

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-194-2021, SEGUIDO EN
CONTRA DE GESPANIA CONSTRUCTORA S.A.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 959

Santiago, 22 de junio de 2022

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LOSMA”); en 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; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en 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”); en 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; en el Decreto Exento RA N° 118894/55/2022, de fecha 18 de marzo de 2022, que establece el orden de subrogación para el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 659, de 2 de mayo de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe/a del Departamento Jurídico; en la Resolución Exenta N° 491, de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para la homologación de zonas del D.S. N° 38/2011 MMA; en la Resolución Exenta N° 867, de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 MMA; en la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; en 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”); en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-194-2021 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.

CONSIDERANDO:

I. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DE LA UNIDAD FISCALIZABLE

1. El presente procedimiento administrativo sancionatorio, Rol D-194-2021, fue iniciado en contra de Gespania Constructora S.A. (en adelante, “el titular” o “la empresa”), RUT N° 76.060.182-9, titular de Proyecto New Egaña Style (en adelante, “el establecimiento”, “el recinto” o “la unidad fiscalizable”), ubicado en avenida Américo Vespucio N° 291, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago.

2. Dicho recinto 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.

II. ANTECEDENTES PREVIOS A LA INSTRUCCIÓN

3. Que, esta Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”) recibió las denuncias individualizadas en la Tabla N° 1, donde se indicó que se estaría sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas por “Proyecto New Egaña Style”, principalmente por las actividades de despeje de terreno y construcción.

Tabla N° 1: Denuncias recepcionadas

N°	ID denuncia	Fecha de recepción	Nombre denunciante	Dirección
1	530-XIII-2021	12 de marzo de 2021	Moisés Andrés Aguilera Moya	Av. Américo Vespucio N° 199, depto. N° 806, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago
2	562-XIII-2021	19 de marzo de 2021	Paulina Andrea Rodríguez Muñoz	No aplica ¹
3	75-XIII-2022	20 de enero de 2022	Rosa María Sánchez González	Av. Américo Vespucio N° 253, depto. N° 43 B, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago
4	85-XIII-2022	22 de enero de 2022	Martín Cristóbal Pérez Gallo	Av. Américo Vespucio N° 253, depto. N° 13 C, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago
5	91-XIII-2022	24 de enero de 2022	Tania Belén Santander Mosqueira	Av. Américo Vespucio N° 253, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago
6	92-XIII-2022	24 de enero de 2022	Álvaro Rodrigo Villarroel Alvarado	Av. Américo Vespucio N° 253, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago

4. Que, con fecha 12 de abril de 2021, la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental derivó al Departamento de Sanción y Cumplimiento (DSC), ambos de la SMA, el **Informe de Fiscalización DFZ-2021-831-XIII-NE**, el cual contiene el acta de inspección ambiental de fecha 23 de marzo de 2021 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, en dicha fecha, fiscalizadores de esta SMA, se constituyeron en un domicilio colindante al de los denunciados individualizados en la Tabla N° 1, ubicado en calle Nuncio Laghi N° 5657, depto. N° 806, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, que consta en el señalado expediente de fiscalización.

5. 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 23 de marzo de 2021, en las condiciones que indica, durante horario diurno, registra una excedencia de **11 dB(A)**. El resultado de dicha medición de ruido se resume en la siguiente tabla:

¹ Conforme al comprobante de denuncia digital, la denunciante indicó erróneamente la dirección de la Unidad Fiscalizable como su domicilio.

Tabla N° 2: Evaluación de medición de ruido.

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
23 de marzo de 2021	Receptor N° 1	Diurno	Externa	71	No afecta	II	60	11	Supera

6. En razón de lo anterior, con fecha 7 de septiembre de 2021, la jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento nombró como Fiscal Instructor titular a Leonardo Moreno Polit y como Fiscal Instructor suplente, a Jaime Jeldres García, a fin de investigar los hechos constatados en el Informe de Fiscalización individualizado; y asimismo, formular cargos o adoptar todas las medidas que considere necesarias para resguardar el medio ambiente, si a su juicio, existiere mérito suficiente para ello.

III. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A. Formulación de cargos

7. Con fecha 8 de septiembre de 2021, mediante **Resolución Exenta N° 1/Rol D-194-2021**, esta Superintendencia formuló cargos que indica, en contra de Gespania Constructora S.A., siendo notificada mediante carta certificada dirigida al titular, recepcionada en la oficina de correos de la comuna de Las Condes con fecha 11 de septiembre de 2021, conforme al número de seguimiento 1176326647294, habiéndose entregado en el mismo acto, copia de la *"Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos"*.

8. 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 de Emisión				
1	La obtención, con fecha 23 de marzo de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 71 dB(A) en horario diurno, condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.	<p>D.S. N° 38/2011 MMA, Título IV, artículo 7:</p> <p><i>"Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1":</i></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 7 a 21 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>II</td> <td>60</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7 a 21 horas	II	60
Zona	De 7 a 21 horas					
II	60					

B. Tramitación del procedimiento sancionatorio

9. Cabe hacer presente que la Res. Ex. N° 1/Rol D-194-2021, en su VIII resolutorio, requirió de información al titular, 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 la Ficha de Medición de Ruido incorporada en el informe DFZ-2021-831-XIII-NE, además de indicar las dimensiones del lugar.

e. Indicar el horario y frecuencia de funcionamiento de la Unidad Fiscalizable (recinto), 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, especialmente en lo relativo a los movimientos de tierra a camión tolva.

