



PROCEDIMIENTO : Reclamación del art. 17 N° 3 de la Ley 20.600.
MATERIA : Rechazo de Programa de Cumplimiento.
RECLAMANTE : Constructora Mena y Ovalle S.A.
RUT : 96.691.680-K.
REPRESENTANTE LEGAL : Dario Ovalle Irrázaval.
RUT : 6.372.941-8.
ABOGADO PATROCINANTE : Jorge Ignacio García Nielsen.
RUT : 15.641.778-5.
RECLAMADO : Superintendencia de Medio Ambiente.
RUT : 61.979.950-K.
REPRESENTANTE : Marie Claude Plumer Bodin.
RUT : Se ignora.

EN LO PRINCIPAL : Deduce reclamo de ilegalidad.
EN EL PRIMER OTROSÍ : Acompaña documentos.
EN EL SEGUNDO OTROSÍ : Acredita personería.
EN EL TERCER OTROSÍ : Patrocinio y poder.
EN EL CUARTO OTROSÍ : Solicita forma de notificación.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

JORGE IGNACIO GARCÍA NIELSEN, chileno, casado, abogado, Cédula Nacional de Identidad N° 15.641.778-5, en representación -según se acreditará- de **CONSTRUCTORA MENA Y OVALLE S.A.** (en adelante también “la empresa” o “Mena y Ovalle S.A”), sociedad de giro de su denominación, R.U.T. 96.691.680-K, representada legalmente por don **DARIO OVALLE IRARRAZAVAL**, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Andrés Bello 2233, oficina 501, comuna de Providencia, región Metropolitana, a S.S, con respeto digo:

Que, encontrándome dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, cuyo texto fue fijado por el artículo segundo de la Ley 20.417 (o LOSMA) y del artículo 17 N° 3 de la Ley 20.600, que Crea Los Tribunales Ambientales (o LTA), vengo en deducir recurso de reclamación en

contra de la Resolución Exenta N° 2/D-111-2023 dictada el 29 de agosto de 2023 (en adelante “Resolución Reclamada o Impugnada” o “RE 2”), por la Superintendencia de Medio Ambiente (o “SMA”) representada por doña Marie Claude Plumer Bodin en su calidad de Superintendente, ambos domiciliados para estos efectos en Teatinos 280, piso 9, comuna de Santiago, Región Metropolitana, y notificada el 14 de agosto del mismo año, mediante la cual rechazó el Programa de Cumplimiento (en adelante “PdC”) presentado por mi representada, con el objeto de que la deje sin efecto y ordene a la SMA a que lo apruebe con o sin correcciones de oficio o, en su defecto, se proceda según las peticiones subsidiarias realizadas en el acápite IV de esta presentación.

Todo lo anterior, de conformidad con las consideraciones de Hecho y de Derecho que a continuación paso a exponer:

I. CUESTIONES DE FORMA: SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO.

1. Dispone el artículo 17 N°3 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales que: *“Los Tribunales Ambientales serán competentes para: N° 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 la infracción.”*.

2. Por su parte, el artículo 56 de la LOSMA señala 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, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental.*

Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquéllas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

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

3. Adicionalmente, cabe destacar que el acto administrativo objeto de la presente impugnación, es susceptible de ser reclamado al ser un acto trámite calificado, tal como ha

reconocido este Ilustre Primer Tribunal Ambiental en causas: Rol N° R-25-2019 y Rol N° R-17-2019. En efecto, se ha señalado que *“la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto de mero trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión (...) y objeto de control judicial”*.

4. Lo anterior ha sido considerado de la misma manera por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol R-82-2015, el cual indico en el considerando décimo octavo que: *“en concepto del Tribunal, la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión, lo que lo transforma en un acto recurrible - mediante recurso de reposición- y objeto, en consecuencias, de un necesario control judicial.”*

5. La resolución reclamada, entonces, cumple con todos los criterios de procedencia establecidos en los artículos transcritos, ya que:

- a. Son resoluciones dictadas por la SMA.
- b. Son resoluciones que no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que corresponde aplicar en el caso particular, como se apreciará en el presente escrito.

6. De acuerdo con lo señalado por los artículos citados, S.S. es plenamente competente para conocer de la presente reclamación en virtud del artículo 5 de la Ley de Tribunales Ambientales, la cual establece la competencia territorial del Segundo Tribunal Ambiental con sede en la Ciudad de Santiago.

7. En efecto, la supuesta infracción que dio lugar a la formulación de cargos y el procedimiento Sancionatorio ROL D-111-2023, fue originada en la comuna de Providencia, región Metropolitana, en atención a las faenas constructivas, cuyo titular es mi representada, consistentes en la obra, ya terminada denominada Bucarest 50, ubicada en la calle General Holley 2335, comuna de Providencia, región Metropolitana.

8. De otro lado, y de conformidad a lo dispuesto en el mismo artículo 56 ya citado el 29 de agosto de 2023 la Superintendencia de Medio Ambiente rechaza el PdC y reinicia el procedimiento sancionatorio mediante la RE N°2/D-033-2023, la que se notificó a mi representada el día 29 de agosto del año en curso por vía electrónica, tal como consta en correo electrónico que se acompaña en el primer otrosí de esta presentación, también disponible en el expediente electrónico.

9. En consecuencia, el presente reclamo se encuentra interpuesto al decimoquinto día de notificada la resolución reclamada, tomando como referencia para su cómputo el 29 de agosto de 2023, y considerando la forma de cómputo de días hábiles administrativos.

10. Finalmente, el artículo 18 N° 3 de la LTA, dispone que podrán reclamar: “(...) *las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia de Medio Ambiente*”.

11. Respecto de ello, no hay duda que Constructora Mena y Ovalle se encuentra directamente afectada por la Resolución Reclamada, dado que dicha decisión rechazó el PdC.

12. Dado todo lo expuesto, el presente reclamo, entonces, cumple cabalmente con los requisitos establecidos en el artículo 27 de la ley 20.600, toda vez que se encuentra interpuesto dentro de plazo, ante el tribunal competente y por el legitimado activo.

13. Por lo tanto, dado que se satisfacen los estándares del examen de admisibilidad del presente reclamo de ilegalidad, no existiendo impedimento alguno para que este Ilustre Segundo Tribunal Ambiental lo declare admisible y conozca del fondo del asunto.

II. LOS HECHOS.

1. Para efectos de contextualizar la presente reclamación haremos un breve resumen de los hechos acaecidos dentro del contexto del procedimiento sancionatorio.

2. La empresa Constructora Mena y Ovalle S.A, fue titular de la unidad fiscalizable Bucarest 50, ubicada en la calle General Holley 2335, comuna de Providencia, región Metropolitana, la cual se encuentra regulada como fuente emisora de ruidos al tratarse, en su oportunidad, de una faena constructiva de acuerdo con lo establecido en el artículo 6, números 12 y 13 del D.S N°38/2021 MMA.

3. Cabe señalar que el proyecto ya se terminó de construir hace ya un buen tiempo, según se da cuenta en Certificado de Recepción Definitiva N° 27/22 emitido por la Dirección de Obras de la Ilustre Municipalidad de Providencia de fecha 28 de enero de 2022.

