

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE REPOSICIÓN. **PRIMER OTROSÍ:** EN SUBSIDIO DEDUCE RECURSO JERARQUICO. **SEGUNDO OTROSÍ:** SOLICITA SUSPENSIÓN INMEDIATA EFECTOS DEL ACTO RECURRIDO. **TERCER OTROSÍ:** INDICA FORMA DE NOTIFICACION.

FISCAL (S)

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

FRANCISCO RUIZ-TAGLE GARCÉS, chileno, ingeniero comercial, cédula nacional de identidad N°10.046.280-K y **FERNANDO ANDRÉS SPICHIGER CASTRO**, chileno, ingeniero civil, cédula nacional de identidad N°10.657.514-2, ambos en representación, según se encuentra acreditado en el presente procedimiento, de **CONSTRUCTORA ALTIUS SPA** (en adelante “Constructora Altius”), RUT N° 76.449.337-0, todos domiciliados para estos efectos en Cerro El Plomo N°5420, oficina1901, comuna de Las Condes, en el marco del procedimiento sancionatorio **RoI D-066-2022**, iniciado en contra de nuestra representada, al Señor Fiscal (S) de la Superintendencia del Medio Ambiente, respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 inciso segundo y 59 de la Ley N°19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante “LBPA”), y en la representación que investimos, interponemos recurso de reposición en contra de la **Resolución Exenta N°2/RoI D-066-2022**, de fecha 14 de septiembre de 2022, (en adelante “Resolución Recurrida”), por medio de la cual se resolvió el rechazó del Programa de Cumplimiento presentado por nuestra representada con fecha 17 de junio de 2022, y consecencialmente se reanudó el presente procedimiento sancionatorio, con el objeto que dicha resolución sea dejada sin efecto, y en su reemplazo se apruebe el Programa de Cumplimiento ya indicado; o en subsidio se formulen las observaciones pertinentes al Programa de Cumplimiento para que mi representada las subsane previo a su aprobación, todo ello en atención a las consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer:

I. PROCEDENCIA RECURSO DE REPOSICIÓN

1.2 Impugnación de los Actos de Mero Trámite

Con el fin de analizar la procedencia del recurso de reposición interpuesto en este acto, cabe en primer lugar revisar la regulación establecida respecto de esta materia en el artículo 15 de la Ley N°19.880, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 15. Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.”(Énfasis agregado).

El artículo 15 dispone que todo acto administrativo es impugnabile por el interesado, salvo los actos de mero trámite, que son sólo impugnables cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

Si entendemos el acto de mero trámite como aquel que se dicta, en el marco de un procedimiento administrativo, en forma previa al acto resolutivo, ya sea para dirigir el procedimiento o bien para instar a la toma de decisiones, la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, debe ser calificada como un acto de mero trámite.

Ahora bien, para determinar si la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022 es susceptible de impugnación, se debe constatar si cumple con los requisitos de imposibilitar el procedimiento o bien si produce indefensión. La jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental¹ ya ha dilucidado el cumplimiento de dichos requisitos al indicar lo siguiente:

Decimoctavo. Que, en concepto del Tribunal, la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento, constituye un acto trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión, lo que lo transforma en un acto recurrible - mediante recurso de reposición- y objeto, en consecuencia, de un necesario control judicial.

Atendido lo anterior, la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022 es susceptible de impugnación a través del recurso de reposición.

1.2 Plazo para la Interposición

De acuerdo con el mismo artículo 59 de la LBPA, el plazo para interponer el recurso de reposición es de **5 días hábiles** contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

¹ Sentencia Rol N°R-82-2015.

Teniendo en consideración que la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022 fue notificada a nuestra representada vía correo electrónico el día 07 de diciembre de 2022, el presente recurso se interpone dentro de plazo.

II. CONSIDERACIONES DE HECHO

2.1 Antecedentes del Proyecto

Constructora Altius es titular, para efectos del presente procedimiento sancionatorio, de la unidad fiscalizable consistente en una obra de construcción compuesta de dos proyectos que fueron desarrollados en forma paralela. Por un lado el edificio denominado “Hotel Pedro de Valdivia” y por otro “Edificio Europa” (en adelante la “Obra”), obras debidamente autorizadas conforme a la legislación urbanística.

A continuación se describen cada uno de los proyectos:

“Hotel Pedro de Valdivia” (acceso por Av. Pedro de Valdivia N°440, comuna de Providencia), Consistió en la remodelación de una estructura existente de 5 subterráneos y 8 pisos en altura, con una superficie total de aproximadamente 11.193 m², la cual originalmente tenía como destino una sede universitaria, pasando a transformarse en un hotel.

Atendido que el objetivo del proyecto era remodelar el inmueble ya existente, los trabajos de construcción asociados fueron casi exclusivamente obras de terminaciones.

Por tratarse de una remodelación de una estructura existente, los trabajos que comprendieron la mayor emisión de ruidos fueron algunas faenas puntuales de demolición, entre las que se cuenta el desarme de muro de cortina en fachadas, la demolición de tabiques divisorios interiores, el retiro de pavimentos exteriores y la demolición de losa para dar cabida a la instalación de una piscina.

