

EN LO PRINCIPAL : Recurso Extraordinario de Revisión

EN EL PRIMER OTROSÍ : Solicitud de Invalidación

EN EL SEGUNDO OTROSÍ : Acompaña Antecedente

SRA./SRTA. MARIE CLAUDE PLUMER BODIN

SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE

MARÍA VICTORIA ECHAVE HAMILTON, cédula de identidad número 12.455.521-3, en representación de la sociedad **RVC INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.**, rol único tributario número 78.223.950-3, todos domiciliados en Avenida Los Conquistadores 1700, piso 5, comuna de Providencia, en expediente administrativo sancionador **Rol N° D-019-2021**, a la Sra./Srta. Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente digo:

Que, dentro del plazo legal establecido en el artículo 60 de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rige los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, vengo en interponer Recurso Extraordinario de Revisión en contra de Res. Ex. SMA N° 1657 de 23 de julio de 2021 que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-019-2021 seguido en contra de RVC Ingeniería y Construcción S.A., titular de la unidad fiscalizable 'Edificio Salvador Allende - Sotomayor", sancionándolo con una multa de 40 U.T.A., así como contra Res. Ex. SMA N° 982 de 6 junio de 2023, que resuelve recurso de reposición interpuesto contra la anterior, que confirma dicha decisión.

I. Plazo y Procedencia.

El presente recurso, si bien en concreto se interpone contra la resolución primeramente individualizada, como se indicó, ha sido antecedido por la presentación de un recurso de reposición, el cual fue rechazado en todas sus partes mediante Res. Ex. SMA N° 982 de 6 junio de 2023, siendo notificado a esta parte con fecha 8 de junio pasado. Lo anterior es relevante para efectos del plazo de interposición, ya que jurisprudencia asentada del Máximo Tribunal indica que es indiferente que se impugne el acto principal o la resolución que resuelve la reconsideración.

Así las cosas, el recurso extraordinario de revisión en comento se presenta dentro del plazo de 1 año establecido por la ley y se dirige contra un acto firme. Al efecto, la Contraloría General de la República ha señalado que:

"(...) consiste en la condición que adquieren los actos administrativos una vez que terminan los recursos administrativos ordinarios deducidos o desde que transcurra el plazo que la ley concede para la interposición de los mismos, siendo del caso agregar, respecto de la primera situación, que los recursos administrativos interpuestos se entienden terminados una vez afinado el procedimiento impugnatorio respectivo, ya sea mediante una resolución expresa o por haber transcurrido el plazo para entender desestimado el recurso. En el mismo sentido, es dable señalar que para la determinación de la antedicha condición de firmes de los actos administrativos susceptibles de impugnarse por el recurso de revisión, sólo corresponde considerar los recursos

administrativos pertinentes y no las eventuales acciones jurisdiccionales que procedan, puesto que esta última ponderación importaría ejercer funciones judiciales que están reservadas a los tribunales (...).¹

En cuanto a la posibilidad de presentar un recurso de estas características para impugnar en definitiva el ejercicio concreto del *ius puniendi* estatal, el órgano contralor también se ha pronunciado en los términos siguientes:

*“Sin perjuicio de lo anterior, corresponde añadir que al respecto rigen también las reglas sobre recurso de reposición previstas en el artículo 10 de la ley N° 18.575 y 59 de la ley N° 19.880 y, en su caso, las del recurso extraordinario de revisión contenidas en el artículo 60 del último texto legal mencionado, para impugnar las resoluciones de esa superintendencia que apliquen sanciones”.*²

Con respecto a la causal que se invoca para interponer este recurso, se trata de la indicada en la letra b) del artículo 60, que señala:

“En contra de los actos administrativos firmes podrá interponerse el recurso de revisión ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

b) Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieren documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;”. (Destacado de esta parte)

La construcción de dicha causal se irá desarrollando en conjunto con el texto del presente recurso, lo que se ofrece a partir del siguiente acápite.

II. Fundamentos del Recurso.

Tanto la Res. Ex. SMA N° 1657/2021 como Res. Ex. SMA N° 982/2023 se fundan en una única medición practicada con fecha 22 de mayo de 2019, que arrojó una superación de 6 dB(A) del D.S. 38/2011 MMA. Esta última consiste en la emisión de 66 dB(A) en un área que fue homologada por la SMA como Zona II. Ello resultó en la aplicación de una multa de 40 U.T.A. en contra de mi representada.

El vicio en que incurren dichas resoluciones, constitutivo de un error de hecho, y que funda el presente recurso consiste en que la medición practicada omite erróneamente la corrección de ruido de fondo, la cual correspondía ser efectuada.

- ***La medición practicada erróneamente omite la corrección de ruido de fondo, la cual correspondía ser efectuada.***

El Reporte Técnico de la medición, que acompaña el Acta de Inspección Ambiental, indica que *“No se registra el ruido de fondo debido a que este no afecta la medición”*, no dando ningún otro detalle al respecto.

¹ Dictamen N°13.188/2009.

² Dictamen N° 75432/2010 (destacado de esta parte).

Lo anterior llama poderosamente la atención dadas las características propias del área donde se encuentran tanto la fuente emisora como el receptor sensible. Antes de entrar de lleno en ello, corresponde revisar algunos conceptos.

El artículo 6 N° 22 del D.S. 38/2011 define Ruido de Fondo como “*aquel ruido que está presente en el mismo lugar y momento de medición de la fuente que se desea evaluar, en ausencia de ésta. Éste corresponderá al valor obtenido bajo el procedimiento establecido en la presente norma*”.

Ahora bien, el artículo 19 establece la modalidad de ‘corrección de ruido de fondo’, y que se traduce en que cuando la diferencia entre el nivel de ruido originado en la fuente emisora es menor a 10 dB(A) con respecto al nivel de ruido de fondo, la afectación es considerada significativa y por ello la medición debe ser corregida de la siguiente forma:

Tabla N° 2. CORRECCIONES POR RUIDO DE FONDO	
Diferencia aritmética entre el nivel de presión sonora obtenido de la emisión de la fuente emisora de ruido y el nivel de presión sonora del ruido de fondo presente en el mismo lugar:	Corrección
10 o más dB(A)	0 dB(A)
de 6 a 9 dB(A)	- 1 dB(A)
de 4 a 5 dB(A)	- 2 dB(A)
3 dB(A)	- 3 dB(A)
menos de 3 dB(A)	medición nula

Fuente: D.S. 38/2011 MMA.

