



DEV

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-018-2021, SEGUIDO EN
CONTRA DE FUCHS, GELLONA Y SILVA S.A., TITULAR
DE LA FAENA DE CONSTRUCCIÓN UBICADA EN CALLE
LAS HORTENSIAS N° 2876, COMUNA DE
PROVIDENCIA**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Este Fiscal Instructor ha tenido como marco normativo aplicable el artículo 2° 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 de Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, “D.S. N° 38/2011 MMA”); el Decreto Supremo N° 31, de 08 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 119123/44/2021, de fecha 11 de mayo de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente que designa Jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento; la Resolución Exenta N° 2516, de fecha 21 de diciembre de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 la homologación de zonas del D.S. N° 38/2011 MMA; 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 MMA; 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; la Resolución Exenta N° 85 de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante “Bases Metodológicas”); 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-018-2021, fue iniciado en contra de Fuchs, Gellona y Silva S.A. (en adelante, “la titular” o “la empresa”), RUT N° 96.675.100-2, titular de la faena de construcción ubicada en calle Las Hortensias N° 2876, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago (en adelante, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”).

2. Dicho recinto tiene como objeto la construcción del edificio ubicado en calle Las Hortensias N° 2876, comuna de Providencia, 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 MMA.

III. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

3. Que, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") recepcionó las denuncias singularizadas en la Tabla N°1, en las cuales se indicó que se estaría sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en la faena de construcción ubicada en calle Las Hortensias N° 2876, comuna de Providencia.

Tabla N° 1: Denuncias presentadas.

N°	ID denuncia	Fecha de recepción	Nombre denunciante	Dirección
1	434-XIII-2018	12 de noviembre de 2018	Jacqueline Reyes Duschner	Las Hortensias N° 2887, comuna de Providencia
2	166-XIII-2019	10 de mayo de 2019	Rodrigo Zapata Fernández	Orquídeas N° 995, comuna de Providencia
		28 de mayo de 2019		

4. Cabe relevar, que el presente procedimiento sancionatorio conforme a lo resuelto en la formulación de cargos tiene por incorporados al expediente, las denuncias, el informe de fiscalización ambiental, la ficha de información de medición de ruidos, y todos aquellos actos administrativos emitidos por la autoridad administrativa durante el proceso de fiscalización.

5. Que, con fecha 28 de diciembre de 2018, la División de Fiscalización derivó a la entonces División de Sanción y Cumplimiento, actualmente Departamento de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambas de la SMA, el **Informe de Fiscalización DFZ-2018-2815-XIII-NE**, el cual contiene el acta de inspección ambiental de fecha 26 de octubre de 2018 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 26 de octubre de 2018, un funcionario de la I. Municipalidad de Providencia se constituyó en el domicilio de la denunciante individualizada en la tabla N° 1 del presente dictamen, ubicado en calle Las Hortensias N° 2887, 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.

6. Que, 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 "*Jacqueline Reyes Duschner*", con fecha 26 de octubre de 2018, en las condiciones que indica, durante horario diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.), registró una excedencia de **14 dB(A)**, respectivamente. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

Tabla N° 2: Evaluación de medición de ruido en Receptor N° 1 "*Jacqueline Reyes Duschner*".

Fecha de la medición	Receptor	Horario de medición	Condición	NPC dB(A)	Ruido de Fondo dB(A)	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
26 de octubre de 2018	Receptor N° 1 " <i>Jacqueline Reyes Duschner</i> "	Diurno	Externa	74	54	II	60	14	Supera

7. A continuación, mediante la **Resolución Exenta SMA N° 246**, de fecha 18 de febrero de 2019, esta Superintendencia requirió de información a Inversiones Actual Raíces SpA, sociedad matriz de Inversiones Actual Hortensias S.A., en particular, se solicitó informar: (i) la etapa de construcción en la cual se encuentra la faena constructiva de autos; (ii) medidas de mitigación y/o corrección que hayan sido adoptadas en la unidad fiscalizable; y, (iii) la realización de mediciones mediante una entidad técnica de fiscalización ambiental (en adelante, “ETFA”). Para lo cual se otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

8. Con fecha 01 de julio de 2019 y encontrándose fuera de plazo, José Velasco Hidalgo, quien según indica en su carta conductora, actuó en representación de Inversiones Actual Raíces SpA e Inmobiliaria Actual Hortensias S.A., evacuó el requerimiento de información contenido en el considerando anterior. Adicionalmente, adjuntó informe de mediciones titulado “*Reporte Técnico D.S. N° 38/11 del MMA Construcción Edificio Las Hortensias 2876*”, de fecha 10 de junio de 2019, elaborado por la empresa ETFA Cesmec.

