



EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-121-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE CONSTRUCTORA NOVATEC S.A.,
TITULAR DE FAENA DE CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIO
DENOMINADO “PARQUE CHACABUCO”.**

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 (LBPA); en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (D.S. N° 38/2011); en 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; en 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 D.S. N° 38/2011; en 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 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; en la Resolución Exenta 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 de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 (D.S. N° 30/2012); en 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); y, en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

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

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-121-2019, fue iniciado en contra de Constructora Novatec S.A. (en adelante, “el titular” o “la empresa”), RUT N° 86.856.700-7, titular de la faena de construcción de edificio denominado “Parque Chacabuco” (en adelante, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en avenida Chacabuco N° 180, comuna de Concepción, Región del Bío-Bío.

2. Dicho recinto tiene como objeto la construcción del edificio denominado “Parque Chacabuco”, y por tanto, corresponde a una “Fuente

Emisora de Ruidos”, al tratarse de una constructora, 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. Que, con fecha 13 de octubre de 2017, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”) recibió una denuncia presentada por Úrsula Álvarez Arias, mediante la cual indicó que estaría sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas por la faena de construcción de edificio denominado “Parque Chacabuco”.

4. Que, mediante ORD. OBB. N° 348, de fecha 23 de noviembre de 2017, y ORD. OBB. N° 136 y 140, ambos de fecha 03 de abril de 2019, se informó a los denunciante que la Superintendencia tomó conocimiento de sus denuncias y han sido registradas en nuestros sistemas.

5. Que, mediante ORD. OBB. N° 312, de fecha 21 de agosto de 2018, esta Superintendencia informó al titular sobre la denuncia presentada en su contra y de las consecuencias de una eventual infracción a la norma de emisión de ruidos.

6. Que, con fecha 28 de agosto de 2018, la SMA recepcionó presentación de la titular en virtud de la cual informó las medidas de mitigación que adoptó la constructora en la faena constructiva a la fecha de la presente carta. Adjuntó un set de cuatro (4) fotografías sin fechar ni georreferenciar en las cuales se observa el estado actual de la faena constructiva y tres de las medidas de mitigación adoptadas.

7. Que, mediante ORD. OBB. N° 331, con fecha 10 de septiembre de 2018, se informó a la titular la realización de una actividad de fiscalización con el objeto de verificar la efectividad de las medidas implementadas y declaradas en la presentación singularizada en el considerando anterior.

8. Que, con fecha 01 de octubre 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-2018-1666-VIII-NE**, el cual contiene el Actas de Inspección Ambiental de fecha 22 de noviembre de 2017, 16 de mayo y 29 de agosto, ambas del año 2018, y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 22 de noviembre de 2017, un fiscalizador se constituyó en el domicilio de la denunciante Úrsula Álvarez Arias, ubicado en calle Salas N° 53, departamento N° 1001, comuna de Concepción, Región del BíoBío, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

9. Que, según indica el Acta de Inspección Ambiental de fecha 22 de noviembre de 2017, el fiscalizador consignó que durante las mediciones hubo interferencia provocada por el ruido de fondo, por lo cual no se pudo diferenciar el ruido de fondo de aquel generado por la faena de construcción, poniéndose término a la actividad.

10. Que, por otro lado, según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. Nº 38/2011 MMA. En efecto, la medición realizada desde los receptores Nº 1 y Nº 2 cuyos domicilios son Pasaje Barros Errázuriz Nº 230 y Nº 62, respectivamente, ambos de la comuna de Concepción, Región del BíoBío, con fecha 16 de mayo de 2018, en condición externa, durante horario diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.), se registraron dos excedencias de **11 dB(A)** y **1 dB(A)**. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla Nº 1: Evaluación de medición de ruido en el Receptor Nº 1 y Nº 2.

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS Nº 38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor Nº 1	Diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.)	71	No afecta	II	60	11	Supera
Receptor Nº 2	Diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.)	61	No afecta	II	60	1	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2018-1666-VIII-NE.

