

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO
POR CONSTRUCTORA ALMAGRO S.A.**

RES. EX. N° 4 / ROL D-228-2022

Santiago, 6 de abril de 2023

VISTOS:

Conforme con 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"); la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011 MMA"); el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, "D.S. N° 30/2012 MMA"); en la Resolución Exenta N° 564, de 29 de marzo de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 166, de fecha 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) y dicta instrucciones generales sobre su uso (en adelante, "Res. Ex. SMA N° 166/2018"); la Resolución Exenta N° 1270, de 3 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Guía para la Presentación de un Programa de Cumplimiento, Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos; en la Res. Ex. N°349, de 22 de febrero de 2023, que Fija las reglas de funcionamiento de Oficina de partes y Oficina de transparencia y participación ciudadana de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO
SANCIONATORIO ROL D-228-2022**

1. Que, con fecha 24 de octubre de 2022, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-228-2022, con la formulación de cargos a Constructora Almagro S.A., titular de la faena constructiva ubicada en Huáscar N° 1300, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago, en virtud de una infracción tipificada en el artículo 35 letra h) de la LOSMA, en cuanto al incumplimiento de normas de emisión. Dicha resolución fue notificada mediante carta certificada en el domicilio de la titular, la cual fue recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Providencia, con fecha 28 de octubre de 2022.

2. Que, encontrándose dentro de plazo, con fecha 25 de noviembre de 2022, Francisco Rodríguez Manterola junto a Fernanda Marín Vio, presentaron un programa de cumplimiento. Adicionalmente, solicitaron ser notificados por correo electrónico a la casilla que indicó. Junto con ello, evacuó el requerimiento de información realizado por la SMA en la formulación de cargos, y acompañó una serie de documentos.

3. Que, por su parte, y a modo de complemento, con fecha 13 de diciembre de 2022, Matías Abogabir Méndez presentó carta conductora a esta Superintendencia, rectificando la presentación de fecha 25 de noviembre de 2022 y acompañando una serie de documentos. Además, posteriormente, con fecha 21 de diciembre de 2022, también presentó carta conductora, solicitando tener presente los antecedentes acompañados, los que consistieron en una medición de ruidos elaborado por una empresa ETFA y en el Certificado de Recepción Definitiva emitido por la Dirección de Obras Municipales de Providencia.

4. Que, mediante Resolución Exenta N° 2/ Rol D-228-2022, de fecha 14 de febrero de 2023, esta Superintendencia resolvió rechazar el programa de cumplimiento presentado, al considerar que este no cumplía con los criterios de aprobación que se indican en el artículo 9° del D.S. N° 30/2012 MMA. Esta resolución fue notificada por correo electrónico al titular, con fecha 16 de febrero de 2023, tal como consta en el expediente de la presente instrucción.

5. Que, en contra de la mencionada resolución, con fecha 23 de febrero de 2023, el titular interpuso recurso de reposición, solicitando tenerlo por interpuesto y acogerlo, dejando la antedicha resolución sin efecto, dictando una de reemplazo que apruebe el programa de cumplimiento presentado, o en subsidio, indique las correspondientes observaciones o correcciones de oficio. Además, se solicitó la suspensión de los efectos de la resolución impugnada y del procedimiento sancionatorio, mientras no se resuelvan los recursos interpuestos, en virtud del artículo 3°, 32 y 57 de la Ley N° 19.880.

6. Que, con fecha 23 de febrero de 2023, por medio de la Resolución Exenta N° 3/ Rol D-228-2022, se tuvo por presentado el recurso de reposición interpuesto, y se accedió a la solicitud de suspensión de los efectos de la Res. Ex. N° 2 / Rol D-228-2022, hasta la resolución del mismo.

**II. RECURSO DE REPOSICIÓN
INTERPUESTO POR CONSTRUCTORA
ALMAGRO S.A.**

**A. Análisis de la procedencia del recurso
de reposición presentado.**

7. Que, por medio de la Res. Ex. N°3 / Rol D-228-2022, luego de un análisis relativo al plazo de interposición y materia resuelta por la resolución recurrida, se resolvió por parte de esta Superintendencia tener por presentado el recurso de reposición interpuesto por Constructora Almagro S.A., respecto a la Resolución Exenta N° 2 / Rol D-228-2022, dejando el análisis de fondo de dicho recurso para una nueva resolución. Además, por

la misma resolución se procedió a acoger la solicitud de suspensión de los efectos de la resolución impugnada.

