

PROCEDIMIENTO: Reclamación
MATERIA: Reclamación Judicial contemplada en el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600
RECLAMANTE: Inmobiliaria Providencia Limitada
RUT: 76.453.195-5
ABOGADO PATROCINANTE: Pablo Javier Carrasco Fuentes
RUT: 12.927.807-2
ABOGADO PATROCINANTE: Cristián Ruiz Araneda
RUT: 15.340.818-1
RECLAMADO: Superintendencia del Medio Ambiente
RUT: 61.979.950-K
REPRESENTANTE: Emanuel Ibarra Soto
RUT: 16.359.658-2

EN LO PRINCIPAL: Interpone Acción de Reclamación de Ilegalidad. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documento. **SEGUNDO OTROSÍ:** Se tenga presente. **TERCER OTROSÍ:** Asume patrocinio y poder. **CUARTO OTROSÍ:** Solicita notificación electrónica.

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA

PABLO JAVIER CARRASCO FUENTES, chileno, abogado, cédula de identidad N° 12.927.807-2 y **CRISTIÁN ALEJANDRO RUIZ ARANEDA**, chileno, abogado, cédula de identidad N° 15.340.818-1, en representación convencional de **INMOBILIARIA PROVIDENCIA LIMITADA**, según consta en el mandato judicial acompañado en el primer otrosí de esta presentación, empresa del giro de su denominación, Rut N° 76.453.195-5, representada legalmente por su Gerente Paulsen Dillems, cédula de identidad N° 10.985.239-2, todos con domicilio en Vicuña Mackenna N° 658, de la comuna y ciudad de Temuco, a S.S.I. digo:

Que, actuando dentro de plazo, interpongo la acción de reclamación consagrada en el artículo 17 N° 3 de la ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales (en adelante, “LTA”) en contra de la Resolución Exenta N° 529 (en adelante, la “Resolución SMA”), de fecha 7 de abril de 2022, expedida por la Superintendencia de Medio Ambiente (en adelante, la “SMA” o la “Superintendencia”), que contiene la decisión de acoger parcialmente el recurso de

reposición deducido contra la Resolución Exenta N° 917 de 2 de junio de 2020 y que determinó la conclusión del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-169-2019, incoado por la SMA. Todo esto con la finalidad de que su S.S. Ilustre declare la ilegalidad de la Resolución SMA, por los antecedentes de hecho y las consideraciones de derecho que a continuación expongo:

1) Antecedentes generales.

Con fecha 11 de febrero de 2019, la SMA recibió una denuncia presentada por Claudia Burgos Mancilla, mediante la cual indicó que estaría sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas en la labor de construcción del condominio denominado "Parque Krahmer" en la comuna de Valdivia.

Luego, el 11 de octubre de 2019, la División de Fiscalización de la SMA derivó a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe de Fiscalización DFZ-2019-1984-XIV-NE, que contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 26 de septiembre de 2019 y sus respectivos anexos. Así, según consta en el Informe, el día 26 de septiembre de 2019, es decir, aproximadamente 7 meses después de la denuncia, un fiscalizador se constituyó en el domicilio de la denunciante Doña Claudia Burgos Mancilla, ubicado en calle Isabel La Católica N° 1.050, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental, según consta en el señalado expediente de fiscalización.

De acuerdo a lo indicado en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA. En efecto, la medición realizada desde el receptor N° 1, con fecha 26 de septiembre de 2019, en condición interna, con ventana cerrada, durante horario diurno (07:00 a 21:00 horas), registra una excedencia de 18 dB(A).

Posteriormente, con fecha 28 de octubre de 2019, aproximadamente nueve meses después de la denuncia, la SMA resolvió formular cargos en contra de Inmobiliaria Providencia Ltda., titular de la faena de construcción del condominio Parque Krahmer, ubicado en calle Manuel Montt N° 1.053, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, por la siguiente infracción: La obtención, con fecha 26 de septiembre de 2019, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 73 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición interna, con ventana cerrada, en un receptor sensible ubicado en Zona I y, además, se clasifica como grave en virtud del numeral 2 del artículo 36 de las LO-SMA.

En seguida, el día 26 de noviembre de 2019 se presentó un Programa de Cumplimiento para hacerse cargo de las imputaciones de la SMA. Este programa fue rechazado de plano y sin la emisión de observaciones por parte de la SMA el 9 de diciembre de 2019, mediante la Resolución Exenta N° 2/ Rol 169-2019. Por lo anterior, el 24 de diciembre de 2019, Cristian Paulsen Dillems, en representación de Inmobiliaria Providencia Limitada, presentó un escrito de descargos.

En la misma fecha, mediante la Resolución Exenta N° 1930 del 2019, se ordenó a Inmobiliaria Providencia Limitada la realización de medidas provisionales procedimentales a la obra de edificación Condominio Parque Krahrmer.

El día 26 de diciembre de 2019, la empresa realizó una presentación en virtud de la cual entregó todos los medios de verificación de las medidas provisionales solicitadas al Superintendente del Medio Ambiente, éstas últimas ordenadas por la resolución señalada precedentemente.

Con fecha 2 de junio de 2020, por medio de la Resolución Exenta N° 917 de la SMA, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-169-2019, Inmobiliaria Providencia Limitada fue sancionada con una multa de trescientos sesenta unidades tributarias anuales (360 UTA).

A continuación, con fecha 19 de junio de 2020, Cristian Paulsen Dillems, en representación de Inmobiliaria Providencia Limitada, interpuso un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 917/2020, donde solicitó retrotraer el procedimiento a la etapa de observaciones del PdC, y subsidiariamente rebajar el monto de la multa impuesta. En la misma oportunidad, se acompañó el documento "Informe Técnico: determinación del área de influencia componente ruido, etapa de construcción proyecto "Condominio Krahrmer", Normativa de Ruido Ambiental DS N° 38/11 del MMA."

Luego, con fecha 12 de febrero de 2021, la Municipalidad de Valdivia certificó la recepción Municipal de la obra denominada Condominio Parque Krahrmer, ubicada en Manuel Montt N° 1.053, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, concluyendo totalmente los trabajos de construcción, transcurriendo ya más de 1 año desde el término real y efectivo de las faenas de construcción.

Finalmente, con fecha 7 de abril de 2022, mediante la Resolución Exenta N° 529, la SMA resolvió el recurso de reposición presentado por Inmobiliaria Providencia Limitada, acogiéndolo parcialmente en lo referido a la alegación subsidiaria, en contra de la Res. Ex. N° 917/2020, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-169-2019, rebajando la multa aplicada a 215 UTA, debido a la reconsideración de la excedencia constatada según se expuso en los considerandos 43 al 49 de dicha resolución, modificándose la Res. Ex. N°917 en todo lo relativo a considerar que la máxima excedencia correspondió a 8 d(B) y no 13 d(B), así como la ponderación realizada de las letras a) y b).

1.2) Admisibilidad de la Reclamación.

1.2.1) Procedencia del Reclamo de Ilegalidad.

El artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenido en el artículo 2° de la Ley N° 20.417 (en adelante “LO-SMA”) establece que: *“Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles contados desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental”.*

Por su parte, el artículo 27 de la LTA, preceptúa: *“De la reclamación. Toda reclamación se presentará por escrito, y en ella se indicarán sus fundamentos de hecho y de derecho y las peticiones concretas que se someten a la resolución del Tribunal. Éste examinará en cuenta si la reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma. Podrá declararla inadmisibile mediante resolución fundada si, en opinión unánime de sus miembros, no hubiere sido interpuesta dentro de plazo, se refiera a materias que estén manifiestamente fuera de su competencia, no esté debidamente fundada o no contenga peticiones concretas. Esta resolución podrá impugnarse, mediante reposición con apelación subsidiaria, dentro de quinto día de notificada”.*

En concordancia con la norma reseñada, se puede colegir que esta reclamación cumple con todos los requisitos para ser admitida a tramitación. Esto se pormenoriza conforme a lo que se señala:

i. Se presenta por escrito, debidamente fundamentada jurídica y fácticamente y contiene peticiones concretas.

ii. Se interpone dentro de plazo.

iii. Se refiere a materias que son objeto de competencia de este Ilustre Tribunal.

1.2.2) Observancia de normas de competencia del Ilustre Tercer Tribunal Ambiental.

