

DEV

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-014-2021, SEGUIDO EN
CONTRA DE CONSTRUCTORA NOLLAGAM
LIMITADA, TITULAR DE LA FAENA DE
CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO DENOMINADO
“VISTA PACÍFICO”**

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; 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° 2124, de fecha 30 de septiembre de 2021, 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”); la Resolución Exenta N° 1270, de 3 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

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

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-014-2021, fue iniciado en contra de Constructora Nollagam Limitada (en adelante, “la titular” o “la empresa”), RUT N° 78.227.090-7, titular de la faena de construcción del edificio denominado “Vista Pacífico” (en adelante, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en avenida Pacífico N° 3119, comuna de La Serena, Región de Coquimbo.

2. Dicho recinto tiene como objeto la construcción del proyecto inmobiliario indicado y, por tanto, corresponde a una “Fuente Emisora de

Ruidos” al tratarse de una faena constructiva, de acuerdo con 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”) recibió la denuncia singularizada en la tabla N° 1, donde se indicó que se estaría sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en la faena constructiva ya referida.

Tabla N° 1: Denuncias recepcionadas.

N°	ID denuncia	Fecha de recepción	Nombre denunciante	Dirección
1	77-IV-2017	27 de diciembre de 2017	Carmen Manzano Gómez	Los Perales N° 679, piso N° 10, comuna de La Serena, Región de Coquimbo

4. A la presentación de su denuncia, Carmen Manzano Gómez, adjuntó un set de diez (10) fotografías sin fechar ni georreferenciar, en las cuales constaría las condiciones en las cuales operó la faena constructiva de autos.

5. Con fecha 05 de enero de 2018, esta Superintendencia despachó **Ordinario O.R.C. N° 22**, mediante la cual se informó a la empresa constructora acerca de la recepción de una denuncia asociada a las emisiones de ruido de la faena y las consecuencias jurídicas que de este se derivan. En segundo lugar, se solicitó a la titular informar a esta Superintendencia medidas de mitigación y/o corrección de las emisiones que haya adoptado.

6. Con fecha 17 de enero de 2018, Pablo Aguilera Villarreal, profesional prevencionista de riesgo, en una etapa pre-procedimental y a nombre de Constructora Nollagam Ltda., realizó una presentación a través de la cual informó sobre planes que se habrían adoptado en la faena constructiva “[...] *respecto a los controles ambientales* [...]”, a lo cual adjuntó:

i. Copia de documento titulado “*carta inicio de obra plan de mitigación*” dirigida a la I. Municipalidad de La Serena, de fecha 27 de diciembre de 2017, mediante la cual la titular informó a esta última del programa de mitigación “*ambiental*” que se habría adoptado en la faena constructiva.

ii. Set de dos (2) fotografías sin fechar ni georreferenciar, que darían cuenta del inicio de la implementación del cierre perimetral.

iii. Set de siete (7) recibos titulados “*Mandato Especial*”, emitidos por Shaflan E.I.R.L.

iv. Set de seis (6) fotografías sin fechar ni georreferenciar, que darían cuenta de la implementación de pantallas acústicas móviles en la faena constructiva.

v. Copia de informe titulado “*Programa Evaluación de Ruido Ambiental*”, de fecha 28 de diciembre de 2017, elaborado por la empresa PERGESTION.

vi. Copia de informe titulado “Informe técnico de Prevención de Riesgos – Medidas de mitigación para Medio Ambiente – Obra Vista Pacífico”, de fecha 21 de diciembre de 2017, elaborado por Constructora Nollagam Ltda.

7. Posteriormente, con fecha 26 de enero de 2018, mediante la **Resolución Exenta O.R.C. N° 1**, esta Superintendencia emitió un requerimiento de información a la titular, mediante la cual solicitó la realización de una medición de las emisiones en la faena constructiva de auto de acuerdo con la metodología contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA, dentro de un plazo de quince (15) días hábiles.