Las obras de remodelación comenzaron a ejecutarse el 17 de junio de 2019, **finalizando 05 de noviembre de 2021.**

“Edificio Europa”, (acceso por Europa N°2018, comuna de Providencia), Consistió en la construcción de un edificio nuevo de 3 subterráneos y 9 pisos de altura, con una superficie total de 3.680 m² aproximadamente, con destino habitacional. Esta obra incluyó excavación masiva, fundaciones, obra gruesa y terminaciones.

Las obras de construcción comenzaron a ejecutarse el 17 de junio en 2019, **finalizando 05 de noviembre de 2021.**

2.2 Antecedentes del Proceso Sancionatorio

Mediante Resolución Exenta N°1/Rol D-066-2022, de fecha 17 de mayo de 2022, la Fiscal Instructora del Departamento de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, formuló cargos a Constructora Altius por la infracción contenida en el literal h) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “LOSMA”), clasificada como leve, en los siguientes términos:

| Hecho que se estima constitutivo de infracción | Norma de Emisión | | | | |
|---|--|------|-----------------|----|----|
| La obtención, con fecha 25 de julio de 2019, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 71 dB(A) ; con fecha 15 de enero de 2020, de un NPC de 76 dB(A) ; con fecha 5 de marzo de 2020, de NPC de 62 dB(A) y 66 dB(A) ; con fecha 6 de marzo de 2020, de NPC de 62 dB(A) , 62 dB(A) y 64 dB(A) ; y con fecha 9 de marzo de 2020, de NPC 62 dB(A) y 62 dB(A) ; todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa en receptores sensibles ubicados 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"><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 | | | | |

Con fecha 01 de junio de 2022 se llevó a cabo **reunión de asistencia al cumplimiento**, con el objeto de abordar los exigencias particulares requeridas para presentar, en el marco del presente procedimiento sancionatorio, un Programa de Cumplimiento, ello por cuanto **la obra se encontraba concluida hace más de seis meses**.

En base a las directivas entregadas en la reunión de asistencia al cumplimiento, con fecha 17 de junio de 2022, Constructora Altius presentó un Programa de Cumplimiento (en adelante “PdC”), mediante el cual se acreditaba la ejecución de una serie de acciones y medidas, las cuales fueron implementadas en su oportunidad con el propósito de dar cumplimiento al D.S. N° 38/2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece la Norma de Emisión de Ruidos, ello por cuanto, como ya se ha indicado, a la fecha que se formuló el cargo la **Obra se encontraba concluida**, habiéndose incluso obtenido su Recepción Definitiva Parcial por parte de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Providencia.

Finalmente, mediante Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, notificada a esta parte mediante correo electrónico con fecha 07 de diciembre recién pasado, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “SMA”) procede a rechazar el Programa de Cumplimiento en atención a que desde su parecer, de las 10 acciones ofrecidas por mi representada para abordar el cargo imputado, solo una de ellas habría cumplido con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad, exigidos en el artículo 9 del D.S. 30/2012, la cual por sí sola no era suficiente para retornar al cumplimiento de los límites establecidos en el D.S. N°38/2011.

III. CONSIDERACIONES DE DERECHO

El numeral 24 de la Resolución Recurrída, para justificar el rechazo del Programa de Cumplimiento señala:

24° Que, esta Superintendencia ha analizado el cumplimiento de los criterios de aprobación establecidos en el art. 9° del D.S. N° 30/2012 MMA, en base a los antecedentes disponibles en el expediente del procedimiento sancionatorio a la fecha, estimando que únicamente la acción N° 3 cumple con los requisitos copulativos de integridad, eficacia y verificabilidad. No obstante, la ejecución de esta medida por sí sola no es suficiente para retornar al cumplimiento de los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011 MMA, toda vez que su objeto se reduce a mitigar las emisiones provenientes de la demolición de la losa para la posterior construcción de la piscina, excluyendo los puntos de emisión en altura y otros equipos generadores de ruido identificados por la empresa en la presentación del PdC.

Es decir, el Programa de Cumplimiento presentado por mi representada fue rechazado ya que desde el parecer de esta Autoridad, de las 10 acciones propuestas por Constructora Altius para hacerse cargo de la infracción imputada, esto es, el incumplimiento de la norma de emisión de ruido, solo la acción N°3 daría cumplimiento a los criterios de aprobación establecidos en el artículo 9 del D.S. N°30/2012, lo cual, como se acreditará, no es efectivo.

3.1 Criterio de Integridad

De acuerdo con la Resolución Recurrída, el PdC daría cumplimiento, en cuanto al aspecto cuantitativo, al criterio de integridad. Sin perjuicio de ello, en su numeral 9° desestima la Acción N°1, porque desde su parecer la Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento sobre Infracciones a la Norma de Emisión de Ruido (en adelante “la Guía”) considera que solo las acciones de mitigación directa son las que debe priorizar la SMA al evaluar un PdC, por ser las más efectivas para cumplir con la norma.