11. Que, en igual sentido, según indica la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. Nº 38/2011 MMA. En efecto, la medición realizada desde los receptores Nº 1 y Nº 2 cuyos domicilios son Pasaje Barros Errázuriz Nº 230 y Nº 62, respectivamente, ambos de la comuna de Concepción, Región del BíoBío, con fecha 29 de agosto de 2018, en condición externa, durante horario diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.), se registró una excedencia de **8 dB(A)**. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla Nº 2: Evaluación de medición de ruido en el Receptor Nº 1 y Nº 2.

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS Nº 38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor Nº 1	Diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.)	68	No afecta	II	60	8	Supera
Receptor Nº 2	Diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.)	59	No afecta	II	60	0	No Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2018-1666-VIII-NE.

12. Que, con fecha 13 de marzo de 2019, esta Superintendencia recibió dos denuncias presentadas por Joanna Rivas Álvarez y Andrés Inostroza Fuentes, éste último en representación de la comunidad de copropietarios de "Condominio Matukelen", mediante las cuales, indicaron que estarían sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en la unidad fiscalizable.

13. Que, mediante Memorandum D.S.C. Nº 384/2019 de fecha 27 de agosto de 2019, se procedió a designar a Eduardo Paredes Monroy como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Jaime Jeldres García como Fiscal Instructor suplente.

14. Que, con fecha 29 de agosto de 2019, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-121-2019, con la formulación de cargos a Constructora Novatec S.A., titular de la faena de construcción de edificio denominado "Parque Chacabuco", en virtud a la

infracción tipificada en el artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto al incumplimiento de Normas de Emisión.

15. Que, la resolución antedicha, fue notificada personalmente, con fecha 02 de septiembre de 2019, según consta en acta extendida para tal efecto en expediente del presente procedimiento administrativo.

16. Que, encontrándose dentro de plazo, con fecha 07 de octubre de 2019, Matías Stamm Moreno, en representación de Constructora Novatec S.A., presentó escrito de descargos.

17. Que, junto a la presentación referida en el considerando precedente, la titular acompañó los siguientes documentos:

i. Copia de Permiso de Edificación N° 518, de fecha 10 de septiembre de 2014, de la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de Concepción.

ii. Copia de Certificado de Recepción Definitiva de Edificación N° 224, con fecha 26 de noviembre de 2018, de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Concepción.

iii. Copia de Oficio ORD. N° 261D122, de la Dirección de Obras Municipales, de fecha 06 de febrero de 2017.

iv. Reporte Técnico “Constructora Novatec S.A., obra edificio Parque Chacabuco Concepción”, de fecha 06 de septiembre de 2019, elaborado por la empresa “ECOS – Ingenieros Consultores”.

v. Copia de Balance General de la empresa Novatec S.A., correspondiente al año 2018.

vi. Copia de Plano Simple de la unidad fiscalizable en el cual se observan las calles que circundan la faena de construcción.

vii. Set de tres (3) fichas técnicas correspondientes a un taladro percutor; martillo demoledor; y, un vibrador de alta frecuencia.

viii. Copia simple de Escritura Pública, de fecha 31 de mayo de 2019, en la cual consta personería de Matías Stamm Moreno para actuar en representación de Constructora Novatec S.A.

18. Que, mediante Res. Ex. N° 2 / Rol D-121-2019, con fecha 26 de noviembre de 2019, se tuvo por presentado escrito de descargos. Además, (i) se tuvieron por incorporados al procedimiento sancionatorio los antecedentes acompañados por la titular; (ii) se decretó la reserva de la información entregada por la titular en presentación de fecha 07 de octubre de 2019; (iii) se rechazó solicitud de término probatorio dado su carácter genérico e infundado; y, (iv) se tuvo presente designación de Paola Fritz Torrealba como apoderada de la titular.

19. Que, la referida resolución, fue notificada mediante carta certificada a la titular y su apoderada, la cual fue recibida en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Las Condes con fecha 30 de noviembre de 2019, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos asociado al seguimiento N° 1180684669409 y N° 1180684669416..

20. Que, mediante Memorandum D.S.C., por razones de gestión interna, se procedió a designar como Fiscal Instructor titular a Felipe García Huneeus, manteniendo como Fiscal Instructor suplente a Jaime Jeldres García.

21. Que, en igual sentido, con fecha 29 de mayo de 2020, se procedió a designar como Fiscal Instructor titular a Jaime Jeldres García, y como Fiscal Instructor suplente a Felipe García Huneeus.