8. Con fecha 01 de marzo de 2018, la SMA recepcionó una presentación realizada por Pablo Aguilar Villarreal –suscribiendo como asesor en prevención de riesgos de la faena constructiva de autos–, a través de la cual evacuó el requerimiento de información referido en el considerando anterior, a lo cual anexó:

i. Set de tres (3) fichas de medición de ruido, de fechas 22, 26 y 28 de febrero del año 2018, elaboradas por el profesional independiente Rodrigo Carmona Varela.

ii. Set de cuatro (4) fotografías sin fechar ni georreferenciar que darían cuenta de la implementación de las medidas de mitigación sugeridas en el informe ambiental elaborado por la empresa PERGESTION.

iii. Set de dos (2) fotografías sin fechar ni georreferenciar que dan cuenta de la comunicación a las/os trabajadoras/es y vecinas/os de la faena constructiva del horario de trabajo.

iv. Set de siete (7) documentos titulados “tarjetas de asistencia”, elaborados por la titular.

9. Que, con fecha 09 de agosto de 2018, la entonces División de Fiscalización derivó a la entonces División de Sanción y Cumplimiento, actual Departamento de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambas de la SMA, el **Informe de Fiscalización DFZ-2018-1548-IV-NE**, el cual contiene el acta de inspección ambiental de fecha 27 de julio de 2018 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 27 de julio de 2018, un fiscalizador de esta Superintendencia se constituyó en el domicilio de la denunciante individualizada en la Tabla N° 1 del presente dictamen, ubicado en calle Los Perales N° 679, piso N° 10, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

10. 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, con fecha 27 de julio de 2018, en las condiciones que indica, durante horario diurno (07.00 hrs. a 21.00 hrs.), registra una excedencia de **7 dB(A)**. 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.

Fecha de la medición	Receptor	Horario de medición	Condición	NPC dB(A)	Ruido de Fondo dB(A)	Zona D.S. N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
27 de julio de 2018	Receptor N° 1	Diurno	Externa	67	No afecta	II	60	7	Supera

11. Con fecha 05 de septiembre de 2018, a través de la **Carta O.R.C. N° 22**, la SMA informó y advirtió a la empresa del incumplimiento observado en la actividad de fiscalización ya indicada en los considerandos anteriores, por lo cual se recomendó la adopción de medidas correctivas y/o de mitigación para retornar al cumplimiento de los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA.

12. Más tarde, con fecha 04 de octubre de 2018, Claudio Ramírez Arias –quien suscribió como subgerente SSOMA de Constructora Nollagam Limitada–, reportó a la SMA que en la unidad fiscalizable se habrían implementado: (i) labores de picado en departamentos con sellado de vanos; (ii) agilización en la instalación de ventanas y puertas de los departamentos; (iii) encierros acústicos para fuentes emisoras móviles; (iv) barrera acústica para taller de cerrajería; (v) reprogramación de horarios de emisión de ruido de dispositivos como martillos percutores, esmeriles angulares, entre otros; (vi) monitoreo de emisiones de ruido en dependencias del receptor sensible; y, (vii) la elaboración de una carta Gantt para la implementación de medidas de control de ruido.

13. En atención a lo indicado, con fecha 21 de enero de 2021, el jefe (S) del Departamento de Sanción y Cumplimiento nombró Fiscal Instructor Titular a Felipe García Huneeus 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.

14. Con fecha 26 de enero de 2021, mediante **Resolución Exenta N° 1 / Rol D-014-2021**, esta Superintendencia formuló cargos a Constructora Nollagam Limitada, siendo notificada personalmente en el domicilio de la titular –tras un intento fallido de notificación a través de carta certificada¹–, con fecha 06 de julio de 2021, 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”*.

15. Cabe hacer presente que la Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021 en su Resuelvo VIII, requirió de información a Constructora Nollagam Ltda., en los siguientes términos:

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

b. Los Estados Financieros de la empresa o el Balance Tributario del último año. De no contar con cualquiera de ellos, se requiere ingresar cualquier documentación que acredite los ingresos percibidos durante el último año calendario.

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

d. Plano simple que ilustre la ubicación de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido. Asimismo, indicar la orientación y referencia con los puntos de medición de ruidos individualizados en las Fichas de Medición de

¹ Cuya devolución al remitente se constató con fecha 16 de abril del año 2021, según información obtenida de la plataforma de Correos de Chile, según el código de seguimiento N° 1180851748869.

Ruidos incorporadas en el informe DFZ-2018-1548-IV-NE, además de indicar las dimensiones del lugar.

e. Indicar el horario y frecuencia de funcionamiento de la faena constructiva, 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 del hormigonado, así como la cantidad y horario de uso de camiones mixer, en caso de corresponder.