El artículo 17 N° 3 de la LTA establece la competencia de los Tribunales Ambientales. En efecto, dispone: *“Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para: “3) Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado el infractor”.*

Por su parte, el artículo 5° del mismo cuerpo legal consagra la competencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, al preceptuar: *“Número de tribunales y jurisdicción. Créase un tribunal ambiental con asiento en cada una de las siguientes comunas del país, con la jurisdicción territorial que en cada caso se indica: (...) c) Tercer Tribunal Ambiental, con asiento en la comuna de Valdivia, y con competencia territorial en las regiones de Ñuble, del Biobío, de La Araucanía, de Los Ríos, de Los Lagos, de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y de Magallanes y de la Antártica Chilena”.*

Pues bien, los hechos se suscitaron en la comuna de Valdivia, perteneciente a la Región de los Ríos, lo que determina la competencia relativa pertinente. En definitiva, por todo lo explicitado, no cabe duda alguna que este Ilustre Tribunal es plenamente competente para conocer de la presente Reclamación.

1.2.3) Plazo de interposición del Reclamo de Ilegalidad.

En conformidad con lo que reza el texto normativo -art. 56 de la LO-SMA-, en este caso específico, la reclamación debe deducirse dentro del plazo de quince días hábiles administrativos, contabilizado desde la notificación por carta certificada de la Resolución Exenta N° 529, de 7 de abril de 2022, que resuelve la reposición administrativa en contra de la Resolución Exenta N° 917, de 2 de junio de 2020, que sanciona a Inmobiliaria Providencia Limitada con una multa de 215 UTA.

Por lo indicado, el plazo para deducir la presente reclamación vence el día viernes 06 de mayo de 2022, fecha en que se efectúa esta presentación.

1.2.4) Respecto de la Legitimación Activa.

El artículo 18 N° 3, de la LTA, establece que podrán intervenir como partes en los asuntos de Competencia del Tribunal Ambiental: *"En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente"*.

Es importante señalar que Inmobiliaria Providencia Limitada cumple con esta condición, toda vez que es el destinatario de la Resolución Exenta N° 529 del 2022, que acogió parcialmente el recurso de reposición interpuesto por la Empresa en contra de la Resolución Exenta N° 917, de 2020, que establece una sanción administrativa de multa de 215 UTA.

En concreto, esta calidad se adquiere y queda de manifiesto por la dictación de este acto administrativo que contiene la sanción de multa por un importe de 215 UTA.

2) Alegaciones de fondo para que se acoga la reclamación en contra de la Resolución Exenta N° 917/2020.

2.1) Dilación excesiva y decaimiento del procedimiento administrativo sancionador.

2.1.1) Cuestiones previas.

El procedimiento sancionatorio se originó luego que residentes del sector aledaño al lugar de emplazamiento de la obra reclamaran por la existencia de ruido, el cual no era constante, sino intermitente, en horas de baja injerencia y propio y aceptable de cualquier labor de construcción de esta naturaleza.

Las labores de fiscalización por parte de la SMA se llevaron a cabo con fecha 26 de septiembre de 2019, luego de esto, se dio inicio, propiamente, al procedimiento sancionatorio el día 28 de octubre de 2019.

Luego, Inmobiliaria Providencia Limitada presentó a la SMA un Programa de Cumplimiento (en adelante PdC) para mitigar la emisión de ruidos, el que sorpresivamente fue

rechazado sin siquiera recibir observaciones por parte de la SMA, impidiéndose su implementación.

Así, sin la oportunidad de subsanación de errores o complementación del plan de acciones y metas, se rechazó de plano, continuando con el procedimiento sancionatorio, estimando este regulado que se infringió el deber de asistencia al administrado al momento de elaborar el programa de cumplimiento (como también ocurrió en ocasiones posteriores).

Cabe destacar que, durante toda la extensión del íter procedimental se cumplió de manera íntegra y oportuna con todos las medidas provisionales decretadas por la SMA, lo que fue corroborado por esta entidad administrativo ambiental.

A la fecha de presentación de descargos en el procedimiento sancionatorio, la empresa desembolsó en gastos, tanto para observar lo requerido para implementar el PdC como para cumplir con las medidas provisionales, la suma de **\$142.084.098** (al 24 de diciembre de 2019), lo que corresponde casi al equivalente del importe de la multa que impuso la autoridad.

Es importante señalar que ese monto fue singularizado y justificado en el escrito de descargos presentado por mi representada, por lo que se trata de información que la SMA tuvo a la vista al momento de determinar la multa.

Sin perjuicio de ello, más allá de lo requerido en el marco de las medidas provisionales y del plan de acciones y metas ofrecidas inicialmente en el PdC, la empresa igualmente incurrió en gastos por decenas de millones de pesos para gestionar las emisiones de ruido y para abordar la situación de forma integral.

Esto demuestra desde ya lo inútil en que se torna la imposición de esta sanción administrativa que llega a destiempo, pues se cumplieron todas las exigencias expresadas a través del PdC para subsanar la irregularidad que sin intención ni culpabilidad se generó por parte de la Empresa, pero – debemos recordar – que la propia SMA después de decretar la implementación del PdC, no otorgó siquiera la posibilidad de subsanar errores o complementar el plan de acciones y metas, rechazándolo directamente, aun cuando se verificó el correcto cumplimiento, en tiempo y forma, de las medidas provisionales.

Con posterioridad, se dictó la Resolución Exenta N° 917 de 2 de junio de 2020, que aplicó la sanción de 360 UTA en contra de Inmobiliaria Providencia Limitada, importe desmedido y desproporcionado en atención al único cargo esgrimido contra el regulado y en

consideración a los montos impuestos a otras empresas del mismo rubro y en similares consecuencias, como se expondrá en el acápite siguiente.

Luego, al resolverse el Recurso de Reposición en virtud del cual se impugnó dicho acto administrativo, se expidió la Resolución Exenta N° 529, de 7 de abril de 2022, que acogió parcialmente la solicitud, modificando y rebajando la sanción indicada, aplicando una multa de 215 UTA, concluyendo así este procedimiento sancionador administrativo ambiental.

2.1.2) Plazos procedimentales y demoras excesivas y carentes de justificación.

Ahora bien, no deja de sorprender la dilación excesiva en que incurrió la SMA para resolver este procedimiento sancionatorio, transgrediendo principios esenciales de la organización y tramitación administrativas que, en virtud de su consagración en las leyes N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante “LOCBGAE”) y 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante “LBPA”) constituyen verdaderos mandatos legales para la Administración, como son los principios de celeridad (art. 7 de la LBPA), conclusivo (art. 8 de la LBPA), de eficiencia y eficacia (art. 3 LOCBGAE), de economía procedimental (art. 9 de la LBPA) e inexcusabilidad (art. 14 de la LBPA), entre otros.

Por ende, el actuar de la SMA constituye una actuación pluriofensiva que vulnera diversos principios basales del funcionamiento y procedimientos de cualquier órgano administrativo, atentatorio del interés general y del propio regulado.

1. Lo anterior permite razonar que, efectivamente, desde el inicio del procedimiento sancionatorio el 28 de octubre de 2019, casi nueve meses después de la denuncia, hasta su conclusión el 7 de abril de 2022, transcurrieron más de 2 años (30 meses), lo que es absolutamente excesivo y carente de justificación alguna. Cabe recordar que al respecto la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de la causa Rol N° 23056-2018, estableció criterios precisos para que opere el decaimiento: el transcurso de dos años contados desde la emisión del informe de fiscalización y que la demora sea excesiva e injustificada.

En este caso dicha fecha recaería en el 26 de septiembre de 2019. Por su parte, conforme a lo dispuesto por este Ilustre Tribunal en sentencia Rol N° R-2-2021,

(considerando 2º, N° 2) el plazo se cuenta desde la formulación de cargos, por lo que esta hipótesis operaría desde el 28 de octubre de 2019).

Lo indicado precedentemente es coherente con el plazo máximo de 2 años contemplado en el artículo 53 de la LBPA, el que tiene el carácter de ser de caducidad y no prescripción por lo que no contiene las instituciones de la interrupción ni de la suspensión, propias de ella.

Por lo expuesto, desde que se dio origen al procedimiento sancionatorio hasta la dictación del último acto administrativo que se pronunció sobre el recurso de reposición interpuesto, su extensión se prolongó más allá de lo jurídicamente aceptable. Ello significó que se configurara su decaimiento, generándose su extinción anormal y, consecuentemente, este acto administrativo sancionatorio terminal de multa, al ser expedido en un lapso de tiempo en que carecía de validez su elemento formal (el procedimiento administrativo sancionador), no posee sustento y queda privado de todo efecto jurídico.

2. Tampoco es tolerable, porque igualmente atenta contra la certidumbre jurídica y las normas y principios reseñados previamente, que el recurso de reposición, interpuesto para impugnar la Resolución Exenta N° 917 de 2 de junio de 2020, se haya resuelto en un excesivo plazo que se extendió por 22 meses, es decir faltando muy poco para el cumplimiento del término máximo de dos años, por lo que perfectamente se puede entender que a falta de escaso tiempo para el vencimiento del plazo máximo, no se pueda llegar, sino obligatoriamente a la conclusión que el procedimiento administrativo sancionador adoleció de decaimiento y, por ende, la potestad sancionadora no puede ejercerse.