IV. CARGO FORMULADO

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

Tabla N° 3: Formulación de cargos.

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 16 de mayo de 2018 de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 71 dB(A) y 61 dB(A) ; y la obtención con fecha 29 de agosto de 2018, de un NPC de 68 dB(A) ; todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zona II.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7:</p> <p><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="743 1422 997 1564"> <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						

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

23. Habiendo sido notificada la Formulación de Cargos al titular (Res. Ex. N° 1/Rol D-121-2019), conforme se indica en el considerando N° 14 de este Dictamen, el titular, pudiendo hacerlo, no presentó un programa de cumplimiento, dentro del plazo otorgado para el efecto.

VI. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DE LA TITULAR

24. Habiendo sido notificado personalmente, con fecha 02 de septiembre de 2019, de la Resolución Exenta N° 1 / Rol D-121-2019, la empresa presentó escrito de descargos dentro del plazo otorgado para el efecto, correspondiente a veintidos (22) días hábiles.

a) **Del escrito de descargos de fecha 07 de octubre de 2019, Matias Stamm Moreno, sostuvo:**

25. En lo referido a los antecedentes generales de la faena de construcción, la titular señaló que el proyecto inmobiliario está compuesto por un edificio de diecinueve pisos, con un total de doscientos dieciocho departamentos, dos subterráneos, ciento cinco estacionamientos, ciento cuarenta y siete bodegas y cuatro locales comerciales; el cual tuvo su inicio con fecha 06 de diciembre de 2016 y culminó con fecha 26 de noviembre de 2018, mediante el certificado de recepción definitiva de edificación N° 224, extendido por la I. Municipalidad de Concepción.

26. En un segundo apartado, relativo a las actividades de fiscalización realizadas por la SMA, reitera las diligencias realizadas por el fiscalizador singularizadas en la parte expositiva de este dictamen con el detalle de cada una de éstas, añadiendo que el ruido de fondo es un factor a considerar en todas ellas a partir de las conclusiones que resultaron de la primera fiscalización realizada con fecha 22 de noviembre de 2017.

27. A continuación, la titular, tras una exposición pormenorizada de los antecedentes, en lo que a descargos se refiere, señaló:

- i. **Inexistencia de la infracción:** al respecto esgrimió que *“el sector en el cual se construyó el edificio Parque Chacabuco es un sector que supera la normativa de emisiones de ruido solamente considerando el ruido de fondo, el que es principalmente provocado por el tránsito vehicular [circundante].”* En ese sentido, aclaró que la población cercana a la faena constructiva se encuentra en constante exposición a altas emisiones de ruido que superan la normativa en distintos horarios.

En razón de lo anterior, la constructora con el propósito de acreditar lo señalado, solicitó un estudio de ruido a la empresa *“ECOS – Ingenieros Consultores”* de cuyas mediciones *“se desprende [a juicio de la titular] que el sector aledaño al cual se construyó el edificio se encuentra sujeto a un ruido constante que alcanza en uno de sus receptores un valor de 71 decibeles de los 60 aceptables de la norma (...).”* *“Por esto, no puede pretenderse por la autoridad, atribuir a una sola fuente emisora toda la responsabilidad por el hecho de existir superación de la norma, más aún cuando de otros estudios de ruido, queda claro que la emisión principal de ruido del sector proviene del tránsito vehicular (...).”*

ii. **Recalificación de la infracción:** a propósito de este punto, la titular señala que al clasificar la SMA como grave el hecho infraccional imputado en autos, se debe acreditar la ocurrencia de un efecto adicional que, en este caso, correspondería a la generación de un riesgo significativo para la salud de la población, establecido en el artículo 36 N° 2 letra b) de la LO-SMA. En función de ello, cita los considerandos cuadragésimo segundo y siguientes de la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol 193-2018, del cual se desprende que se verificaría dicho efecto adicional en aquellos casos en que las personas hubieren sido perturbadas en su descanso, especialmente en horario nocturno, lo cual no aplicaría en este caso dado el carácter diurno y externo de las mediciones.