9. Con fecha 27 de enero de 2021, el Jefe (S) del Departamento de Sanción y Cumplimiento nombró como Fiscal Instructor Titular a Felipe García Huneus y como Fiscal Instructor Suplente, a Jaime Jeldres García, a fin de investigar los hechos constatados en el informe de fiscalización singularizado; 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.

10. Con fecha 28 de enero de 2021, mediante la **Resolución Exenta N° 1 / Rol D-018-2021**, esta Superintendencia formuló cargos que indica, en contra Fuchs, Gellona y Silva S.A., siendo notificada mediante carta certificada dirigida a la titular, recepcionada en la oficina de correos de la comuna de Huechuraba con fecha 03 de febrero de 2021, conforme al número de seguimiento 1180851749125, 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.

11. En seguida, es menester precisar que, para efectos de la instrucción de un procedimiento administrativo –de acuerdo al artículo 49 de la LO-SMA– en materia de infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, se tendrá por legitimado pasivo quien administre la fuente emisora de ruidos la cual, en el caso de una faena constructiva como la de autos, corresponde a la empresa constructora.

12. Cabe hacer presente que la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021, en su Resuelvo VIII, requirió de información a Fuchs, Gellona y Silva S.A., en los siguientes términos:

a. Identidad y personería del representante legal de la titular, acompañando copia de escritura pública, o instrumento privado autorizado ante notario, que lo acredite.

b. Los estados financieros de la empresa o el balance tributario del último año o, en su defecto, cualquier documento que acredite los ingresos percibidos durante el último año calendario.

c. Identificación de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido dentro de la unidad fiscalizable.

d. Plano simple que ilustre la ubicación del instrumento o maquinaria generadora de ruido. Asimismo, indicar la orientación y referencia con los puntos de medición de ruidos individualizados en las Fichas de Medición de Ruidos incorporadas en el informe DFZ-2018-2815-XIII-NE.

e. Indicar el horario y frecuencia de funcionamiento de la unidad fiscalizable (establecimiento), indicando expresamente el horario de inicio y término de su funcionamiento, así como los días de la semana en los que funciona.

f. Indicar el horario y frecuencia de funcionamiento de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido, indicando expresamente el horario de inicio y término de su funcionamiento, así como los días de la semana en los que funciona.

g. Indicar el número de martillos hidráulicos, martillos, taladros, compresores y sierras que se emplearon en la construcción del proyecto, indicar el horario de hormigonado, así como la cantidad y horario de uso de camiones mixer, en caso de corresponder.

13. A continuación, de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42 y el artículo 49 de la LO-SMA, mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021, en su Resuelvo IV se indicó al presunto infractor un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de un programa de cumplimiento (en adelante, "PdC") y de quince (15) días hábiles para formular sus descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

14. Asimismo, esta Superintendencia, de conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.880, a través del Resuelvo IX, amplió de oficio el plazo para la presentación de un programa de cumplimiento y la presentación de descargos, concediendo un plazo adicional de cinco (5) días hábiles y de siete (7) días hábiles, respectivamente.

15. En este sentido, considerando la ampliación de oficio otorgada, el plazo para presentar un PdC venció el día 01 de marzo de 2021, en tanto que el plazo para formular descargos venció el día 10 de marzo de 2021.

16. Con fecha 26 de febrero de 2021, Silvana Monsalve Alvarado, en representación de Fuchs, Gellona y Silva S.A., realizó una presentación mediante carta conductora, por medio de la cual **formuló sus descargos y evacuó el requerimiento de información contenido en el Resuelvo VIII de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021**. A su ingreso adjuntó:

a. Copia simple de escritura pública titulada "*Reducción a Escritura Pública – Sesión Extraordinaria de Directorio Fuchs, Gellona y Silva S.A.*", de fecha 07 de marzo de 2014, por medio de la cual se **acreditó representación legal de Benjamín Plaut Friedmann**.