En otras palabras, la presencia de ruido de fondo no sólo puede llevar a que la medición tenga que ser corregida en -3dB(A) para mantener su validez, sino que puede llegar a ser nula si es demasiado elevada, algo que ocurre con relativa frecuencia. No es raro encontrar mediciones que se han declarado nulas por esta causa.

En los descargos presentados a la Res. Ex N° 1, se acompañaron cuatro mediciones realizadas por la empresa SONOIMPACTO, cuyas fichas que daban cuenta de las siguientes condiciones de medición:

RECEPTOR	FECHA Y HORA	IDENTIFICACIÓN DEL RUIDO DE FONDO
R1	8/10/2019; 11:25 - 11:35	Ruido permanente de actividad metalmecánica asociadas a talleres automotrices y maestranza.
R2	8/10/2019; 11:39 - 11:49	Ruido permanente de actividad metalmecánica asociadas a talleres automotrices y maestranza.
R3	8/10/2019; 12:00 - 12:10	Ruido permanente de actividad metalmecánica asociadas a talleres automotrices y maestranza.

R4	8/10/2019; 12:24 - 12:40	Ruido asociado a actividad de talleres mecánicos y maestranza.
----	--------------------------	--

Como puede observarse, en todas las mediciones practicadas se indicó lo que es evidente en los hechos: se trata de calles cercanas a zona franca y de alto tráfico con fuerte presencia comercial y productiva, en particular de talleres mecánicos. Más adelante nos referiremos a esta condición de línea de base que la Res. Ex. N° 1657 ignoró por completo.

En cuanto a los resultados de las mediciones indicadas y a las correcciones que debieron hacerse en cada una de ellas, las fichas respectivas arrojan los siguientes resultados:

RECEPTOR	NPS dB(A)	RUIDO DE FONDO dB(A)	CORRECCIÓN dB(A)	OBSERVACIONES
R1	70	69	Medición nula	Ruido de fondo influenciado por el tránsito vehicular y maquinaria de talleres de mecánica automotriz.
R2	76	71	-3	Ruido de fondo influenciado por el tránsito vehicular y maquinaria de talleres de mecánica automotriz.
R3	69	62	-1	Ruido de fondo influenciado por el tránsito vehicular y talleres mecánicos.
R4	79	75	-2	Ruido de fondo influenciado por el tránsito vehicular y talleres mecánicos.

De lo anterior puede desprenderse que el nivel de ruido de fondo de la zona es generalmente elevado, pudiendo alcanzar 75 dB(A), lo cual contrasta con la única medición practicada por la SMA y cuyas fichas revelan la siguiente información y resultados:

RECEPTOR	FECHA Y HORA	IDENTIFICACIÓN DEL RUIDO DE FONDO
R1	22/05/2019; 18:20 - 19:05	No.

RECEPTOR	NPS dB(A)	RUIDO DE FONDO dB(A)	CORRECCIÓN dB(A)	OBSERVACIONES
R1	66	0	0	No se registra el ruido de fondo debido a que este no afecta la medición.

Lo anterior fue representado en el recurso de reposición planteado y resuelto mediante Res. Ex. N° 982 de la siguiente manera:

“13. Cabe hacer presente que la titular formula sus alegaciones en términos generales sin que explique error alguno en el razonamiento expresado en la resolución impugnada que haga posible modificar lo resuelto en ella. En efecto, en lo que se refiere a la primera alegación, la titular solo expresa que no se habría considerado el ruido de fondo y que la homologación de zona es incorrecta, pero no demuestra realmente en qué sentido el ruido de fondo no fue considerado, el

impacto efectivo en el resultado de la medición, ni tampoco desarrolla el razonamiento que le lleva a concluir que la homologación de zona es otra". (Lo destacado es nuestro)

La anterior declaración no se ajusta a la realidad desde que este sujeto regulado puso a disposición -como se dijo, en los descargos- del fiscal instructor todos los antecedentes con que contaba, incluyendo mediciones que había practicado con el único objeto de hacer seguimiento de la eficacia de las medidas de control de ruido implementadas en los niveles de presión sonora de la fuente.

Para llegar a esa conclusión, la Res. Ex. N° 1657 había descartado las mediciones realizadas por el titular por el solo hecho de que no fueron realizadas por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA), lo cual es un despropósito si se considera que dichas mediciones se habían realizado -como se dijo- para hacer seguimiento a la evolución de las emisiones luego de implementadas medidas de control de ruido, y no para acreditar cumplimiento del D.S. 38/2011.

Al efecto, la Res. Ex. N° 1657 resuelve el asunto de la siguiente forma:

*"23. Considerando los antecedentes acompañados al escrito de descargos, desde ya cabe hacer presente que los informes presentados por el titular, fueron realizados por **la empresa Sonoimpacto, la cual no corresponde a una empresa -sic- técnica de fiscalización ambiental ("ETFA")**, autorizada por esta Superintendencia. En consecuencia, si bien dichos informes además de sugerir la implementación de medidas de mitigación, además consideran mediciones que constatan excedencias a la norma de emisión de ruido, que no pueden considerarse como válidas. En tal sentido, de haberse presentado un PdC, el titular no habría cumplido con la exigencia de presentar una medición de una ETFA, que acredite el retorno al cumplimiento". (Destacado en original)*

La anterior declaración incurre en diversos yerros, pues:

1. Se eleva a las ETFA's como los únicos actores que pueden realizar una acción durante un procedimiento sancionatorio, excediendo con creces el status que la ley les reconoce. Cabe reiterar que las mediciones indicadas se hicieron para efectos de seguimiento interno, de manera de verificar la eficacia de las medidas de control de ruido implementadas. De hecho, acusan excedencias justamente porque era necesario agregar otras tantas medidas. Pero eso no significaba que ese antecedente debía ser descartado en el origen por una cuestión meramente formal, ya que con ello la SMA confunde el rol de las ETFA's en el marco de acciones que no son propiamente de fiscalización. Baste para ello revisar el artículo 25 de la LOSMA:

"Las acciones de fiscalización, que sean ejecutadas directamente por la Superintendencia, por las entidades técnicas acreditadas o por los organismos sectoriales competentes, deberán ajustarse a las instrucciones técnicas de carácter general impartidas por ésta relativas a los protocolos, procedimientos y métodos de análisis en ellas definidos."