10. En relación a lo anterior, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero de los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, mediante Res. Ex. N° 1 / Rol D-194-2021 ya referida, en su IV resolutorio otorgó al infractor un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento (en adelante, "PdC"), y de 15 días hábiles para formular sus descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicho acto administrativo.

11. Asimismo, esta Superintendencia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.880, en el IX resolutorio de la Res. Ex. N° 1 / Rol D-194-2021, amplió de oficio el plazo para la presentación de un PdC y para efectuar descargos, concediendo un plazo adicional de 5 días hábiles en el primer caso, y de 7 días hábiles en el segundo caso.

12. En este sentido, considerando la ampliación de oficio otorgada por esta Superintendencia, el plazo para presentar un PdC vencía el día 7 de octubre de 2021, en tanto que el plazo para presentar descargos vencía el día 19 de octubre de 2021.

13. Encontrándose dentro de plazo, con fecha 21 de septiembre de 2021, el titular presentó un programa de cumplimiento, el cual no cumplía con el formato ni los estándares de esta SMA para su evaluación, de acuerdo a lo establecido mediante Res. Ex. SMA N° 1270, de fecha 03 de septiembre de 2019. A dicha presentación, se acompañaron los siguientes documentos:

i. Listado de maquinarias generadoras de ruido en faena "New Egaña Style".

ii. Planos simples de las faenas, los cuales presentan una baja calidad de imagen.

iii. Indicación del horario y frecuencia de funcionamiento de la faena "New Egaña Style".

iv. Indicación del horario y frecuencia de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido.

v. Acta de sesión de directorio de Constructora Paseo Las Condes S.A. (actualmente Gespania Constructora S.A.), reducida a escritura pública con fecha 8 de marzo de 2012, ante la Vigésima Séptima Notaría de Santiago.

vi. Acta de sesión extraordinaria de directorio de Constructora Paseo Las Condes S.A. (actualmente Gespania S.A.), reducida a escritura pública con fecha 12 de octubre de 2017, ante la Vigésima Séptima Notaría de Santiago. **En ella consta la calidad de apoderados de Hugo Agurto Carbona y Alberto Decombe Browne.**

vii. Órdenes de compra N° 30.815 de 17 de marzo de 2021 y N° 30.896 de 24 de marzo de 2021.

14. A raíz del error de formato de la presentación del titular, con fecha 24 de septiembre de 2021, se dictó la **Resolución Exenta N° 2/Rol D-194-2021**, en la cual se otorgó un nuevo plazo de cinco (5) días hábiles para que se presentara en forma el programa de cumplimiento. Dicha resolución fue notificada mediante carta certificada dirigida al titular, recepcionada en la oficina de correos de la comuna de Las Condes con fecha 29 de septiembre de 2021, conforme al número de seguimiento 1176329277399.

15. Con fecha 5 de octubre de 2021, encontrándose dentro de plazo, Hugo Agurto Carbona y Alberto Decombe Browne, en su calidad de representantes del titular, dieron cumplimiento a lo ordenado por la Res. Ex. N° 2/Rol D-194-2021, presentando un programa de cumplimiento acorde con el formato establecido por la SMA. A dicha presentación, acompañaron los siguientes documentos, por medio de los cuales se da respuesta íntegra al requerimiento de información efectuado en la VIII resolutorio de la Res. Ex. N° 1/Rol D-194-2021:

i. Acta de sesión de directorio de Constructora Paseo Las Condes S.A. (actualmente Gespania Constructora S.A.), reducida a escritura pública con fecha 8 de marzo de 2012, ante la Vigésima Séptima Notaría de Santiago.

ii. Acta de sesión extraordinaria de directorio de Constructora Paseo Las Condes S.A. (actualmente Gespania S.A.), reducida a escritura pública con fecha 12 de octubre de 2017, ante la Vigésima Séptima Notaría de Santiago. **En ella consta la calidad de apoderados de Hugo Agurto Carbona y Alberto Decombe Browne.**

iii. Estados financieros de Gespania Constructora S.A. al 31 de diciembre de 2020 y 2019, elaborado por ECOVIS Chile ACYSS Auditores Consultores Ltda.

iv. Planos simples de las faenas, que ilustran la ubicación de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido.

v. Plano con proyección del edificio en construcción.

vi. Indicación del horario y frecuencia de funcionamiento de la faena "New Egaña Style".

vii. Indicación del horario y frecuencia de las maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido.

viii. Fichas técnicas de las medidas implementadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento.

ix. Carta Gantt con el programa preliminar de obra.

x. Carta Gantt "*Proyecto New Egaña Style*".

16. Con fecha 22 de diciembre de 2021, por medio del Memorandum N° 56.187/2021, el Fiscal Instructor de este procedimiento sancionatorio, derivó los antecedentes asociados al programa de cumplimiento al Fiscal de la SMA, con el objeto de que se evaluase y resolviese su aprobación o rechazo.