b. Copia simple de inscripción en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, titulada "*Revocación y Poder Fuchs, Gellona y Silva S.A. a Benjamín Andrés Plaut Friedmann y otros*" y su certificado, de fecha 27 de marzo de 2014.

c. Copia de publicación de un extracto titulado “*Modificaciones Sociedades Anónimas [...] Fuchs, Gellona y Silva S.A.*” en el Diario Oficial de la República de Chile, de fecha 07 de abril de 2014.

d. Copia simple de poder notarial mediante el cual **Benjamín Plaut Friedmann confiere poder a Silvana Monsalve Alvarado** para presentar descargos en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, de fecha 23 de febrero de 2021.

e. Copia de “*Informe sobre los Estados Financieros – Por los ejercicios terminados al 31 de diciembre de 2019 y 2018*” de Fuchs, Gellona y Silva S.A., elaborado por la empresa Asesorías Ari Ltda., de fecha 20 de marzo de 2020.

f. Copia de presentación realizada a esta Superintendencia en respuesta a la Res. Ex. SMA N° 246, de fecha 18 de febrero de 2019, por José Velasco H., en representación de Inversiones Actual Raíces SpA e Inmobiliaria Actual Hortensias S.A.

g. Copia de informe titulado “*Reporte Técnico D.S. N° 38/11 del MMA Construcción Edificio Las Hortensias 2876*”, de fecha 10 de junio de 2019, elaborado por la empresa ETFA Cesmec.

17. Posteriormente, con fecha 30 de agosto de 2021, mediante la **Resolución Exenta N° 2 / Rol D-018-2021**, la Superintendencia del Medio Ambiente **tuvo presente escrito de descargos** realizados por Fuchs, Gellona y Silva S.A.; se incorporaron los antecedentes y documentos acompañados al presente procedimiento; y, se tuvo presente poder de representación de Benjamín Plaut Friedmann y la calidad de apoderada de Silvana Monsalve Alvarado.

18. La antedicha resolución fue notificada mediante carta certificada a la titular, la cual fue recibida en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Huechuraba con fecha 07 de septiembre de 2021, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos asociado al seguimiento N° 1176325609422.

IV. CARGO FORMULADO

19. 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 26 de octubre de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 74 dB(A) , medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.	<p>D.S. N° 38/2011 MMA, 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 MMA</i></p> <table border="1" data-bbox="716 779 1024 879"> <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	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LO-SMA.
Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]						
II	60						

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

20. Habiendo sido notificada la formulación de cargos a la titular (Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021), conforme se indica en el considerando N° 10 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

21. Habiendo sido notificada la titular mediante carta certificada recepcionada con fecha 03 de febrero de 2021 en la Oficina de Correos de la comuna de Huechuraba de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021, la empresa presentó escrito de descargos, dentro del plazo otorgado para el efecto, correspondiente a veintidós (22) días hábiles.

a) Del escrito de descargos de fecha 26 de febrero de 2021:

22. En primer lugar, la empresa precisó que a partir del informe de medición, encargado por Inmobiliaria Actual Hortensias S.A. y elaborado por la empresa ETFA Cesmec; y, su presentación recepcionada con fecha 01 de julio de 2019, en la que constan las medidas de mitigación y/o corrección que se habrían adoptado en la faena constructiva

para minimizar las emisiones, ya singularizadas en el considerando N° 8 de este dictamen –y realizadas con ocasión del requerimiento de información contenido en la Res. Ex. SMA N° 246 de fecha 18 de febrero de 2019 –, la titular pudo acreditar que a través de los tres puntos en los cuales se midió, “[...] se pudo constatar que ninguno supera los 60 dB que se piden para zona II.”.

23. En segundo lugar, afirmó que *“resulta imposible saber que la emisión de ruido al punto de medición de los vecinos denunciantes hubiera excedido de la norma establecida, por cuanto el informe realizado por nuestra empresa nos detalla que estamos dentro de los parámetros para zona II.”*. Adicionalmente, a la fecha de su presentación, la faena constructiva se encontraba finalizada y el edificio habitado, razón por la cual los antecedentes que adjuntó a su presentación son fruto de gestiones llevadas a cabo durante el año 2019.