Esta disposición legal deja explícito que las acciones de fiscalización deben ser desplegadas por las entidades ahí indicadas, pero en lo que dice relación con otras materias es posible recurrir a otras herramientas, que si bien sus resultados no serán vinculantes para la SMA, sí serán indicativas del trabajo que se ha estado realizando.

Fotografías: Ejemplos de mediciones que se encargaron a empresa SONOIMPACTO.



2. Se renuncia a la Sana Crítica como método de valoración de la prueba, en circunstancias que ello no es resorte de la SMA sino que constituye un mandato legal, lo que puede apreciarse claramente del artículo 51 de la LOSMA que establece que:

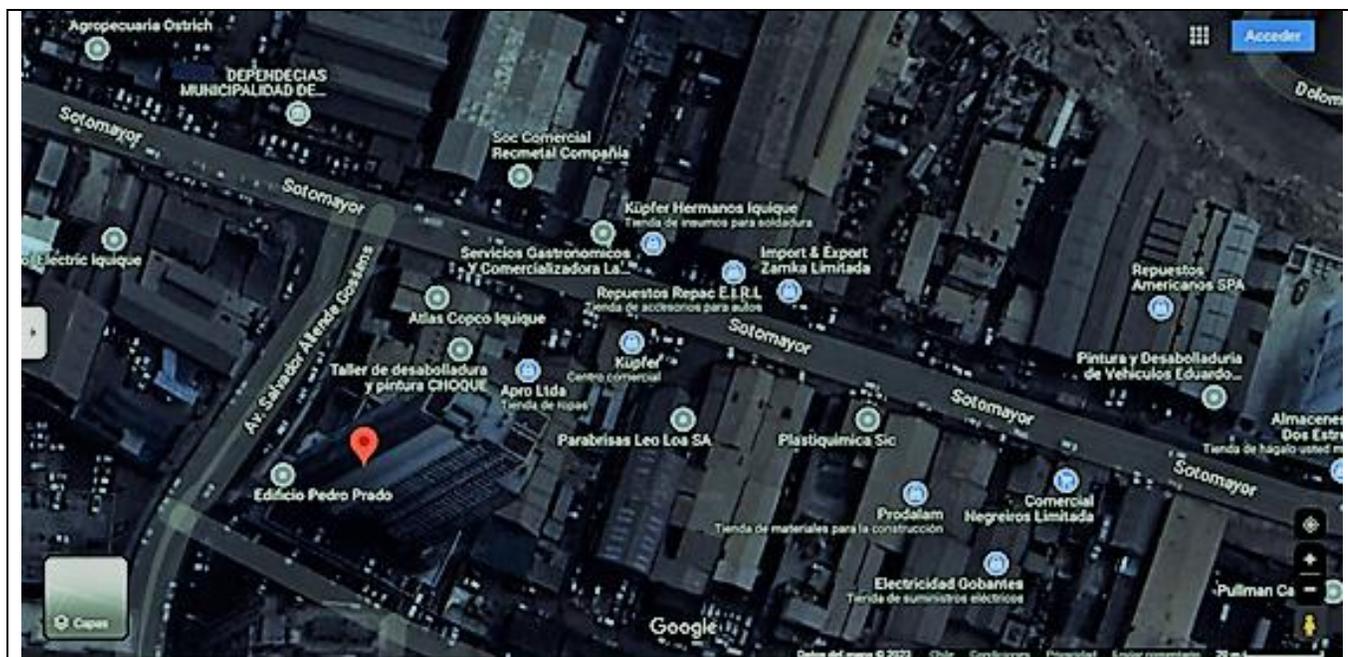
“Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”.

De hecho, puede constatarse que en la apreciación de la prueba en este caso, la SMA se acerca al método de la prueba legal tasada al apoyarse en pruritos formales - acreditación y registro como ETFA- sin sujetarse a cuestiones sustantivas, soslayando que la sana crítica se materializa en la motivación de considerar, ponderar o descartar medios de prueba, más allá de criterios meramente formales. En otras palabras, si un sujeto regulado aporta prueba que contiene elementos materiales, ellos deben ser abordados y apreciados, motivando el valor que se les da, lo que no ha ocurrido en la especie en tanto la Res. Ex. N° 1657 se ha remitido a indicar que esa prueba no proviene de una ETFA, en circunstancias que la propia ley no exige que así sea para esa naturaleza de antecedentes.

3. Para justificar su rechazo de plano a cualquier medio de prueba -incluso que no importe una acción de fiscalización- recurre a una analogía absolutamente fuera de lugar cuando señala que *“de haberse presentado un PdC, el titular no habría cumplido con la exigencia de presentar una medición de una ETFA”*, ya que en este caso el procedimiento sancionatorio no se suspendió -como ocurre con la aprobación de un PdC- y lo que siguió fue meramente la aportación de prueba que debió ser ponderada adecuadamente en sede sancionatoria. En otras palabras, nada importa que las mediciones de una empresa no-ETFA carezcan de validez en caso de haberse presentado un PdC, puesto que no es el escenario en que nos encontrábamos.

Todo lo anterior condujo al inexorable derrotero que tanto la Res. Ex. N° 1657 como la Res. Ex. N° 982 resultaran en una inadecuada desestimación de la alegación de esta parte referida a la existencia de ruido de fondo en el área en cuestión, dado que en el entorno del edificio hacia esquina con Sotomayor y por esta calle hay numerosos talleres mecánicos, desarmaduras de vehículos y comercio de este tipo en donde se oye ruido permanente asociado a uso de máquinas, golpes, gritos y trabajos. Lo anterior sumado a un alto tráfico vehicular, de camiones y locomoción colectiva con las consiguientes emisiones sonoras.