iii. **Medidas de mitigación:** finalmente esgrimió que la titular adoptó medidas de mitigación, las cuales se hicieron presente a esta Superintendencia mediante presentación de fecha 28 de agosto de 2018, la cual fue singularizada en este acto. Dicho escrito consideró *“la implementación de las siguientes medidas:*

- *Enfierradura pre-armada desde fábrica que permite reducir los cortes realizados en obra solo necesitando realizar cortes puntuales en faena.*
- *Utilización de vibrador de alta frecuencia (eléctrico), emitiendo menos ruido que uno de tipo bencinero.*
- *Aplicación de producto Rugasol 200 en junta de hormigón para disminuir los trabajos de picado en los muros.*
- *Se estableció un horario de picado de muro y prepración de fierro de 09:00 a 18:00 hrs.*
- *Control de trabajos puntuales los días sábado, de acuerdo al Permiso Municipal.*
- *Biombo acústico para trabajos de corte de fierro, corte de madera, cuando son trabajos hacia el exterior.”.*

28. Por todo lo anteriormente expuesto la titular solicitó la absolucón, en subsidio, la reclasificación de la infracción a leve o, en caso de mantener la clasificación como grave, se le aplique la sanción de grado mínima establecida para las infracciones de este tipo.

b) Del análisis de los descargos por parte de esta Superintendencia:

29. Que, en primer lugar, relacionado a *la inexistencia de la infracción*, alegado de forma genérica por la titular producto de la influencia y distorsión que podría generar el ruido de fondo en la zona en la cual se encuentra emplazada la faena constructiva, es necesario señalar que la metodología contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA, dispone una corrección de los niveles de presión sonora de la fuente emisora en aquellos casos en que la diferencia de ésta con el ruido de fondo es inferior a diez (10) dB(A).

30. En segundo lugar, el fiscalizador encargado de las actividades fiscalizadores señaló:

- i. En inspección de fecha 22 de noviembre de 2017: expresó en Acta de Fiscalización Ambiental: *“Las mediciones realizadas determinaron que existía interferencia provocada por el Ruido de Fondo (tráfico vehicular), no pudiéndose diferenciar el ruido de fondo del ruido generado por la obra de construcción.”*.
- ii. En inspección de fecha 16 de mayo de 2018: consignó en el Acta “[s]e verifica que en esta ocasión, el Ruido de Fondo no interfiere (...)”. A mayor abundamiento, en ficha de reporte técnico, se da cuenta de lo anterior estableciendo para el Receptor N° 1 y N°2 una diferencia de 20 dB(A) y 10 dB(A), respectivamente, entre el ruido de fondo y los niveles de presión sonora de la fuente emisora, por lo que no es posible sostener que *“(...) el sector aledaño al cual se construyó el edificio se encuentra sujeto a un ruido constante que alcanza en uno de sus receptores un valor de 71 decibeles de los 60 aceptables de la norma (...)”*, tal como erróneamente indica el titular.
- iii. En inspección de fecha 29 de agosto de 2018: *“Ruido de Fondo constituido por tráfico vehicular, no afectó las mediciones.”*, acto seguido, en reporte técnico precisa que *“[a]l momento de las mediciones, se encontraban realizando movimiento de escombros, y se encontraban picando la acera y vereda en acceso estacionamiento con dos (2) martillos neumáticos.”*.

31. En razón de lo expuesto anteriormente, a juicio de este Fiscal Instructor el ruido de fondo, tal como se señala por el fiscalizador en las actas de fiscalización ambiental y fichas de reporte técnico ya referidas, el ruido de fondo no afectó las mediciones.

32. Por último, acerca del análisis del *“Informe Ecos IC 2019_29”*, elaborado por *“Ecos – Ingenieros Consultores”*, de fecha 06 de septiembre de 2019, acompañado por la titular en su escrito de descargos, es menester señalar que al momento de realizar mediciones del ruido de fondo en horario punta (17.00 hrs. – 18.00 hrs.) con el propósito de contrastar éstas con las mediciones realizadas por esta Superintendencia en horario valle (15.00 hrs. – 16.00 hrs.), se deben realizar en condiciones homologables, en atención al día de la semana, horario, temperatura, humedad, velocidad del viento, entre otras.