4. Conforme lo expresado en los considerandos de la Resolución Exenta N°1/Rol D-111-2023 (en adelante “Res. Ex. N°1), el presente procedimiento se inició a partir de una denuncia efectuada el 2 de agosto de 2021 cuyo ID es 1192-XIII-2021.

5. Estos antecedentes constan en la plataforma electrónica con la cual dispone la SMA, denominado “SNIFA”.

6. Ante lo señalado, y como se puede apreciar del propio SNIFA, la SMA realizó un requerimiento de información mediante Resolución Exenta N° 2399 de fecha 8 de noviembre de 2021, ante lo que mi representada respondió con carta de fecha 2 de diciembre 2021 mediante la cual informó de la adopción de una serie de medidas de mitigación

implementadas de manera oportuna, entregando copia de medición de ruidos realizada la ETFA denominada Vibroacústica, los días 19, 22 y 23 de noviembre, es decir, tan sólo dos semanas después del requerimiento de información realizada.

7. Cabe señalar que, entre febrero de 2021 y diciembre de 2021, el proyecto se encontraba en etapa de terminación de fachada, y entre marzo de 2020 y abril de 2022 el proyecto estuvo en etapa de terminación de departamento, todo ello según Carta Gantt que fuera acompañado al Programa de Cumplimiento finalmente rechazado.

8. Pues bien, con base en estos antecedentes, el 15 de mayo de 2023 mediante la Res. Ex. N° 1, esta Superintendencia formuló cargos a mi representada por los siguientes hechos, actos u omisiones, con las clasificaciones de gravedad que se indican:

| N° | Hecho que se estima constitutivo de infracción | Norma de Emisión | | | | |
|------|---|--|------|-----------------|-----|----|
| 1 | La obtención, con fecha 2 de julio de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 80 dB(A) ; la obtención, con fecha 19 de noviembre de 2021, de un NPC de 67 dB(A) ; y, la obtención, con fecha 22 de noviembre de 2021, de unos NPC de 66 dB(A) y 72 dB(A) , todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa y en receptores sensibles ubicados en Zona III. | <p>D.S. N° 38/2011 MMA, Título IV, artículo 7:</p> <p><i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <table border="1" data-bbox="772 1072 1109 1137"> <thead> <tr> <th data-bbox="772 1072 903 1104">Zona</th> <th data-bbox="903 1072 1109 1104">De 7 a 21 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td data-bbox="772 1104 903 1137">III</td> <td data-bbox="903 1104 1109 1137">65</td> </tr> </tbody> </table> | Zona | De 7 a 21 horas | III | 65 |
| Zona | De 7 a 21 horas | | | | | |
| III | 65 | | | | | |

Tabla 1: Cargos formulados en Res. Ex. N°1

9. Mi representada, frente a lo anterior, presentó un programa de cumplimiento con fecha 9 de junio de 2023, el que -desde ese momento- contenía antecedentes suficientes para satisfacer los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.

10. En efecto, se presentaron acciones y metas para todas las infracciones, mediante medidas evidentemente eficaces, como veremos más adelante, y ofreciendo los modos pertinentes para su adecuada verificación.

11. Como se puede verificar en los antecedentes que constan en el expediente electrónico del procedimiento sancionador en comento, esta Superintendencia decide por sí y ante sí, de

plano, y sin haber entregado previamente al titular audiencia previa, con base en una serie de objeciones a las medidas y antecedentes aportados, rechazar el Programa de Cumplimiento mediante la Resolución Exenta N° 2.

III. EL DERECHO:

III.1. FALTA DE PONDERACIÓN RACIONAL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE APROBACIÓN DEL PdC PRESENTADO, FALTA DE MOTIVACIÓN Y DE PROPORCIONALIDAD.

A) FALTA DE PONDERACIÓN RACIONAL DE LOS CRITERIOS DE APROBACIÓN Y FALTA DE MOTIVACIÓN.

1. Para el presente caso, no se logra dilucidar una correcta ponderación racional del supuesto incumplimiento de los requisitos de aprobación del PdC presentado, ya que, en general, este se rechaza fundamentalmente por: **(i)** las acciones que se habrían realizado antes de las mediciones que originaron el presente procedimiento sancionatorio; **(ii)** las fotografías no cuentan con georreferenciación, **(iii)** falta de acreditación de la materialidad y características de las medidas implementadas, **(iv)** la verificación mediante declaraciones juradas para acreditar implementación de acciones resulta poco contundente; **(v)** la medición por no ETFa no permite acreditar retorno al cumplimiento.

2. En efecto, el hecho de no considerar ninguna de las acciones propuestas en el PdC, hacen que en concreto no exista una ponderación racional y, en consecuencia, la resolución que rechaza el PdC carece de motivación.

3. En primer lugar, cuando la Res. Ex. N°2/D-111-2023, en su Considerando 11 señala *“Que, en primer lugar, las Acciones N° 1, N° 2 y N° 3 individualizadas en las letras anteriores ya se encontrarían ejecutadas de acuerdo con lo declarado por el titular en su programa de cumplimiento. Asimismo, la faena constructiva se encuentra terminada, conforme consta en el certificado de recepción definitiva N° 27/22, de 28 de enero de 2022, emitido por la Dirección de Obras Municipales de Providencia”*, no procede a señalar que, dado ello, se aprecia la tardanza en la sustanciación del procedimiento, y la dificultad en hacerse de los medios de verificación que se observan.

4. Lo anterior se aprecia de inmediato, cuando en el Considerando 12 se indica que *“cabe señalar que respecto a la Acción N° 1, y de acuerdo a lo señalado por el titular en el propio PdC, las facturas para acreditar la implementación de esta medida corresponden a febrero y diciembre de 2019,*

esto es, con anterioridad al hecho infraccional, por lo que malamente se puede ponderar para considerarla como un retorno a cumplimiento de la normativa ambiental (...)”. Al respecto, cabe señalar que las acciones cuestionadas en cuanto a la supuesta implementación de estas medidas previas al hecho infracciones, la SMA debe tener presente que una política que reitera y ejecuta Mena y Ovalle S.A en todas en cada una de las faenas es implementar una serie de medidas que busquen mitigar ruidos previa a cualquier eventualidad negativa.

5. Pues bien, si bien existen materiales adquiridos con anterioridad a los supuestos hechos infraccionales, ello se debe al de modo de operar diligente de mi representada. De esta manera, si frente a eventualidades como la ventilada en el presente procedimiento sancionatorio existieran molestias de ruidos o excedencias acreditadas, mi representada estaba en condiciones de adaptar estas medidas, implementarlas, o bien trasladarlas de ubicación para el lugar de la faena donde fueran requeridas, que fue lo que justamente se realizó.

6. Lo anterior, por cuanto, estas barreras, así como la mayoría de estas medidas, tienen **una naturaleza móvil**, por lo que, si bien pueden haberse adquirido los materiales antes del supuesto hecho infraccional, e incluso pudiendo estar instaladas, esto no obsta a que puedan ser trasladadas y adecuadas para el caso en concreto y en caso de necesidad.

7. En ese sentido, malamente la SMA podría descartarla su eficacia por el mero hecho de haberse adquirido materiales con anterioridad a la medición ETAF que funda el presente procedimiento sancionatorio.