17. Con fecha 27 de diciembre de 2021, se dictó la **Resolución Exenta N° 3/Rol D-194-2021**, que tiene por presentado y rechaza el programa de cumplimiento del titular. Esta decisión se fundó en que el PdC no daba cumplimiento a los requisitos establecidos en el D.S. N° 30/2012 MMA. En este mismo acto, se levantó la suspensión decretada en el Resuelvo VI de la Res. Ex. N° 1/Rol D-194-2021, reanudándose el procedimiento administrativo sancionatorio, debido a lo cual volvió a transcurrir el plazo para que la empresa presentara descargos.

18. Dicha resolución fue notificada con fecha 3 de enero de 2022, por medio de correo electrónico dirigido a las casillas indicadas por el titular para dichos efectos.

19. Con fecha 10 de enero de 2022, encontrándose dentro de plazo, el titular evacuó sus descargos. A dicha presentación acompañó los siguientes documentos:

i. Formato para la presentación del programa de cumplimiento.

ii. Informe "Mecánica de Suelos" elaborado por GEOCAV Ltda. Cabello & Vargas Ingenieros Civiles.

iii. Presupuesto de fecha 4 de noviembre de 2021, por servicios de suministro e instalación de anclajes activos para las pilas de socialzado, elaborado por JRP Ingeniería y Construcción.

iv. Listado de maquinarias, equipos y/o herramientas generadoras de ruido dentro de la unidad fiscalizable.

v. Plano simple de túnel acústico.

20. Con fecha 10 de enero de 2022, mediante **Resolución Exenta N° 4/Rol D-194-2021**, esta SMA resolvió tener por presentados los descargos. Adicionalmente, en dicho acto administrativo se incorporaron nuevas denuncias presentadas en contra del titular, ya singularizadas en la Tabla N° 1 de esta resolución. La antedicha resolución fue notificada a través de correo electrónico al titular, con fecha 11 de mayo de 2022.

C. Presentación de programa de cumplimiento por parte del titular

21. Que, conforme a lo señalado anteriormente, con fecha 5 de octubre de 2021, el titular presentó un programa de cumplimiento, acompañando los documentos indicados en el considerando N° 15 de esta resolución.

22. Posteriormente, con fecha 27 de diciembre de 2021, mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021, esta Superintendencia rechazó el programa de cumplimiento presentado por Gespania Constructora S.A. con fecha 5 de octubre de 2021, por no haber dado cumplimiento a los criterios de aprobación establecidos en el artículo 9 del Reglamento, entre otras consideraciones en dicho acto expresadas.

D. Presentación de descargos por parte del titular

23. Habiendo sido notificado el titular mediante correo electrónico de fecha 3 de enero de 2022 de la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021, que tuvo por rechazado el programa de cumplimiento y levantó la suspensión al procedimiento administrativo sancionatorio, la empresa presentó escrito de descargos dentro del saldo de plazo otorgado para el efecto, correspondiente a diez (10) días hábiles.

a) Del escrito de descargos de fecha 10 de enero de 2022:

24. En primer lugar, el titular realiza una precisión respecto de lo señalado en el considerando N° 17 de la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021, que rechazó el PdC. Esta precisión consiste en que las emisiones provocadas durante la etapa de despeje de terreno no son las mismas que aquellas que se generan durante el movimiento de tierra. Al respecto, señalan que existen aspectos diferentes en cuanto a la constitución del material extraído, pues en el despeje de terreno se mueve con retroexcavadora material de demolición que se deposita en camión tolva, generando mayores emisiones. En cambio, sostiene, en la etapa de movimiento de tierra, lo que se carga es tierra de la excavación que, de acuerdo al estudio de mecánica de suelo que acompaña, está conformado por arcilla limosa, gravilla y restos de ladrillos, por lo que la emisión de ruido disminuye en comparación a la etapa de despeje de terreno.

25. En segundo lugar, el titular refiere a lo señalado en la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021, específicamente al considerando N° 30 de dicha resolución, que cuestiona la eficacia del túnel acústico propuesto como acción del PdC, por no abarcar todas las fuentes de ruido que en muchos casos tendrán carácter móvil. Al respecto, el titular reitera que la emisión de ruido es menor en la etapa de movimiento de tierra (excavación que no constituye extracción de escombros) que en el despeje de terreno. Complementa lo anterior, señalando que el túnel acústico se contempla para los camiones de hormigón en la etapa de pilas de socialzado, para el vertimiento de hormigón. Señala que para los camiones tolva y retroexcavadora, solo se considera cumplir con los horarios de los permisos de trabajo, debido a que el estudio de mecánica de suelo define que el suelo no es rocoso, lo que permite que las emisiones de ruido sean menores en la carga del camión tolva. Por último, indica las medidas de mitigación propias de los tensados de pilas, construcción de fundaciones y corte de fierro.