33. Que, pasando al segundo punto levantado por la titular relativo a la clasificación de la infracción, cabe precisar que tal como se señaló en el tercer párrafo del Resuelvo II de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-121-2019, la clasificación allí realizada podrá ser confirmada o modificada en la propuesta de dictamen, lo anterior, sobre la base de los antecedentes que consten en el expediente al momento de la redacción de éste acto administrativo en su capítulo respectivo.

34. Finalmente, en lo referido a las medidas de mitigación adoptadas, estas se encuentran consideradas dentro de las circunstancias que establece el artículo 40 de la LO-SMA, abordada en la letra i) a propósito de la adopción e implementación de medidas de mitigación. Al respecto, es necesario señalar, que esta circunstancia señalada, 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, tal como dan cuenta los capítulos del presente Dictamen.

35. 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 las actividades de fiscalización efectuada por personal técnico de esta Superintendencia, con fecha 16 de mayo y 28 de agosto, ambas del año 2018. 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

36. 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.

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

38. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

39. Por otro lado, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que *“Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8° de la LO-SMA señala *“el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”*.

40. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la Jurisprudencia Administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que *“(…) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad”*.

¹ De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavorlari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

41. A su vez, la doctrina nacional ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección. En este sentido, Jaime Jara y Cristián Maturana han manifestado que *“La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad.”*²

42. 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 las infracción, como de la ponderación de las sanciones.

43. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en las Actas de Inspección Ambiental de fechas 16 de mayo y 29 de agosto, ambas del año 2018, así como en la Ficha de Información de Medición de Ruido y en los Certificados de Calibración. Todos ellos incluidos en el Informe de Fiscalización remitido a esta División. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los considerandos N° 8 y siguientes de este Dictamen.

44. En el presente caso, tal como consta en los Capítulos V y VI de este Dictamen, el titular, realizó presentación que contuvo una alegación referida a la certeza de los hechos verificados en las inspecciones ambientales iniciadas con fecha 16 de mayo y 29 de agosto, ambas del año 2018, analizados junto a informe de ruido aportado por la empresa en los considerandos N° 29 y siguientes, los cuales a juicio de este Fiscal Instructor no desvirtúan el hecho infraccional.

45. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, los días 16 de mayo y 29 de agosto, ambas de 2018, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 11 dB(A), 1 dB(A), y 8 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medidos desde el punto de medición *“antejardin de casa habitación”*, en el Receptor N° 1; y, el punto de medición *“antejardin edificio de departamentos (exterior)”*, en el Receptor N° 2, ubicados en Pasaje Barros Errázuriz N° 230 y N° 62, respectivamente, ambos en la comuna de Concepción, Región del Bío-bío, homologable a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

46. 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° D-121-2019, esto es, la obtención, con fecha 16 de mayo de 2018 de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de **71 dB(A)** y **61 dB(A)**; y

² JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”. Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009. P. 11.

la obtención con fecha 29 de agosto de 2018, de un NPC de **68 dB(A)**; todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zona II.

47. Para ello fueron considerados los Informes de Medición señalados 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.

48. 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.

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

49. 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-121-2019, 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.

50. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como grave³, 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.

51. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor modificar dicha clasificación a leve, debido a que, si bien preliminarmente se identificó un riesgo significativo a la salud de la población en los términos dispuestos en el literal b) del numeral 2° del artículo 36 de la LO-SMA, durante la substanciación de este procedimiento sancionatorio se llegó a la convicción que el riesgo no era de tal entidad conforme a lo señalado en el acápite de valor de seriedad.

52. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la LO-SMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

³ 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) Conllevan el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes 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.

X. 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.

53. 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.

54. Por su parte, el artículo 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal c) que “[l]as infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”.

55. 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.

56. 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.

57. 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 ocasionado⁴.*

⁴ 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.

- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁵.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁶.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁷.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁸.*
- f) *La capacidad económica del infractor⁹.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^o¹⁰.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹¹.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹².*

58. 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 el establecimiento 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹⁰ 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

¹¹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹² 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.

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 los considerandos Nº 23 del presente dictamen.