8. Por otro lado, en cuanto a las fotografías sin georreferenciar, ello no puede ser un motivo para descartar ni la eficacia ni la verificabilidad. En efecto, todas las fotografías disponibles y acompañadas a lo largo del presente procedimiento, y tempranamente en el requerimiento de información, permiten deducir mediante una simple observación del entorno de la faena y su ubicación precisa. Lo anterior, sin mencionar todavía que ni siquiera se dio la posibilidad de incluirlas.

9. Así las cosas, las fotografías de manera clara dan cuenta no solo de la implementación de las medidas, sino que dan cuenta del lugar físico donde éstas fueron implementadas.

10. Se agrega a lo anterior, que también es posible identificar el lugar exacto de implementación de esta medida, mediante el plano acompañado al PdC original como documento n° 5, lo que puede verificar cualquier persona que simplemente se haya detenido a apreciarlo, cuestión que no aparece considerada en parte alguna de la resolución impugnada.

11. Por otro lado, y en cuanto al cuestionamiento que la SMA hace respecto de las características de los materiales adquiridos para las medidas de mitigación, mi representada adquirió insumos suficientes para mitigar el ruido. De todo ello, se da cuenta en las mismas facturas que ya fueran acompañadas al PdC original, lo que al parecer no fue notado por la SMA.
12. Es decir, la SMA tuvo a la vista las características en las propias glosas para la acreditación respectiva de esta y, sin embargo, optó ignorarlas.
13. Lo anterior, como se señalará, más allá del error de apreciación, era perfectamente subsanable y aclarable por medio de una reunión o audiencia previa a dictarse la resolución impugnada y, sin embargo, la SMA procedió a rechazar sin más el PdC, alejándose, consecuentemente, de esta necesaria colaboración entre administrado y administrador (sobre la que ahondaremos más adelante).
14. Por otra parte, la SMA cuestiona y descarta las declaraciones juradas presentadas por mi representada para acreditar medidas como paneles acústicos, cierre acústico, disminución de equipos generadores de ruido), al entender que no revisten *“de la seriedad ni contundencia necesaria, para ser, por sí misma, como antecedente que dé cuenta inequívocamente que las medidas fueron implementadas”*.
15. Al respecto, cabe señalar que ante la urgencia de acotado plazo para presentar el PdC, y la tardanza del procedimiento que llevó a que la formulación de cargos se hiciera casi dos años después de realizado el requerimiento de información, vuelven una tarea compleja la recopilación de documentación pertinente para acreditar todas las medidas que se han realizado. Frente a ello, las declaraciones juradas se idearon como un medio indiciario y complementario para acreditar y blindar lo que hemos señalado previamente, ante lo cual la SMA procede a reaccionar sorpresivamente sin siquiera dar la oportunidad de ahondarse sobre ellas, solicitando tal o cual medio para verificar de mejor manera lo indicado en ellas.
16. En efecto, la SMA simplemente descarta su validez, injustificadamente dentro del sancionatorio, dejando a mi representada en plena indefensión, debido a su propia tardanza, y con menos posibilidades de recopilar antecedentes para acreditar la implementación de las medidas.
17. Cabe tener presente, que las personas cuya declaración se plasmó corresponden a empleados que vieron, en primera persona, y gestionaron por si mismas, la implementación de todas y cada una de las medidas, por lo que no corresponde su descarte de plano. Testimonios que, además, son contestes entre ellos.

18. Sin perjuicio de lo anterior, mi representada agotará todas las instancias para que las personas indicadas puedan declarar dentro del contexto del procedimiento sancionatorio, dándole continuidad al mismo. A ello se agrega que han continuado las labores de recopilación de antecedentes, los que serán aportados en su oportunidad.

19. Otor ejemplo de lo señalado, consiste en el descarte de la reubicación de equipos y reducción de la frecuencia de funcionamiento, la que es descartada por la SMA ya que, si bien acreditaron disminución de excedencias, ella no habría sido lo suficientemente relevantes para lograr un cumplimiento total de los umbrales establecidos por el art. 7 del DS. 38/2011.

20. A continuación, de hecho, la SMA procede a realizar una defensa cerrada de las mediciones que originaron la formulación de cargos, para, de dicha manera, dejar establecido que los umbrales señalados por ellas no adolecen de vicio o defecto alguno.

21. En efecto, en los Considerandos 15 a 19 de la resolución impugnada se realizan razonamientos para defender la supuesta contundencia técnica de las mediciones de ruido realizadas que fundan el procedimiento sancionatorio en cuestión, y cuya superación de umbrales permiten, en definitiva, rechazar el PdC presentado.

22. Pues bien, según el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental denominado DFZ-2021-2983-XIII-NE de diciembre de 2021, la medición ETFA que funda los cargos se realizó los días 19, 22 y 23 de noviembre de 2021 en 3 receptores, junto con la anterior medición de funcionario municipal realizada el 2 de julio de 2021.

23. Ahora bien, ninguna de las mediciones se efectuó al interior del inmueble del denunciante ni de ningún receptor, de acuerdo con el propio informe.

24. Es más, la medición de funcionario municipal en receptor 1 que arrojo supuesta excedencia es desvirtuada posteriormente por la propia medición ETFA que indica que en el receptor 1 ya no hay superación alguna, lo que no es considerado por la SMA ni para la formulación de cargos ni para aprobar el PdC presentado.

25. En efecto, con fecha 2 de julio de 2021, funcionarios de la I. Municipalidad de Providencia concurrieron a llevar a cabo una medición en el balcón del receptor 1 (denunciante), en condición externa, tal como se detalla en el anexo de la formulación de cargos (página 2), cuyos resultados exponemos a continuación:

| Receptor N° | NPC [dBA] | Ruido de Fondo | Zona DS N°38 | Periodo | Límite [dBA] | Estado |
|-------------|-----------|----------------|--------------|---------|--------------|--------------------|
| 1 | 80 | No se percibe | III | Diurno | 65 | Supera en 15 dB(A) |

26. Pues bien, el informe ETFA de noviembre de 2021 indica expresamente sobre este receptor en su página 29 que en ninguna de las 3 mediciones superó los umbrales establecidos.

En efecto, en sus conclusiones se indica que: *“Los resultados de la medición efectuadas muestran que los niveles de presión sonora corregidos (NPC) obtenidos Superan los niveles máximos permitidos por el D.S. N°38/11 del MMA durante los días 19 y 22 de noviembre de 2021, en los receptores R2 y R3. Mientras que durante el día 23 de noviembre de 2021 la medición de los NPC No Superan los niveles máximos permitidos por el D.S. N°38/11 del MMA”*

27. En efecto, según se puede extraer del señalado informe de fiscalización, los resultados obtenidos por la ETFA fueron:

| Día | Receptor N° | NPC [dBA] | Estado |
|----------------|-------------|-----------|-------------------|
| 1 (19/11/2021) | R2 | 67 | Supera en 2 dB(A) |
| 2 (22/11/2021) | R2 | 66 | Supera en 1 dB(A) |
| | R3 | 72 | Supera en 7 dB(A) |

28. En estos lugares se obtuvo una medición de nivel de presión sonora, según lo expuesto en la tabla, en horario diurno, lo que significa una excedencia de 2, 1 y 7 (dBA) en condición externa en dos receptores (R2 y R3) sensible ubicado en Zona II. Pese a ello, se recalca que las mediciones con las que se cuenta son externas, es decir, no se posee el nivel de presión sonora dentro de alguna vivienda. En cuanto al receptor 1 (denunciante), la medición arrojó resultados que cumplen con la norma, consistiendo en 65 db.