16. En relación con lo anterior, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, mediante Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021 ya referida, en su Resuelvo IV señaló al infractor un plazo de diez (10) días hábiles para presentar un programa de cumplimiento (en adelante, "PdC"), y de quince (15) días hábiles para formular descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

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

18. En este sentido, considerando la ampliación de oficio otorgada por esta Superintendencia para la presentación de un programa de cumplimiento y la formulación de descargos, el plazo para presentar un PdC venció el día 28 de julio de 2021, en tanto que el plazo para formular sus descargos venció el día 06 de agosto de 2021.

19. Con fecha 13 de julio de 2021, y encontrándose dentro de plazo, Claudio Ramírez Arias, realizó la presentación de un escrito de descargos, al cual anexó:

i. Copia de carta conductora presentada a esta Superintendencia, de fecha 04 de octubre de 2018.

ii. Copia de presentación titulada "*registro fotográfico medidas de mitigación de ruido – Informe medidas a Superintendencia de Medio Ambiente – Región de Coquimbo 04-10-2019*", de fecha 04 de octubre de 2018, elaborado por la titular.

iii. Copia de documento titulado "*Propuesta de consultoría – Gestión Ruido Ambiental y implementación medidas de control*", de fecha 01 de octubre de 2018, elaborado por la empresa PERGESTION.

iv. Copia simple de escritura pública titulada "*Cesión de derechos sociales y modificación social – Constructora Nollagam Limitada*", de fecha 06 de agosto de 2014.

v. Copia simple de escritura pública titulada “*Solicitud de Protocolización – Extracto, inscripción y publicación – Modificación de Sociedad – Constructora Nollagam Limitada*”, de fecha 12 de septiembre de 2014.

vi. Copia de los estados financieros al 31 de diciembre del año 2020, elaborados por la titular.

vii. Copia de certificado de recepción definitiva de obras de edificación N° 3131, de fecha 18 de noviembre de 2019, emitido por la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de La Serena.

20. Sin embargo, de los antecedentes acompañados, en particular, aquellas escrituras públicas que dan cuenta de la estructura societaria de la titular, no fue posible concluir que Claudio Ramírez Arias cuente con poder para actuar en el presente procedimiento a nombre de la constructora.

21. Debido a lo anterior, con fecha 28 de enero de 2022, mediante la **Resolución Exenta N° 2 / Rol D-014-2021**, previo a proveer, se solicitó a la titular –en un plazo de cinco (5) días hábiles a contar de la notificación de esta–, acreditar personería con la que actúa Claudio Ramírez Arias o, en su defecto, mediante una presentación, ratificar la actuación de esta persona. El antedicho acto fue notificado personalmente en el domicilio de la titular, con fecha 17 de febrero de 2022, conforme al acta levantada para el efecto.

22. Con fecha 24 de febrero de 2022, Maritza González Espinola y Patricio González Godoy, este último en representación de Constructora Nollagam Ltda., acompañaron copia de la escritura pública titulada “*Poder Especial – Constructora Nollagam Limitada a Patricio Rodrigo González Godoy*”, de fecha 29 de enero de 2019, mediante la cual se ratificó lo actuado y **acreditó poder de representación de Patricio González Godoy, para actuar en el marco del presente procedimiento a nombre de la titular.**

23. Finalmente, con fecha 28 de febrero de 2022, a través de la **Resolución Exenta N° 3 / Rol D-014-2021**, se tuvo presente escrito de descargos, se incorporaron los antecedentes adjuntados por la titular y se tuvo presente poder de representación de Patricio González Godoy para actuar a nombre de la titular en el presente procedimiento.

IV. CARGO FORMULADO

24. En la formulación de cargos, se singularizó 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 27 de julio de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 67 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" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <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 CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA TITULAR

25. Habiendo sido notificada la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021, 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

26. Habiendo sido notificada la titular personalmente con fecha 17 de febrero de 2022, de la Res. Ex. N° 2 / Rol D-014-2021, que solicitó acreditar personería con la que actuó quien formuló sus descargos en autos, la empresa ratificó lo actuado y acreditó poder de representación de Patricio González Godoy; por tanto, se tuvo presente escrito de descargos.

27. Por su parte, cabe tener presente que Constructora Nollagam Limitada, en etapa pre-procedimental realizó presentaciones, con fechas 17 de enero, 01 de marzo y 04 de octubre, todas del año 2018 –ya enunciadas y singularizados los antecedentes asociados a ellas, en los considerandos N° 6, 8 y 12 de este dictamen, respectivamente–, reportando medidas de mitigación que habría adoptado en la faena constructiva.