24. Finalmente, con ocasión de la formulación de sus descargos, Fuchs, Gellona y Silva S.A., presentó nuevamente su evacuación al requerimiento de información despachado por la SMA con fecha 18 de febrero de 2019, en la cual constan las medidas que habría adoptado en la faena constructiva, a decir: (i) pantallas acústicas perimetrales; (ii) biombos de insonorización para grupo electrógeno y bomba de hormigón; (iii) biombos acústicos portátiles para uso de personal en actividades de carácter ruidoso; (iv) reemplazo de cangos de 10 kg por 5 kg; (v) utilización de “juntas hormigonado tales como malla gallinero” y rugasol en losas y en muros; (vi) utilización de moldaje ULMA; (vii) utilización de motor eléctrico para el vibrado de hormigones; (viii) cumplimiento del horario establecido por la municipalidad respectiva para la realización de trabajos; y, (ix) la elaboración de un informe de medición elaborado por la empresa ETFA Cesmec.

b) Del análisis de los descargos por parte de esta

Superintendencia:

25. Ponderación de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA. Las alegaciones presentadas por la titular y reproducidas en este dictamen en la primera parte del considerando N° 20 y en el considerando N° 22, no están destinadas a controvertir el hecho infraccional constatado, sino que éstas buscan hacer presente cuestiones que debieran ser consideradas en alguna de las circunstancias que establece el artículo 40 de la LO-SMA, en particular la letra i), asociada a la cooperación eficaz y la adopción de medidas correctivas en la faena constructiva. Al respecto, todas las circunstancias señaladas, serán debidamente analizadas en los siguientes capítulos de este acto, 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. No obstante lo anterior, se precisa que la medida singularizada en el número romano viii del considerando N° 22 de este dictamen, se descarta del análisis que se realizará en los siguientes capítulos, dado que esta se configura como una acción de mera gestión ya que de su cumplimiento no es posible derivar un efecto en pos del retorno al incumplimiento, pues la metodología contenida en el D.S. N° 38/2011 excede la sola consideración del horario para la configuración de una excedencia.

26. Medición realizada por la empresa ETFA Cesmec y mediciones constatadas por funcionario municipal con fecha 26 de octubre de 2018. Al respecto, es menester precisar que, si bien en el presente procedimiento se acompañó un informe elaborado por una empresa ETFA en la cual constan mediciones, de fechas 04, 05 y 06 de junio del año 2019, a partir de las cuales no se levantaron excedencias a los límites establecidos en el D.S. N°

38/2011 MMA –lo cual no resulta novedoso, atendido que la presentación realizada por la titular, recepcionada con fecha 01 de julio de 2019, la etapa de obra gruesa había finalizado en el mes de enero del año 2019 y la faena, a la fecha de dichas mediciones, estaba a un mes de terminar–, no obsta que con una fecha distinta, el día 26 de octubre de 2018, un funcionario de la I. Municipalidad de Providencia y la posterior validación por parte de esta Superintendencia, haya constatado una excedencia desde un determinado receptor sensible ya referido en el considerando N° 10 de este dictamen, y que de esta última se siga el inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio, a través de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021. Toda vez que se trata de un hecho infraccional distinto, con fechas distintas y desde receptores sensibles diversos, respecto de los cuales, la titular no ha presentado ningún medio de prueba o alegación que tenga por objeto desvirtuar el hecho infraccional imputado a través de dicha formulación de cargos.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

27. 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.

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

29. Por su parte, cabe manifestar que los hechos han sido constatados por un 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 5.2.3¹, el artículo 5.2.4² y artículo 5.2.9³, todos de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones; como, asimismo, el artículo 4° de la Ley de Tránsito⁴.

¹ Artículo 5.2.3, Decreto N° 47, de fecha 16 de abril de 1992, del MINVU, 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”*.

² 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 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”*.

³ 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: *“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. [...]”*.

⁴ 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*

30. Que, a la medición realizada por el funcionario de la municipalidad referida fue debidamente validada por esta Superintendencia, constando ello en el respectivo Informe de Fiscalización DFZ-2018-2815-XIII-NE. En razón de lo anterior, cabe señalar, que el proceso de validación de actividades de medición de ruido puede aplicarse respecto de mediciones efectuadas por funcionarios públicos, para efectos de determinar que se cumpla con la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA y las normas generales que sobre la materia ha dictado esta Superintendencia.

31. 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 infracciones, como de la ponderación de las sanciones.

