-157-2017, de fecha 07 de noviembre de 2019; y copia de documento de seguimiento de Correos de Chile N° 1180851719517, en que consta notificación fallida de la Res. Ex. N° 2/Rol D-157-2019, por cambio de domicilio.

146. En virtud de lo anterior, **se configura la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, para efectos de aumentar el monto del componente de afectación de la sanción a aplicar.**

b.3. Factores de disminución

b.3.1. Cooperación eficaz (letra i)

147. Conforme al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento

sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados por el mismo.

148. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) el infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos (dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial); (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

149. En el presente caso, cabe tener en consideración que el titular, en escrito de Descargos, acompaña documentos requeridos en el octavo resolutorio de la Res. Ex. Nº 1/Rol D-157-2019, individualizados en el considerando décimo segundo de este Dictamen.

150. En consecuencia, **se configura la presente circunstancia del art. 40 de la LO-SMA, para efectos de disminuir el componente de afectación de la sanción a aplicar.**

b.3.2. Irreprochable conducta anterior (letra e)

151. La concurrencia de esta circunstancia es ponderada por la SMA en base al examen de los antecedentes disponibles que dan cuenta de la conducta que, en materia ambiental, ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable. Se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior cuando no se encuentra en determinadas situaciones que permiten descartarla, entre las cuales se cuenta la conducta anterior negativa -en los términos descritos anteriormente-, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

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

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

153. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

154. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, debiendo proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

155. Para la determinación del tamaño económico, se han examinado los antecedentes financieros de la empresa disponibles en el procedimiento. Así, de acuerdo a la información contenida en los “Estados financieros separados, al 31 de diciembre de 2018 y 2017”, presentados por el titular³⁸, se observa que Flesan S.A. se sitúa en la clasificación **Grande 4** -de acuerdo a la clasificación de tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuestos Internos- por presentar ingresos superiores a UF 1.000.000 en el año 2018. En efecto, se observa que sus ingresos en ese año fueron de \$40.355.616.000, equivalentes a UF 1.463.974,6 considerando el valor de la UF al día 31 de diciembre de 2018.

156. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

157. En base a lo descrito anteriormente, al tratarse de una empresa categorizada como Grande 4, **se concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.**

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS ASOCIADAS A LA PANDEMIA DE COVID-19

158. En el presente apartado se ponderará como circunstancia excepcional el impacto de la pandemia que se encuentra actualmente en curso. Como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

³⁸ Como antecedente adjunto a los Descargos, de fecha 09 de diciembre de 2019.

159. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

160. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "*todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será propuesta al Superintendente.

161. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020³⁹, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso, lo que se verá reflejado en la propuesta del presente dictamen.

XI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

162. En virtud del análisis realizado en el presente Dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de esta Fiscal Instructora corresponde aplicar a Flesan S.A., RUT N° 76.259.040-9.

163. Se propone una multa de quinientas dieciocho Unidades Tributarias Anuales (**518 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 19 dB(A), registrado con fecha 14 de diciembre de 2017, en horario diurno, en condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en Zona II, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA.

³⁹ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 26 de mayo de 2020].



Jaime Jeldres García
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

CCC/JGC
Rol D-157-2019