28. Al respecto, las medidas indicadas en sus presentaciones de 17 de enero y 01 de marzo del año 2018, estas no serán ponderadas como medidas de mitigación, toda vez que su adopción se verificó con anterioridad a la fecha de la actividad de fiscalización en el mes de julio del año 2018, razón por la cual estas no fueron eficaces. Por su parte, en presentación realizada por la titular, con fecha 04 de octubre de 2018, no se adjuntaron medios de verificación que permitieran acreditar la efectiva adopción en la faena

constructiva, el número de medidas frente a la cantidad de puntos de emisión, fecha de ejecución, materialidad y eficacia de las medidas a través de una empresa ETFA.

a) **Del escrito de descargos de fecha 13 de julio de**

2021:

29. La empresa reiteró su presentación realizada en el mes de octubre del año 2018, ya singularizada en el considerando N° 12 de este dictamen, en la cual afirmó haber adoptado: (i) pantallas acústicas para fuentes generadoras de ruido fijas; (ii) apantallamiento acústico perimetral; (iii) encerramiento acústico a andamios mono mástil, bimástil, entre otros; (iv) aumento en la velocidad de instalación de ventanas en departamentos donde se ejecuten labores ruidosas; (v) reprogramación de los horarios de emisión de ruido de martillos percutores, esmeriles angulares y maquinarias en general de 10.00 hrs. a 13.00 hrs. y desde las 14.00 hrs. a las 18.00 hrs.; (vi) monitoreo de emisiones desde el receptor sensible “[...] *antes del inicio de las medidas de mitigación y al haberlas implementado.*”; (vii) instalación de letreros informativos sobre la modificación del horario de faenas ruidosas; (viii) capacitación de trabajadores en el uso y disposición de las medidas ya referidas; y, (ix) la elaboración de una carta Gantt en la cual constan las fechas de cumplimiento de las medidas de mitigación a contar del día 01 de octubre del año 2018 con un plazo de seis (6) meses.

30. En seguida, afirmó que las medidas de mitigación enunciadas en el considerando anterior se ejecutaron a cabalidad, agregando que no se presentaron nuevas denuncias ni reclamos asociados a la contaminación acústica generada por la faena constructiva.

31. Finalmente, hizo presente que la faena constructiva finalizó en el año 2019, razón por la cual no hay operaciones actualmente, por lo que no resulta posible elaborar y presentar un programa de cumplimiento.

b) **Del análisis de los descargos por parte de esta**

Superintendencia:

32. Medidas de mitigación que habría adoptado Constructora Nollagam Ltda. En primer lugar, viene al caso indicar que las medidas enunciadas en (i), (ii), (v) y (vii), corresponden a medidas que la titular reportó con ocasión de sus presentaciones realizadas en el mes de enero y marzo del año 2018, **siendo anteriores a la constatación del hecho infraccional imputado en autos** –en el mes de julio del año 2018–, como ya se ha adelantado en el considerando N° 27 y 28 de este dictamen, razón por la cual **es posible sostener la ineficacia para evitar la superación de la norma de emisión de ruidos que se produjo con posterioridad a su implementación.** Lo anterior, sin perjuicio de que las medidas (v) y (vii) son de mera gestión pues de su ejecución no es posible derivar un retorno al cumplimiento de los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA.

33. En segundo lugar, de la medida descrita en (iv) no es posible comprender su carácter mitigatorio, toda vez que esta se erige como una etapa propia de toda faena constructiva y, junto a su costo, forma parte del natural desarrollo de las actividades de esta especie. No resultando posible su comprensión dentro de aquellas medidas tendientes a la disminución y corrección de las emisiones. En tercer lugar, las medidas expuestas en (vi), (viii) y (ix),

al igual que las referidas en (v) y (vii) constituyen acciones de **mera gestión**, pues de su implementación no se sigue una disminución de las emisiones de ruido.