Ahora bien, como desde el parecer de la Autoridad lo determinante es que las acciones ofrecidas sean Medidas de Mitigación Directa, debiendo descartar aquellas Medidas de Gestión, resulta fundamental revisar lo que la Guía define como cada una de dichas categorías.

Según la Guía, las Medidas de Mitigación Directa **“Normalmente corresponden a acciones constructivas”**, como se puede observar, la expresión “Normalmente” hace alusión a que por regla general corresponden a acciones constructivas, pero deja abierta la posibilidad a que en dicha categoría puedan incorporarse acciones que no sean de carácter netamente constructivas, como sería por ejemplo un informe de asesoría acústica.

Como se puede observar, la Guía no define exactamente que entiende por medida de mitigación directa y medida de gestión, por lo que resulta útil recurrir a la Guía Presentación PdC, por Infracción a Instrumentos de Carácter Ambiental, la cual señala como causales de

rechazo de un PdC, que este incorpore acciones que constituyen gestiones previas o requisitos básicos para la ejecución de una medida (obtención de financiamiento, realización de cotizaciones, órdenes de compra, estudios de prefactibilidad, estudios de ingeniería básica y de detalle, actualizaciones de estudios de líneas de base, entre otros), **sin consignar como acción la que efectivamente se hace cargo de la infracción y sus efectos**, por ende, en un PdC se pueden ofrecer acciones de mera gestión siempre y cuando además se ofrezcan las acciones que efectivamente se hagan cargo de la infracción, como es justamente lo que ocurre con la Acción N°1 del PdC de Constructora Altius.

La SMA ha aceptado acciones de mera gestión como medidas apropiadas para cumplir con la norma de emisión de ruido, a modo de ejemplo, el PdC de la empresa Metro², ofrece como acción una medida de gestión operacional como es la instalación de timer electrónico sobre equipo generador de ruido, y aun cuando el propio titular señala que constituye una medida de gestión operacional la SMA la considera como una acción óptima para aprobar el PdC sin cuestionar su idoneidad.

Otro ejemplo se puede observar en el procedimiento sancionatorio Rol D-022-2019, donde la SMA señala que la valoración de las medidas de gestión, en materia de ruido, solo pueden ser consideradas en cuanto **medidas accesorias** a aquellas de mitigación directa, es decir, no deben ser descartadas de plano, sino que debe analizarse si complementan al resto de las medidas de mitigación directa.

2) En general, se hace presente que sólo las medidas de mitigación directas implican una efectividad significativa para los objetivos de un Programa de Cumplimiento en materia de ruido y, a su vez, sólo aquellas pueden otorgar certeza acerca de una solución definitiva para el retorno al cumplimiento ambiental. En este sentido, las medidas de gestión (acciones N° 4, 10 y 12) no conllevan dicha efectividad significativa, necesaria en las acciones de todo Programa de Cumplimiento y, por tanto, no implican por sí solas una solución definitiva. En consecuencia, su valoración sólo puede ser considerada en cuanto medidas accesorias a aquellas de mitigación directa.

Sin duda la Acción N° 1 del PdC, esto es, el informe de asesoría acústica de la empresa AUPA INGENIERIA, constituye una **medida accesorio** al resto de las medidas de mitigación ofrecidas por Constructora Altius. El informe de asesoría acústica da sustento técnico para acreditar la eficacia del resto de las acciones propuestas en el PdC.

A raíz de la última fiscalización realizada a la obra, esto es, el día 15 de enero de 2020, Constructora Altius decide contratar los servicios de la empresa AUPA INGENIERIA para que realizara un levantamiento de niveles de presión sonora de fuentes de ruido más representativas y contaminantes de la obra, para así proyectar medidas de mitigación más adecuadas. Las soluciones fueron modeladas en software especializado SoundPLAN versión 7 el cual permitió crear un modelo acústico de la condición de funcionamiento de las faenas

² Procedimiento Sancionatorio SMA ROL D-089-2022

y plasmar las soluciones para verificar su efectividad. Las conclusiones a las que llegó el Informe de AUPA INGENIERIA, generó que se implementaran una serie de medidas en la obra, que permitieron hacerse cargo de la infracción imputada.

La Acción N°1 si bien constituye una medida de gestión, no debe ser descartada de plano como lo hace la Resolución Recurrída, corresponde que sea valorada como una medida accesoria, la cual al ser evaluada en conjunto con el resto de las medidas ofrecidas en el PdC constituyen una solución definitiva para un retorno al cumplimiento de los límites establecidos en el D.S. N°38/2011.