A continuación se presenta un pantallazo de Google Maps de la zona, donde el punto destacado en rojo corresponde al edificio Pedro Prado de RVC Ingeniería y Construcción, ubicado en Av. Salvador Allende 442, Iquique:



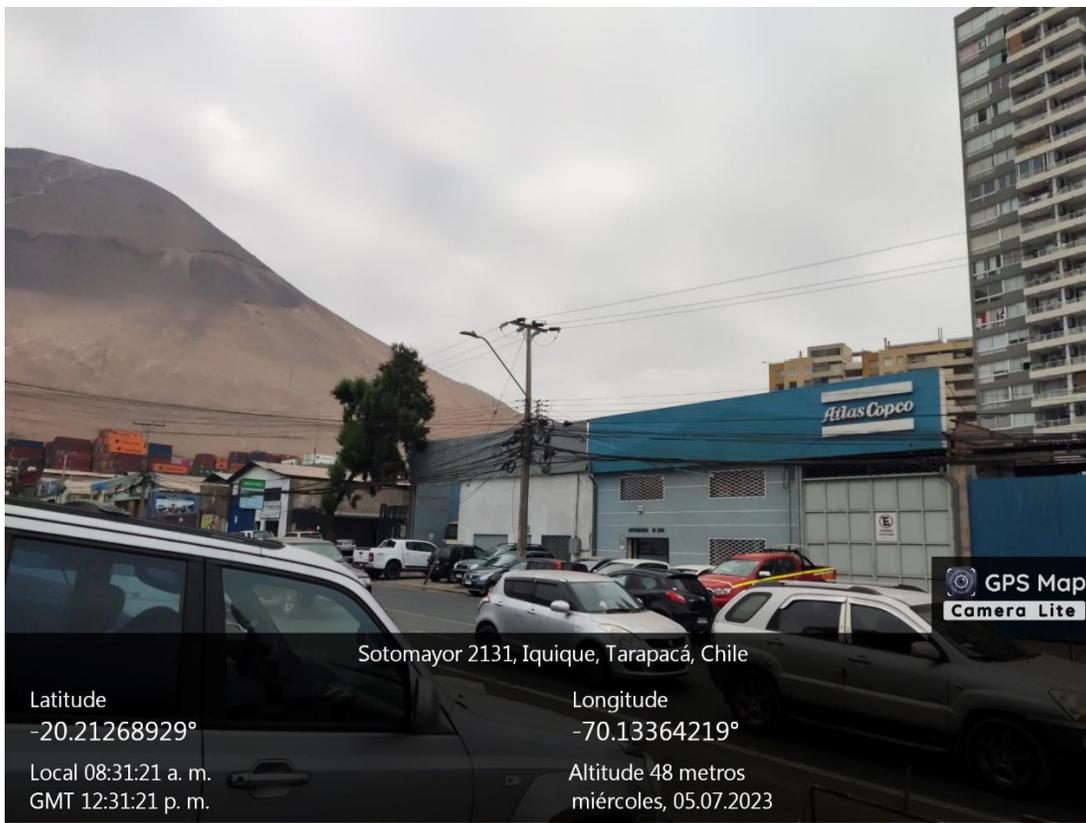
Un listado no exhaustivo de las actividades productivas que están identificadas en la imagen anterior, es el siguiente:

- Ecol Electric Iquique: proveedor de materiales de construcción.
- Sociedad Comercial Recmetal: centro de reciclaje.
- Pintura y Desabolladura de Vehículos Eduardo Gustavo Gonzalez Mundaca: taller de reparación de automóviles.
- Pullman Cargo: servicio de transportes.
- Parabrisas Leo Loa S.A.: taller de cristales para automóviles.
- Plastiquimica Sic: servicio de reparación de fibra de vidrio.

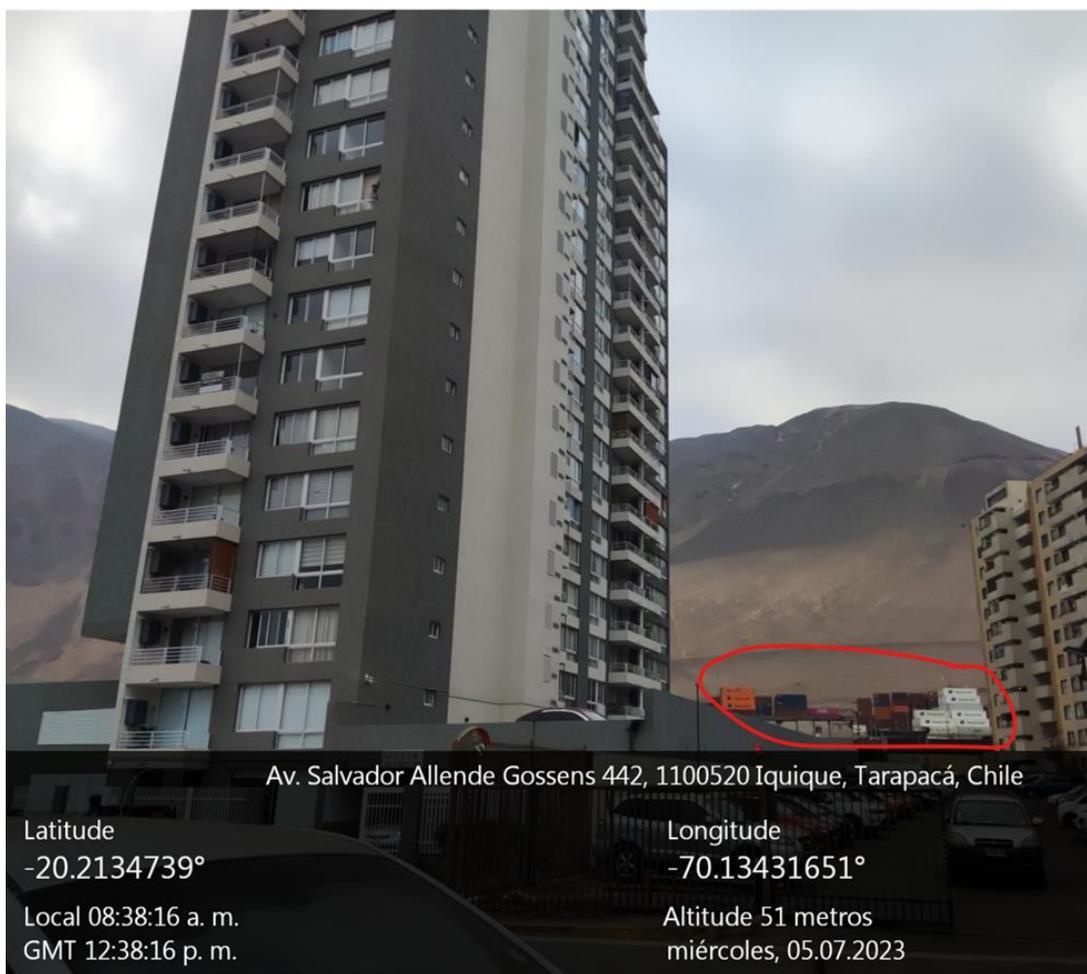
Asimismo, a continuación se despliegan fotografías georreferenciadas de esa área que dan cuenta de una actividad que consustancialmente es generadora de emisiones sonoras:







Por último, existe en esas calles tráfico frecuente de camiones ya que se realiza bodegaje en contenedores cercano al emplazamiento del edificio, conforme se aprecia en la siguiente imagen, destacado en rojo.