34. En igual sentido, cabe precisar, en primer lugar, que la acción (vi) relativa al monitoreo de las emisiones, esta constituye una medida que permite verificar la eficacia e idoneidad de las medidas acústica oportunas y óptimamente ejecutadas, mas no constituye una medida de mitigación propiamente tal; y, en segundo lugar, ambos monitoreos se llevaron a cabo con fechas 27 de diciembre de 2017 (constatando excedencias) y 28 de febrero de 2018 (sin constatar excedencias), lo cual da cuenta de una ejecución previa y no con ocasión de la constatación del hecho infraccional que motivó el presente procedimiento.

35. Por último, en relación con la medida (iii), el encerramiento acústico de los andamios que indica **no ha presentado medios de verificación que permitan un análisis de la eficacia e idoneidad de estos, pues se desconoce la materialidad, densidad, cantidad, costos, ubicación de estos respecto del receptor sensible y fecha de su efectiva implementación en la faena constructiva.**

36. En suma, las medidas planteadas por la constructora –y las consideraciones ya expuestas– no permiten un adecuado análisis en su mérito de estas, razón por la cual no serán abordadas en los acápites siguientes de este dictamen que dicen relación a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

37. La no presentación de nuevas denuncias. En lo referido la ausencia de nuevas denuncias producto de las emisiones de ruido provenientes de la faena constructiva, este no resulta un medio de verificación idóneo que permita acreditar la ejecución cabal de las medidas de mitigación que habría adoptado la empresa, dado que esto se puede deber a otros factores, tales como el cambio de domicilio de denunciantes, el cambio de etapa en la unidad fiscalizable pasando de ciertos puntos de emisión a otros, entre otras circunstancias que pudieran ser consideraciones meramente domésticas y/o subjetivas.

38. Faena finalizada e imposibilidad de presentar un programa de cumplimiento. De acuerdo con la “*Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento*” adjuntada a la Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021, en sus páginas N° 12 y 13, **precisa claramente la opción de presentar, mediante un programa de cumplimiento, medidas de mitigación y/o corrección adoptadas con posterioridad a la fiscalización por lo que, independiente al estado de la faena constructiva, se podría haber presentado uno, lo que la empresa no efectuó teniendo la oportunidad procesal para ello.**

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

39. 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.

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

41. 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 crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

42. 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 8º, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8º 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”*.

43. 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”*.

44. 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.”*³

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

46. Debido a 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 el acta de inspección ambiental de fecha 27 de julio 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 este Departamento. Los

² 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 Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

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

detalles de dicho procedimiento de medición se describen en el considerando N° 9 y siguientes de este dictamen.

47. En el presente caso, 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 inspección ambiental iniciada el día 27 de julio de 2018, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

48. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 27 de julio de 2018, que arrojó el nivel de presión sonora corregido de 67 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medido desde el Receptor N° 1, ubicado en calle Los Perales N° 679, piso N° 10, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, 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

49. 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 Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021, esto es, la obtención, con fecha 27 de julio de 2018, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 67 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.

50. Para ello fue considerado el informe de medición precedentemente, cuyos resultados fueron examinados y validados por esta Superintendencia, de acuerdo con la metodología dispuesta en el D.S. N° 38/2011 MMA.

51. 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

52. 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-014-2021, 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.

53. En este sentido, en relación con el cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve⁴, 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.

⁴ 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

54. 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.

55. 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

56. 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.

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

58. 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.

59. 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 de 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

60. 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 ocasionado⁵.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁶.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁷.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁸.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁹.*
- f) *La capacidad económica del infractor¹⁰.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3^{o11}.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹².*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹³.*

61. 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹¹ 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

¹² Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

¹³ 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.

- b. **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que el titular en relación con 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 ha afectado una de estas áreas.
- d. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues el infractor no presentó programa de cumplimiento en el procedimiento, conforme a lo señalado en el Capítulo V del presente dictamen.

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

- a. **Letra i), respecto de medidas correctivas**, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, en este caso, la adopción de medidas de mitigación de ruidos.

63. 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)

64. 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.

65. 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 con su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

66. 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.

67. 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 27 de julio de 2018 ya señalada, en donde se registró su máxima excedencia **7 dB(A)** por sobre la norma en horario diurno en el Receptor N° 1 ubicado en Los Perales 679, piso N° 10, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, siendo el ruido emitido por Constructora Nollagam Limitada.