3.2 Criterio de Eficacia

Según indica el numeral 20° de la Resolución Recurrída, las medidas propuestas por Constructora Altius en su PdC, específicamente aquellas de los numerales 2, 4, 5, 6 y 7 no cumplirían con el criterio de eficacia requerido en el artículo 9 del D.S. N°30/2012 para la aprobación del PdC, es decir, las acciones propuestas no asegurarían el cumplimiento de la normativa infringida, ni reducirían o eliminarían los efectos de los hechos que constituyen la infracción, lo cual no es efectivo como se acreditará a continuación:

3.2.1 Respecto a la Acción N°2

La Acción N° 2 ofrecida en nuestro PdC consistió en la construcción de 3 encierros acústicos portátiles tipo cabina, los cuales fueron desestimados, de acuerdo a lo indicado en la Resolución Recurrída, por las siguientes razones:

- **Fecha de la compra de los materiales**: Según indica la Resolución Recurrída, si bien nuestra representada acompañó copias de facturas electrónicas de compras de choguan, metalcón, lana mineral y terciado, las fechas de las facturas electrónicas, esto es, febrero y abril de 2020, dan cuenta que parte de la compra de los materiales que componen los encierros, es previa a la última medición lo que impediría acreditar si la construcción de los encierros fue eficaz al momento del último hallazgo.

Se debe tener en consideración que el retraso en el despacho de materiales puede afectar de forma significativa el avance de una obra de construcción, por ello, es propio de esta actividad adquirir materiales que serán utilizados meses más adelante, y así contar con stock disponible en bodega.

El tema referente a la fecha de las facturas a presentar en el PdC fue expuesto en la reunión de asistencia al cumplimiento sostenida el día 01 de junio de 2022 con funcionarios de esta Superintendencia, a lo que se nos informó que no había problema con presentar facturas con fechas anteriores próximas a la fiscalización ya que entendían la dinámica de adquisición de materiales en las labores de construcción, lo cual no se condice con lo resuelto por la Resolución Recurrída.

A lo anterior se suma que las medidas ofrecidas por Constructora Altius en el PdC fueron **ejecutadas dos años antes** de la formulación de cargos y que la obra se encuentra concluida hace más de un año, por lo cual, mucha de la documentación de respaldo ya no se encontraba disponible al momento de presentar el PdC.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en consideración que en el caso de la Acción N°3, única acción que se consideró como eficaz para asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, uno de los antecedentes para acreditar la compra de alambre recocado era de fecha 05 de marzo de 2020, es decir, anterior a la última medición efectuada el 09 de marzo de 2020.

- **Imposibilidad de acreditar si la medida es eficaz**: De acuerdo con lo indicado en la Resolución Recurrída, al haberse comprado los materiales que componen los encierros de forma previa a la última medición, **impide acreditar si la construcción de la medida fue eficaz al momento del último hallazgo.**

En este punto creemos que existe una confusión, ya que no es posible acreditar si la implementación de la medida fue eficaz al momento del último hallazgo, por cuanto este se efectuó el día 09 de marzo de 2020 y **los encierros se implementaron con posterioridad a dicha fecha.**

Ahora bien, respecto de si dicha medida fue eficaz, se debe tener en consideración que entre la última medición realizada, esto es, el día **09 de marzo de 2020** y el término de la obra el **05 de noviembre de 2021**, es decir un año y ocho meses, no existió ninguna nueva denuncia de ruidos molestos, lo que sin duda permite acreditar la eficacia de las medidas implementadas por Constructora Altius.

- **Cantidad de encierros**: Según señala la Resolución Recurrída, los tres encierros no tendrían la capacidad de disminuir en forma óptima el ruido generado por la cantidad de dispositivos que emitían ruidos. En primer lugar, dicha afirmación no se sustenta en ningún respaldo técnico que acredite que los tres encierros no tendrían dicha capacidad, no se hace un análisis del avance de la obra y se presume que todos los dispositivos operaban al mismo tiempo lo que es totalmente ajeno a la realidad. Para acreditar la falta de sustento técnico, basta con revisar el PdC aprobado en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-044-2022, en el cual, para una obra mayor que la obra ejecutada por nuestra representada, en la cual el PdC señala expresamente que las herramientas generadoras de ruido son utilizadas en distintos puntos de la obra, sin embargo, al igual que en nuestro PdC se ofrecen 3 biombos acústicos, los cuales desde el parecer de la Autoridad si serían suficientes para mitigar la emisión de ruidos.

- **Fotografías acompañadas:**

Se cuestiona la validez de las fotografías acompañadas por no encontrarse fechada ni georreferenciadas, sin embargo, respecto de la Acción N°3, identificada como eficaz por la Autoridad, se adjunta también una fotografía de similares características, la cual no fue objetada.

Todo lo antes indicado permite acreditar que no es efectivo que la Acción N°2 no sea eficaz para la atenuación del ruido emitido.

3.2.2 Respecto a la Acción N°4

La acción N° 4 ofrecida en nuestro PdC dice relación con la instalación de cierros perimetrales por sobre la altura de los muros medieremos existentes entre la propiedad en donde se desarrolla la Obra y las propiedades colindantes, los cuales, según indica la Resolución Recurrída no serían eficaces por las siguientes razones:

- **Fecha de la compra de los materiales:** Tal como ya se indicó en el numeral anterior, es propio de las obras de construcción que se adquieren materiales para ser utilizados meses más adelante con la finalidad de tener disponible en stock en bodega, además, solo los perfiles fueron acreditados con facturas anteriores, la malla raschel se adquirió con posterioridad a la última medición.