29. Adicionalmente, cabe destacar que para ambos casos (medición ETFA y medición Municipal) no consta nunca la medición de ruido de fondo, pese a que entre la faena constructiva ubicada en calle General Holley y el punto de los receptores, se encuentra la calle señalada, zona donde transita de manera continua e ininterrumpida flujo vehicular y peatonal. A ello se agrega, que también existe actividad comercial, estación de metro y tres grandes avenidas con flujo vehicular constante como lo es Avenida Andrés Bello, Avenida Providencia y Avenida Los Leones.

30. En efecto, estos aspectos no fueron considerados en las mediciones realizadas por la Municipalidad y por la propia ETFA, ya que el primero sólo se remite a señalar que el ruido de fondo *“no se percibe”*, lo que es derechamente imposible, y el segundo indica que *“no afecta”*, sin dejar constancia de su medición.

31. Es más, como se puede desprender del reporte técnico elaborado por funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Providencia (fiscalización de 2 de julio de 2021), se señala que: *“No se realizó medición de ruido de fondo, debido a que al momento de la visita, este fue enmascarado notoriamente por las fuentes al interior de la obra en construcción (múltiples taladros, múltiples sierras,*

caída de material) ”¹ lo que naturalmente se aleja de los parámetros y estándares de una medición que pretende fundar una formulación de cargos, ya que tampoco se constata la realización de ninguna medición que haya pretendido medir, aisladamente, sólo y exclusivamente las emisiones de la faena constructiva de mi representada, “aislándola” del resto.

32. Al respecto, cabe tener presente también, que la Res. Ex. N°867 de la SMA nada dice respecto de la “no medición” del ruido de fondo en términos expresos. Es más, el propio informe de fiscalización indica en su página cuatro que: **“Cabe destacar que no se entregan razones para no efectuar mediciones de ruido de fondo”.**

33. Por otro lado, y como hemos comentado, las mediciones fueron realizadas solamente en condición exterior y no de manera interna. La SMA pretende validar dicha posibilidad amparado en el art. 16 del DS 38, pero dicho artículo en ningún momento avala la posibilidad de realizar mediciones únicamente externas, pues de lo contrario, ¿para qué existirían las internas si siempre son posibles las externas? Más bien lo que corresponde, es realizar las mediciones que permitan representar la situación más desfavorable, bajo una ponderación racional, y ello, en el presente caso, simplemente no ocurrió.

34. En efecto, la ETFA midió en el receptor 2 sólo en la vía pública, sin esgrimir argumento alguno de por qué no pudo ingresar a la vivienda, o siquiera si lo intentó. De la misma manera, para el receptor n° 3, midió en la parte superior de un edificio, sin señalar si intentó ingresar a algún departamento o midió en el hall de entrada, sin indicar -además- si consta en la techumbre constaba un quincho o instalación que permitiera dar algún tipo de uso, todo lo cual impide darle una representativas real a la medición, bajo una ponderación racional de la misma.

35. Evidentemente, ambas mediciones se alejan, como se ha dicho, de una ponderación racional de la verdadera representatividad de las mediciones, puesto que la situación más desfavorable no significa poder medir las emisiones acústicas en cualquier parte, sino que una ponderación seria y racional de que la medición efectivamente permitirá representar la situación del receptor.

36. Lo anterior es de suma relevancia, puesto que esgrimir que la vía pública es un receptor, no se condice con la definición que del mismo concepto entrega el DS 38, lo que permite descartar la medición realizada para el “receptor 2”. Del mismo modo, para el

¹ Página 4 de Reporte Técnico. Municipalidad de Providencia.

“receptor 3”, lo realizado implicaría que siempre sería posible medir única y exclusivamente en el techo de las casas, lo que derechamente se vuelve absurdo.

37. Por último, en cuanto la medición realizada por la Municipalidad, debemos indicar que ella no aparece como una forma de fiscalización existente y reconocida por el art. 22 del D.S 38/2016, ya que no la realizó la SMA ni la ETFA, ni tampoco un servicio programado o subprogramada, sino que se realizó mediante una simple colaboración.

38. Ahora bien, a ello se suma que la SMA decide formular cargos por las cuatro supuestas excedencias, pero mantiene, como expusimos previamente, para el caso del receptor 1 (que además es el denunciante), que hay una supuesta superación de 15 dB(A) según lo medido por la Municipalidad, a pesar de que posteriormente en los resultados y en el informe elaborado por la ETFA, esta supuesta superación queda completamente descartada. Es decir, la SMA toma sólo lo más desfavorable para mi representada de la medición ETFA y no lo favorable, volviéndose derechamente discriminatorio, poco objetivo, y parcial.

39. **Así, la propia SMA con la información disponible podía verificar que las medidas que oportunamente mi representada adoptó fueron efectivas para mitigar los supuestos ruidos vinculados con la denuncia del receptor 1, no existiendo superaciones en noviembre de 2021 para este receptor.** Ello también queda reafirmado con la inexistencia de nuevas denuncias por parte de la denunciante. Sin embargo, nada de ello fue considerado por la resolución impugnada. Es más, para los receptores 2 y 3 donde indica que las medidas tampoco fueron efectivas, más allá de la supuesta superación formal de los umbrales constatada por la ETFA, **en ningún momento la SMA pondera que dichos receptores no registraron jamás denuncia alguna.**

40. Pues bien, ya siendo cuestionable que los cargos se funden únicamente en una sola denuncia que al momento de llevarse a cabo las mediciones por la ETFA Vibroacústica ya no tenía superación alguna, se agrega además que, según reglas de la sana crítica, para entender acreditado una infracción se requiere analizar bajo los criterios que dicen relación con las máximas de la experiencia, conocimiento científicamente afianzados y la equidad, lo que no se cumple en la especie, ya que se termina por descartar el PdC presentado basado en razonamientos que sólo dejan en indefensión a mi representada. En efecto, se cuestiona las medidas por la oportunidad en las que se habrían realizado o por la inexistencia de medios de verificación, sin haber reparado que la obra ya se encontraba construida al momento de la formulación de cargos, volviéndose imposible volver atrás en el tiempo para mejorar o aclarar con mejor medios de verificación lo realizado, junto con basarse para el descarte en

mediciones evidentemente carentes de rigurosidad técnica, lo que permitía aún más incentivar su cumplimiento mediante el mecanismo utilizado.

41. En efecto, si ante el rechazo del PdC por no haberse acreditado, supuestamente, la eficacia y verificación de las medidas, se puede replicar que ni siquiera las mediciones que fundan los cargos fueron realizadas adecuadamente como para rechazar de plano una serie de medidas efectivamente realizadas y cuya eficacia se acreditó mediante los antecedentes existentes en el propio expediente del procedimiento sancionatorio en curso toma.

42. Cabe hacer presente que, durante el 2 de julio de 2021, solo se llevó a cabo una medición, que duró pocos minutos (11.05 a 11.11 hrs), la que no se replicó en horarios distintos y menos en días distintos, no considerando las condiciones ambientales en modo alguno, sin siquiera explicar porque no se pudo ingresar a la vivienda del receptor 1 denunciante.

43. Pues bien, como comentamos, lo anterior carece de toda ponderación racional, y se aleja completamente de un análisis que esté revestido bajo los parámetros de la sana crítica.