32. Además, cabe hacer presente que, tal como consta en los Capítulos V y VI de este Dictamen, la titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la medición de ruido realizada el día 26 de octubre de 2018, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma, o a la validación realizada por funcionarios de esta Superintendencia.

33. En suma, respecto de la medición efectuada por un funcionario de la I. Municipalidad de Providencia, el día 26 de octubre de 2018, que arrojó un nivel de presión sonora corregido de 74 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medidos desde el Receptor N° 1 “*Jacqueline Reyes Duschner*”, ubicado en el domicilio correspondiente a calle Las Hortensias N° 2887, comuna de Providencia, homologable a la Zona II de la Norma de Emisión de Ruidos, fue efectuada dando cumplimiento a la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA; en segundo lugar, las mismas fueron posteriormente corroboradas a través de la validación efectuada por esta Superintendencia; y, en tercer lugar, no fueron controvertidas ni desvirtuadas durante el presente procedimiento administrativo 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

34. 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-018-2021, esto es, la obtención, con fecha 26 de octubre de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 74 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.

35. 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 MMA.

denunciar, [...]. 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, [...].”.

36. 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

37. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021, 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.

38. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve⁵, considerando que, de manera preliminar, se estimó que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36.

39. Al respecto, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permitan clasificar la infracción como gravísima o grave, conforme a lo señalado en el acápite de valor de seriedad de este dictamen.

40. 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.

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.

41. 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.

42. 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”.

⁵ El artículo 36 N° 3, de la LO-SMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave

43. 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.

44. 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.

45. 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 ocasionado⁶.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁷.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁸.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁹.*
- e) *La conducta anterior del infractor¹⁰.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹¹.*

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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^o12.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹³.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹⁴.*

46. 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 titular en relación a la Unidad Fiscalizable objeto de este procedimiento administrativo sancionador 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, ni se ha afectado a una de estas áreas.
- d. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues en el procedimiento no fue aprobado un programa de cumplimiento cuyo grado de ejecución deba ser ponderado.

47. 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, a través de la presentación realizada por la titular con fecha 01 de julio de 2019 y reiterada como anexo a su formulación de descargos con fecha 26 de febrero de 2021, la titular informó la adopción de las siguientes medidas:
 - *Apantallamiento del perímetro de la obra con pantallas acústicas; biombos de insonorización para grupo electrógeno y bomba de hormigón; y, biombos acústicos portátiles para uso de personal en actividades de carácter ruidoso.* Al respecto, la empresa no acompañó ningún antecedente que permitiera acreditar la adquisición a través de boletas y/o facturas, las características técnicas como densidad superficial de las medidas como tampoco su implementación efectiva en la faena constructiva a través de fotografías fechadas y georreferenciadas.

¹² 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

¹³ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹⁴ 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.

- *Reemplazo de cangos de 10 kg por 5 kg; utilización de “juntas hormigonado tales como malla gallinero” y rugasol en losas y en muros; utilización de moldaje ULMA; y, utilización de motor eléctrico para el vibrado de hormigones.* En relación a estas medidas, la titular no acreditó mediante ningún medio de verificación que dichos dispositivos y materiales hayan sido adquiridos con ocasión de la faena constructiva de autos ni permitieran mitigar las emisiones de ruido, como tampoco la magnitud de esta.
- Informe de medición elaborado por la empresa ETFA Cesmec. Finalmente, dicho informe fue preparado a solicitud de Inversiones Actual Raíces SpA., y no por Fuchs, Gellona y Silva S.A. Por otro lado, en tanto medida correctiva, no resulta posible su comprensión dentro de carácter correctiva, toda vez que se erige como un medio de verificación, mediante el cual se acredita la eficacia de las demás medidas constructivas, lo que tampoco en el presente caso, cabe precisar, cumple su cometido, dado que la etapa de obra gruesa ya se encontraba finalizada y la faena estaba a menos de un mes de finalizar, contexto en el cual los puntos de emisión son considerablemente menores a los presentes en la medición realizada con fecha 26 de octubre de 2018.

48. 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) del artículo 40 LOSMA.

49. 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.

50. 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.

51. 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.