- **Características Fonoabsorbentes:** Tal como se indica en las Guías de Presentación de PdC, por regla general, los PDC requieren un proceso de revisión previo a su aprobación o rechazo, que se efectúa a través de una o más resoluciones exentas de la SMA que requieren la incorporación de observaciones que apuntan a **precisar, clarificar o directamente señalar la insuficiencia de las acciones o medidas propuestas del PDC presentado**. Este proceso implica que los PdC presentados eventualmente requieren modificaciones de forma previa a su aprobación, por ende, si la Autoridad consideraba que faltaba mayor precisión respecto de las características fonoabsorbente de la medida propuesta, pudo ser observado para que nuestra representada lo hubiese complementado.

3.2.3 Respecto a la Acción N°5

La Acción N° 5 propuesta es el uso de máquina corta cizalla para el dimensionamiento de barras de acero de refuerzo de baja emisión de ruido. Según la Resolución Recurrída, dicha acción no sería eficaz ya que al no indicarse las características técnicas de esta máquina, no permite concluir su idoneidad para mitigar el ruido.

Tal como se indicó en el numeral anterior, todo PdC puede ser objeto de observaciones por parte de la SMA con el objeto de precisar o clarificar alguna de las acciones o medidas

propuestas, por lo cual, si la Autoridad consideraba que faltaba mayor precisión respecto de las características técnicas de la máquina corta cizalla, pudo ser observado para que nuestra representada lo hubiese complementado, como si lo solicitó en el procedimiento sancionatorio Rol D-022-2019, en el cual se requirió al titular, previo a la aprobación de su PdC que adjuntara las fichas técnicas³.

4) Adicionalmente, el titular deberá fundamentar en uno o más anexos, cada una de las soluciones acústicas planteadas en el presente Programa de Cumplimiento, en virtud de la materialidad de dichas soluciones y de la idoneidad de las mismas con respecto al cumplimiento del D.S. N° 38/2011 MMA en el receptor sensible. Para tales efectos, se deben adjuntar las fichas técnicas de los materiales especiales a emplearse en las soluciones propuestas, haciéndose referencia a las mismas en la columna "Forma de Implementación" de las medidas respectivas.

3.2.4 Respeto a la Acción N°6

Según indica la Resolución Recurrída, la acción propuesta, esto es, *la utilización de malla Raschel como pantalla de protección en fachadas del edificio*, no cumpliría con las características técnicas que le permitan mitigar la emisión de ruido. Nuevamente, no se le permitió a nuestra representada complementar los antecedentes respecto de la acción ofrecida.

3.2.5 Respeto a la Acción N°7

La acción N°7, esto es, *el adelantamiento de la implementación del muro cortina de manera de mitigar liberación de ruidos*, según señala la Resolución Recurrída, no permite concluir que con su implementación se hayan abatido las emisiones de ruido, ello en atención a que dicha medida era parte del itinerario de la faena de construcción y no consta la fecha efectiva de su implementación respecto del término de la obra.

Las dudas que la Autoridad indica respecto de la medida ofrecida no tienen la relevancia necesaria para motivar el rechazo del PdC, sino solo para formular observaciones, subsanables por Constructora Altius.

Ahora bien, en cuanto a la objeción señalada por la SMA, que la acción ofrecida por Constructora Altius no permitiría concluir que con su implementación haya abatido las emisiones de ruido, resulta pertinente tener en consideración lo indicado por el Segundo Tribunal Ambiental⁴ "*Decimotercero. Que, en consecuencia, lo que corresponde es definir el programa de cumplimiento en cuanto a su finalidad, esto es, como un instrumento que busca corregir una situación de incumplimiento y los efectos derivados de éste*", sin duda las acciones implementadas por Constructora Altius, ofrecidas en el PdC, permitieron

³ Res. Ex. N°3 / Rol D-022-2019

⁴ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Rol N°R-75-2015.

corregir el incumplimiento a la norma de emisión de ruido, prueba de ello es que desde la última denuncia, efectuada el día 15 de enero de 2020, no existieron nuevas denuncias, por lo que queda acreditado que las medidas implementadas en la obra fueron totalmente efectivas.

Como ha quedado acreditado, no es efectivo que el PdC presentado por Constructora Altius no dé cumplimiento a los criterios establecidos en el artículo 9 del D.S. N°30/2012 para ser aprobado. Sin duda la información relativa a las medidas ofrecidas puede ser complementada por nuestra representada, pero tal situación no justifica el rechazo del Programa de Cumplimiento.

IV. AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA

Si bien el Principio de Confianza Legítima no tiene una consagración en nuestro ordenamiento jurídico, tanto la jurisprudencia como la doctrina lo consideran un principio general del derecho administrativo, intrínsecamente ligado a los Principios de Seguridad Jurídica y Buena Fe, los cuales, como dice don Jorge Bermúdez, **permiten a los ciudadanos confiar en la estabilidad de las actuaciones jurídicas de la Administración.**

La doctrina⁵ ha definido el Principio de Confianza Legítima como *“(...) el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la administración pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares”.*

Como ha indicado don Eduardo Cordero⁶ *“si la Administración altera el criterio que ha seguido al momento de regular determinadas materias o resolver asuntos de su competencia, sólo lo puede hacer de forma legítima en la medida que respete la confianza que sus propios actos han generado en los ciudadanos.”*

La Superintendencia del Medio Ambiente al ser parte de la Administración del Estado, sus actuaciones deben ajustarse a los principio general del derecho administrativo, entre los cuales se encuentra el Principio de Confianza Legítima, por lo cual, se espera de ella que al iniciar un procedimiento sancionatorio ejerza sus potestades de manera análoga, sobre todo en aquellos procedimientos donde los supuestos de hecho y la infracción son similares.