44. De otro lado, la medición de la ETFA Vibroacústica, no sólo fue encargada y mandatada por mi propia representada, sino que, además, acredita la corrección de cualquier posible excedencia que se haya podido generar respecto del receptor n° 1 denunciante, lo que no es considerado por la SMA para la formulación de cargos.

45. Como corolario de lo expuesto, es que la SMA intenta justificar el hecho de que ni la ETFA ni la Municipalidad haya medido efectivamente dentro de alguna vivienda o receptores, en la supuesta posibilidad de homologación que otorga la RE 2051/2021 de 14 de septiembre de 2021 (que "Dicta Instrucción de Carácter General para la Operatividad de las Entidades de Fiscalización Ambiental en el Componente Ambiental Aire y Revoca Resolución que Indica"), que indica en su apartado 4.3 que: **"solo en casos que en que no se pueda acceder a un receptor que sea representativo de la peor condición de exposición al ruido, se podrá realizar la o las mediciones de ruido al exterior del receptor evaluado, siempre y cuando esta ubicación sea homologable a la situación más desfavorable para dicho receptor"**.

46. Pues bien, insólitamente para la propia SMA no es un problema, como indica en su Considerando 18, que no se haya justificado en parte alguna que la ETAF o inspector municipal no haya podido acceder a una vivienda. Pero no sólo eso, sino que ningún momento la SMA explica como las mediciones exteriores representan la situación más desfavorable del receptor.

47. En efecto, la resolución impugnada no se detiene siquiera en el hecho fundamental de que en ninguno de los dos casos existió justificación alguna, o siquiera constancia de porqué no se procedió a medir internamente, ni tampoco señala con precisión donde estaría realizada

la mencionada homologación, pues sólo menciona una supuesta validación hecha en el informe de fiscalización, documento en el cual no hay análisis de ninguna homologación de la ubicación de los receptores medidos pues sólo se limita a señalar que: *“Se corrobora el uso de suelo de los receptores y homologación de zona, ubicándose estos en Zona UpR y EcR del Plan Regulador Comunal de Providencia, homologable a Zona III del D.S. N°38/11 MMA. Incurren en un error al digitar las coordenadas de los receptores R2 y R3 en el reporte técnico, ya que indican las mismas coordenadas que las del receptor R1...”* Es decir, no hay análisis ni razonamiento, más allá del errado uso de la regulación urbanística para entender que hay o no un receptor para efectos de la norma de emisión de ruido, para justificar que la ubicación de la medición para los receptores 2 y 3 efectivamente consisten en la situación más desfavorable para los verdaderos receptores que, de hecho, se desconocen.

48. En cuanto a la verdadera representatividad de las mediciones exteriores, cabe señalar, además, que el receptor 2 no consiste siquiera en una vivienda, sino que, en una vía pública, para lo que la SMA intenta justificar, en su Considerando 16 y 17, que se permite medir en dicho lugar ya que el plan regulador lo regula como de uso residencial en el sector cuestión, imputando a mi representada una cierta confusión normativa. Pareciera entonces, que el que comete la confusión es la propia SMA, pues la definición de receptor otorgada por el DS 38 es clara al señalar en su art. 6 numeral 19 que un receptor es *“toda persona que habite, resida o permanezca en un recinto, ya sea en un domicilio particular o en un lugar de trabajo, que esté o pueda estar expuesta al ruido generado por una fuente emisora de ruido externa”*.

49. En cuanto al receptor 3, justifica la SMA que su medición se realiza en la azotea de un edificio, pero sin siquiera indicar o justificar que exista un quincho en ella o zona de uso residencial. Por ende, dicha medición es como si se hubiera realizado en el techo de una casa, lo que no puede entenderse racionalmente como representativo de una posible situación del receptor, pues nadie en su sano juicio habita, reside o permanece en el techo de su casa o edificio.

50. En definitiva, un órgano especializado dotado de un adecuado respeto al principio de imparcialidad u objetividad, junto con un estricto apego a las reglas de la sana crítica y racionalidad, hubiera procedido de manera diametralmente opuesta, descartando no sólo la formulación de cargos misma, sino que evidentemente un rechazo a un PdC íntegro, eficaz y verídico. Sobre esto profundizaremos a continuación.

51. En consecuencia, la falta de ponderación racional, no hace más que pavimentar una falta de motivación respecto de la resolución que rechaza el PdC.

B) FALTA DE PROPORCIONALIDAD Y POSIBILIDAD DE APROBACIÓN CON CORRECCIONES DE OFICIO.

1. En palabras de la doctrina, se *“establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, y 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”*.
2. En efecto, en lo que respecta a la ponderación racional que debe existir respecto de las medidas adoptadas y que fueron rechazadas en la resolución que se impugna, plasman una notoria falta a la proporcionalidad con la cual debe obrar la SMA.
3. La jurisprudencia comparada ha señalado que el principio de proporcionalidad *“apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos con la finalidad de proteger los derechos fundamentales”*.
4. Como sabemos, la decisión de rechazar el PdC se proyectó a lo largo del procedimiento administrativo sancionador como una con carácter eminentemente punitivo por parte de la administración, al ponerle término al mecanismo de incentivo al cumplimiento. Al tener ese carácter, el principio de proporcionalidad debe estar presente en un doble sentido: en primer lugar, como un límite impuesto a la administración por las facultades discrecionales con las cuales está dotado y, en segundo lugar, un límite para hacer las interpretaciones tendientes a fundar un acto administrativo.
5. Pues bien, la SMA con decisión desproporcionada, reinicia el procedimiento sancionatorio en contra de mi representada, cuando las medidas ofrecidas cumplían completamente con los criterios exigidos.
6. La Excmá. Corte Suprema en causa con **ROL 1602-2012**, ha señalado que la proporcionalidad debe estar sujeta a las siguientes consideraciones para efecto de adoptar una decisión, por ejemplo, en este rechazar el PdC y reiniciar el procedimiento sancionatorio. Los tribunales han señalado que deben concurrir varios requisitos para analizar la justa proporcionalidad de una medida que emane del poder público: **(i)** Debe buscarse una finalidad legítima, **(ii)** La medida debe ser idónea para la promoción de dicho objetivo; **(iii)** La medida debe ser necesaria para lograrlo, y dentro de las alternativas existentes, debe preferirse la que afecte menos los derechos involucrados; y, **(iv)** La medida debe ser proporcional en sentido estricto: la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención.

7. En ese sentido, y para verificar en términos concretos la afectación al principio de proporcionalidad, podemos señalar lo siguiente:

- a. La decisión de rechazar el PdC no es la vía idónea ni es necesaria, ya que, por un lado, mi representada adoptó medidas que harían completamente inidónea la sanción que se pretende imponer, pues las supuestas emisiones acústicas ya no estarían presentes y, por otro parte, innecesaria, ya que han transcurrido más de dos años luego de las supuestas excedencias, sin se haya generado ninguna denuncia posterior a la implementación de las medidas que ahora cuestiona la SMA, convirtiéndolo en una herramienta completamente ineficaz para su finalidad. Por ende, no era necesario reiniciar el procedimiento, rechazando el PdC.
- b. No existe gravedad alguna que justifique el rechazo del PdC, pues las supuestas excedencias no eran de gran envergadura y se basaron en mediciones realizadas sólo en condición externa sin medición de ruido de fondo, sin haber, además, registros de ninguna denuncia posterior a la implementación de medidas.