De la anterior evidencia queda claro que no se trata de un sector meramente residencial, donde evidentemente se genera un ruido de fondo significativo. Ya el hecho que el área admita actividad productiva, como consta en el certificado de informes previos acompañado en los descargos, exige una diligencia mínima en la medición de ruido. Y si la única medición obtenida por la SMA, por algún motivo, llegare a no arrojar ruido de fondo a la hora peak de tráfico en la tarde, lo recomendable habría sido obtener al menos una segunda medición para corroborar los datos resultantes. De hecho, llama la atención que con la experiencia que la SMA ha demostrado en la medición de ruido en tantos casos que ha debido abordar, donde en su inmensa mayoría realiza dos o más mediciones justamente por la razón antedicha, en un área con diversa actividad generadora de ruidos, se contente con una sola medición. Puede leerse incluso como un despropósito, que con una alta probabilidad no supera un control judicial de motivación/legalidad.

Tal como señala la Res. Ex. SMA N° 867/2016, Protocolo Técnico para la Fiscalización del d.S. 38/2011, "(E)el ruido de fondo es todo ruido que no corresponde a la fuente que se desea

evaluar". Si un fiscalizador constata que el entorno del punto de medición se encuentra rodeado de actividades productivas y en la medición practicada no aparece afectación alguna de ruido de fondo (de hecho, dio 0 dB(A)), dicha medición queda en una situación de fragilidad que exige hacer al menos otra medición para corroborar esta conclusión.

En definitiva, ha quedado largamente demostrado que es físicamente imposible que en el área en cuestión no se perciba ruido de fondo, la medición practicada contiene un error de hecho al haberlo descartado sin siquiera haber refrendado sus resultados con una nueva medición. Con ello, se verifica plenamente la causal del recurso extraordinario de revisión contenido en el artículo 60 de la Ley 19.880, consistente en "*(Q)que, al dictarlo, se hubiere incurrido en **manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada** (...)*". (Lo destacado es nuestro)

Por Tanto, y de conformidad a la normativa y jurisprudencia citada,

Ruego a Ud., acoger el recurso de revisión interpuesto, dejando sin efecto la Res. Ex. N° 982/2023 y consecuentemente la Res. Ex. N° 1657/2021, por el vicio indicado. En subsidio, se solicita a Ud. resolver lo que en derecho corresponda.

PRIMER OTROSÍ: SOLICITUD DE INVALIDACIÓN

Por medio del presente venimos en solicitar la invalidación de la Res. Ex. SMA N° 982 de 6 junio de 2023 que resuelve reposición, y la invalidación consecencial de la Res. Ex. SMA N° 1657 de 23 de julio de 2021, que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-019-2021 seguido en contra de RVC Ingeniería y Construcción S.A., titular de 'Edificio Salvador Allende - Sotomayor', sancionándolo con una multa de 40 U.T.A.

I. Potestad, Plazo y Procedencia.

El artículo 53 de la Ley 19.880 dispone lo siguiente:

"Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario". (Destacado de esta parte)

El acto en revisión -Res. Ex. N° 982- fue dictado el 6 de junio de 2023 y notificado el 8 de mismo mes, por lo que la presente solicitud se formula dentro del plazo legal establecido.

Atendido que la invalidación constituye un poder-deber de la Administración (en opinión mayoritaria de la doctrina y de jurisprudencia asentada de Tribunales Superiores) es que resulta plenamente procedente en este caso, dado que la Res. Ex. N° 982 constituye un acto terminal y firme, que impone una sanción en contra de mi representada.

Si bien la presente solicitud fue antecedida de la resolución de un recurso de reposición, ello importa el agotamiento de la vía impugnativa administrativa, mas no compromete la potestad de la Administración de revisar la legalidad de sus actos, siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 53 ya referido.

Por tanto, no existe ningún impedimento para que -llegado el caso- la Superintendencia del Medio Ambiente aplique la potestad invalidatoria total o parcialmente sobre los actos administrativos individualizados, en tanto quede en evidencia que aquellos contienen vicios que sólo pueden ser subsanados mediante la declaración de nulidad correspondiente, al causar un perjuicio a mi representada.

II. Vicios Identificados.

A continuación se analizarán los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la aplicación de la invalidación administrativa.

1. Vicio formal: se debió dictar un IFA.

En el N° 25 de la Res. Ex. N° 1657 se indica que en reporte técnico “*adjunto al IFA*” se contienen determinados antecedentes. Ello formalmente es un error, dado que en este procedimiento no se dictó propiamente un IFA. Pero no va más allá de un mero error formal.

El artículo 26 de la LOSMA establece que: “*Los resultados de las inspecciones, mediciones y análisis realizados por la Superintendencia, por entidades técnicas acreditadas y por organismos sectoriales, junto con un informe técnico fundado y sus conclusiones, deberán remitirse, una vez finalizados, al Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental al cual se refiere el artículo 31*”.

Existe, por tanto, un mandato legal de consolidación y sistematización de información sobre fiscalización ambiental que permita a los sujetos regulados acceder a ella, resguardando las garantías de un debido procedimiento administrativo, el principio de contradictoriedad y el derecho a defensa.

Con el objeto de llevar adelante una acción de fiscalización ordenada, la SMA dictó la Resolución 1184/2015, que Dicta e Instruye Normas de Carácter General sobre Fiscalización Ambiental. Se trata de una norma que orienta a los sujetos regulados, pero que resulta vinculante para el órgano que la dictó.

En su Párrafo 5º se refiere en específico al Informe Técnico de Fiscalización Ambiental (IFA), señalando en su artículo decimonoveno lo siguiente:

“Los resultados consolidados de las actividades de fiscalización desarrolladas respecto a una unidad fiscalizable, ya sea en el marco de los programas y subprogramas de fiscalización ambiental o de una denuncia, deberán constar en un informe técnico de fiscalización ambiental, que contará, a lo menos, con la identificación de la unidad fiscalizable, el motivo de las actividades de fiscalización, la materia objeto de fiscalización y los hallazgos identificados.