Es menos comprensible y aceptable esta situación, porque la etapa recursiva posee muchos menos requisitos, diligencias y exigencias como para que se pueda justificar artificialmente, bajo cualquier argumento, que la toma de decisión se haya dilatado exageradamente con absoluta desatención del Ordenamiento Jurídico vigente.

3. Por otra parte, dejando de lado el mayor plazo, no podemos obviar aquel más exigente y aplicable a todo procedimiento administrativo. Así las cosas, el término máximo que se dispone para la completa tramitación de inicio hasta su

conclusión (salvo caso fortuito o fuerza mayor) es de 6 meses, según lo dispone expresamente el artículo 27 de la LBPA.

Este criterio es seguido precisamente por un sector de la 3ª Sala de la Corte Suprema de manera explícita (v. gr., sentencia Corte Suprema Rol N° 14.298-2021) y no hace más que acentuar la exigencia de cumplir con los principios de celeridad y anexos, con el objeto de evitar mantener situaciones de incertidumbre e indeterminación en el tiempo (con los consecuentes reprochables efectos negativos que esto trae aparejado), en desmedro de los regulados y la propia Administración.

De esta manera, un exceso en la tramitación, más allá de los 6 meses regulados por la LBPA, salvo la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, hace decaer el procedimiento administrativo sancionador y torna ineficaz el eventual acto administrativo que se dicte con posterioridad.

En síntesis, la obediencia que debe la SMA, como todo órgano integrante de la Administración del Estado, a la normativa que guía sus actuaciones dentro de los plazos fijados, no es un mero capricho, sino que se condice con un imperativo jurídico en virtud del cual para que estemos frente a un procedimiento racional y justo (en cumplimiento del precepto constitucional del artículo 19 N° 3 de la CPR), la resolución que le pone término debe ser oportuna.

El incumplimiento de los verdaderos mandatos legales que posee para actuar elimina la eficacia y validez a sus actuaciones y actos administrativos formales. Aceptar lo contrario implicaría una asimetría jurídica, pues dado que la observancia de los plazos se debe exigir tanto a los administrados como a los administradores, no sería lógico entender que sólo los primeros deben respetarlos mientras que los segundos puedan dilatar de manera excesiva y sin fundamento o justificación la conclusión del procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte, la sanción administrativa no debe existir sólo por el hecho de sancionar y menos aún cuando no se cumple con la finalidad para la cual se estableció y han desaparecido los supuestos bajo los cuales se expidió, se han suprimido los obstáculos que se buscó eliminar con su dictación o ya no existen efectos adversos.

Debemos recordar que, precisamente, el día 12 de febrero de 2021, la I. Municipalidad de Valdivia certificó la recepción Municipal de la obra Condominio Parque Krahmer, ubicada

en Manuel Montt N° 1.053, Valdivia, Región de Los Ríos, dándose por concluidos totalmente todos los trabajos de construcción, transcurriendo ya más de 1 año desde el término real y efectivo de las faenas de construcción.

2.2) Ausencia de culpabilidad de la regulada.

2.2.1) Actuación de buena fe de la Inmobiliaria.

La regulada siempre ha actuado de buena fe, desde que solicitó las pertinentes autorizaciones administrativas sectoriales, los respectivos permisos e incluso ingresó una Consulta de Pertinencia al Servicio de Evaluación Ambiental de Los Ríos (en adelante “SEA”), que determinó que no debía someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante “SEIA”).

Además de estos actos administrativos, las diligencias y demás trámites tributarios, laborales y comerciales, comenzó, ejecutó y concluyó la obra con pleno apego a la normativa vigente.

Esta misma conducta que ha tenido con las diferentes reparticiones administrativas la ha desarrollado en toda instancia con la SMA, colaborando y facilitando la realización de visitas inspectivas y fiscalizaciones, autorizando, sin trabas, el acceso de sus funcionarios y bajo las indicaciones comunicadas por la autoridad ambiental.

En resumen, su recta actuación se ha demostrado a lo largo de todo el íter procedimental, acatando las instrucciones de la SMA, llevando a cabo las mejoras que se han requerido y tomando diversas medidas voluntarias para la mejora del proceso de construcción y la correcta conclusión del proyecto, con acercamiento a la comunidad, haciéndolas partícipes de éste.

Ello también se manifestó al proponer un programa de cumplimiento y en la implementación de las medidas provisionales, en cuyo marco la Empresa incurrió en importantes gastos buscando en todo momento satisfacer los requerimientos de la SMA.

2.2.2) La trascendencia del elemento culpabilidad en las infracciones administrativas.

Por su parte, para que pueda existir un antijurídico administrativo se requiere de la presencia efectiva de culpabilidad, lo que significa que no pueden aceptarse las infracciones

administrativas que se califiquen por su mera comisión o resultado, por parte del infractor, debido a que la responsabilidad ocasionada por una infracción no es objetiva.

La culpabilidad no sólo constituye el sustrato para imponer una sanción administrativa, sino también el elemento que contribuye a determinar su envergadura. En este sentido, el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental sostuvo que *“en el ámbito administrativo sancionador se aplica el principio de culpabilidad, lo que se traduce en que sólo podrá sancionarse al infractor que ha actuado en forma dolosa o culposa”* (Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-38-2014, considerando cuadragésimo primero).

Dada la relevancia del tema, la SMA mediante el Memorándum Fiscalía N° 90/2020 *“Materias a considerar en la determinación del sujeto pasivo del procedimiento sancionatorio”* (en adelante *“Memorándum N° 90/2020”*), de 29 de mayo de 2020, dio cuenta de una serie de hipótesis que pueden ocurrir en cuanto a la determinación del infractor ambiental, y las formas en las que se deberán enfrentar esas situaciones.

Entre otras, postula la hipótesis en la que existen diferencias entre la titularidad formal en los registros del SEA, y la titularidad en los hechos de un proyecto.

Al respecto, indica que la titularidad de un proyecto es más amplia que la mera titularidad formal en los registros del SEA, de manera que deben realizarse diligencias de prueba que lleven a determinar en concreto cuál es la persona que tiene a su cargo la gestión operativa, ambiental y financiera del proyecto.

De su parte, es evidente que la empresa tenía conocimiento de la realización de labores de construcción que originaron, sin su conocimiento ni intención, una sola infracción de la norma de ruido, pero no puede sostenerse, pues no se acreditó, que estaba en conocimiento de que algunas faenas se ejecutaban ligeramente por sobre los límites permitidos de presión sonora.

Para llegar a esta conclusión, debemos tener en claro que estamos ante una infracción que no es evidente, sino que su verificación requiere del empleo de equipos especializados por parte de personal calificado.

Luego, podemos aseverar perfectamente que la mera especialización (no muy extensa, en todo caso) de Inmobiliaria Providencia no es fundamento suficiente para poder sostener que existió un conocimiento de la antijuridicidad de la infracción.

En realidad, la única manera en que ella podría haberse detectado hubiera sido en el caso que la empresa hubiera contado en dicho momento con equipos técnicos y personal calificado destinados a medir las emisiones sonoras, lo que excede los límites de las obligaciones asumidas por la Inmobiliaria. Es necesario que se considere esta circunstancia con el objeto de que se elimine (o al menos atenúe fuertemente) la sanción por la actuación carente de culpabilidad de Inmobiliaria Providencia, y respeto de la cual se le imputa el carácter de infractor.

Efectivamente, en el presente caso, debemos ser muy precisos y concluir que nos encontramos con que la infracción fue cometida, concretamente, por la empresa constructora a cargo de las obras y no por Inmobiliaria Providencia Ltda., ambas personas jurídicas distintas con patrimonios diversos. Por ende, es un grave error el que llevó a determinar como sujeto pasivo del procedimiento sancionatorio a la Inmobiliaria y no a la constructora, con los nefastos e improcedentes resultados que se han generado.

Respecto de lo anterior, en el considerando 52° de la Res. Ex. 529/2022, la SMA sostuvo que respecto de la obra de edificación al momento de la fiscalización, del 26 de septiembre de 2019, era Inmobiliaria Providencia Limitada quien tenía el control directo de la actividad de construcción que se estaba ejecutando, basando su postura en un somero y equivocado análisis de un contrato de construcción a suma alzada celebrado entre Inmobiliaria Providencia Limitada y Constructora Providencia Sociedad Limitada, de fecha *21 de diciembre de 2019*, hecho, que como hemos indicado es completamente errado, por cuanto el documento que se acompaña en el expediente del procedimiento sancionatorio es de fecha *21 de diciembre de 2018*, encontrándose desde esa fecha la obra de edificación a cargo de la empresa Constructora Providencia Sociedad Limitada y no teniendo Inmobiliaria Providencia Limitada el control de la actividad de construcción.