La LOSMA establece que, iniciado un procedimiento sancionatorio, el infractor podrá presentar un PdC en el plazo de 10 días, contado desde la notificación de la formulación de

⁵ Bermúdez Soto, Jorge; *“El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como Límite a la Facultad Invalidatoria”* Revista de Derecho, Vol. XVIII N° 2.

⁶ Informe en derecho *“Non Bis In Ídem y Régimen Sancionador Ambiental”*

cargos, es decir, la tramitación de un Programa de Cumplimiento se realiza en el marco de un procedimiento sancionatorio.

En aquellos procedimientos sancionatorios en los cuales el titular hace uso de la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento, el artículo 3 de la LOSMA y el artículo 3 del D.S N°30/2012, disponen que corresponde a la SMA proporcionarle asistencia en el proceso de presentación de dicho PdC.

La práctica administrativa, en materia de evaluación de PdC, es que por regla general la SMA solicita, previo a la aprobación o rechazo, que se incorporen observaciones con el objeto de precisar las acciones o medidas ofrecidas en el PdC, y así lo ha reconocido expresamente esta SMA en el numeral 3.2.1 de la Guía Presentación PdC, por Infracción a Instrumentos de Carácter Ambiental al indicar:

“La práctica administrativa hasta la fecha indica que, por regla general, los PDC presentados requieren un proceso de revisión previo a su aprobación o rechazo, que se efectúa a través de una o más resoluciones exentas de la SMA que requieren la incorporación de observaciones que apuntan a precisar, clarificar o directamente señalar la insuficiencia de las acciones o medidas propuestas del PDC presentado. Este proceso implica que los PDC presentados eventualmente requieren modificaciones de forma previa a su aprobación.”

El criterio general seguido por la SMA en la evaluación de los PdC, es que previo a resolver sobre la aprobación o rechazo de estos, en caso de requerirlo, solicita a los titulares precisar o clarificar las acciones o medidas ofrecidas, como consta en los siguientes procedimientos sancionatorios:

- D-005-2018
- D-154-2020
- D-235-2021
- D-203-2021
- F-055-2021
- D-161-2021
- D-005-2022
- F-037-2022

En procedimientos sancionatorios anteriores, la SMA se ha referido a la infracción al Principio de la Confianza Legítima, indicando que si bien existen procedimientos que contienen resoluciones que formulan observaciones a los programas de cumplimiento, asimismo, es posible advertir que existen otros procedimientos que no contienen resoluciones que formulan observaciones a los programas de cumplimiento, **lo cual dependería de cada caso en particular, analizado en concreto**. Dicho pronunciamiento lo

efectuó en el marco del procedimiento sancionatorio Rol D-154-2020, en el cual para justificar que en ciertos casos no se han formulado observaciones al PdC, señaló como ejemplo el procedimiento sancionatorio D-149-2020. Al revisar el PdC presentado en el marco de dicho procedimiento se puede observar que el titular solo ofreció medidas de mera gestión, sin comprometer acción alguna de mitigación, situación que dista de forma considerable a las acciones de mitigación ofrecidas por mi representada, las cuales perfectamente pueden ser complementadas, por lo que no se justifica el rechazo de plano del PdC de nuestra representada.

Con la dictación de la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, mediante la cual se rechaza de plano el Programa de Cumplimiento presentado por Constructora Altius, la SMA alteró el criterio que venía siguiendo respecto de la evaluación de los PdC, sobre todo teniendo en consideración que muchas de las objeciones que realizó respecto de las acciones ofrecidas por nuestra representada podían ser subsanadas con la entrega de información complementaria, posibilidad que si le fue otorgada a otros titulares que se encontraban en circunstancias similares a la de Constructora Altius, a los cuales se les permitió corregir y mejorar sus PdC, por lo cual, la SMA al rechazar de plano el PdC de Constructora Altius ha infringido el Principio de Confianza Legítima.

V. VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO

La potestad sancionadora de la Administración del Estado puede ser concebida como aquella que confiere a los órganos de la Administración la capacidad de imponer sanciones administrativas a los particulares en caso de infracción de ciertos deberes jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria han concluido que el origen de la potestad sancionadora de la Administración proviene, al igual que la potestad penal, del denominado *ius puniendi* del Estado, es decir, ambas potestades serían una expresión de un mismo poder punitivo. Atendido lo anterior, existiría una identificación ontológica entre las sanciones administrativas y las sanciones penales, ya que ambas serían expresión de un mismo poder punitivo del Estado, poder que es ejercido por distintos órganos.