8. Así, respecto de la proporcionalidad, la Excma. Corte Suprema considera *“que es un elemento que determina ‘la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se den fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas”* (mismo considerando 7º). En el presente caso, reinicia un procedimiento que no tiene sustento ni mérito alguno, y que puede perfectamente ser abordado mediante el mecanismo de incentivo al cumplimiento, puesto que se encuentra plenamente acreditado la voluntad de querer cumplir la norma por parte de mi representada.

9. Incluso, como se aprecia en la resolución que rechaza el PdC, las acciones propuestas satisfacían perfectamente el criterio de eficacia, ya que no se continuaron recibiendo denuncias de ninguna especie, debiendo, en consecuencia conservar algunas de las propuesta y que cumplen con la finalidad del PdC y modificar otras para mi representada pudiera adecuarlas, como pudo ser la medición de ruido final inviable por el estado de la obra, con una modelación de ruidos tal y como la propia SMA ha señalado en causa ROL R-378-2022 del Segundo Tribunal Ambiental.

10. Pues bien, el acto administrativo que se pronunciase correctamente sobre el PdC debiera, en consecuencia, mantener todas aquellas acciones que iban en la dirección del cumplimiento (todas implementadas y ejecutadas por mi representada), y modificar levemente aquellas medidas ofrecidas y mejorables en su medio de verificación, sin tener que modificar sustancialmente nada, con base en lo que perfectamente mi representada hubiera podido aportar como antecedentes, bajo el supuesto de haber existido una correcta y completa asistencia al cumplimiento y sustanciación del procedimiento administrativo.

III.2. INCUMPLIMIENTO AL INCENTIVO AL CUMPLIMIENTO, DE DEBER DE ASISTENCIA AL MISMO, AL DEBIDO PROCESO POR NO REALIZARSE AUDIENCIA PREVIA.

1. Ahora bien, más allá de lo planteado anteriormente entorno a que las medidas y acciones ofrecidas en el PdC, se hacían cargo adecuadamente de las emisiones, la SMA mediante la resolución reclamada mantiene la vulneración a principios y normas procedimentales esenciales. Veamos.

A) INCUMPLIMIENTO AL INCENTIVO AL CUMPLIMIENTO Y DEL DEBER DE ASISTENCIA AL MISMO.

2. Como se señaló en los hechos, y a raíz del requerimiento de información, mi representada acompañó una serie de medidas de mitigación efectivas y con respectivos medios de verificación.

3. Luego de la formulación de cargos realizada más de un año después de terminada la construcción y casi dos años después de realizadas las mediciones de ruido, dichas acciones fueron ofrecidas en el PdC, las que se hacían cargo adecuadamente de las emisiones que se emitieron.

4. Pues bien, la LOSMA en su artículo 42 define lo que debemos entender como Programa de Cumplimiento en los siguientes términos: *“Se entenderá como programa de cumplimiento, el plan de acciones y metas presentado por el infractor; para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.”*

5. La doctrina ha sostenido que los programas de cumplimiento han sido creados como respuesta a la *“necesidad de crear mecanismos legales centrados en la prevención y promoción del cumplimiento, más que en el efecto disuasivo de la fiscalización y sanción de las infracciones”*

medioambientales."² Adicionalmente, para la promulgación de la LOSMA es posible destacar el espíritu de la norma en esta materia donde: *"buscamos pasar de un sistema regulatorio basado en la sanción, a un sistema más eficaz para el cumplimiento, basado en la prevención."*³

6. Pues bien, previo a la aprobación de un PdC y *"con la propuesta que hace el presunto infractor, se abre una fase de colaboración recíproca entre él y la SMA."*⁴ Sin embargo, para el presente caso, la SMA decide de plano, por sí y ante sí, rechazar el PdC. Esta decisión se contrasta con lo que la jurisprudencia seguida por los tribunales ambientales.

7. En efecto, sobre la necesaria colaboración que debe existir entre la SMA y el presunto infractor, queda de manifiesto también en el principio de contradictoriedad que prevé el artículo 10 de la LBPA, permitiéndose al interesado, y según la jurisprudencia del Ilustre Primer Tribunal Ambiental en causa Rol R-4-2018, que: *"en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio"*, y como contrapartida, en el *deber de asistencia al regulado de la SMA que contempla el artículo 3 letra u) de la LOSMA, en relación con el artículo 3 del DS 30/2013. Sobre ello, la jurisprudencia ha determinado que el deber de asistencia se satisface, entre otros, mediante la convocatoria a reuniones, reportes de observaciones a versiones anteriores de PdC presentado por el titular del proyecto."*

8. En ese sentido, el deber de asistencia no solo se materializa previo a la presentación de un PdC sino que se mantiene presente a lo largo de todo el procedimiento donde se analizan los criterios para la aprobación de este.

9. Como citamos, el PdC es un mecanismo de incentivo y no se debe agotar este con un solo rechazo, sin audiencia previa, permitiéndole, en este caso, que mi representada se hiciera cargo de las observaciones en una oportunidad procesal perfectamente abierta para hacerlo.

10. Malamente podemos entender que se ha respetado este principio y deber, toda vez que, como se dijo, desde un inicio se puede apreciar que la formulación de cargos se realiza poco más de un año después de terminada la construcción del edificio, y casi dos años después de la medición de ruido realizada por la ETFA, lo que pareciera habilitar a la SMA, por su actuar, a rechazar de plano un PdC que dado todo el tiempo transcurrido, tendrá obvias dificultades para desarrollarse ya que en su mayoría tratará de acciones desarrolladas y pasadas sin grandes posibilidades de modificarse o mejorarse.

² Ossandón Rosales, Jorge. Incentivos al Cumplimiento, p. 202-203

³ Discurso de promulgación de la Ley 20.417. Biblioteca Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.417 p. 2327

⁴ Los programas de cumplimiento en materia ambiental y el problema del impacto del cambio de circunstancias en su eficacia. William Garcia y Francisca Soto. Revista de Derecho Administrativo Económico N°33, 2021, pp. 216.

11. Lo anterior, se termina por volver un obstáculo insalvable, pues en todo ese tiempo la SMA no procedió a señalar, advertir, o simplemente notificar, de absolutamente nada a mi representada.

12. Lo anterior, sin perjuicio de que actualmente la unidad fiscalizable ya se encuentra terminada. En efecto, desde las mediciones realizadas en julio y noviembre de 2021 hasta la formulación de cargos hasta el año 2023, a mi representada no se le informó ni se le dió conocimiento que las acciones adoptadas supuestamente no satisfacen el retorno al cumplimiento.

13. Esto se ve reafirmado con lo que dispone la propia LOSMA en su artículo 3°: *La Superintendencia tendrá las siguientes atribuciones: u) Proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes de cumplimiento o de reparación, así como para orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2° de esta ley.*

B) RECHAZO DEL PDC SIN AUDIENCIA PREVIA.

14. De acuerdo con lo previamente expuesto, es complejo entender la decisión de la SMA al momento de rechazar el PdC, cuando existía oportunidad dentro del procedimiento administrativo, donde mi representada podría haber subsanado las observaciones realizadas por la SMA, en audiencia previa y haciendo cargo en detalle de estas, sin generarse ningún perjuicio a tercero.