26. En tercer lugar, señala que en su programa de cumplimiento no identificó todos los equipos, maquinarias o actividad que generan ruidos, producto de un error de interpretación, al entender que solo se debían señalar las actividades que

fueron causa de la infracción durante la etapa de despeje. En razón de aquello, acompaña un anexo complementando la información faltante, señalando que no en todas las etapas se emitió ruido impactando a la comunidad o infringiendo la normativa. Así, señala que en la etapa de instalación de faena se utilizan contenedores “*posesionados por camión pluma*” no ocasionando ruido. Luego, indica que la etapa de construcción de pilas de socialzado se realiza a mano con tornos y solo se emite ruido en el vertido de hormigón. Señala que durante la excavación es solo movimiento de tierra, no hay otras fuentes emisoras de ruido y, por último, indica las medidas de mitigación que se utilizan en obra gruesa y en las terminaciones y exteriores.

27. En cuarto lugar, frente al cuestionamiento de la verificabilidad de algunas acciones planteada por la Res. Ex. N°3/Rol D-194-2021, indica que al momento de elaborar el PdC no tenían evidencia que permitiera acreditar el cumplimiento de acciones futuras. No obstante, acompaña lo que estima serían medios de verificación apropiados para las acciones ofrecidas en el PdC rechazado.

b) Del análisis de los descargos por parte de esta

Superintendencia:

28. Al respecto, es menester señalar que las alegaciones esgrimidas por el titular no tienen relación alguna con la certeza de los hechos verificados y constatados en la inspección ambiental de fecha 23 de marzo de 2021, sino que, por el contrario, el titular sólo se limita a cuestionar los fundamentos utilizados en la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021, que tuvo por rechazado el programa de cumplimiento, cuestión que, por lo demás, no es procedente en la instancia utilizada. Al respecto, el legislador dispuso de mecanismos específicos de impugnación de este tipo de actos administrativos, lo cual se destacó a través del Resuelvo VI de la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021, a saber, los recursos administrativos regulados en el Capítulo IV de la Ley N° 19.880.

29. No obstante, la decisión de rechazo del PdC por parte de esta SMA resultó adecuada, según da cuenta la presentación de nuevas denuncias en el mes de enero de 2022, asociadas a ruidos provenientes de trabajos de excavación. Lo anterior, coincide con el cronograma de la carta Gantt anexada al PdC, que indicaba que en esa fecha la faena se encontraría en una actividad intermedia entre la construcción de pilas de socialzado y la excavación.

30. Así, la Res. Ex N° 3/Rol D-194-2021, justamente cuestionaba la insuficiencia de las acciones contempladas para las labores de construcción de pilas de socialzado y excavación, señalando que el túnel acústico ofrecido “*no se hace cargo de todas las fuentes de emisión existentes durante la etapa de excavación, las cuales en muchos casos tienen carácter móvil y cuyas emisiones no serán cubiertas por un túnel acústico*”. Dicho acto señalaba a modo de ejemplo, “*(...) las excavadoras que son esenciales durante esta labor, así como las labores de extracción de escombros y material propios de esta etapa realizadas por camiones de gran tonelaje. Asimismo, en la etapa de excavación se realizan labores de tensado de las pilas de socialzado y construcción de los heridos de las fundaciones, para los cuales no existen medidas específicas (...)*”. Por último, el considerando citado concluye señalando que atendido que el receptor sensible se encuentra en altura “*(...) las emisiones de esta etapa no alcanzan a mitigarse, ni aun considerando el cierre perimetral acústico contemplado en la Acción N° 1*”.

31. Dicho de otro modo, las denuncias dan cuenta de fuertes ruidos provenientes de las labores de excavación efectuadas por el titular, cuestión que demuestra en los hechos que el PdC propuesto no resultaba eficaz, lo que fue anticipado en la Res. Ex. N° 3/Rol D-194-2021. De esta manera, pese a que las alegaciones efectuadas por el titular no fueron realizadas por la vía procedimental contemplada al efecto, en cualquier caso, carecen de fundamentos para ser acogidas por esta SMA.

E. Dictamen

32. Con fecha 07 de junio de 2022, mediante MEMORANDUM D.S.C. –Dictamen N° 65/2022, el instructor remitió a este Superintendente el dictamen del presente procedimiento sancionatorio, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la LOSMA, proponiendo una sanción pecuniaria.

IV. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

33. El artículo 53 de la LOSMA, 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.

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

35. 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 LOSMA 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.

36. Por otro lado, el artículo 51 de la LOSMA, señala que “[l]os hechos constatados por funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”. Por su parte, el artículo 8° de la LOSMA 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.”.

37. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la Jurisprudencia Administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al

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

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.”.

38. 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 “[l]a 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

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

40. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la formulación de cargos, han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia, tal como consta en el acta de inspección ambiental de fecha 23 de marzo de 2021, 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 DSC. Los detalles de dicho procedimiento de medición se describen en los considerandos 4° y siguientes de esta resolución.

41. En el presente caso, tal como consta en el capítulo III, el titular no realizó presentaciones que contuvieran alegación alguna referida a la certeza de los hechos verificados en la inspección ambiental iniciada el día 23 de marzo de 2021, ni presentó prueba en contrario respecto a los hechos constatados en la misma.

42. En consecuencia, la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 23 de marzo de 2021, que arrojó un nivel de presión sonora corregida de 71dB(A), en horario diurno, en condición externa, medido desde el Receptor N° 1, ubicado en Nuncio Laghi N° 5657, depto. N° 806, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago, 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.

V. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

43. 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-194-2021, esto es, la obtención, con fecha 23 de marzo de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 71 dB(A) en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.