59. 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 falta de cooperación**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan dificultado el esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni a la ponderación de las circunstancias del artículo 40.

b. **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, en el presente procedimiento si bien la titular expone acerca de la adopción e implementación de medidas de mitigación en la faena constructiva en presentación singularizada en el considerando Nº 6 y reiteradas en el considerando Nº 27 del presente dictamen, con fecha 29 de agosto de 2018, se realizó una inspección por la SMA en la cual se observó una excedencia a los límites establecidos en el D.S. Nº 38/2011 MMA.

60. 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).

61. 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.

62. 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.

63. 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.

64. 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 16 de mayo de 2018 ya señalada, en donde se registró su primera excedencia **71 dB(A)** por sobre la norma en horario diurno en el receptor N° 1 ubicado en Pasaje Barros Errazuriz N° 230, comuna de Concepción, siendo el ruido emitido por Constructora Novatec S.A

(a) Escenario de Cumplimiento.

65. 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° 4: Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Apantallamiento del perímetro de la obra con barreras acústicas	\$	2.400.000	PdC D-085-2016
Implementación en el uso de parapetos móviles alrededor de las maquinarias que generan ruido	\$	1.140.000	PdC D-085-2016
Apantallamiento en el piso de avance de la obra	\$	7.200.000	PdC D-085-2016
Tapas acústicas para ventanas	\$	7.200.000	PdC D-085-2016
Costo total que debió ser incurrido	\$	17.940.000	

66. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que la referencia obedece a un caso perteneciente al mismo rubro del presente procedimiento sancionatorio, el cual considera faenas constructivas en altura rodeada de un área habitada. La faena considera la utilización de herramientas y equipos de corte e impacto que son las generadoras de altos niveles de ruido, con lo cual, las medidas son apropiadas e idóneas para la limitación de un nivel de superación similar al que se presenta en este dictamen.

67. 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 en la cual se constató la excedencia de la norma, los días 16 de mayo y 29 de agosto ambas de 2018

(b) Escenario de Incumplimiento.

68. 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.

69. De acuerdo a los antecedentes disponibles en el procedimiento, los costos incurridos que se tiene por acreditados son los siguientes:

Tabla Nº 5: Costos incurridos por motivo de la infracción en escenario de incumplimiento.

Medida	Costo (sin IVA)		Fecha o periodo en que se incurre en el costo	Documento respaldo
	Unidad	Monto		
Enfierradura pre armada	\$	33.641.450	28-08-2018	Documento de descargos, 07 de octubre 2019.
Biombo acústico (4 unidades)	\$	125.666	28-08-2018	Documento de descargos, 07 de octubre 2019.
Costo total incurrido	\$	33.767.116		

70. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que, tal como se mencionó anteriormente, las medidas resultarían ser idóneas al ser esta una faenas constructiva en altura rodeada de un área habitada. La faena considera la utilización de herramientas y equipos de corte e impacto que son las generadoras de altos niveles de ruido, con lo cual, las medidas son idóneas para la limitación de un nivel de superación similar al que se presenta en este dictamen.

71. Sin embargo, en relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que estas a pesar que se indica que fueron llevadas a cabo en forma posterior a la fiscalización de fecha 16 de mayo de 2018, no resultan ser suficientes para mitigar la excedencia detectada en la medición referida, por cuanto la medición posterior realizada por la SMA con fecha 29 de agosto de 2018, presentó una superación de 8 dB(A) respecto del valor establecido en el DS38/2011 MMA, con lo cual se acredita la insuficiencia de las mismas.

72. Respecto de costos asociados a la implementación de medidas que no han sido ejecutadas a la fecha del presente dictamen, -determinados como la diferencia entre los costos que debió incurrir en un escenario de cumplimiento y los costos efectivamente incurridos-, 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

73. 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 20 de julio de 2020, y una tasa de descuento de 8,9%,

estimada en base a información de referencia del rubro de ingeniería y construcción. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de mayo de 2020.

Tabla N° 6: Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	81.835.400	135,8	12.1

74. 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

75. 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)

76. 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.

77. 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.

78. 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.

79. 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”*¹³. 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.

80. 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”¹⁴. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹⁵ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹⁶, sea esta completa o potencial¹⁷. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”¹⁸. 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.

81. 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 afianzado¹⁹ ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas,

¹³ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

¹⁴ 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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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

¹⁷ 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.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ 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>.

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 mental²⁰.