15. Cabe recordar que los hechos objeto de la formulación de cargos datan del año 2021 mientras que la formulación de cargos se realizó el recién pasado mes de mayo de 2023. Así, la dilación que ha tenido la SMA para efectos de formular cargos, habiendo incluso estado terminada la obra, se configura como elemento fundamental a considerar, ya que ha terminado por generar un impedido relevante para que mi representada se hiciera cargo de las observaciones que la SMA perfectamente hubiese podido realizar antes.

16. En efecto, el rechazo del PdC, no es más que un acto administrativo trámite cualificado de contenido desfavorable para mi representada, y que como se puede visualizar en el expediente electrónico del presente sancionatorio, fue dictado sin la audiencia previa.

17. Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental en Causa Rol R-82-2015 en su considerando décimo octavo señala que: “en concepto del Tribunal, la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión, lo que lo transforma en un acto recurrible - mediante recurso de reposición- y objeto, en consecuencias, de un necesario control judicial.”

18. En efecto, es la misma línea jurisprudencial que ha seguido este el Primer Tribunal Ambiental, y ha señalado que *“la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento*

constituye un acto de mero trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión (...) y objeto de control judicial".⁵

19. Pues bien, en consecuencia, la resolución que rechaza un PdC tiene el carácter de acto trámite cualificado, ya que puede generar indefensión, y además, está dotado de un contenido eminentemente desfavorable y gravoso para mi representada, toda vez que reanuda el procedimiento sancionatorio exigiendo la presentación de descargos, poniendo fin de la instancia de promoción del cumplimiento, y la eventual aplicación de una multa, todos efectos que permiten calificar a dicha resolución como un acto administrativo desfavorable o de gravamen, ya que limita o restringe los derechos del administrado.

20. En efecto, en un caso similar, esto es, sobre la resolución que declara insatisfactoria la ejecución de un PdC y reanuda el procedimiento sancionatorio, se ha señalado por el 2do Tribunal Ambiental en sentencia dictada en Causa Rol 207-2019, que: "*como se determinó en el acápite anterior, la declaración de incumplimiento del PdC presentado por las reclamantes, realizado mediante Res. Ex. (...), tiene como consecuencia la reanudación de procedimiento sancionatorio, el fin de la instancia de promoción del cumplimiento y la eventual aplicación de hasta el doble de la sanción original, efectos todos que permiten calificar a dicha resolución como un acto administrativo de gravamen*".⁶

21. Es más, el mismo tribunal señala a continuación que al tener dicha naturaleza, se generan: "*...importantes efectos desfavorables para los reclamantes*", ante lo cual "*resultaba imperioso que la SMA, antes de decidir (...), concediera audiencia al administrado con la finalidad de contar con todos los antecedentes necesarios para ponderar tal determinación a la luz del principio de contradictoriedad y del mandato contenido en el inciso final del artículo 10 de la Ley N° 19.880. Además, este vicio resulta de carácter esencial atendido que la falta de audiencia, privó al administrado de ejercer su derecho a defensa en forma oportuna para exponer o acompañar antecedentes al respecto y obtener, eventualmente, una decisión diversa de la autoridad*".⁷

22. Así las cosas, se contraviene la garantía del debido proceso administrativo contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y los artículos 10 y 17 de la ley 19.880 que consagran el **principio de contradictoriedad**, ya que si se hubiese tenido en consideración la audiencia previo a resolver de manera tan gravosa rechazando el PdC, mi

⁵ Primer Tribunal Ambiental. Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), C° 28 (Rol No R-25-2019); Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), Cons. 29 (Rol No R-17-2019).

⁶ Considerando décimo noveno. Causa Rol 207-2019 Segundo Tribunal Ambiental.

⁷ Considerando vigésimo sexto. Causa Rol 207-2019 Segundo Tribunal Ambiental.

representada hubiese podido hacerse cargo en detalle de todas y cada una de las observaciones que, erradamente, la SMA plasmó directamente como razones para su rechazo.

23. De esta manera la SMA, al rechazar de plano el PdC sin haber dado la oportunidad previa de subsanar los vicios que ella misma alega, dicta un acto administrativo cualificado con un contenido eminentemente desfavorable y de gravamen sin audiencia previa, constituyendo un vicio e incumplimiento del debido proceso administrativo.

24. Esto ha sido respaldado por la Contraloría General de la República al momento de señalar que: *“el afectado tiene derecho a un procedimiento racional y justo, conforme a lo previsto en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que le permita alegar en su defensa las excepciones que le favorezcan; y que, asimismo, debe ajustarse a los principios contemplados en los artículos 4° y siguientes de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, especialmente, los de contradictoriedad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.”*⁸

25. Así las cosas, la SMA debió haber concedido de manera anticipada al rechazo, audiencia previa, o bien, informar a mi representada que las medidas adoptadas podrían ser mejoradas o adecuadas, permitiéndole así a mi representada aclarar o mejorar el PdC presentado.

26. De cualquier forma, dictar un acto con contenido desfavorable y gravoso para un administrado, requiere necesariamente audiencia previa, ya que, de lo contrario, la discrecionalidad con que obra la SMA no puede ser contrapuesta dentro de la fase de cooperación mutua, para incentivar correctamente el cumplimiento.

III.3. FALTA DE OPORTUNIDAD, INDEFENSIÓN Y DECAIMIENTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

1. El decaimiento de procedimiento administrativo sancionador ha sido entendido por la Excma. Corte Suprema como: *“su extinción y pérdida de eficacia, no es sino el efecto jurídico provocado por su **dilación indebida e injustificada**, en abierta vulneración a diversos principios del derecho administrativo obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa, tales como los principios de **eficiencia, eficacia** y **celeridad** que se relaciona con la oportunidad en que se realizan las actuaciones administrativas.”*⁹

⁸ Dictamen CGR N° 26.971 DE 2010 y Dictamen CGR N° 9.736 DE 2013.

⁹ Causa Rol N°257 - 2019, Tercera Sala Constitucional. Excma Corte Suprema, considerando tercero.

2. Lo anterior se aplica absolutamente para el caso de marras toda vez que, el tiempo transcurrido a la fecha hacen absolutamente ineficaz el procedimiento administrativo. En efecto, las mediciones datan de 2021 mientras que la formulación de cargos recién se efectuó en mayo de 2023.
3. Cabe hacer presente que desde el año 2021 a la fecha, como hemos comentado, no ha existido ninguna denuncia por parte de vecinos aledaños a la obra, e incluso antes de la formulación de cargos la obra ya se encontraba totalmente construida.
4. Adicionalmente, se expuso que mi representada presentó una serie de medidas correctivas idóneas y suficientes para efectos de mitigar eventuales ruidos. Lo anterior, tendría como consecuencia que la sanción haya perdido completamente su objeto y su eficacia como tal.
5. De esta manera, la doctrina ha sostenido que: *“La idea del decaimiento viene a raíz de los que podría denominarse como el sobrevenir un “cambio en las circunstancias”, pues, (...) pierden estos su energía jurídica en razón de esas circunstancias sobrevinientes, y se dice que carece de sentido, que se transforma en inútil”*.¹⁰
6. Indudablemente en el presente caso, desde el año 2021 hasta el año 2023 han cambiado las circunstancias por las cuales tardíamente se estaría iniciando el procedimiento sancionatorio. Pues bien, el cambio en las circunstancias por las cuales la SMA formula cargos, y decide rechazar en PdC son que **i)** mi representada implementó una serie de medidas, las que eliminó completamente la excedencia del denunciante y receptor 1; **ii)** la unidad fiscalizable se encuentra completamente terminada; **iii)** se puede agregar, además, que los receptores 2 y 3 jamás interpusieron denuncia alguna ni antes ni después de realizada la formulación de cargos.
7. En efecto, nuevamente la Excma. Corte Suprema en causa Rol 8682- 2009 sostiene con relación con una sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Eléctricos y combustibles: *“ Se torna inútil ya que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represiva, (desde que) con ella se persigue el desaliento de futuras conductas similares”*.
8. Lo anterior, no hace más que reafirmar que, el cambio de circunstancias, producto del transcurso del tiempo, no hacen más que tornar inútil e ineficaz el acto administrativo que formula cargos, el acto administrativo que rechaza el PdC, y finalmente la eventual resolución final.