En apoyo de esta situación esgrimida, es un hecho lógico, conocido y propio del giro de cada empresa en este rubro, que la empresa constructora es la que efectivamente construye o edifica, mientras que la inmobiliaria sólo realiza el proyecto en términos inmateriales y lleva a cabo su promoción.

Así las cosas, queda de manifiesto que el procedimiento administrativo sancionador fue dirigido incorrectamente respecto de un regulado que no cometió, siendo realistas, la infracción y su eventual grado de participación en ella se vería restringido, respecto de la Inmobiliaria Providencia Limitada, a ser el propietario del terreno, mas no a ser el ejecutor de la construcción

ni el contralor directo de las obras de edificación y, menos aún, responsable de la emisión de ruidos por sobre la norma.

Profundizando más aún, si la SMA hubiera realizado el procedimiento sancionatorio ambiental en contra de la empresa constructora y no respecto de la inmobiliaria, la ponderación del literal f) del artículo 40 de la LO-SMA, sería notablemente más baja, debido a que la cantidad de ventas anuales es muy inferior a las de una empresa inmobiliaria, lo que consecuentemente disminuye, necesariamente, el monto final de la multa.

Tampoco debemos olvidar que en materia de Derecho Administrativo Sancionador la culpabilidad es personalísima, por lo cual debe ser asumida efectivamente por el responsable y, con toda razón, no puede existir comunicabilidad con un regulado que no tenga injerencia en la infracción.

3) La multa aplicada es ilegal, toda vez que es desproporcionada y yerra en la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

3.1) Consideraciones preliminares

Una vez establecida la infracción y su gravedad, que en este caso fue calificada como infracción leve, corresponde ponderar las circunstancias del caso concreto para así determinar la sanción específica. Tales circunstancias, contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, están orientadas a materializar el principio de proporcionalidad, tarea en la que la SMA aplica lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 85 de 2018, que contiene las Bases Metodológicas para la Determinación de las Sanciones Ambientales (en adelante, las Bases Metodológicas).

En este caso, el análisis de la SMA fue desarrollado en la resolución sancionatoria, resumidamente, de la siguiente forma:

1. Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c). Se valorizó en 7.8 UTA.
2. Componente de afectación:
 - a. Valor de seriedad:
 - i. Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a). Se determinó la ocurrencia de un riesgo no significativo a la salud de las personas por la excedencia de decibeles.

- ii. El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b). Se determinó en 2074 personas los potenciales afectados.
 - iii. Criterios que a juicio fundado de la Superintendencia sean relevantes para la determinación de la sanción (letra i):
 - Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. Fue relevada la importancia del instrumento normativo infringido, y la magnitud de la excedencia fue ponderada dentro de la letra a).
- b. Factores de incremento:
- i. Intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d). Se estimó que el titular tuvo la intención de omitir acciones tendientes al cumplimiento de la norma.
- c. Factores de disminución:
- i. Cooperación eficaz letra i). El titular entregó información de forma oportuna, íntegra y útil.
 - ii. Aplicación de medidas correctivas (letra i). Fue acreditada la implementación de medidas de mitigación de ruido.
 - iii. Irreprochable conducta anterior (letra e). No es posible descartar tal conducta.

La resolución que es objeto de esta reclamación, al pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto, a propósito de las letras a.i, a.ii y a.iii, modificó lo establecido en la resolución sancionatoria, y determinó que los decibeles que sobrepasaron la norma eran 8 y no 13 y que su valor multiplicativo en la energía del sonido no sería 20 sino 6,3. Asimismo, estableció que el número de personas potencialmente afectadas es 912 y no 2074.

3.2) Casos similares resueltos por la SMA

De forma previa al desarrollo de las alegaciones asociadas a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, es importante revisar otros casos en que la SMA ha debido resolver infracciones a la norma de emisión de ruidos. Ello se ha verificado en reiteradas oportunidades, por lo que existen copiosos precedentes administrativos sobre esta materia:

Tabla N° 1. Procedimientos sancionatorios sobre la misma materia y sus criterios de interés

Rol y titular	dB excedidos	N° de personas afectadas	Beneficio económico (UTA)	Multa (UTA)
D-006-2019	30	230	12	22
D-107-2019	15 y 14	388	4,5	83
D-017-2021	14	153	0,2	5,3
D-005-2018	14	2043	0,2	12
D-011-2014	12,5	Indeterminado	72	81
D-053-2018	12	3233	17,3	34
D-178-2021	11	1629	0,1	67
D-003-2015	9	160	0,02	Amonestación escrita
D-169-2019 (Inmobiliaria Providencia)	8	912	7,8	215
D-149-2021	5 y 7	30	nulo	2,2
D-204-2019	5	43	0,7	1
D-065-2016	3	27	4,7	51
D-093-2021	2	10	0,2	1,2

D-041-2017	1 y 4	194	19	19
------------	-------	-----	----	----

De la información indicada en la tabla anterior es posible advertir que la multa aplicada a Inmobiliaria Providencia es desproporcionada atendiendo todos los elementos de interés que deben considerarse para su determinación:

a) En cuanto a la excedencia de dB: se desprende que en casos de similar excedencia (entre 5 dB y 9 dB) las sanciones han fluctuado entre una amonestación escrita y, como valor máximo, 2,2 UTA.

De esta forma, contrastando el tope superior del rango [CRI] y la multa aplicada en este caso, se observa una variación aproximada de 9772%, lo que evidentemente deja de manifiesto la desproporción en la multa establecida respecto de mi representada.

b) En cuanto al beneficio económico: si se contrasta con casos en que incluso hubo un beneficio económico superior al determinado respecto de Inmobiliaria Providencia (7.8 UTA), en todos ellos las multas fueron inferiores a las determinadas en este procedimiento sancionatorio. En específico, las multas fluctuaron entre 22 y 81 UTA, lo que representa solo entre un 10% y un 38% de la multa impuesta a Inmobiliaria Providencia.

Es decir, en casos donde el beneficio económico establecido fue sustancialmente mayor al de Inmobiliaria Providencia, la SMA de todas formas determinó multas significativamente menores que a mi representada.

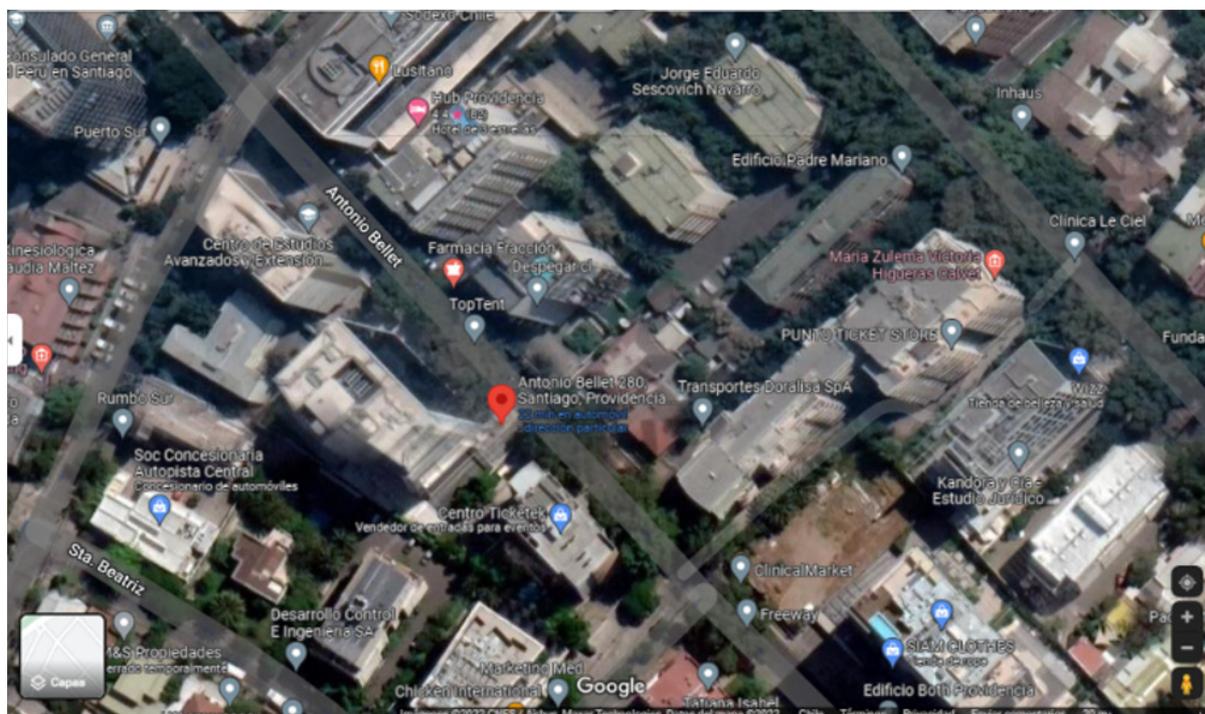
c) Número de posibles personas afectadas: en los casos en que el universo de potenciales afectados fue superior entre un 78% y 254% que los atribuidos respecto del caso que motiva esta presentación, la multa asignada representó apenas una cifra que fluctuó entre un 15% y 31% de la impuesta en este caso.

d) Comparación general: Como hemos venido señalando, la determinación de la sanción respecto de mi representada es desproporcionada al considerar los precedentes administrativos de la propia SMA.