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.

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

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

VI. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

46. 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-194-2021, fue identificado en el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de una norma de emisión, en este caso el D.S. N° 38/2011 MMA.

47. En este sentido, en relación al 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.

48. Al respecto, es de opinión de este Superintendente 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 esta resolución.

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

VII. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA APLICABLES QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

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

50. El artículo 38 de la LOSMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito,

⁴ El artículo 36 N° 3, de la LOSMA, 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.

multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA.

51. 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”.

52. 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 LOSMA.

53. 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 LOSMA 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 LOSMA, al caso particular

54. El artículo 40 de la LOSMA, 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*

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.

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.*

55. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, **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 g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues el programa de cumplimiento presentado por el infractor no cumplió con los criterios de aprobación por parte de esta Superintendencia, conforme a lo señalado en el capítulo III de la presente resolución.

56. 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.

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 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 el titular indica haber efectuado medidas como un túnel acústico, respecto del cual no acompaña boletas o facturas, ni fotografías fechadas y georreferenciadas que acrediten su implementación. Lo mismo ocurre con los mantos acústicos que cubren la bomba de hormigón y los biombos utilizados en obra gruesa. Por último, respecto de las medidas de mitigación asociadas al tensado de pilas de socialzado, el titular solo adjunta una cotización con empresa encargada de dicha obra, sin que dicho documento permita acreditar la implementación de dichas medidas mitigatorias.

57. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación, se expone la ponderación de dichas circunstancias:

A. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c), del artículo 40 LOSMA)

58. 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.

59. 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.

60. 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.

61. 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 23 de marzo de 2021 ya señalada, en donde se registró su máxima excedencia **11 dB(A)** por sobre la norma en horario diurno en el Receptor N° 1, ubicado en calle Nuncio Laghi N° 5657, depto. N° 806, comuna de Ñuñoa, Región Metropolitana de Santiago, siendo el ruido emitido por el Proyecto New Egaña Style.

(b) Escenario de Cumplimiento

62. 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 cumplimiento¹⁴.

Medida	Costo (sin IVA)		Referencia /Fundamento
	Unidad	Monto	
Instalación de Barrera acústica de 250 metros límite perimetral Total Terreno. 9 metros de alto, incluyendo cumbrera.	\$	48.213.000	Rol D-066-2021
Biombo acústico para camión Tolva	\$	3.524.568	Rol D-194-2021
Biombo acústico para Retroexcavadora	\$	3.524.568	Rol D-194-2021
Costo total que debió ser incurrido	\$	55.262.136	

63. En relación a las medidas y costos señalados anteriormente, cabe indicar que considerando que el acta de fiscalización de fecha 23 de marzo de 2021, señala que el ruido registrado corresponde a funcionamiento de maquinaria por movimiento de tierra, para efectos de determinar el escenario de cumplimiento, se determinaron como fuentes puntuales de ruido, el funcionamiento de al menos un camión tolva que traslada y mueve tierra, y por consiguiente al menos el funcionamiento de una maquinaria retroexcavadora, la que extraería y movería la tierra que debería de trasladar el camión tolva. Lo anterior, es corroborado por lo indicado por la empresa, la que informa a esta Superintendencia que al momento de la fiscalización la empresa se encontraba en fase de "movimiento de tierra". De manera complementaria, considerando la ubicación geográfica de la faena constructiva, la que se encuentra rodeada de edificios de altura, en sus lados norte-oeste y sur, y considerando que el receptor sensible que identifica la actividad de fiscalización se ubica en un piso 8, es que se determina como medida complementaria, la instalación de una barrera acústica en el total de su perímetro¹⁵, con 9 metros de altura, incluyendo su cumbrera.

64. Bajo un supuesto conservador, se considera que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos, al menos, de forma previa a la fecha de fiscalización ambiental en la cual se constató la excedencia de la norma, el día 23 de marzo de 2021.

(b) Escenario de Incumplimiento

65. 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

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 Se considera un perímetro de 250 metros, con una altura de 9 metros. El perímetro es determinado, utilizando método indirecto de fotointerpretación, utilizando como fuente imagen satelital catálogo Google Earth. En base a lo anterior, se determinan 2.250 m² de barrera acústica a un costo de \$21.428 el m², de acuerdo a la referencia indicada.

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.

66. 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 en el presente procedimiento el titular indica haber efectuado medidas como: cierres perimetrales acústicos, biombos acústicos, para el aislamiento de las zonas de trabajo; implementación de túnel acústico y mantos acústicos. Para lo anterior, acompaña fotografías sin fechar ni georreferenciar, y datos de costos sin respaldos contables como órdenes de compra y/o boletas o facturas, los que, a juicio de esta Superintendencia, hubieran permitido acreditar de manera fehaciente la implementación de medidas, fecha de implementación, y que la empresa incurrió en gastos para la mitigación del ruido generado.

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

(c) Determinación del beneficio económico

68. 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 18 de julio de 2022, y una tasa de descuento de 7,7%, estimada en base a información de referencia del rubro de inmobiliarias. Los valores en UTA se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de junio de 2022.