B. Antecedentes de hecho y derecho de la reposición

8. Que, en su recurso, el titular expone como fundamentos principales para que la resolución impugnada sea dejada sin efecto:

a. **Infracción del principio de juridicidad y el deber de fundamentación de la Administración, toda vez que se rechazó el programa de cumplimiento en base a exigencias que no se encuentran en el ordenamiento jurídico:**

i. El titular indica que la argumentación relativa al incumplimiento de la *“Guía para la presentación de un programa de cumplimiento – Infracciones a la norma de emisión de ruidos”*, no es un argumento válido para el proceder al rechazo de un PdC, ya que dicha guía tiene una finalidad meramente orientadora, sin que esta pueda presentar obstáculos o requisitos a la aprobación del mismo. Agrega a esta alegación, que la jurisprudencia¹ ha declarado ilegal el aumento de las exigencias para la procedencia de un PdC, cuando estas exigencias no se encuentran establecidas en la LOSMA.

ii. Por su parte, se indica que el descarte de acciones por tratarse de medidas de *“mera gestión”* – como el desarrollo de capacitaciones-, genera una discriminación arbitraria en contra de su persona, ya que este tipo de medidas no solo permiten un retorno al cumplimiento, sino que esta Superintendencia habría aprobado² una serie de PdC que incluyen este tipo de medidas.

iii. Sumado a todo lo anterior, se indica que la vulneración al principio de legalidad se ve agravado al no haberse señalado los motivos técnicos de por qué las acciones propuestas no serían suficientes. De esta manera, se habría infringido también el deber de fundamentación de los actos de la administración.

iv. El titular concluye indicando que, conforme a lo anterior, el acto impugnado detenta un vicio de carácter esencial.

b. **El PDC presentado cumple con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad:**

i. En primer lugar, se indica el cumplimiento del criterio de integridad, ya que se propusieron acciones para la totalidad de los cargos formulados.

ii. Respecto al criterio de eficacia, el titular indica que el fundamento por el cual se descartaron las acciones no solo sería solo ilegal por lo indicado en la primera parte de sus alegaciones; sino que la indicación de esta Superintendencia a que la implementación anterior a la contratación del hecho infraccional *“(…) haría presumir (…) que su implementación no asegura el retorno al cumplimiento”*³, sería incorrecta, toda vez que las medidas ejecutadas fueron implementadas de forma permanente durante la construcción del

¹ En específico, el titular cita el considerando nonagésimo tercero de la sentencia definitiva dictada por el Primer Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-25-2019.

² Se indican los procedimientos sancionatorios Rol: D-241-2022, D-184-2021 y D-231-2021.

³ Recurso de reposición presentado por el titular, apartado II. Letra B. 3.

proyecto. Agrega que la jurisprudencia ha indicado como improcedentes las limitaciones al PdC en relación al estado de ejecución y temporalidad de una acción.

Por su parte, el titular indica que la superación en una oportunidad de 4 dB(A), no permite concluir que las medidas propuestas en el PdC fueran ineficaces para asegurar el cumplimiento normativo de una faena constructiva que tuvo una duración de dos años y cuatro meses. Agrega a este último punto, que las mediciones realizadas con fecha 2 y 5 de diciembre de 2022 -en las que no existen nuevas excedencias-, demuestran un retorno al cumplimiento, no pudiéndose imputar la etapa en que dicha medición fue realizada al titular, toda vez que la Superintendencia formuló cargos un año y seis meses después de constatada la infracción. Indica, que en la reunión de asistencia se les indicó que el estado de implementación del proyecto no era un obstáculo para presentación y aprobación de un PdC, y que la jurisprudencia ha indicado que la dilación en el inicio del procedimiento administrativo podría llegar a vulnerar el debido proceso administrativo, por la inviabilidad material del uso de dicha herramienta. De esta manera, indica que la excesiva tardanza en la formulación de cargos y en la revisión del PdC ha impedido materialmente a la SMA realizar observaciones.

iii. En lo que respecta al criterio de verificabilidad, si bien este no habría sido abordado por esta Superintendencia, se cumpliría, ya que se habrían acompañado todos los medios de verificación requeridos.

C. Análisis de los argumentos presentados por el titular en su recurso de reposición.

a) Respecto a la alegación de infracción al principio de juridicidad y al deber de fundamentación de la administración

9. Que, en primer lugar, si bien la “*Guía para la presentación de un programa de cumplimiento – Infracciones a la norma de emisión de ruidos*” es una guía orientadora para los titulares, no puede negarse que la exigencia de las mismas tiene una base técnica, que debe ser considerada. Así, la solicitud de ciertas densidades para la construcción de algunos tipos de medidas de mitigación, tienen como fundamento la capacidad que han demostrado las mismas para disminuir las emisiones de ruidos, tanto teóricamente como en la práctica -por medio de su implementación en casos similares-.