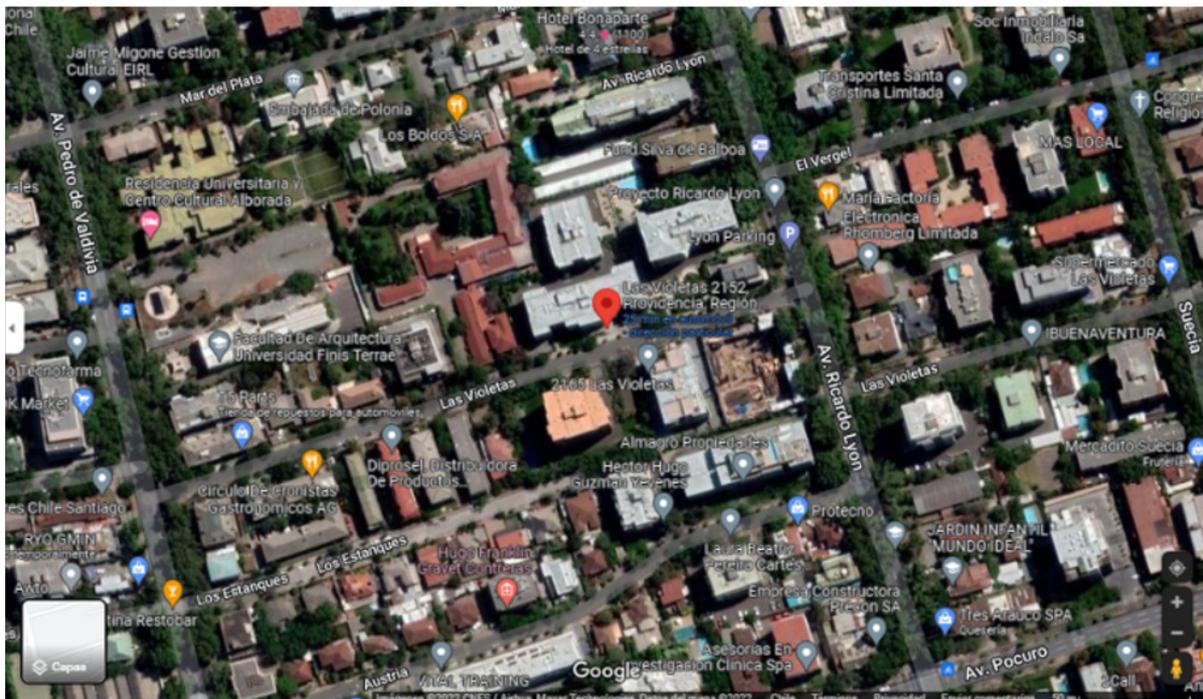
Si cada uno de los elementos antes revisados los consideramos de forma conjunta llegamos exactamente a la misma conclusión.

Así las cosas, tomando como base comparativa el procedimiento Rol D-011-2014, nos encontramos con que el beneficio económico fue un 923% superior que el atribuido a mi representada; y que, tratándose de 12,5 dB de excedencia que pudo afectar a un número indeterminado de personas (dado que se encontraba en la comuna de Providencia, en la Región Metropolitana, es decir un universo mucho mayor que el de mi representada), la sanción establecida por la SMA fue un 38% del monto determinado respecto de Inmobiliaria Providencia, pese a que los elementos centrales que se deben ponderar presentaban indicadores de mayor magnitud.

En la imagen que se presenta a continuación, puede observarse que el edificio construido y que motivó el referido procedimiento sancionatorio se emplaza en una zona de alta densidad, rodeado de comercios y construcciones habitacionales:



A su vez, tomando como base comparativa el procedimiento Rol D-053-2018, nos encontramos con que el beneficio económico fue un 221% superior que el atribuido a mi representada; y que, tratándose de 12 dB de excedencia que pudo afectar a 3233 personas, la sanción establecida por la SMA fue un 16% del monto determinado respecto de mi representada, nuevamente, pese a que los elementos centrales que se deben ponderar presentaban indicadores de mayor magnitud. Al igual que en el caso anterior, la construcción se emplaza en una zona de alta densidad, como se aprecia en la siguiente imagen:



Lo anterior permite concluir que la determinación adoptada por la Superintendencia en este caso escapa con creces a lo resuelto en circunstancias similares.

Esta desproporción en la multa impuesta también puede ser apreciada desde el punto de vista de la carga pecuniaria que significa para la empresa, considerada junto a las inversiones efectuadas a propósito del cumplimiento de las medidas provisionales decretadas por la SMA. Concretamente, tal como consta en los documentos contenidos en el anexo de 24 de diciembre de 2019 del presente procedimiento sancionatorio, y cuyo expediente electrónico se incorpora en el primer otrosí de esta presentación, fueron ejecutadas las siguientes acciones tendientes a hacerse cargo de tales medidas y disminuir el impacto que las obras podrían ocasionar al entorno circundante:

1. Realización de barrera acústica perimetral por todo el perímetro de la obra Condominio Parque Kraemer. Esta medida tuvo un costo asociado de \$72.735.517.
2. Compra de herramientas eléctricas con baja emisión de ruidos. Su finalidad fue disminuir el ruido producido con ocasión de la operación de los motores a combustión. Esta medida implicó invertir \$2.779.600.

3. Confección de biombo para camiones. Esta instalación es utilizada en los procesos de mantenimiento y limpieza de las maquinarias y la carga de escombros. Requirió una inversión de \$3.011.374.
4. Compra de barrera acústica flexible, con el objetivo de mitigar el ruido ocasionado por las faenas de picado efectuadas en fachadas y en general el ocasionado durante el desarrollo de la obra gruesa. Esta inversión fue de \$4.771.111.
5. Realización de cierres interiores de la obra, con una inversión de \$3.622.794.
6. Confección de biombo para placa compactadora, a utilizar en la ejecución de las faenas de excavaciones, perfilado de calles y acopio de materiales. Implicó invertir \$201.679.
7. Limitación del horario de funcionamiento de las faenas más ruidosas entre 8:30 y 19:00 horas, de lunes a viernes, y eliminando su ejecución en los días sábado que la constructora trabajara. Tales faenas son las de tránsito de camiones, hormigón, picado y armado de moldaje. Esta medida tuvo un costo asociado de \$54.962.023.

En total, la ejecución de estas acciones significó una inversión de \$142.084.278, equivalentes a 208,6 UTA aproximadamente¹.

Sin embargo, el Programa de Cumplimiento presentado el 26 de noviembre de 2019 fue rechazado de plano por esta Superintendencia el 9 de diciembre del mismo año, apenas 13 días después. Esta determinación constituyó una abierta vulneración al deber de asistencia al regulado que la ley le impone a la SMA, pues, pudiendo y debiendo hacerlo, no planteó observaciones ni reparos algunos al Programa presentado. El propio ente fiscalizador reconoce *“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”*². Nuevamente, en este punto la SMA se alejó arbitrariamente de su práctica asentada.

Adicionalmente, la inversión referida y ejecutada no fue considerada para efectos de determinar la sanción a aplicar. Muy por el contrario, la suma de las 215 UTA impuestas y las aproximadas 209 UTA ya invertidas por la empresa, arrojan una carga total de 424 UTA, muy

¹ De acuerdo al valor UTA a mayo de 2022.

² Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental, p. 24.

por sobre lo resuelto en cualquier caso de similar naturaleza, bajo cualquier criterio con el que se compare.

Si bien es aceptable que exista un margen de discrecionalidad para la determinación específica de las sanciones, como se expondrá en el acápite siguiente, ello en ningún caso puede dar pie a la aplicación arbitraria de sanciones.