52. 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 26 de octubre de 2018 ya señalada, en donde se registró su máxima excedencia de 14 dB(A) por sobre la norma en horario diurno en el Receptor N° 1 “*Jacqueline Reyes Duschner*”, ubicado en calle Las Hortensias N° 2887,

comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago, siendo el ruido emitido por la faena de demolición ubicada en calle Las Hortensias N° 2876, comuna de Providencia.

(a) Escenario de Cumplimiento.

53. 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 cumplimiento¹⁵.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Apantallamiento del perímetro de la obra con barreras acústicas.	\$	2.505.000	PDC ROL D-085-2016
Bombos de insonorización para grupo generador y bomba de hormigón	\$	1.140.000	PDC ROL D-085-2016
Bombos acústicos portátiles para uso de personal en actividades de carácter ruidoso	\$	1.140.000	PDC ROL D-085-2016
Implementar apantallamiento en el piso de avance de la obra.	\$	7.200.000	PDC ROL D-085-2016
Implementación de tapas acústicas para ventanas.	\$	7.200.000	PDC ROL D-085-2016
Costo total que debió ser incurrido	\$	19.185.000	

54. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente, cabe indicar que el titular dentro del proceso sancionatorio entregó antecedentes relacionados a medidas de mitigación realizadas durante el período de construcción y emisión de ruidos. Estas medidas consistieron en pantallas acústicas en todo el perímetro de la obra¹⁶, utilización de caja de insonorización de grupos generadores y bomba de hormigón, bombos acústicos móviles para uso de personal en faenas que emiten ruidos molestos, reemplazo de cangos de 10 k por cangos de 5 k, utilización de motor eléctrico para el vibrado de hormigones y no de motores a combustible. Sin embargo, solamente se acompañaron con fotografías sin fechar ni georreferenciar, tampoco se incluyeron boletas y/o facturas con los costos de las medidas, además no corroboró la naturaleza mitigatoria de la materialidad de las acciones. Por las razones esgrimidas y bajo un criterio conservador, es que se desestimó la realización de algunas de estas medidas mitigatorias como antecedentes para la determinación del beneficio económico, sin perjuicio de considerar algunas de ellas como idóneas para tal efecto, tomándose como referencia costos de estas, que han sido validados por esta Superintendencia.¹⁷

55. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma

¹⁵ 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.

¹⁶ Para verificar si el perímetro de la obra se revisó, a través de la herramienta Google Earth® la longitud de la pandereta que la misma empresa proyectó en un plano. Así se obtiene una extensión de 167 m lineales.

¹⁷ Costo unitario de construcción de barreras acústicas en PDC ROL D-085-2016 de \$15.000 m lineal.

previa a la fecha de fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, el día 26 de octubre de 2018.

(b) Escenario de Incumplimiento

56. 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.

57. 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 las medidas de mitigación informadas por el titular consistentes en: (i) apantallamiento del perímetro de la obra con pantallas acústicas; (ii) biombos de insonorización para grupo electrógeno y bomba de hormigón; y, (iii) biombos acústicos portátiles para uso de personal en actividades de carácter ruidoso, no contaron con la debida información técnica de respaldo de los paneles utilizados, tampoco se incluyeron las boletas y/o facturas con los costos de cada medida y las fotografías incluidas no son fechadas ni georreferenciadas. En seguida, el informe de medición elaborado por la empresa ETFA Cesmec, ya referido en este acto administrativo en los considerandos N° 8 y N° 15, tal como consta en él, dicho informe fue preparado a solicitud de Inversiones Actual Raíces SpA, y no por Fuchs, Gellona y Silva S.A. Por lo anterior y dado que las medidas de mitigación no fueron debidamente acreditadas y el informe no fue encargado por la titular, estas no fueron consideradas dentro del beneficio económico.

58. En el presente caso, el certificado de recepción final de obras emitido por la Dirección de Obras Municipales respectiva da cuenta del término y aprobación de la obra en cuestión. Es dable entender entonces que, materialmente, los costos de medidas de mitigación no podrán ser incurridos en el futuro, configurándose un completo ahorro de este costo por parte del infractor, al haber evitado desembolsar dicho costo al momento en que se configuró la infracción. Por lo tanto, no es posible sostener un supuesto conservador bajo el cual este costo esté siendo retrasado hasta el día de hoy, habiendo certeza de que este costo fue completamente evitado.

(c) Determinación del beneficio económico

59. 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 10 de noviembre de 2021 y una tasa de descuento de 6,7%, estimada en base a información de referencia del rubro de construcción e ingeniería. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de octubre de 2021.