En atención a tal identificación ontológica, entre las sanciones administrativas y las sanciones penales, al ejercer la potestad sancionatoria por parte de la Administración se le deben aplicar, con ciertos matices, los mismos principios, garantías y límites que la Constitución establece para el ejercicio de la potestad penal, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional al indicar *“Que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho*

*administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”.*⁷

*“(…) Aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado el llamado ius puniendi y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19. (…)”.*⁸

La doctrina⁹ ha indicado que los principios constitucionales del derecho administrativo sancionador son aquellos principios que tienen un reconocimiento explícito o implícito en la Constitución, recogidos fundamentalmente en el artículo 19 N° 3 (legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, racional y justo procedimiento, proporcionalidad, presunción de inocencia, etc.).

Potestad Sancionadora de la SMA

En Chile el ordenamiento jurídico regula en detalle la potestad penal, principalmente en el Código Penal así como en la Constitución Política de la República, sin embargo no ocurre lo mismo respecto de la potestad sancionadora de la Administración, dicha potestad no se encuentra en una normativa única, para identificarla se debe recurrir a distintos cuerpos normativos de carácter sectorial, en los cuales se les otorga a diversos órganos de la Administración del Estado el poder jurídico para imponer sanciones, como se puede observar al revisar la normativa ambiental, sanitaria, eléctrica, entre otras.

En materia ambiental, según dispone la LOSMA, la potestad sancionadora compete exclusivamente a la SMA, quien es la encargada de fiscalizar, instruir el procedimiento sancionatorio e imponer sanciones en caso de constatar infracciones a la normativa ambiental.

Como se puede observar, la SMA tiene facultades de fiscalización y control del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y administrativas de carácter ambiental, por lo cual, cuando con ocasión de dichas facultades constatare una infracción a dicha normativa, levantará un Acta, en la cual dejará constancia de los hechos materia de la infracción, y dará inicio al correspondiente procedimiento sancionatorio, procedimiento a través del cual dicho órgano de la Administración podrá ejercer su potestad sancionatoria.

Teniendo en consideración que la SMA ejerce su potestad sancionatoria a través del procedimiento sancionatorio, las normas que rigen dicho procedimiento, esto es, el Párrafo 3º del Título III de la LOSMA, están limitadas por el estatuto constitucional establecido en

⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 244-1996

⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 244-1996

⁹ Eduardo Cordero Quinzacara, “*Los Principios que Rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno*”

el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, dentro de las cuales se encuentra la **Garantía del Debido Proceso.**

Si bien la Constitución no define de forma expresa que entiende por debido proceso, este puede ser deducido de lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso sexto de la Constitución, el cual señala:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

Excesiva Demora en el Inicio del Procedimiento Sancionatorio

Dentro del ejercicio de la potestad sancionadora de la SMA un hito fundamental es la formulación de cargos, con la cual se da inicio al procedimiento sancionatorio, ya que la regulación ambiental supedita sus instrumentos más importantes de corrección de la legalidad al inicio efectivo del procedimiento sancionador¹⁰. Para poder presentar un PdC es una condición esencial que la SMA haya formulado cargos al infractor, y por ende se haya dado inicio al procedimiento sancionatorio.

Como señala Ivan Hunter, el Programa de Cumplimiento es la oportunidad para que el regulado elimine la desviación en el cumplimiento de la normativa ambiental, mediante un plan de acciones y metas a ejecutarse dentro de un plazo fijado por la Administración. Si la SMA aprueba el programa, el procedimiento administrativo sancionador se entiende suspendido, y si es ejecutado satisfactoriamente, se pondrá término al mismo. Es una alternativa a la sanción que se funda en el interés del Estado de que el regulado ajuste su conducta al cumplimiento normativo, eliminando además los efectos que derivan del incumplimiento, de manera que su actividad se ciña a los límites y obligaciones impuestas para la protección del medio ambiente y la salud de las personas. **En este caso, la función retributiva de la sanción administrativa pierde sentido frente a esquemas colaborativos, en que la interacción entre la autoridad administrativa y el presunto infractor permiten arribar a acuerdos recíprocamente beneficiosos.**

Teniendo en consideración lo fundamental que resulta la formulación de cargos, una demora excesiva en dar inicio al procedimiento, en ciertas circunstancias, puede llegar a vulnerar la Garantía del Debido Proceso.

Como ha indicado el Segundo Tribunal Ambiental¹¹, en el caso de las faenas de construcción, atendida su naturaleza transitoria, una dilación excesiva en el inicio de la etapa de instrucción puede llegar a vulnerar las normas del debido proceso, en particular,

¹⁰ Ivan Hunter Ampuero, *“Legalidad y Oportunidad en el Ejercicio de la Potestad Sancionadora en Materia Ambiental”*. Revista de Derecho N°54 Valparaíso 2020

¹¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental Rol N° R-269-2021 y N° R-278-2021

en cuanto tal dilación puede hacer inviable en la práctica el uso del Programa de Cumplimiento y con ello privar de forma injustificada el ejercicio legítimo de un derecho que la propia ley le otorga al presunto infractor.