82. Asimismo, la exposición al ruido tiene un impacto negativo en la calidad de vida de las personas por cuanto incide en la generación de 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 ruido²¹.

83. 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.

84. 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 completa²². Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²³ y un punto de exposición (receptores identificados en la ficha de medición de ruidos receptores N°1 y N°2, de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio de los receptores) 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.

85. 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.

86. 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

²⁰ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

²¹ *Ibíd.*

²² 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.

²³ 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.

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.

87. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 11 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 12 en la energía del sonido²⁴ 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

88. 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 herramientas que emiten el ruido tendrían un funcionamiento de carácter bajo lo que da cuenta del nivel de exposición de los receptores al ruido en el presente caso.

89. 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 **no 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)

90. 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.

91. 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”*.

²⁴Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

92. 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.

93. 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 fórmula²⁵:

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

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).

94. 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.

95. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 16 de mayo de 2018, que corresponde a 71 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 236 metros desde la fuente emisora.

96. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales²⁶ del Censo 2017²⁷, para la comuna de Concepción, en la Región del Bio Bio, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones entre las manzanas censales

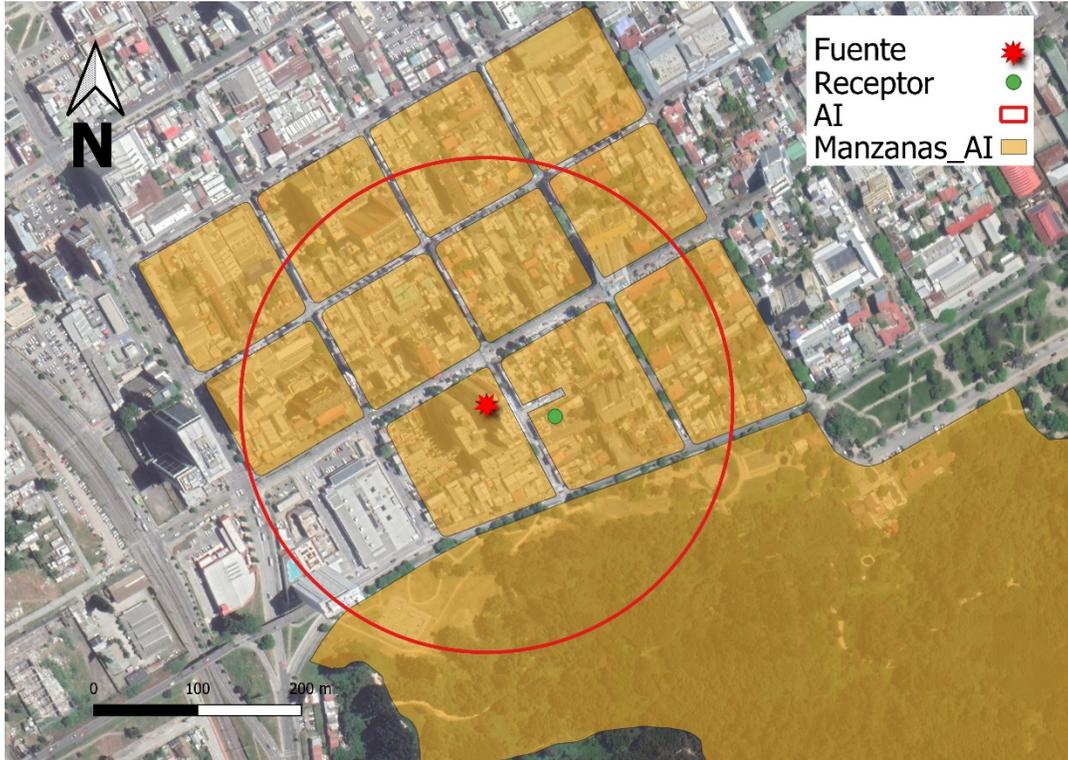
²⁵ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

²⁶ 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.

²⁷ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

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 Nº 1: Intersección manzanas censales y AI.



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.8.1 e información georreferenciada del Censo 2017.

97. 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 Nº 7: Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales.