10. Que, en este caso no se han establecido mayores limitaciones que las dispuestas por la ley para la procedencia de un programa de cumplimiento, sino que se ha determinado que no se cumple con uno de los requisitos definidos en la norma para su aprobación, debido a un aspecto técnico del todo relevante, esto es, la materialidad de las medidas, lo que determina en gran parte, la eficacia de la misma. Por tanto, considerar que la exigencia de ciertas materialidades (y densidades), debido a la eficacia que estas han demostrado para retornar al cumplimiento, es una limitante al acceso de un PdC no solo es erróneo, sino que la extensión de dicho argumento impediría una revisión técnica para determinar el cumplimiento de los criterios exigidos por el D.S. 30/2012 MMA.

11. Que, sin perjuicio de lo anteriormente razonado, es relevante dar cuenta de que la materialidad de las medidas no fue la única razón por

la cual se procedió al rechazo de las acciones presentadas. De esta manera, el punto fundamental recaerá sobre los otros argumentos que llevaron al rechazo del PdC presentado, tal como se verá en los considerandos 16 y siguientes del presente acto.

12. Que, por su parte, en lo que interesa a los argumentos relativos al rechazo de medidas de “mera gestión”, esta Superintendencia considera que no son eficaces para casos de infracciones a la norma de emisión de ruidos, toda vez que su implementación por sí misma no permite un retorno al cumplimiento, al no hacerse cargo del punto de emisión propiamente tal y no impedir la propagación de las emisiones generadas por el mismo.

13. Así, la capacitación del personal no impide directamente la comisión de la infracción a la norma, en tanto siempre requiere de la concurrencia de un elemento externo que permita aplacar dichas emisiones; a diferencia de los casos mencionados por el titular, donde la capacitación del tratamiento de ciertos elementos impide, justamente, el incumplimiento. Cabe señalar que los sancionatorios referenciados por el titular abordan materias distintas al incumplimiento de la norma de emisión de ruidos, como es el caso incumplimientos a la norma de emisión de RILes, por lo que su aplicación y utilidad varía significativamente.

14. Que, respecto al deber de fundamentación, este contuvo todos los elementos para la correcta comprensión del rechazo del programa de cumplimiento presentado, sin caer en una falta de la debida argumentación, toda vez que se analizaron las fuentes de ruidos existentes en la unidad fiscalizable, las densidades superficiales de las acciones de mitigación presentadas, las facturas y antecedentes presentados por el titular a lo largo de todo el procedimiento sancionatorio y antes del mismo, entre otros. De esta manera, el análisis realizado respecto de las acciones, permite la comprensión del rechazo, siendo relevante la consideración de que no fue solo la materialidad de la medida lo que ha llevado al mismo, sino que se trató de un conjunto de fundamentos que han sido debidamente expuestos en la resolución recurrida los que confluyeron en dicho resultado.

b) Respecto a la alegación de cumplimiento de los criterios requeridos en el artículo 9° del D.S. 30/2012 MMA

15. Que, en lo que respecta a las alegaciones generadas por el descarte de las acciones presentadas por no cumplir estas con el criterio de eficacia, es dable indicar lo siguiente.

16. Que, tal como se indicó en la Res. Ex. N° 2 / Rol D-228-2022, las acciones implementadas con anterioridad a la comisión del hecho infraccional se presumen utilizadas al momento de la constatación de la superación, por lo que puede inferirse su insuficiencia al existir todavía superaciones a la normativa. De esta manera, si aún con las medidas ejecutadas existen superaciones a la norma, lo que corresponde es reforzar las mismas o complementarlas con la implementación de otras distintas que se hagan cargo de las superaciones detectadas. En este caso, el titular no dio cuenta del reforzamiento de las medidas, ni de la implementación de otras medidas complementarias en fecha posterior a la constatación de la infracción imputada.

17. Que, por otro lado, en este caso no se está estableciendo una limitación al programa de cumplimiento por el estado de ejecución y temporalidad de la acción, ya que recurrentemente esta Superintendencia considera acciones ejecutadas. Así lo ha reiterado en diversas ocasiones la jurisprudencia ambiental tal como se menciona en la sentencia de fecha 16 de marzo de 2023 pronunciada por el Segundo Tribunal Ambiental, bajo el Rol R-340-2022 en la cual se señaló que *“si bien a la fecha de notificación de este acto las obras se encontraban terminadas, ello no priva a que el regulado haya podido presentar un PdC que incluyera acciones ya ejecutadas”*. Por tanto, las medidas presentadas por el titular fueron descartadas debido a que estas muestran a todas luces su insuficiencia, y, por ende, su ineficacia.