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

Costo que origina el beneficio	Costos retrasados		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	55.262.136	80,0	0,8

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

B. Componente de Afectación

b.1. Valor de Seriedad

70. 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 LOSMA 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)

71. La letra a) del artículo 40 de la LOSMA 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.

72. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, 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 LOSMA. 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.

73. 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.

74. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que “[d]e 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”¹⁶. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, 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.

75. 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

¹⁶ |ltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

receptor”¹⁷. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹⁸ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹⁹, sea esta completa o potencial²⁰. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”²¹. 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.

76. 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 afianzado²² ha señalado que los efectos adversos del ruido sobre la salud de las personas, reconocidos por la Organización Mundial de la Salud y otros organismos como la Agencia de Protección Ambiental de EEUU, y el Programa Internacional de Seguridad Química (IPCA), son: efectos cardiovasculares, respuestas hormonales (hormonas de estrés) y sus posibles consecuencias sobre el metabolismo humano y sistema inmune, rendimiento en el trabajo y la escuela, molestia, interferencia en el comportamiento social (agresividad, protestas y sensación de desamparo), interferencia con la comunicación oral, efectos sobre fetos y recién nacidos y efectos sobre la salud mental²³.

77. 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 ruido²⁴.

78. 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.

79. 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

¹⁷ 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

¹⁸ 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.

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 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.

²¹ Ídem.

²² 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>.

²³ Guía OSMAN Andalucía. Ruido y Salud (2010), página 19.

²⁴ Ibíd.

los elementos para configurar una ruta de exposición completa²⁵. Lo anterior, debido a que existe una fuente de ruido identificada, se identifica al menos un receptor cierto²⁶ 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.

80. 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.

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

82. En este sentido, la emisión de un nivel de presión sonora de 71 dB(A), en horario diurno, que conllevó una superación respecto del límite normativo de 11 dB(A), implica un aumento en un factor multiplicativo de 12,6 en la energía del sonido²⁷ 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.

83. 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 los equipos, maquinarias y herramientas emisores de ruido tienen un funcionamiento periódico, puntual o continuo²⁸. De esta forma, en base a la información contenida

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷Canadian Centre for Occupational Health and Safety. Disponible online en https://www.ccohs.ca/oshanswers/phys_agents/noise_basic.html

²⁸ Por **funcionamiento puntual** se entiende aquellas actividades que se efectúan una vez o más, pero que no se realizan con periodicidad; se estima que estas son menores a 168 horas de funcionamiento al año. 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; las horas

en el acta de fiscalización y denuncias, 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.

84. Debido a lo expuesto, es de opinión de esta Superintendencia 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 generado 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)

85. 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 LOSMA 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.

86. 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 que *“[...] 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”*.

87. 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.

88. 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

de funcionamiento anual varían entre 168 y 7280. Finalmente, por **funcionamiento continuo**, se refiere a aquellos equipos, maquinarias, entre otros, que funcionan todo el tiempo; su frecuencia de funcionamiento anual se encuentra dentro de un rango mayor a 7280.

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 fórmula²⁹:

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

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).

89. 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.

90. En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 23 de marzo de 2021, que corresponde a 71 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató excedencia de la normativa, se obtuvo un radio del AI aproximado de 304 metros desde la fuente emisora.

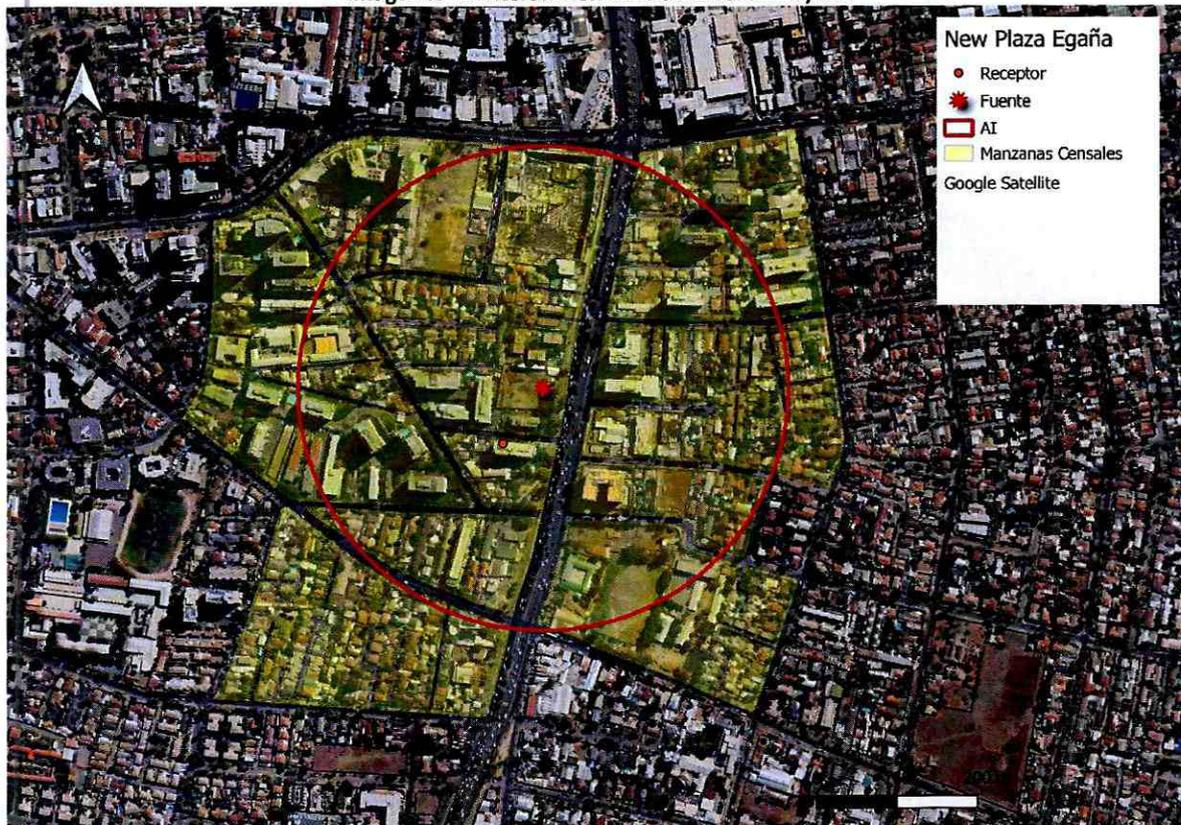
91. En segundo término, se procedió entonces a interceptar dicha AI con la información de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales³⁰ del Censo 2017³¹, para la comuna de Ñuñoa, en la Región Metropolitana, con lo cual se obtuvo el número total de personas existentes en cada una de las intersecciones 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:

²⁹ Fuente: Harris, Cyril, Manual para el control de ruido Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1977. P. 74.

³⁰ 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.

³¹ <http://www.censo2017.cl/servicio-de-mapas/>

Imagen N° 1: Intersección manzanas censales y AI.



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.22.4 e información georreferenciada del Censo 2017.

92. 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	13113011004001	800	51.429	25.077	49	390
M2	13113011004015	461	52.226	38.961	75	344
M3	13113011004016	79	17.762	16.811	95	75
M4	13113011004017	185	47.761	20.376	43	79
M5	13120041001003	3.318	75.513	33.896	45	1.489
M6	13120041001004	516	38.689	20.605	53	275
M7	13120041001005	726	64.865	64.733	100	725
M8	13120041001006	250	10.108	10.108	100	250
M9	13120041002003	226	21.712	20.885	96	217
M10	13120041002004	393	44.463	320	1	3
M11	13120041002005	32	9.769	519	5	2

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

93. 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 **3.849 personas**.

94. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada en la determinación de la 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)

95. 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.

96. 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.

97. 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.

98. 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”³². 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.

99. 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,

³² Artículo N° 1 del D.S. N° 38/2011 del MMA.

comerciales, de esparcimiento y de servicios, faenas constructivas y elementos de infraestructura, que generan emisiones de ruido.

100. En esta línea, 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.

101. La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto se encuentra también determinada por una magnitud de excedencia de 11 decibelios por sobre el límite establecido en la norma en horario diurno en Zona II, constatada durante la actividad de fiscalización realizada el 23 de marzo de 2021 y la cual fue motivo de la formulación de cargos asociada a la resolución Res. Ex. N° 1/Rol D-194-2021. 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 de la LOSMA.

b.2. Factores de incremento

102. 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)

103. 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 LOSMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada caso.

104. 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 LOSMA, 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.

105. 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.

106. 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*³³. 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.

107. 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.

108. En el caso particular, puede afirmarse que la administración a cargo de la empresa sí cuenta con experiencia en su giro, ya que Gespania Constructora S.A. es una sociedad que inició sus actividades ante el Servicio de Impuestos Internos con fecha 16 de junio de 2009³⁴. Además, se puede afirmar que el titular sí tenía conocimiento de las exigencias legales, ya que cuenta con décadas de experiencia, con presencia en variados proyectos inmobiliarios a lo largo del país. Finalmente, en lo relativo a la organización altamente sofisticada, se estima que la empresa cuenta con este atributo, ya que, conforme a lo declarado en el año tributario 2021 ante el SII, cuenta con 674 trabajadores dependientes, lo que le permitiría afrontar de manera especializada, idónea y oportuna la operación y eventuales contingencias surgidas en el proyecto. En razón de lo anterior, los antecedentes permiten concluir que la empresa es un sujeto calificado.

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

110. Por otra parte, se debe atender al procedimiento Rol D-140-2020, instruido por esta Superintendencia contra otra unidad fiscalizable del mismo titular objeto del presente procedimiento. Lo anterior es relevante toda vez que, aunque el titular pudiese argumentar que de forma previa al procedimiento indicado desconociese la norma aplicable, desde el momento en que se le notifica la formulación de cargos del procedimiento sancionatorio señalado anteriormente, se ha puesto al titular en conocimiento de la obligación

³³ Corte Suprema. Causa Rol N° 24.422-2016. Sentencia de fecha 25 de octubre de 2017.