IDPS	ID Manzana Censo	Nº de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	8101031001001	62	15000.3	1917	13	8
M2	8101031001002	270	14092.0	7830	56	150
M3	8101031001003	173	14305.3	6013	42	73
M4	8101031001004	93	13913.4	63	0	0
M5	8101031001007	398	12658.8	5725	45	180
M6	8101031001008	138	12541.6	12542	100	138
M7	8101031001009	193	12980.2	12980	100	193
M8	8101031001010	171	12696.3	11094	87	149
M9	8101031001013	213	15250.8	15251	100	213
M10	8101031001014	386	17665.8	17666	100	386
M11	8101031001015	137	20067.1	11687	58	80
M12	8101241001504	27	335287.4	34581	10	3

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

98. 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 **1573 personas**.

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

117. 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)

118. 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.

119. 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.

120. 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.

121. 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”²⁸. 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.

²⁸ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

122. 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.

123. 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, tres ocasiones de incumplimiento de la normativa.

124. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto, se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 11 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario diurno en Zona II, constatada durante la actividad de Fiscalización realizada con fecha 16 de mayo de 2018 y la cual, fue motivo de la Formulación de Cargos asociada a la resolución Res. Ex. Nº 1 / Rol D-121-2019. 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

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

116. 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.

117. 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.

118. 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.

119. 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"*²⁹. 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 al presente expediente sancionatorio, se verifica la concurrencia de estos requisitos, por las razones que se exponen a continuación.

120. 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.

121. En el caso particular, puede afirmarse que la administración a cargo de la empresa sí cuenta con experiencia en su giro, ya que Constructora Novatec S.A. es una sociedad constituida hace tiempo, desde el año 2001, habiendo iniciado sus actividades ante el Servicio de Impuestos Internos con fecha 01 de enero de 1993. Además, se puede afirmar que el titular sí tenía conocimiento de las exigencias legales, ya que cuenta con más de ochenta (80) proyectos a lo largo de todo Chile, además de señalar ser la primera empresa constructora en Latinoamérica que ha apostado por un desarrollo sustentable midiendo la huella de carbono en un proyecto de edificación³⁰. 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 proyecto contempla una cantidad de 3366 trabajadores durante su etapa de operación, 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.

122. Considerando su condición de sujeto calificado, es posible afirmar que el infractor sí estaba en conocimiento de la conducta infraccional, ya que conforme a lo expuesto en el considerando anterior cuenta con un bagaje importante de faenas constructivas y proyectos inmobiliarios; y, la infracción cometida corresponde a una de las principales problemáticas de la industria de la construcción, 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.

²⁹ Corte Suprema. Causa Rol N° 24.422-2016. Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017.

³⁰ A mayor abundamiento: "Acerca de" disponible en línea: <https://www.linkedin.com/company/constructora-novatec/about/> [consulta realizada con fecha 12 de junio de 2020].

123. 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.3. Factores de disminución

b.3.1. Cooperación eficaz (letra i)

124. 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.

125. 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.

126. En el presente caso, cabe hacer presente que mediante el Resuelvo VIII de la Res. Ex. Nº 1 / Rol D-121-2019 se requirió información a la titular acerca de los puntos allí enumerados, cuyos antecedentes fueron recepcionados por esta Superintendencia de forma oportuna, íntegra y útil respecto de cada uno de ellos.

127. En virtud de lo anterior, 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.3.3. Irreprochable conducta anterior (letra e)

128. 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.

129. 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)

130. 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.

131. 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 sanciones³¹.

132. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2019 (año comercial 2018). De acuerdo a la referida fuente de información, Constructora Novatec S.A, se encuentra en la categoría de tamaño económico Grande 4 es decir, presenta ingresos por venta anuales superiores] a UF 1.000.000

133. 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.**

³¹ Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

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

134. Conforme a lo instruido por los memorándums N° 7/2020 y N° 89/2020, ambos de esta Superintendencia, 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.

135. 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.

136. 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.

137. 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 2020³², 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.

XII. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

³² Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

138. 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 este Fiscal Instructor corresponde aplicar a Constructora Novatec S.A.

139. Se propone una multa de sesenta y siete unidades tributarias anuales (**67 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en las excedencias de 11 dB(A), 1 dB(A) y 8 dB(A) registrado con fechas 16 de mayo y 29 de agosto, ambos del año 2018, 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.

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

FGH / MGA
Rol D-121-2019