18. Que, a mayor abundamiento, la Acción N° 3 también fue rechazada debido a la falta de información entregada por el titular, toda vez que no es posible ponderar completamente la eficacia de una medida, si no se tiene conocimiento de elementos fundamentales, tales como la cantidad de biombos construidos en relación a la cantidad de maquinaria utilizadas.

19. Que, respecto de la alegación consistente en que una sola superación no puede dar cuenta del cumplimiento de la normativa en una obra de larga duración y que debe considerarse la medición final realizada, debe recordarse que esta Superintendencia, antes de formular cargos en contra del titular, instó a que este último se acogiera a una corrección pre-procedimental, instancia en la que se remitió información de una nueva superación al D. S. N° 38/2011 MMA, en 6 dB(A) en etapa de terminaciones.

20. Que, de esta manera – y tal como indica la Res. Ex. N° 2 / Rol D-228-2022-, no es posible concluir si la ausencia de nuevas superaciones en las mediciones efectuadas por encargo del titular los días 2 y 5 de diciembre de 2022 se debió (i) a la etapa en que se encontraban, ya que solo días posteriores a las últimas mediciones fue entregado el certificado de recepción definitiva emitido por la Dirección de Obras Municipales de Providencia, siendo un hecho conocido que las emisiones de ruido en estas últimas circunstancias suelen ser mucho menores, por el tipo de maquinaria utilizada; o, (ii) a la correcta implementación de medidas de mitigación de ruidos.

21. Que, en lo que respecta a la tardanza en la formulación de cargos, es relevante dar cuenta de que se instó al titular a acogerse a una corrección pre-procedimental, sin embargo, la muestra de nuevas excedencias obligó a esta Superintendencia a formular cargos en su contra. Además, es dable recordar que el legislador ha entregado a esta Superintendencia un plazo de tres años desde la constatación de la infracción para perseguir dicho hecho infraccional, y que de ninguna manera se priva al titular de acogerse a un programa de cumplimiento en casos de obras transitorias, toda vez que por medio del mismo pudo haber mostrado todas las acciones ejecutadas durante la duración de la faena constructiva y a ejecutar, siendo completamente factible, en casos donde se cumpla con los criterios, proceder a la aprobación de un programa de cumplimiento en circunstancias similares.

22. Que, por último, el tiempo concurrido para dar inicio al presente procedimiento sancionatorio mediante la formulación de cargos, así como los plazos transcurridos en la sustanciación del mismo, no es un hecho, en este caso, que permita al titular eximirse de su obligación de cumplimiento a la normativa ambiental a la cual se

encuentra sujeto, adoptando todas las medidas necesarias y suficientes para aquello, pudiendo siempre informar sobre la implementación efectiva de estas -aunque ya se hubieran ejecutado-, dentro del procedimiento administrativo.

D. Conclusiones

23. Que, habiéndose descartado cada una de las alegaciones presentadas por el titular en su recurso, se declarará el rechazo del recurso de reposición presentado con fecha 23 de febrero de 2023.

RESUELVO:

I. RECHAZAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN presentado por Matías Abogabir Méndez, en contra de la Res. Ex. N° 2 / Rol D-228-2022 por la cual se rechazó el programa de cumplimiento presentado, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

II. TENER PRESENTE QUE CUENTA CON UN PLAZO DE DOS (2) DÍAS HÁBILES PARA LA PRESENTACIÓN DE UN ESCRITO DE DESCARGOS desde la notificación de la presente resolución, correspondiente al saldo de plazo vigente al momento de la suspensión en los términos señalados en la Resolución Exenta N° 3/ Rol D-228-2022, de fecha 23 de febrero de 2023.

III. NOTIFICAR POR CORREO ELECTRÓNICO AL TITULAR, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 19.880 y a lo solicitado por el en sus presentaciones anteriores.

Asimismo, notificar por correo electrónico, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, al interesado en el presente procedimiento.



Dánisa Estay Vega

Jefa Departamento de Sanción y Cumplimiento (S)
Superintendencia del Medio Ambiente

JPCS/MPCV

Correo Electrónico:

- Francisco Rodríguez Manterola, Fernanda Marín Vio y Matías Abogabir Méndez, en representación de Constructora Almagro S.A., a las casillas electrónicas [REDACTED]

- Carlo Sanchez Farias, a la casilla electrónica [REDACTED]

C.C.:

- División de Fiscalización SMA.

Rol D-228-2022