¹⁰ (2020)El decaimiento en el derecho administrativo chileno. Soto Kloss Eduardo. Revista de derecho público Iberoamericana. N°17. pp. 299.

9. En efecto, según lo establecido en Sentencia ROL N° 23.056-2018 de fecha 26 de marzo de 2019 de la Excma. Corte Suprema, el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador consiste en su *“extinción y pérdida de eficacia (en razón del) transcurso del tiempo por parte de la administración para la declaración de responsabilidad y la consecuencia decisión terminas sobre la imposición de una sanción”* (Considerando 11).

10. Por otro lado, pero en un mismo sentido el Segundo Tribunal Ambiental en causa ROL R-269-2020 señala en su Considerando Decimoctavo: *“(...) es de extrema relevancia si se considera que el procedimiento administrativo objeto de revisión de autos se inició por denuncia (...) Así entonces, concluir que el procedimiento administrativo sancionatorio se dilató de manera excesiva e injustificada, perdiendo con ello eficacia el ejercicio de la potestad sancionatoria, es un razonamiento obligado en autos.”*

11. En el mismo fallo, el Segundo Tribunal Ambiental señala en Considerando Vigésimo primero que: *“la alegación será acogida en cuanto a que la tardanza excesiva e injustificada en que incurrió la SMA en sustanciar el procedimiento administrativo sancionador ha devenido en su decaimiento y consecuente extinción, perdiendo por lo tanto su eficacia, conforme se establecerá en lo resolutivo de esta sentencia”.*

12. Por otro lado, y si la SMA considerara otras posturas, se debe tener presente la imposibilidad en el cumplimiento. Sobre este respecto la doctrina ha señalado que: *“Este caso, previsto en el inciso final del artículo 40 de la LBPA, está contemplado en otro precepto como la “desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento” (art. 14, inc. final). En caso de **sobrevenir circunstancias de hecho que impidan la continuación y conclusión del procedimiento por privarle de objeto, corresponde dictar una resolución fundada que lo declare así, omitiéndose pronunciamiento sobre el fondo.***

*Racionalmente, la imposibilidad de resolver debe obedecer a antecedentes de hecho que determinen la **pérdida de objeto del procedimiento**. Así ocurriría, por ejemplo, en caso de muerte de un interesado imputado en procedimiento sancionatorio, o de renuncia del funcionario que hubiere promovido un procedimiento relativo a sus derechos estatutarios, de **destrucción del inmueble de cuya protección patrimonial se trata, etc.”**¹¹*

13. Pues bien, la circunstancia para el presente caso es que el edificio se encuentra completamente terminado, perdiéndose completamente el objeto del procedimiento, específicamente en cuanto al mecanismo de incentivo al cumplimiento se refiere, ya que los

¹¹ Valdivia, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Tirant Lo Blanch (2018). p. 281.

principales objeciones realizadas por la SMA guardan relación con los medios de verificación, y no con la real eficacia de las medidas, las que dado el tenor de las mismas, y la tardanza generada, se vuelve muy difícil para mí representada mejorar dichos medios y acoger totalmente lo objetado por la SMA.

14. Esto se ve reforzado por la propia ley 19.880 al desarrollar la denominada perdida sobreviniente del objeto del procedimiento, por una imposibilidad material sobreviniente, lo que, en otras palabras, implica una circunstancia de hecho que impide la continuación y conclusión del procedimiento.

IV. PETICIONES CONCRETAS.

En virtud de lo expuesto, solicito a S.S. Ilustre dejar sin efecto la RE EX 2 de 28 de agosto de 2023, dictada en procedimiento ROL D-111-2023, y proceder, consecuentemente, a ordenar a la SMA a:

- 1) Aprobar el PdC presentado con o sin correcciones de oficio;
- 2) O, en su defecto, a retrotraer el procedimiento para que se formulen observaciones al PdC presentado;
- 3) O, en subsidio a todo lo anterior, a dictar el acto que S.S. Ilustre estime pertinente y de justicia.

POR TANTO,

De conformidad a lo expuesto y normas señaladas y demás aplicables,

RUEGO A S.S. ILUSTRE, se sirva tener por interpuesto el presente recurso de reclamación, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, dejando sin efecto la Resolución Exenta N°2/ D-111-2023 del 28 de agosto de 2023 que rechazó el PdC y, consecuentemente, proceda según las peticiones concretas que se realizan se en el acápite IV de esta presentación. Lo anterior, sin perjuicio de cualquier otra decisión distinta o complementaria que este Ilustre Tribunal pudiera considerar pertinente y de justicia para garantizar la correcta aplicación del Derecho.

PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS. Ruego a S.S. Ilustre, se sirva tener por acompañados los siguientes documentos bajo la forma legal que corresponda:

1. Resolución Exenta N° 2 / Rol D-123-2023 que rechazó programa de cumplimiento.

2. Correo electrónico de notificación de 29 de agosto de 2023.

SEGUNDO OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA. Ruego a S.S. Ilustre, se sirva tener presente la personería para representar a Constructora Mena y Ovalle consta en escritura pública de fecha 14 de diciembre de 2022, otorgada ante don Francisco Javier Leiva Carvajal, Notario Público Titular de la Segunda Notaría de Santiago, cuya copia acompaño en el primer otrosí.

TERCER OTROSÍ: PATROCINIO Y PODER. Ruego a S.S. Ilustre, se sirva. tener presente que por este acto asumo el poder conferido en mi persona por mandato judicial suscrito a fecha 14 de diciembre de 2022, otorgada ante don Francisco Javier Leiva Carvajal, Notario Público Titular de la Segunda Notaría de Santiago, cuya copia se acompaña en el primer otrosí, y que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión patrocinaré personalmente la presente causa. Del mismo modo, ruego tener presente que, en este mismo acto, vengo en delegar poder en don **Carlos Vargas Poblete**, chileno, abogado, RUT: 18.425.666-5, de mí mismo domicilio, con quien podré actuar conjunta o separadamente en autos, y quien firma en señal de aceptación.

CUARTO OTROSÍ: SEÑALA MEDIO DE NOTIFICACIÓN. Ruego a S.S. Ilustre, se sirva disponer que la notificación de las resoluciones dictadas en la presente causa se realice a esta parte a las direcciones de correos electrónicos: jgarcia@dsabogados.cl y cvargas@dsabogados.cl