Tal circunstancia se ve coadyuvada por la ausencia de una fundamentación precisa y la expresión de los puntajes asociados a los elementos que componen el valor de seriedad de la sanción.

3.3) Determinación de la sanción en el caso concreto

Las Bases Metodológicas desarrollan la forma en que deben ponderarse las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA en un caso concreto.

Respecto al valor de seriedad, este se compone de las circunstancias contenidas en las letras a), b), e i)³, en lo tocante a la vulneración del sistema jurídico de protección ambiental. Una vez ponderadas estas circunstancias, la determinación del valor se expresa a través de un puntaje que luego se transformará en un valor monetario expresado en UTA, que mientras más alto sea, representa un mayor valor de seriedad. Existen tres categorías, cada una correspondiente a una gravedad mayor que la anterior, en las que se puede ubicar la infracción de acuerdo al puntaje obtenido.

De forma no taxativa, la referida resolución expone los criterios y aspectos que permiten determinar el puntaje asociado al valor de seriedad de una conducta. Tales son los siguientes:

³ También es considerada la letra h), pero por no corresponder su aplicación en el caso en estudio, no fue mencionada.

CRITERIOS	ASPECTOS CONSIDERADOS (NO TAXATIVOS)
Relevancia de la exigencia ambiental infringida	<ul style="list-style-type: none"> • Tipo de norma infringida. • Objetivo ambiental de la norma y/o exigencia ambiental infringida. • Relevancia de la norma y/o exigencia infringida para alcanzar el objetivo ambiental de la misma en el contexto normativo del proyecto o actividad.
Características de la infracción	<ul style="list-style-type: none"> • Magnitud del incumplimiento. • Duración y/o frecuencia del incumplimiento.
Riesgo y/o afectación ocasionada a la salud de las personas	<ul style="list-style-type: none"> • Significancia y características del riesgo ocasionado. • Magnitud y características de la afectación ocasionada. • Población afectada o potencialmente afectada.
Riesgo y/o daño ocasionado al medio ambiente o alguno de sus componentes	<ul style="list-style-type: none"> • Significancia y características del riesgo ocasionado. • Significancia y características del daño ocasionado. • Reparabilidad del daño ambiental ocasionado. • Recursos naturales y/o servicios ecosistémicos afectados. • Recursos y áreas protegidas públicas o privadas, sitios prioritarios o zonas con valor ambiental. • Sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural. • Categorías de conservación de especies afectadas.

Fuente: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

En el caso concreto, se verificó una excedencia de 8 decibeles en el desarrollo de las faenas de construcción desarrolladas por el titular, lo que, de acuerdo con la SMA, ocasionó un riesgo no significativo de afectación a la salud de 912 personas, y respecto a la entidad de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, la Superintendencia la estudió desde dos perspectivas: la magnitud de la excedencia y la relevancia del instrumento. La ponderación de la primera fue subsumida en el análisis relativo a la importancia del riesgo ocasionado, y a propósito de la segunda se estableció que esta es la única norma que regula a nivel nacional y general la emisión de ruidos y que su objetivo es proteger la salud de las personas, sin realmente valorar su infracción.

Este análisis del valor de seriedad adolece de las siguientes falencias:

1. En primer lugar, en ninguno de los elementos analizados fue indicado el puntaje asociado a cada uno de ellos. Es cierto que se expresaron algunas razones que motivaron el análisis desarrollado por la Superintendencia, pero no se indicó su producto final, representado en un puntaje o valor monetario, por lo que no es clara la participación de cada uno de los factores en la determinación de la entidad del valor de seriedad.

2. No se indicó una valoración concreta de la entidad de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. Efectivamente, la SMA indicó que ella fue analizada desde la perspectiva de la relevancia del instrumento normativo infringido y la magnitud de la excedencia, subsumiéndose la ponderación de esta en la del riesgo causado. Sin embargo, la primera finalmente no valoró la vulneración efectuada, limitándose a referirse al objetivo de la norma y su relevancia dentro del concierto normativo nacional, y la segunda no expresó su valoración, pues se incorporó en la letra a), que tampoco lo hizo. Pese a que los decibeles excedidos disminuyeron en 40% y las personas potencialmente afectadas en 56%, en comparación a lo contemplado en la resolución sancionatoria original, la resolución impugnada no se hizo cargo de esta nueva evaluación.
3. Al momento de reajustar a la baja la multa aplicada, la Superintendencia solo fundamentó su decisión en el nuevo cálculo de decibeles excedidos, pero nada dijo sobre el resto de los factores que componen el valor de seriedad. Esto resulta particularmente preocupante en lo que respecta al número de personas potencialmente afectadas, que disminuyó de 2074 a 912, representando una baja aproximada de un 56%.
4. Lo anterior adquiere especial relevancia si se considera que la disminución de decibeles fue aproximadamente de un 40%, al igual que la rebaja de la multa. Sin embargo, la redefinición de las personas potencialmente afectadas implicó disminuir tal universo en 56%, pero aún así no fue considerada por el ente fiscalizador, al igual que tampoco lo fue la vulneración al sistema jurídico ambiental. Estas exclusiones se desprenden esencialmente por su no mención en la parte resolutoria de la resolución recurrida, pero también porque no es lógico suponer que habiéndose reajustado a la baja al menos dos de tres factores en la referida resolución, la multa haya disminuido en igual proporción que solo uno de ellos.
5. Respecto al número de personas potencialmente afectadas, la SMA justificó en ambas resoluciones la elaboración del Área de Influencia “*en el conocimiento empírico adquirido por esta SMA en estos 7 años de funcionamiento, a través de los más de 360 casos analizados de infracciones al D.S. N°38/2011*”. Este modo de

proceder ha sido impugnado en reiteradas ocasiones ante los Ilustres Tribunales Ambientales, los cuales han criticado severamente la forma en que se determina la población afectada por parte de la SMA. En efecto, en sentencia dictada con fecha 13 de julio de 2021, recaída sobre la causa rol R-253-2020, el Segundo Tribunal Ambiental reprocha lo siguiente:

*“Decimoséptimo: Que, en cuanto al método utilizado por la SMA para determinar el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, a juicio de este Tribunal –y tal como se señaló en la sentencia dictada el 18 de junio de 2021 en causa Rol N° R-233-2020-, **no es posible fijar un AI estimativa a través del uso de un método teórico-empírico, que depende fundamentalmente del criterio y conocimiento adquirido por la SMA durante sus años de funcionamiento institucional**, pues ello ‘limita su reproducibilidad desde el punto de vista técnico, así como su nivel de certeza’ (destacado propio).*

Luego, en la resolución impugnada por esta presentación, se efectúa una reducción de la población supuesta o potencialmente afectada, basándose en el mismo criterio de estimación, sin ofrecer argumentación respaldada de forma técnica de por qué la afectación medida en un solo receptor era reproducible a la totalidad del área de influencia indicada por la SMA, pese a indicar la existencia de un único receptor, que es aquél donde se efectuó la medición por parte de la entidad fiscalizadora.

Sobre este punto debe recordarse que, conforme a las Bases Metodológicas, la valoración del componente de afectación al momento de determinar la sanción aplicable a un caso está estrechamente vinculado con un peligro concreto, por lo que debe justificarse empíricamente, situación que en la especie no ocurre.

De todo lo dicho en este punto, cabe concluir que no existen antecedentes dentro del procedimiento que habiliten a la SMA a extender el área de influencia del riesgo por fuera de aquel sector que efectivamente lo experimentó. Esto también ha sido un aspecto relevado y reprochado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, en sentencia recaída en la causa R-233-2020, la cual fue dictada el 18 de junio de 2021:

*“Trigésimo octavo: **Que, a juicio del Tribunal, si bien conforme a las máximas de la experiencia las condiciones del medio de propagación del sonido no resultan ser homogéneas ni estables, en este caso específico, tratándose de una actividad***

que no es permanente, hubiera sido conveniente y razonable la realización de dos o más mediciones en otros receptores sensibles [...] *Lo anterior, considerando, además, el hecho que –según sostiene la reclamante– el escenario y los parlantes del evento tenían una orientación sur, en circunstancias que el hospital se encuentra orientado hacia el norte. En efecto, una medición en dicho receptor habría posibilitado reducir la incertidumbre o sustentar la verosimilitud de que en el AI habría 1.002 personas potencialmente afectadas”* (destacado propio).

6. Por otra parte, es importante hacer presente que la SMA estaría utilizando un mismo aspecto tanto para identificar la infracción que justifica el procedimiento sancionatorio (superación de la norma de emisión contenida en el D.S. 38/2011) como para agravar la sanción aplicable por esa misma infracción, lo cual es una flagrante infracción al principio *non bis in idem*. Debe recordarse que, a través de la observancia de este principio: *“Se procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena sea utilizado nuevamente, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos”*⁴.