(a) Escenario de Cumplimiento

68. 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 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 cumplimiento¹⁴.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Instalación en todo el perímetro de la obra de pantallas acústicas perimetrales de 3 metros de alto con cumbra de 0,5 metros con una densidad superficial de a lo menos 10 kg/m ²	\$	29.765.625 ¹⁵	PdC Rol D-066-2021
Implementación de seis (6) biombos acústicos ¹⁶ con una densidad superficial de a lo menos 10 kg/m ²	\$	2.996.423	PdC Rol D-066-2021
Costo total que debió ser incurrido	\$	32.762.048	

69. En relación con las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que estas se escogieron para mitigar los 7 dB(A) de excedencia constatados el día 27 de julio de 2018. Con ello a la vista, en el acta de fiscalización se señala que *“el ruido se genera por el uso de taladros, martillos percutores, caída de material, movimiento de maquinarias y corte de material”*, razón por la cual, la instalación de pantallas acústicas en todo el perímetro de la obra de materialidad que provea una densidad mínima de 10 kg/m², consistente en una estructura metálica perfil 40x40x2 mm., planchas de OSB de 9,5 mm., lana mineral de 50 mm. y terciado estructural de 12 mm para reforzar ciertos sectores; y, la implementación de seis (6) biombos acústicos de la misma materialidad descrita anteriormente, se consideran medidas idóneas y suficientes para retornar al cumplimiento.

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

¹⁴ 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.

¹⁵ Según fotointerpretación de imágenes satelitales de Google Earth, el perímetro de la UF del procedimiento sancionatorio Rol D-066-2021 es de 192 metros y el costo de implementación de su barrera perimetral fue de \$15.000.000. Por lo tanto, para los 381 metros de perímetro calculados también por fotointerpretación de la construcción “Vista Pacífico”, el costo de la medida sería \$29.765.625.

¹⁶ Necesarios para mitigar el ruido del uso de taladros, martillos percutores y corte de material, señalados en el acta de fiscalización.

previa a la fecha de fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, el día 27 de julio de 2018.

(b) Escenario de Incumplimiento

71. 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.

72. De acuerdo con los antecedentes disponibles en el procedimiento, el titular no ha acreditado la implementación de medidas de naturaleza mitigatoria y, por tanto, haber incurrido en algún costo asociado a ellas. En dicho sentido, como se señaló en los considerandos N° 32, 33 y 34 de este dictamen, las medidas de mitigación que habría adoptado Constructora Nollagam Limitada se descartaron, en primer lugar, por haber sido implementadas con anterioridad a la constatación del hecho infraccional y, por tanto, que se haya incurrido en un costo con ocasión de la infracción; en segundo lugar, fueron estas calificadas como de mera gestión; o, no se cuenta con medios de verificación que acrediten la fecha de implementación y el costo en el que se incurrió de las restantes medidas.

73. En el presente caso, el Certificado de Recepción Definitiva de Obras de Edificación N° 3131, de fecha 18 de noviembre de 2019, emitido por la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de La Serena¹⁷, da cuenta del término y aprobación de la obra en cuestión. Razón por la cual es dable entender 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

74. 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 07 de abril de 2022, y una tasa de descuento de 6,9%, estimada en base a información de referencia del rubro de Inmobiliaria y Construcción. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de marzo de 2022.

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

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

¹⁷ Disponible en línea en: http://transparencia.laserena.cl/documentos/doc_97_3131_02122019121302.pdf [Fecha de consulta: 01 de febrero de 2022].

Costos evitados al no haber implementado medidas de mitigación de ruidos, encontrándose en la imposibilidad de hacerlo actualmente o en el futuro.	32.762.048	49,7	43,5
--	------------	------	------

75. En relación con el 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.

76. 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

77. 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)

78. 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.

79. 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.

80. 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.

81. 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.

82. 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.

83. 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 Protección Ambiental de EEUU, y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCA), son:

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 Ídem.

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>.

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 mental²⁵.

84. 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 ruido²⁶.

85. 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.

86. 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, 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 constatar 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.

87. 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.

88. Al respecto, es preciso considerar que los niveles permitidos de presión sonora establecidos por medio del D.S. N° 38/2011 MMA fueron definidos con el objetivo de proteger la salud de las personas, en base a estudios que se refieren a los límites tolerables respecto del riesgo a la salud que el ruido puede generar. Por tanto, es posible afirmar razonablemente que a mayor nivel de presión sonora por sobre el límite normativo, mayor

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

es la probabilidad de ocurrencia de efectos negativos sobre el receptor, es decir, mayor es el riesgo ocasionado.

89. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 67 dB(A), en horario diurno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 7 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 5,0 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.

90. 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, 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.

91. 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)

92. 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.

93. 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*

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.

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”.

94. 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.

95. 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).

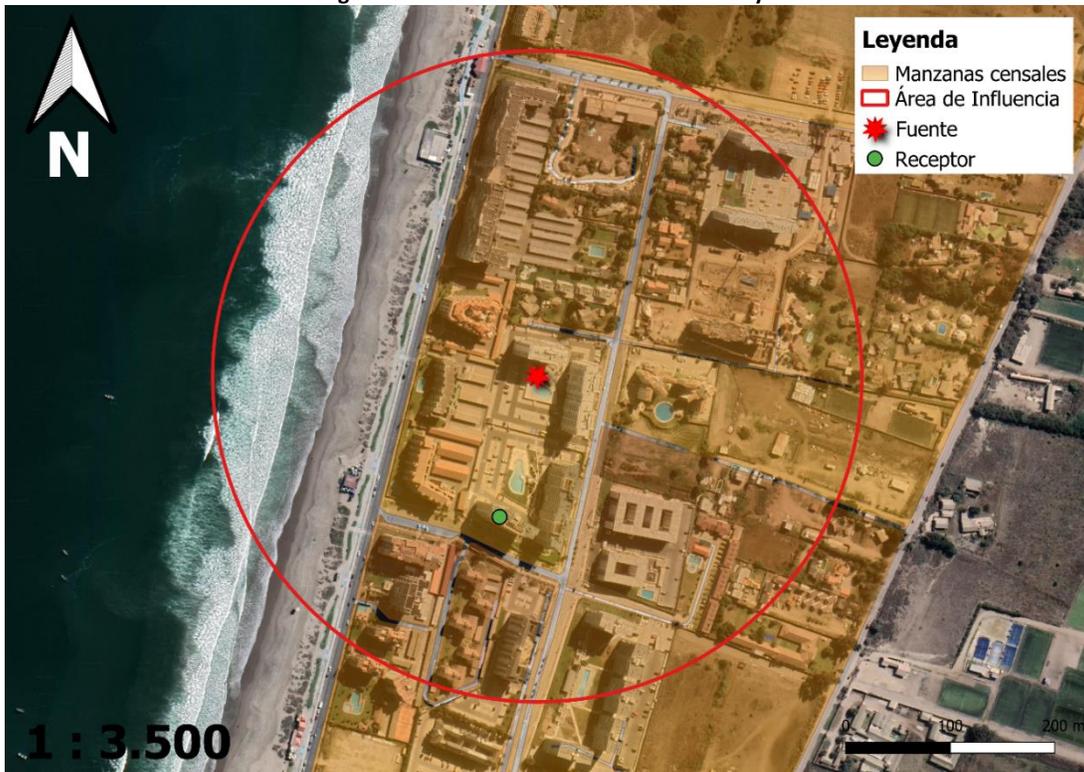
96. En relación con lo señalado en el párrafo anterior, cabe destacar que la fórmula presentada no incorpora la atenuación que provocarían factores tales como la disminución por divergencia - debido a la dispersión de la energía del sonido -, la reflexión y la difracción en obstáculos sólidos, y la reflexión 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 10 años de funcionamiento, a través de los más de 400 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.

97. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 27 de julio de 2018, que corresponde a 67 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 310,5 metros desde la fuente emisora.

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

98. 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 La Serena, en la Región de Coquimbo, 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 3.22.2 e información georreferenciada del Censo 2017.

99. 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	4101041001005	90	115758,6	62921,1	54,4	49
M2	4101041001006	334	79274,7	79274,7	100,0	334
M3	4101041001500	449	429047,9	2477,9	0,6	3
M4	4101041005002	399	56701,3	22400,4	39,5	158
M5	4101041005003	413	123808,6	43149,9	34,9	144

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

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/>

100. En consecuencia, de acuerdo con 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 **688 personas**.

101. 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)

102. 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.

103. 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.

104. 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.

105. 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”*³⁴. 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 con 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.

106. 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

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

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.

107. 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.

108. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de siete (7) decibelios por sobre el límite establecido en la norma en horario diurno en Zona II, constatada durante la actividad de fiscalización realizada con fecha 27 de julio de 2018 y la cual fue motivo de la formulación de cargos. Cabe señalar, sin embargo, 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 artículo 40 de la LO-SMA.

b.2. Factores de incremento

109. 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)

110. 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.