³⁴ De acuerdo con información disponible en la página web corporativa de Gespania Constructora S.A., la empresa tiene sus orígenes en 1959, teniendo experiencia en el rubro de construcción de departamentos desde fines de los 80.

contenida en la norma de ruidos. Cabe señalar que la notificación de esta resolución se practicó el año 2020, por lo que, al momento de la fiscalización del año 2021, el titular ya estaba en conocimiento de la obligación contenida en la norma. Respecto del requisito consistente en que el titular conozca la conducta que se realiza, no cabe sino concluir que él mismo está en conocimiento de la conducta, toda vez que en dicho procedimiento sancionatorio presentó un programa de cumplimiento que fue aprobado por esta SMA. Finalmente, respecto del requisito relativo a que el titular conozca los alcances jurídicos de la conducta que se realiza, es útil atender nuevamente a la formulación de cargos del procedimiento Rol D-140-2020, mediante la que se indica que el hecho constituye infracción a la normativa aplicable, y que respecto de la misma se presentó un programa de cumplimiento que, de no verificarse su conformidad, se podrá aplicar una sanción que se determinará, según su gravedad, en rangos que incluyen amonestación por escrito, multas de una a diez mil U.T.A. o, incluso, su clausura temporal o definitiva y revocación de resolución de calificación ambiental.

111. En este sentido, se estima además que el titular ha tenido un actuar doloso debido a que su estado de incumplimiento se mantuvo por casi dos años³⁵, es decir, a pesar de la formulación de cargos previa, y no obstante estar en pleno conocimiento de las implicancias que su actuar tiene en la comunidad, fue contumaz y persistió en la conducta infraccional, asumiendo las consecuencias que de sus actos se derivaran. Asimismo, como ya se indicó en el considerando anterior, a pesar de estar en pleno conocimiento de la obligación contenida en la norma y del carácter infraccional de sus actos, el titular no ha tomado las medidas necesarias para finalizar su estado de incumplimiento, pudiendo hacerlo. En razón de lo anterior, se concluye que los hechos infraccionales ejecutados por el titular, que sirvieron de base para el presente procedimiento sancionatorio, se han cometido con pleno conocimiento y, por tanto, dolosamente, por lo que se verifica la intencionalidad en la infracción.

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

b.3. Factores de disminución

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

113. 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.

114. 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)

³⁵ Considerando la primera excedencia registrada en el procedimiento D-140-2020 y la medición que originó el actual procedimiento sancionatorio D-194-2021.

; (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 LOSMA.

115. En el presente caso, cabe hacer presente que el titular dio respuesta íntegra al requerimiento de información efectuado por la Res. Ex. N° 1/Rol D-194-2021.

116. En virtud de lo anterior, se **configura la presente circunstancia del art. 40 de la LOSMA, 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)

117. 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.

118. En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, atendido que, si bien el titular presenta un procedimiento sancionatorio previo, este se encuentra vinculado a una unidad fiscalizable distinta. Por ese motivo, esta circunstancia será considerada 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)

119. 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 Pública³⁶. De esta manera, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

³⁶ 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.

120. 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.

121. 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 2021 (año comercial 2020). De acuerdo a la referida fuente de información, Gespania Constructora S.A. corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico **Grande 2**, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 200.000,01 UF a 600.000 UF.

122. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se **concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica³⁷.**

123. En atención a lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO. Atendido lo expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente en *“La obtención, con fecha 23 de marzo de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 71 dB(A) en horario diurno, condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II”*, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA; **aplíquese a Gespania Constructora S.A., Rol Único Tributario N° 76.060.182-9, la sanción consistente en una multa de cincuenta y siete unidades tributarias anuales (57 UTA).**

SEGUNDO. Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido

³⁷ En el presente caso, la información de los ingresos anuales 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 efectos de la crisis sanitaria.

en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma Ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso.

Asimismo, ante la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa**. Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO. Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo. El monto de la multa impuesta por la Superintendencia será a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada.

Se hace presente que, el pago de la multa deberá efectuarse en la oficina correspondiente de la Tesorería General de la República o mediante la página web de dicho servicio, en la sección “pago de impuestos fiscales y aduaneros en línea” a través del siguiente enlace: <https://www.tgr.cl/pago-de-impuestos-fiscales-y-aduaneros/>. En ambos casos, para realizar el pago deberá utilizarse el **formulario de pago N° 110**.

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace:

<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO. De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se

interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

QUINTO. Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LOSMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)



ODLF/IMA

Notifíquese por correo electrónico:

- Gespania Constructora S.A., a los correos electrónicos: claudia.barrios@gespania.cl, alejandro.meyohas@gespania.cl.
- Moisés Andrés Aguilera Moya, al correo electrónico: moises.aguilera@ceaza.cl
- Paulina Andrea Rodríguez Muñoz, al correo electrónico: paulian@gmail.com.
- Rosa María Sánchez González, al correo electrónico: rmsanchezg070887@gmail.com.
- Martín Cristóbal Pérez Gallo, al correo electrónico: martin76cl@gmail.com.
- Tania Belén Santander Mosqueira, al correo electrónico: tantiasantander@gmail.com.
- Álvaro Rodrigo Villarroel Alvarado, al correo electrónico: alvarovillarroel582@gmail.com

C.C.:

- Gabinete, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Fiscal, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento Jurídico, Superintendencia del Medio Ambiente
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Información y Seguimiento Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo sancionatorio Departamento Jurídico, Superintendencia de Medio Ambiente.

Rol D-194-2021
Expediente N° 21.861/2021