Si bien desde un punto de vista **formal** Constructora Altius tuvo la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento, no se puede obviar que al habersele formulado los cargos, habiendo transcurrido más de dos años desde la última medición de ruido, y habiendo concluido la obra 6 meses antes del inicio del procedimiento, ello colocó a nuestra representada en una situación desventajosa respecto de aquellos infractores a quienes se les formularon cargos mientras la obra aún se encontraba en construcción, ya que se le impidió implementar nuevas acciones de control de ruido, por cuanto ellas serían inconducentes al encontrarse la faena concluida.

Aquellos infractores a los cuales se les formulan cargos mientras se encuentra en ejecución la obra, tienen la posibilidad de ofrecer en su PdC acciones ya ejecutadas así como acciones por ejecutar a futuro, sin embargo, en el caso de nuestra representada sólo se le permitió presentar acciones ya ejecutadas, limitando el número y tipo de medidas de mitigación a ofrecer, limitación que tiene su origen no en un hecho imputable a Constructora Altius, sino que en una demora injustificada de más de dos años por parte de la SMA en dar inicio al procedimiento sancionatorio, lo que sin duda vulnera la garantía del debido proceso y la obligación de sustanciar un procedimiento racional y justo.

POR TANTO, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 15 inciso segundo y 59 de la Ley N°19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

AL FISCAL (S) DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE, teniendo en consideración que con la dictación de la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, la Superintendencia del Medio Ambiente infringió lo dispuesto en el artículo 42 de la LOSMA y el artículo 9 del D.S. N°30/2012, y además vulneró el Principio de Confianza Legítima y la Garantía del Debido Proceso, venimos en solicitar lo siguiente:

- a) Tener por interpuesto el presente recurso de reposición, acogerlo en todas sus partes y en definitiva, dejar sin efecto la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, toda vez que ha quedado acreditado que infringe el artículo 42 de la LOSMA y el artículo 9 del D.S. N°30/2012, ya que el Programa de Cumplimiento presentado por Constructora Altius da cumplimiento a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad exigidos para su aprobación, por cuanto, los argumentos esgrimidos por la SMA para señalar su incumplimiento no son efectivos, y en la eventualidad de serlo no tienen la relevancia

necesaria para motivar el rechazo del PdC, sino solo para formular observaciones, subsanables por Constructora Altius.

- b) Se dicte una resolución de remplazo que declare aprobado el Programa de Cumplimiento presentado por Constructora Altius en el presente procedimiento sancionatorio.
- c) **En subsidio de lo anterior**, se dicte una resolución de remplazo que otorgue a Constructora Altius la posibilidad de complementar el Programa de Cumplimiento presentado con fecha 17 de junio de 2022, con el objeto de cumplir con los criterios de aprobación establecidos en el artículo 9 del D.S. N°30/2012.

PRIMER OTROSÍ: En subsidio de la reposición interpuesta en lo principal de esta presentación y para el improbable evento que esta no sea acogida, solicito tener por interpuesto recurso jerárquico en contra de la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, conforme con lo establecido en el artículo 59, inciso segundo, de la Ley N° 19.880, el cual fundo en los mismos antecedentes de hecho y de derecho que fueron ya expuestos, y en definitiva eleve los antecedentes del presente procedimiento al Superintendente del Medio Ambiente, para que, conociendo del recurso jerárquico, modifique la resolución referida en los términos planteados.

SEGUNDO OTROSÍ: Que, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 57 de la Ley N°19.880, y mientras no se resuelvan los recursos de reposición y jerárquico interpuestos en autos, vengo en solicitar la suspensión de los efectos del Resuelvo I, Resuelvo II y Resuelvo VI de la Resolución Exenta N°2/Rol D-066-2022, por cuanto, al haberse levantado la suspensión del procedimiento sancionatorio, corresponde que Constructora Altius formule sus descargos, lo cual, puede ser contrario a una eventual resolución que acoja el recurso de reposición o el recurso jerárquico, ya que en cuyo caso se podría aprobar el PdC o bien conferir la posibilidad de subsanar las deficiencias detectadas del PdC para su posterior aprobación, y en ambos casos, al encontrarse la obra de construcción concluida hace más de 6 meses y las medidas de mitigación ofrecidas en el PdC ya ejecutadas, de aprobarse el PdC, significaría que se debe declarar casi de forma inmediata la ejecución satisfactoria de este y por consiguiente concluido el procedimiento sancionatorio.

Teniendo en consideración, según lo dispuesto en el Resuelvo II de la Resolución Recurrída, que el plazo para que Constructora Altius presente sus descargos vence el día **19 de diciembre de 2022**, solicito que la solicitud de suspensión de los efectos del Resuelvo I, Resuelvo II y Resuelvo VI de la Res. Ex. N°2/Rol D-066-2022, **sea resuelta a la brevedad**.

TERCER OTROSÍ: Sírvase tener presente que señalamos como correos electrónicos válidos para practicar las notificaciones que correspondan, los siguientes: (i) fruiztagle@altius.cl ; y (ii) pfritz@ossandon.cl



Francisco Ruiz- Tagle G.

p.p. Constructora Altius SpA



Fernando Spichiger C.

p.p. Constructora Altius SpA