Tabla N° 5: Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

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

Costos evitados al no haber implementado medidas de mitigación de ruidos, encontrándose en la imposibilidad de hacerlo actualmente o en el futuro.	19.185.000	30,9	29,3
--	------------	------	-------------

60. En relación al beneficio económico, cabe señalar que el costo evitado o ahorrado por parte del titular debió ser desembolsado, es decir, debió dejar de ser parte de su patrimonio, al menos desde el momento en que se constató la primera medición que configuró el hecho infraccional. Este monto adicional a su patrimonio, que no fue ni será desembolsado a futuro, conlleva beneficios económicos que se mantienen hasta la actualidad.

61. 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

62. 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) del artículo 40 LOSMA

63. 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.

64. 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.

65. 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.

66. 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”*¹⁸. 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.

67. 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”¹⁹. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro²⁰ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible²¹, sea esta completa o potencial²². El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”²³. 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.

68. 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 afianzado²⁴ 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

¹⁸ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

¹⁹ 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

²⁰ 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.

²¹ 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

²² 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.

²³ *Ibíd.*

²⁴ 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>.

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 mental.²⁵

69. 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 ruido.²⁶

70. 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.

71. 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 completa²⁷. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁸ y un punto de exposición (receptor identificado en la ficha de medición de ruidos como Receptor N° 1 “*Jacqueline Reyes Duschner*”), de la actividad de fiscalización realizada en el domicilio del receptor) 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 constatare 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.

72. 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.

73. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N° 38/2011 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

²⁵ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ 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.

²⁸ 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.

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.

74. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 74 dB(A), en horario diurno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 14 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 25,1 en la energía del sonido²⁹ 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.

75. Como ya fue señalado, otro elemento que incide en la magnitud del riesgo es el tiempo de exposición al ruido por parte del receptor. Al respecto, según los casos que esta Superintendencia ha tramitado en sus años de funcionamiento, le permiten inferir que las maquinarias y herramientas emisoras de ruido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo³⁰. De esta forma, en base a la información entregada por el titular respecto a la frecuencia de funcionamiento, la información contenida en el acta de fiscalización y denuncias, la estimación de funcionamiento basada en la homologación de maquinarias y herramientas de similar función se ha determinado para este caso una frecuencia de funcionamiento periódica en relación con la exposición al ruido, en base a un criterio de horas proyectadas a un año de funcionamiento de la unidad fiscalizable.

76. En razón de lo expuesto, es de opinión de esta Superintendencia sostener que la superación de los niveles de presión sonora, sumado a la frecuencia de funcionamiento y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, aunque no de carácter significativo, y por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.**

b.1.2 El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b) del artículo 40 LOSMA

77. 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.

²⁹Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

³⁰ Por **funcionamiento puntual** se entiende aquellas actividades que se efectúan una vez o más, pero que no se realizan con periodicidad. Por **funcionamiento periódico**, se entenderá aquellas actividades que se realizan en intervalos regulares de tiempo o con cierta frecuencia, descartando una frecuencia de funcionamiento puntual o continua. Finalmente, por **funcionamiento continuo**, se refiere a aquellos equipos, maquinarias, entre otros, que funcionan todo el tiempo.

78. 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”*.

79. 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.

80. 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 fórmula³¹:

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

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).

81. 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 D.S. 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.

82. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 26 de octubre de 2018, que corresponde a 14 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató

³¹ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 161 metros desde la fuente emisora.

83. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³² del Censo 2017³³, para la comuna de Providencia, en la Región Metropolitana, 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.



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

84. 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° 6: Distribución de la Población Correspondiente a Manzanas Censales.

IDPS	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M1	13123031004007	331	14.658	9.442	64	213
M2	13123031004901	373	34.379	2.371	7	26
M3	13123031011005	65	4.879	2.008	41	27
M4	13123031011006	243	6.870	4.717	69	167

³² 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.

³³ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

IDPS	ID Manzana Censo	N° de Personas	Área aprox.(m ²)	A. Afectada aprox. (m ²)	% de Afectación aprox.	Afectados aprox.
M5	13123031011007	85	5.116	3.333	65	55
M6	13123031011008	261	14.832	2.322	16	41
M7	13123031011009	203	11.500	11.500	100	203
M8	13123031011010	235	8.849	7.432	84	197
M9	13123031011012	436	13.569	7.677	57	247
M10	13123031011013	450	15.364	9.523	62	279
M11	13123031011014	263	20.148	639	3	8

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

85. 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 **1463 personas**.