En otro orden de ideas, a propósito del único factor de incremento aplicado, referido a la intencionalidad en la comisión de la infracción, esta Superintendencia estimó que el titular tuvo la intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Esta conclusión merece los siguientes reparos:

1. Primero, cabe dar por reproducido lo expuesto al referirnos a la ausencia de culpabilidad, ya que la operación material del proyecto fue ejecutada por un sujeto distinto a mi representada, a saber, la empresa constructora a cargo de las obras. En virtud de ello, resulta forzado y artificial atribuir intencionalidad a Inmobiliaria Providencia, ya que solo se trata de la empresa impulsora del proyecto en términos inmateriales.

⁴ GÓMEZ, Rosa (2017). “El non bis in idem en el Derecho Administrativo Sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLIX, Valparaíso 2º semestre, p.103.

2. Además, nuevamente, no fue indicado el puntaje asociado a este análisis, por lo que malamente se podrá determinar la participación de este factor en la determinación de la sanción. Las Bases Metodológicas refieren que la totalidad de la suma de los factores tiene asociado un límite de 100% de incremento, y que los factores a considerar son 4, indicados en las letras d), e) e i) (esta última dos veces). Pues bien, en este caso solo concurrió uno, por lo que si en términos abstractos se asignara a todos ellos el mismo valor, podría equivaler a un alza de 25%. Sin embargo, este ejercicio hipotético no puede ser comprobado dado que la Superintendencia no expresó el puntaje asignado al factor.
3. Con independencia de lo anterior, la atribución de intencionalidad en la omisión de la norma infringida es forzada. Es efectivo que el titular del proyecto es una inmobiliaria con experiencia de aproximados 5 años al momento en que comenzó la sustanciación de este procedimiento, y que por lo tanto le es exigible cierta pericia en la aplicación del ordenamiento jurídico al desarrollar las acciones propias del giro, que excede la simple presunción de conocimiento de la ley, pero ello no permite bajo ningún concepto colegir que actuó de forma intencionada para burlar la ley vigente. Esa aseveración no solo es excesiva, sino que infundada, pues no existen en el proceso elementos que permitan inferirla.
4. Con todo, en los casos que fueron indicados en la tabla N° 1, el razonamiento adoptado por la SMA en este punto es diametralmente opuesto al que aplicó en el caso en estudio. Así, puede observarse que en el procedimiento sancionatorio rol D-006-2019 determinó que la intencionalidad no era una circunstancia apta de ser considerada *“puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 38/2011 por parte de la empresa”*. En similar sentido, en el caso asociado al rol D-011-2014, además de lo anterior, estipuló que *“la verificación de excedencia de los niveles de presión sonora en el Edificio Bellet 2 como único hecho constitutivo de infracción, permite afirmar que los actos de la empresa no reflejan una intención positiva de incumplir la norma, o en su defecto una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por este motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción”*.

Por último, la aplicación de los factores de disminución de la infracción tiene asociada en las Bases Metodológicas un valor límite de 50%, y se asocian a las letras d), e) e i) (esta última 4 veces). En este caso, fueron aplicadas las letras i) (cooperación eficaz y aplicación de medidas correctivas) y e) (irreprochable conducta anterior).

La ponderación de estos tres factores participa del reproche ya efectuado en orden a hacer presente la no manifestación del puntaje asociado a cada uno de ellos. Un ejercicio hipotético le asigna a cada uno un 33,3% de incidencia en la determinación del ítem respectivo, pero no es posible comprobarlo pues no se expresó tal valoración.

3.4) La determinación de la multa fue arbitraria. Por ese motivo adolece de un vicio de legalidad.

De acuerdo con todo lo expuesto, se desprende que la SMA actuó de forma arbitraria al momento de determinar la sanción específica aplicable al caso, no solo porque no expresó los resultados a los que arribó luego de aplicar los factores legalmente establecidos ni la manera en que cada uno de ellos influyó en el razonamiento aplicado, sino también por aplicar una sanción desproporcionada a la luz de lo resuelto en casos de menor entidad.

La arbitrariedad con que ha actuado la Superintendencia se traduce en una insuficiente fundamentación, y es una circunstancia que ha sido representada por la jurisprudencia especializada. Concretamente, el Segundo Tribunal Ambiental ha indicado que *“lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta y de que forma la motivación de la decisión la explica”*⁵, y que *“(…) deberán estar debidamente motivados, de manera tal que se pueda comprender por qué se optó por una sanción - y en caso de multa, por qué se llegó a un monto específico - y como los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión.”*⁶

A propósito del monto determinado como sanción, el mismo tribunal ha indicado que *“en los términos en los cuales el Superintendente aplica y fundamenta las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, no permiten comprender de qué forma se arribó a la multa de 2.595 UTA, única forma de determinar si hay proporcionalidad en la sanción*

⁵ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa rol R-6-2013, considerando 117.

⁶ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa rol R-26-2014, considerando 33.

*impuesta*⁷. En términos más específicos aún, “debe fundamentar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que le permiten arribar a la sanción específica aplicada al caso concreto, explicitando la medida y el efecto que tiene la aplicación de cada uno de los criterios o factores que le permiten arribar a una sanción en específico. Este deber de fundamentación no implica la determinación ex ante o la existencia de un sistema de tarificación en materia ambiental, ya que sólo comprende señalar en qué medida se ha aplicado un criterio, cuánto puntaje se la ha asignado, lo cual no limita la discrecionalidad en su determinación conforme a las bases metodológicas.”⁸

En el caso en estudio, la SMA se limita a finalizar el análisis de cada circunstancia solo indicando que será considerada en la determinación de la propuesta de sanción específica aplicable a la infracción. Ello ha sido reprochado por el mismo tribunal, pues como “la resolución reclamada efectivamente no señala los puntajes asignados tanto al valor de seriedad, como a los factores de incremento o disminución, se concluye que ésta adolece de un vicio de legalidad por falta de motivación. Este vicio, conforme a lo razonado en los considerandos precedentes, resulta esencial debido a que en esta sanción el componente de afectación y, en particular, el valor de seriedad es el principal factor en su determinación. Asimismo, esta falta de motivación ha tenido perjuicio para el reclamante, ya que se ha visto impedido de ejercer adecuadamente su defensa al desconocer el puntaje asignado al valor de seriedad y a los factores de incremento o disminución, así como las razones que justifican la asignación, a la vez que se impide un adecuado control jurisdiccional de este acto administrativo, no resultando posible determinar si la sanción es proporcional a las infracciones.”⁹

Sobre este respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha fallado en sentido análogo a la judicatura ambiental, estableciendo que:

“No se señala, en concreto, cuáles son todas las razones que determinan el ejercicio de la potestad, incorporando incertidumbre respecto de los motivos que llevaron a determinar la cuantía de la multa reclamada, y cómo incidió en su determinación cada uno de los factores de incremento o disminución, en términos precisos y concretos” (...) “la fórmula utilizada en

⁷ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa rol R-33-2014, considerando 88.

⁸ Ibídem, considerando 28.

⁹ Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa rol R-196-2018, considerando 35.

*términos amplios por la Superintendencia del Medio Ambiente al dictar la resolución reclamada, vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que debe regir la actuación de la Administración*¹⁰.

[...]

No es suficiente que se entreguen razones meramente formales, como ha ocurrido en la especie, en cuanto al componente de afectación, y, en particular, el valor de seriedad y factores de incremento y disminución, cuanto más si ellos han sido utilizado como principal factor en la determinación de la sanción específica finalmente impuesta, desde que los términos abstractos en que cada factor fue descritos (sic), no permite comprender la determinación de la autoridad fiscalizadora y reproducir el razonamiento que la llevó a imponer la sanción reclamada y su cuantía¹¹.

Como se aprecia, esta forma de proceder por parte de la SMA ha generado una serie reproches judiciales, los que se han convertido en una verdadera tendencia judicial, en la cual los tribunales especializados y el máximo tribunal del país se encuentran alineados.

La razón de lo anterior no es insignificante, puesto que, al no otorgar una argumentación razonada respecto a la forma en que se ha llegado a una determinada cifra de sanción, el acto administrativo que la aplica carece de motivación, por tanto, vulnera lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley N°19.880, sobre Bases del Procedimiento Administrativo. **Es precisamente la explicitación del razonamiento seguido por el ente de fiscalización y sanción, el que permite formular un control jurídico y de razonabilidad respecto a éste, además de su adecuada corrección.**

A partir de lo señalado, se puede concluir que es necesario que la SMA defina el puntaje que se le asigna a cada circunstancia del artículo 40, ya que sólo así el infractor podrá contar con la información necesaria para ejercer adecuadamente su derecho a la defensa y reclamar la sanción impuesta. De lo contrario, se dejaría el razonamiento administrativo que sustenta la aplicación concreta de la sanción fuera del alcance de los regulados, cuestión incompatible con los principios de imparcialidad e impugnabilidad aplicables a todo acto administrativo.