Sin perjuicio de lo anterior, atendida la naturaleza de las normas de emisión y las medidas de planes de prevención y/o descontaminación, el acta de inspección ambiental hará las veces de informe técnico de fiscalización ambiental en aquellos casos donde su contenido y anexos sean autosuficientes para dar cuenta sobre los resultados de la fiscalización”. (Lo destacado es nuestro)

La *praxis* desde su entrada en funcionamiento hace más de una década, indica que la SMA ha elaborado IFA's para una serie de casos e industrias, pero cuando se trata de ruidos -previsiblemente por la masividad de las denuncias asociadas a dicho componente- se ha estimado idóneo sujetarse a la excepción contenida en el inciso segundo del artículo decimonoveno.

El problema que se observa en el caso que nos convoca es que el acta de inspección ambiental (AIA) no resulta autosuficiente, incluso considerando sus anexos. En efecto, la ficha de medición y el reporte técnico asociados se encuentran dentro de lo habitual, pero a la hora de definir un elemento clave, estos antecedentes no se autosustentan.

Sobre el ruido de fondo, como se vio en lo principal de esta presentación, hay dos alusiones muy circunstanciales que se reiteran a continuación:

RECEPTOR	FECHA Y HORA	IDENTIFICACIÓN DEL RUIDO DE FONDO
R1	22/05/2019; 18:20 - 19:05	No.

RECEPTOR	NPS dB(A)	RUIDO DE FONDO dB(A)	CORRECCIÓN dB(A)	OBSERVACIONES
R1	66	0	0	No se registra el ruido de fondo debido a que este no afecta la medición.

Tal como se ha dado cuenta en extenso -y para esos efectos se allegan a este otrosí los argumentos esgrimidos al efecto en lo principal de esta presentación³- en el área en cuestión existe un sinnúmero de fuentes -fijas y móviles- que hace físicamente imposible que en dicha zona no se verifique ruido de fondo a esa hora, que de hecho corresponde a un período peak de tráfico y circulación de locomoción colectiva por la aledaña calle Sotomayor.

El artículo segundo de la resolución 1184/2015 define: “j) *Acta de inspección ambiental: documento elaborado por el encargado de la inspección ambiental donde se constatan los hechos y circunstancias observados durante una actividad de inspección ambiental*”. Si a esto se agrega el inciso segundo del artículo 8 del artículo segundo de la Ley 20.417, que señala que “*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*” (el destacado es nuestro), tenemos que lo consignado en un AIA se presume veraz, pero admite prueba en contrario.

Con la prueba rendida en lo principal de esta presentación acerca de las distintas fuentes posibles que contribuyan al ruido de fondo, queda en evidencia que el AIA, al no fundamentar mínimamente una supuesta ausencia de ruido de fondo, incumple el deber de motivación que pesa sobre todo acto administrativo, lo que constituye un requisito de juridicidad del acto.

Se trata, por tanto, de un vicio formal del acto en cuestión. Por tanto, lo que sigue es analizar la esencialidad de dicho vicio a la luz de la disposición legal que lo prescribe, el artículo 13 de la Ley 19.880: “*El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto*”

³ Y que no serán transcritos en este otrosí meramente por un criterio de economía procedimental.

administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado”.

Un caso conceptualmente similar fue conocido por el Segundo Tribunal Ambiental, en el marco de la causa Rol R-238-2020 caratulada “Collao Guzmán Paulina Soffa / Conaf, Dirección Regional de Valparaíso”, por concepto también de invalidación, esta vez de un Plan de Manejo de Corta y Reforestación de Bosques Nativos para Ejecutar Obras Civiles (PMEOC).

En dicho reclamo judicial, la parte reclamante alegó -en lo que importa- que el PMEOC omitió información relevante sin justificarlo, en particular con respecto a fauna en categoría de conservación. A continuación transcribimos algunos extractos de interés de modo de ilustrar la analogía:

“Sexagésimo quinto. Que, de la mera lectura del punto 5.4 del PMEOC, se advierte la inexistencia de una fundamentación técnica que avale lo allí señalado, no constando si el titular realizó alguna campaña en terreno o siguió la metodología mínima sobre cuya realización se pudiera sustentar la ausencia de especies de fauna con problemas de conservación. En efecto, en el propio PMEOC se identifica solo una especie de fauna, agregando que, sobre la base de consulta a lugareños, no se habría detectado su presencia en el área a intervenir. Asimismo, en este instrumento se indica que no se habría detectado presencia y diversidad de fauna significativa en dicha área. Sin embargo, tales afirmaciones carecen de fundamentación en el PMEOC. (...) De esta forma, tanto la Resolución N° 74/341-50/19 como la resolución reclamada al rechazar la solicitud de invalidación de las reclamantes se fundamentaron en antecedentes inexactos y que incidieron sustantivamente en su dictación”.

Llevado al caso de mi representada, la declaración del AIA respecto del ruido de fondo carece de fundamentación, no constando elemento alguno que permita llegar a dicha conclusión. Siendo la corrección de ruido de fondo un elemento fundamental en la obtención de NPC (Nivel de Presión Sonora Corregido), sobre el cual se establecen las excedencias y luego se ponderan las sanciones. Por último, dicha falta de fundamentación incide sustancialmente en la decisión de multar con 40 U.T.A. a RVC Ingeniería y Construcción S.A.

“Sexagésimo sexto. (...) Este vicio tiene un carácter esencial debido a la magnitud de la omisión en que ha incurrido el titular, atendida la abundancia y diversidad de especies presentes en el área que no fueron consideradas en el PMEOC sobre el cual se pronunció la reclamada (...). En consecuencia, la presente alegación será acogida como se indicará en lo resolutivo”.

“Septuagésimo quinto. (...) Por estos motivos, corresponde dejar sin efecto las resoluciones referidas solo en lo que dice relación con estos aspectos, a fin de que se proceda a su modificación y complementación en tal sentido conforme con el procedimiento previsto en el artículo 12 de la Ley N° 20.283.” Aplicándose en consecuencia nulidad parcial sobre el PMEOC en los aspectos reprochados.