86. 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) del artículo 40 LOSMA

116. 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.

117. 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.

118. 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.

119. 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 regula³⁴. 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.

120. 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.

121. 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.

122. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 14 decibeles por sobre el límite establecido en la norma en horario diurno en Zona II, constatada durante la actividad de fiscalización realizada el día 26 de octubre de 2018 y la cual fue motivo de la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021. 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

123. 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) del artículo 40 LOSMA

124. 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.

125. 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

³⁴ Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

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.

126. 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.

127. 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"*³⁵. 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.

128. 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.

129. En el caso particular, puede afirmarse que la administración a cargo de la empresa sí cuenta con experiencia en su giro, ya que Fuchs, Gellona y Silva S.A. es una sociedad constituida desde el año 1993³⁶, habiendo iniciado sus actividades ante el Servicio de Impuestos Internos con fecha 03 de agosto de 1993. Además, se puede afirmar que el titular sí tenía conocimiento de las exigencias legales, ya que cuenta con más de veinticinco años de experiencia, con presencia en variados proyectos inmobiliarios a lo largo del país y, 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 2020 ante el SII, la titular cuenta una cantidad de 1.616 trabajadores informados, 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.

130. Considerando su condición de sujeto calificado, es posible afirmar que la infractora sí estaba en conocimiento de la conducta infraccional, pues de la información ya referida da cuenta (i) de un bagaje importante de faenas constructivas y

³⁵ Corte Suprema. Causa Rol N° 24.422-2016. Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017.

³⁶ De acuerdo al extracto publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, con fecha 09 de julio de 1993. Disponible en línea: <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/media/1993/07/09/do-19930709.pdf> [Fecha de consulta 21 de septiembre de 2021] p. 9.

proyectos inmobiliarios; y, (ii) 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.

131. 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 aumenta la sanción específica aplicable a la infracción.**

b.3. Factores de disminución

b.3.1. Cooperación eficaz (letra i) del artículo 40 LOSMA

132. 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.

133. 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.

134. En el presente caso, cabe hacer presente que mediante el Resuelvo VIII de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-018-2021 se requirió información a la titular acerca de los puntos enumerados en el considerando N° 11 de este Dictamen, cuyos antecedentes fueron recepcionados por esta Superintendencia de forma oportuna, útil e íntegra – y singularizados en el considerando N° 15, también de este acto–.

135. 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) del artículo 40 LOSMA

136. 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.

137. 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) del artículo 40 LOSMA

138. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, como 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 Pública³⁷. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

139. 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.

140. 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 2020 (año comercial 2019). De acuerdo a la referida fuente de información, Fuchs, Gellona y Silva S.A. corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría

³⁷ CALVO Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010, pp. 303 - 332.

de tamaño económico **Grande 4**, es decir, presenta ingresos por venta anuales superiores a 1.000.000 UF.

141. 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. El estado de excepción constitucional de catástrofe fue prorrogado por el Ministerio del Interior mediante el D.S. N° 72, de 11 de marzo de 2021.

142. 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.

143. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia considere los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular en la ponderación del artículo 40, letra f) de la LOSMA, en atención a las consecuencias a que la circunstancia de la pandemia de COVID-19 ha tenido para el normal funcionamiento de las empresas.

144. En el presente caso, la información más actualizada de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2019 y, por lo tanto, esta no comprende los posibles efectos de la pandemia de COVID-19 referidos anteriormente.

145. 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 2020³⁸, 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 que tienen por objetivo incorporar los efectos de la crisis, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan o no en una disminución adicional en el componente de afectación de la sanción.³⁹

146. 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.**

³⁸ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf>.

³⁹ Disminución adicional al ajuste que corresponde según los ingresos anuales del año 2019.

XI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

147. 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 Fuchs, Gellona y Silva S.A.

148. Se propone una multa de ciento quince unidades tributarias anuales (**115 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 14 dB(A), registrado con fecha 26 de octubre de 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.



Felipe García Huneus
Fiscal instructor – Departamento de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

JJG / GLW
Rol D-018-2021