111. 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.

112. 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.

113. 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 jurídicos³⁵. 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.

114. 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.

115. En el caso particular, puede afirmarse que la administración a cargo de la empresa sí cuenta con experiencia en su giro, ya que Constructora Nollagam Limitada es una sociedad bajo dicha razón social desde a lo menos octubre del año 2004³⁶, habiendo iniciado sus actividades ante el Servicio de Impuestos Internos con fecha 01 de enero de 1993. Además, se puede afirmar que la titular sí tenía conocimiento de las exigencias legales, ya que cuenta con más de diez 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 2021 ante el SII, la titular cuenta con una cantidad de 474 trabajadores informados, lo que le permitiría afrontar de manera especializada, idónea y oportuna su operación y eventuales contingencias. Debido a lo anterior, los antecedentes permiten concluir que la empresa es un sujeto calificado.

116. 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 en 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 la 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, adoptando medidas de mitigación idóneas y eficaces de forma oportuna y en una etapa temprana de la faena constructiva, en la cual se concentran los mayores niveles de emisión. En este sentido, se concluye que la titular cometió este hecho infraccional con intencionalidad.

117. 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

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

³⁶ De acuerdo con el extracto publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, con fecha 28 de octubre de 2004. Disponible en: <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/media/2004/10/28/do-20041028.pdf> [Fecha de consulta: 26 de enero de 2022] pp. 46-59.

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.2.2. Falta de cooperación (letra i), del artículo 40 LOSMA)

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

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

120. En el presente caso, con ocasión del requerimiento de información contenido en el Resuelvo VIII de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021, en particular, el punto dispuesto en el N° 7, la titular, a la fecha del presente dictamen, no lo evacuó.

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

b.3. Factores de disminución

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

122. 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.

123. 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.

124. En el presente caso, cabe hacer presente que Constructora Nollagam Ltda., en primer lugar, ha prestado colaboración oportuna (mas no útil y relevante) a propósito de las solicitudes realizadas por esta Superintendencia a través del **ORD. ORC N° 22**, de fecha 05 de enero de 2018; y, mediante **Carta ORC N° 22**, de fecha 05 de septiembre de 2018. En seguida, la empresa ha evacuado el requerimiento de información contenido en la **Res. Ex. ORC N° 1/2018**, de fecha 26 de enero de 2018; y, parcialmente, el requerimiento establecido en el Resuelvo VIII de la **Res. Ex. N° 1 / Rol D-014-2021**, en particular, los puntos del N° 1 al 6.

125. 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.3.2. Irreprochable conducta anterior (letra e), del artículo 40 LOSMA)

126. 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.

127. 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)

128. 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, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

129. 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

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.

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 con 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.

130. Para la determinación del tamaño económico, se han examinado los antecedentes financieros de la empresa disponibles en el procedimiento. Así, de acuerdo con la información contenida en el Balance de comprobación y saldos con fecha 01 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2020 presentado por el titular³⁸, se observa que Constructora Nollagam Limitada se sitúa en la clasificación Grande 2 –de acuerdo con la clasificación de tamaño económico utilizada por el Servicio de Impuestos Internos– por presentar ingresos entre a UF 200.000 y UF 600.000 en el año 2020. En efecto, se observa que sus ingresos en ese año fueron de \$7.283.977.922, equivalentes a UF 250.564, considerando el valor de la UF al día 31 de diciembre de 2020.

131. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa **Grande 2**, se concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica³⁹.

XI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

132. 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 Nollagam Limitada.

133. Se propone una multa de sesenta y seis unidades tributarias anuales (**66 UTA**) respecto al hecho infraccional consistente en la excedencia de 7 dB(A), registrado con fecha 27 de julio 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

DGP / JJG / ALV
Rol D-014-2021

³⁸ En la Presentación de escrito de descargos con fecha 13 de julio de 2021.

³⁹ En el presente caso, la información de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2020, por lo que es posible sostener que ésta comprende los efectos que la pandemia de COVID-19 ha tenido en el funcionamiento de la empresa. Por lo anterior, se considera que no procede efectuar ajustes adicionales a la ponderación del tamaño económico para internalizar en la sanción los posibles efectos de la crisis sanitaria.