Nuevamente trayendo estos razonamientos al caso de mi representada, el vicio también resulta esencial por cuando la corrección de ruido de fondo es consustancial a la obtención de NPC, pudiendo resultar incluso -como se vio en caso que el ruido de fondo sea alto- en la nulidad forzada de la medición. Su omisión debe entonces acarrear la invalidez -a lo menos parcial- del acto en revisión, debiendo, tal como lo ordena el Segundo Tribunal Ambiental, complementarse en esa parte.

2. Se descarta infundadamente el factor Covid-19 y no se considera la capacidad de pago de la empresa.

Tanto el Dictamen como la Res. Ex. N° 1657 descartan la consideración del factor Covid-19, lo cual llama poderosamente la atención en tanto las industrias inmobiliaria y de las construcción fueron unas de las más golpeadas durante la pandemia. De hecho, el considerando N° 135 de esta última señala que se presume que los antecedentes con que se cuenta consideran los efectos del covid en la empresa, por lo que no procede la aplicación de un ajuste o reducción.

Lo anterior ha sido observado recientemente por la Judicatura especializada. En la causa Rol R-318-2021 2TA estimó que la “(...) *resolución reclamada adolece de una debida fundamentación al no considerar el factor COVID-19 en alguna de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, particularmente dentro de aquellas reguladas en los literales f) o i) del citado precepto legal. En este caso concreto, el cuestionamiento no radica en la ponderación para arribar a la multa y su monto definitivo, proceso en que la SMA goza de cierta discrecionalidad, sino que el vicio se concreta al desestimarse un hecho constitutivo de las circunstancias de los literales i) o f) del artículo 40 de la LOSMA, reconocimiento que no puede ser desestimado en base a la discrecionalidad de la SMA, so pena de incurrir en arbitrariedad. Máxime, si ha sido la propia SMA que, en situaciones similares, ha consolidado (...) un criterio uniforme en el sentido de considerar al factor COVID como un hecho relevante para determinar la sanción que será aplicada (...) al no considerarse el factor COVID, el impacto económico significativo que afectó transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, no fue considerado para determinar la sanción final, lo que se traduce en una sanción desproporcionada (...) la resolución reclamada adolece de un vicio de carácter esencial que hace necesario dejarla sin efecto, debiendo la SMA dictar una nueva resolución que considere el factor COVID para determinar nuevamente la sanción definitiva, así como cualquier otra circunstancia que estime procedente, como sería, por ejemplo, que el infractor haya corregido y puesto fin a la fuente de ruidos molestos”.*

Por lo tanto, se solicita revisar la aplicación de esta circunstancia tanto desde el punto de vista de la menguada capacidad de pago de la empresa (hecho acreditado en el expediente administrativo), como del hecho que la infracción se materializó durante el período de una pandemia que castigó fuertemente a la industria de la construcción.

Asimismo, se ha estimado por la SMA -considerando N° 16 de la Res. Ex. N° 982- que la multa equivale a entre un 7,8% y un 9,4% de los resultados de la empresa, lo que confirma que es elevada en relación a la capacidad de pago. Además se desliza que no se ha calculado la capacidad de pago porque no ha sido expresamente solicitado por la empresa, pero claramente la alegación de falta de proporcionalidad iba dirigida a ese objeto.

Cabe señalar que se ha sostenido que el principio de proporcionalidad “[...] *consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, todos ellos deberán tender, en definitiva, a materializar el principio de proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador*”⁴. Ello genera como consecuencia que la sanción se

⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. 1ed Ed., Valparaíso: Editorial Universitaria de Valparaíso, 2014, p. 493.

modele y module conforme al caso concreto mediante la ponderación de los criterios del art. 40, incluida la capacidad de pago del infractor.

Por esta razón, solicito asimismo que se tenga en consideración la capacidad de pago de mi representada. La omisión de estos elementos deja en entredicho su debida motivación, lo que por añadidura pone en tela de juicio su legalidad y hacen procedente la invalidación (al menos parcial).

3. Aplicación errónea de la circunstancia del artículo 40 letra a).

Llama la atención que, junto con citar jurisprudencia que exige un ‘peligro concreto’, señale a continuación que para ello “*basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo*” (considerando 75).

Para efectuar dicho análisis recurre a la ‘Guía de Evaluación de Impacto Ambiental, riesgo para la salud de la población’ del Servicio de Evaluación Ambiental, elaborado en 2012, aludiendo fundamentalmente a la concurrencia de dos requisitos: a) si existe un peligro y b) si se configura una ruta de exposición. Concluye luego que en el caso en cuestión se dan por acreditados ambos elementos.

Esta parte estima que la fundamentación utilizada para concluir la concurrencia de un ‘peligro ocasionado’ es insuficiente y que el análisis presenta errores, según se explica a continuación:

1. No resulta idóneo hacer una analogía literal de una guía que ha sido concebida con un objeto específico:

“La presente Guía tiene como objetivo entregar criterios y lineamientos para evaluar la generación o presencia del riesgo para la salud de la población, derivado de la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos generados por un proyecto o actividad, cuando estos puedan constituir un efecto adverso para la salud de las personas, permitiendo determinar si el proyecto deberá someterse al SEIA a través de un EIA, o en caso contrario, mediante una DIA”. (Destacado de esta parte)

El Servicio de Evaluación Ambiental, en ejercicio de su atribución de uniformar criterios contenida en el art. 81 letra d) de la Ley 19.300⁵, ha elaborado esta guía con el solo objeto de que el titular del proyecto, con una aproximación de predecir el riesgo, dilucide si en razón de ello debe presentar un estudio o una declaración de impacto ambiental.

En otras palabras, se trata de una guía que está dirigida a la evaluación -por naturaleza preventiva- del impacto ambiental del proyecto a desarrollar, lo cual es muy distinto al requisito de peligro ocasionado, es decir, ya ocurrido, que plantea el art. 40 letra a) de la LOSMA.

⁵ d) Uniformar los criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos de carácter ambiental que establezcan los ministerios y demás organismos del Estado competentes, mediante el establecimiento, entre otros, de guías trámite.

Esta trascendental diferencia de aproximaciones entre el SEIA y el estatuto sancionatorio, exige un nivel de fundamentación mayor al de una aplicación que no sea ‘*mutatis mutandi*’ para que la conclusión que de ella derive sea jurídicamente válida.