¹⁰ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol N°79.353-2020, considerando 16°

¹¹ Ídem, considerando 17°.

En definitiva, es manifiesta la arbitrariedad con que el ente fiscalizador resolvió el caso en estudio. Lo anterior se configuró no solo por no fundamentar adecuadamente la forma en que determinó que esa era la sanción específica que correspondía aplicar, lo que ha sido consistentemente reprochado por la jurisprudencia, sino también porque en casos de mayor entidad aplicó una cuantía muy inferior a la que aquí impuso.

4) Conclusión: Forma en que inciden los errores señalados en la correcta determinación de la sanción.

Las Bases Metodológicas plantean que la determinación específica de la sanción se calcula en base al Beneficio Económico obtenido sumado al Componente de Afectación producido por la sanción. El Beneficio Económico corresponde a la circunstancia del artículo 40 letra c), mientras que el Componente de Afectación se construye a partir de varias causales, nominadas e innominadas del artículo 40, y su cálculo se hace de la siguiente manera:

El primer elemento a considerar consiste en el **Beneficio Económico**. Al respecto, nos remitimos al razonamiento ya expresado, el cual llega a la conclusión de que en el caso concreto tal beneficio, de existir, habría sido como máximo de 7,8 UTA.

Luego, resulta fundamental considerar el **Componente de Afectación**, cuyo primer elemento es el Valor de Seriedad, el que se define a partir de la importancia del daño causado o peligro ocasionado (artículo 40, letra a), del número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (artículo 40, letra b) y la importancia de la vulneración al sistema jurídico ambiental (artículo 40, letra i).

Como ya vimos, el Valor de Seriedad considerado por la SMA se debe reducir debido a que en sus dos circunstancias aplicables al caso presentan yerros en su consideración: i) al contemplarse peligro sobre la salud de la población se cometió una abierta contradicción con la calificación leve de la infracción, la cual se redujo de grave, justamente, porque no se produjeron riesgos sobre la salud de la población; ii) no se consideró debidamente las atenuaciones al área de influencia producto de obstáculos o distintos fenómenos que alteran la dispersión del ruido y; iii) los cálculos de ambas circunstancias se hicieron en función de una infracción de 73 dB(A), cuando el NPC (aplicando pertinentemente la corrección de ventana abierta) fue de 68 dB(A).

Por estas razones, el Valor de Seriedad se debería haber mantenido dentro de la Categoría 1 que se señala en la Figura 3.2 de las Bases Metodológicas, teniendo un Puntaje de Seriedad

de entre 0 y 15, limitándose la sanción aplicable a la que sea pertinente en ese rango. No obstante, en atención al alto valor de la multa aplicada para una infracción de carácter leve (215 UTA) se puede presumir que el Puntaje de Seriedad otorgado por la SMA se situó en un rango muchísimo mayor al señalado, ya que el beneficio económico atribuido (7.8 UTA) fue muy bajo como para incidir determinadamente en la multa.

Ahora bien, siguiendo con el razonamiento de las Bases Metodológicas, la determinación específica de la sanción en base a este Puntaje de Seriedad, se ajusta en función de los factores de incremento y factores de disminución concurrentes.

En cuanto a los Factores de Incremento de la sanción, en el recurso se dio cuenta de los errores consistentes en: i) no se debe considerar la intencionalidad a la conducta (conocimiento de su antijuridicidad), debido a que la naturaleza de la infracción hace imposible saber, sin implementos altamente técnicos, si la conducta efectivamente se encuentra superando la norma; ii) se debe considerar que no existe autoría en la comisión de la infracción ya que ésta fue cometida por la empresa constructora a cargo de las obras.

Por los motivos antes señalados, corresponde que se rebaje la ponderación de los factores de incremento, de manera que se disminuya su importancia relativa en comparación con el resto de las circunstancias para determinar la sanción.

Respecto a los Factores de Disminución, los errores cometidos pasaron por: i) entregar menos importancia de la debida a la cooperación que no sólo fue eficaz, sino que oportuna, íntegra y útil según la Resolución Sancionatoria; ii) descartar medidas correctivas en función de una supuesta ausencia de voluntariedad, lo cual deviene en que estas medidas correctivas dejen de ser analizadas, correspondiendo que, al menos, sean ponderadas como una circunstancia innominada del literal i) del artículo 40.

Lo anterior, genera la consecuencia de que aumente la importancia relativa de los factores de disminución en cuanto a la determinación final de la sanción por parte de la SMA.

Por último, siguiendo la estructura de las Bases Metodológicas, se debe analizar si producto del Factor de Tamaño Económico corresponde aplicar un ajuste a la baja de la posible sanción a aplicar.

En esta etapa, la SMA incurre en un error al no considerar el tamaño económico de Inmobiliaria Providencia como un factor que permite reducir la sanción, en circunstancias que

su nivel de ventas amerita que se aplique un ajuste, tal como lo ha hecho la SMA en procedimientos anteriores.

En suma, podemos ver que el monto específico de la sanción está definido, primero, por el Beneficio Económico, el cual ya se determinó inferior a lo señalado por la Resolución Sancionatoria. Luego, en cuanto al Componente de Afectación, es posible señalar que está constituido por el Valor de Seriedad, que debería estar dado por un Puntaje de Seriedad Categoría 1 (entre 0 y 15); y la determinación específica de la sanción debe considerar de forma más relevante los Factores de Disminución y en menor medida los Factores de Incremento de la sanción, de manera de terminar aplicando un ajuste a la baja de la sanción producto del Factor de Tamaño Económico.

El excesivo monto aplicado como multa (215 UTA) sólo se explica por los errores señalados por esta parte. De corregirse la ponderación de las circunstancias del artículo 40 LO-SMA en el sentido propuesto, la única solución posible a la que podría necesariamente arribar la SMA consiste en efectuar una fuerte disminución de la multa, la cual debe encontrarse en rangos similares a los que ha aplicado en infracciones de igual entidad, respecto de proyectos del mismo rubro.

POR TANTO:

A S.S.I. PIDO, tener por deducida Reclamación contemplada en el artículo 17 número 3 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales en contra de la Resolución Exenta N° 529, de fecha 7 de abril de 2022, expedida por la Superintendencia de Medio Ambiente, que contiene la resolución que acoge parcialmente el Recurso de Reposición deducido contra la Resolución Exenta N° 917, de fecha 2 de junio de 2020, con la finalidad de que su S.S. Ilustre declare:

1. Acoger el presente Reclamo de Ilegalidad íntegramente.
2. La ilegalidad de la Resolución Exenta N° 529, de fecha 7 de abril de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, dejándola sin efecto.
3. Ordenar a la Superintendencia del Medio Ambiente a dictar una nueva resolución que absuelva a Inmobiliaria Providencia Limitada.
4. En subsidio, para el improbable caso de que no se acceda a la petición principal, que se ordene a la SMA a corregir el *quantum* de la multa en función de las

consideraciones de hecho y de derecho planteadas en la presente Reclamación, lo que deberá redundar en una dismunición sustancial de esta.

5. Condenar en costas a la reclamada.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a SS. Ilustre, se sirva tener por acompañado el Mandato judicial de 4 de mayo de 2022 otorgado ante Elisa Genova Espinoza, Notario Público Suplente de la cuarta notaría de Temuco.

SEGUNDO OTROSÍ: Se solicita tener presente que el expediente del procedimiento administrativo Rol D-169-2019 seguido en contra de Inmobiliaria Providencia Ltda, se encuentra disponible en la plataforma electrónica de la SMA, siendo su ruta de acceso: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2056>

TERCER OTROSÍ: Atendida nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, y en virtud del mandato judicial que se acompaña en esta presentación, Pablo Carrasco Fuentes, Cédula de Identidad N° 12.927807-2 y Cristián Ruiz Araneda Cédula de Identidad N° 15.340.818-1, ambos domiciliados para estos efectos en Maipú 251. Of. 701-B, Edificio Prales, Valdivia, venimos en asumir personalmente el patrocinio y poder en esta causa.

CUARTO OTROSÍ: Acorde a lo preceptuado en el artículo 22 de la LTA, se solicita a su S.S.I., disponer que todas las resoluciones que se dicten durante el presente proceso sean notificadas a los siguientes correos electrónicos: pablocarrascof@gmail.com, rodrigoguzman@grabogados.cl y cristianruiz@grabogados.cl.