2. La aplicación del concepto de ‘peligro ocasionado’ que plantea la SMA no es el adecuado. De hecho, llama la atención que sea ella misma la que, a propósito del peligro, diga en la Resolución Sancionatoria -en el pie de página N° 23- lo siguiente:

“(...) 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 LOSMA”.⁶

Es decir, la SMA está abiertamente reconociendo que para la verificación de concurrencia del elemento de peligro, adopta una aproximación que corresponde a la evaluación ambiental y no a la que los tribunales ambientales, a cargo del contencioso administrativo de actos de la SMA y sus controladores por esencia, recurren conforme al mismísimo art. 40 letra a).

Ello nos conduce a tener que indefectiblemente analizar la naturaleza jurídica del concepto de peligro ocasionado a la luz de sentencias de tribunales y de otros antecedentes relevantes.

Desde el inicio del funcionamiento de la jurisdicción especializada, se ha sostenido que el concepto de ‘peligro ocasionado’ debe entenderse no como una cuestión hipotética sino desde su concreción práctica. Ya la sentencia en causa Rol R-33-2014 del Segundo Tribunal Ambiental señaló que el segundo elemento de la letra a) del art. 40 de la LOSMA corresponde a: *“(...) 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, mas no la producción de la misma. No podría entenderse de otra forma, pues lo que permitirá determinar cuánto incide el peligro en la determinación de la sanción, es justamente la entidad de éste”*.

El Tercer Tribunal Ambiental, por su parte, en la sentencia correspondiente a causa Rol R-50-2017, señaló: *“Que, en lo referido al peligro, en cuanto circunstancia para la graduación de la sanción —letra a) del art. 40 de la LOSMA—, éste tiene una función particular, que a juicio de estos sentenciadores, se refleja en el valor de seriedad de la misma. Como resultado, es necesario que la Superintendencia identifique el peligro considerado en concreto, lo describa, y lo valore según su importancia”*. (Destacado de esta parte)

Respecto del art. 40 letra a), en la pág. 33 de las Bases Metodológicas se expone que *“La idea de peligro concreto se encuentra asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso en específico. Se debe tener presente que el riesgo no requiere que el daño efectivamente se produzca”*. (Destacado de esta parte)

⁶ Pie de página N° 19, página 14.

Luego respecto del art. 40 letra b), se intenta diferenciar con lo anterior indicando que *“la circunstancia de la letra b) de la LO-SMA 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)”*. Esto, veremos, constituye un error.

No se cumple con los requisitos jurisprudenciales si la SMA, por el solo hecho de superarse los niveles del D.S. 38, entiende que se produce un peligro concreto, que es lo que ocurre en este caso. Ese estándar que fija es justamente el de riesgo o peligro abstracto. La jurisprudencia revisada exige a la SMA hacer un análisis de motivación más aterrizado del peligro en concreto.

Tal como se indicó más arriba, la resolución sancionatoria se limita a hacer una breve identificación conceptual de los elementos de un análisis de riesgos (existencia de peligro, ruta de exposición y un receptor sensible), constructo que efectúa de manera teórica para concluir que sí hubo riesgo de afectación y que por ello el peligro se encontraría ‘ocasionado’. Este análisis es claramente insuficiente y sólo tiene entidad para cumplir la exigencia de la letra b), que tiene un estándar más reducido (riesgo de afectar salud de personas como consecuencia de la infracción), según veremos a continuación.

Dada la cercanía existente entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, cabe traer a colación criterios que ha incorporado la Corte Suprema con respecto al delito de peligro. En referencia al art. 318 del Código Penal, una sentencia que se pronunció de un recurso de nulidad indicó que *“(…) la ley exige una puesta en peligro de la salud pública, es decir, se castiga una conducta que realmente genere un riesgo para ese bien jurídico, por lo que no sanciona simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería propio de un delito de peligro abstracto”*. (Destacado de esta parte)

Luego, en la sentencia de reemplazo, profundiza en la materia, señalando que *“la norma del artículo 318 del Código Penal contiene, atendido que se trata de una figura de peligro hipotético, que requiere cuando menos una real idoneidad para generar el riesgo (…)”*.⁷ (Destacado de esta parte)

Por lo tanto, el estándar de fundamentación del peligro en cada caso debe ser acreditado en concreto, y no en abstracto como se observa de la Res. Ex. N° 1657. Se vuelve a caer en el mismo error por la SMA observado por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-233-2020, en cuya sentencia se afirma lo siguiente:

“Que, en cuanto a la concreción del peligro, éste no aparece debidamente justificado de la resolución sancionatoria, toda vez que, en la práctica, se funda únicamente en los altos niveles de superación del límite normativo (…)”. (Destacado de esta parte)

Insistimos, el ejercicio de motivación consignado en la Res. Ex. N° 1657 es insuficiente al ser abstracto y únicamente basado en la medición que arrojó superación del D.S.

⁷ SCS Rol N° 52743-2021

38/2011. Esto puede alcanzar para configurar la infracción, pero en ningún caso para derivar de ello que se ha ocasionado peligro, máxime con el antecedente de una solitaria denuncia que nunca se repitió ni por la misma persona no por nadie más.

Dado entonces que la ponderación de las circunstancias del artículo 40 corresponde al ejercicio de una potestad discrecional de la SMA, la cual debe ser ejercida fundadamente (Rol R N° 195-2018, Segundo Tribunal Ambiental), es que la Res. Ex. N° 1657 presenta un vicio de legalidad en lo concerniente a la concurrencia de la circunstancia de la letra a) del art. 40 de la LOSMA.

III. Conclusión.

Los vicios identificados tienen la entidad suficiente para justificar la aplicación de la invalidación en este caso como herramienta de *última ratio*, ya que inciden directamente en la decisión adoptada y producen un perjuicio a mi representada por la cuantía de la multa impuesta.

Por Tanto, y conforme a las disposiciones y jurisprudencia citadas,

Ruego a Ud., invalidar la Res. Ex. N° 982/2023 y consecuencialmente la Res. Ex. N° 1657/2021, a causa de los vicios anotados, corrigiendo de oficio los mismos y reponderando la sanción a imponer a RVC Ingeniería y Construcción S.A.

SEGUNDO OTROSÍ: ACOMPAÑA ANTECEDENTE

Solicito a Ud. tener por acompañado el siguiente antecedente:

- Registro de video del área en cuestión.

