

HACE USO DEL DERECHO A FORMULAR ALEGACIONES EN RELACIÓN AL RECURSO DE REPOSICIÓN

Sra./Srta. Superintendente del Medio Ambiente

MARÍA VICTORIA ECHAVE HAMILTON, cédula de identidad número 12.455.521-3, en representación de la sociedad **RVC INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.**, rol único tributario número 78.223.950-3, todos domiciliados en Avenida Los Conquistadores 1700, piso 5, comuna de Providencia, en expediente administrativo sancionador D-054-2023, a Ud., respetuosamente digo:

Que, de conformidad a lo establecido en los artículos 56 y 62 de la LOSMA, en relación a dispuesto en los artículos 10 y 17 letra g) de la Ley N° 19.880, vengo en hacer presente las siguientes consideraciones de hecho y de derecho, que solicito sean analizadas y ponderadas por la autoridad al momento de decidir el recurso de reposición.

Dichas alegaciones son las siguientes:

I. Indefensión e imposibilidad de ejercer los derechos que confiere el ordenamiento debido a la tardanza injustificada de la autoridad

Sobre este punto cabe señalar de que se ha configurado un vicio esencial del procedimiento que ha afectado el derecho de la empresa tanto de defenderse de la formulación de cargos como para presentar un PdC. En efecto, se deben considerar los siguientes hitos procedimentales:

- a) Acta de inspección de **15 de junio de 2021**, mediante la cual la SMA realiza la inspección de la Unidad Fiscalizable Proyecto Edificio Castillo Urizar.
- b) Carta de **2 de agosto de 2021**, en la que consta la Medición de Ruidos efectuada por la ETFA SEMAM, y que es considera en la formulación de cargos;
- c) Ord. N° A/2000/09, de **3 de enero de 2022**, mediante la cual la Municipalidad de Ñuñoa comunica a la SMA los resultados de la medición de ruidos efectuadas el 15 de noviembre de 2021 y 20 de diciembre de 2021, y que es considera en la formulación de cargos;
- d) Certificado de Recepción definitiva de la obra N° 110, de **5 de diciembre de 2022**, correspondiente a la obra ubicada en Castillo Urizar 1845.
- e) Res. Ex. N° 1/Rol D-054-2023, de **15 de marzo de 2023**, en la que se formula cargos (en adelante, FC) a la empresa por superación a la norma de emisión de ruidos;

Que, de estos antecedentes es posible apreciar que entre la medición efectuada por la ETFA SEMAM y la formulación de cargos transcurrieron aproximadamente 19 meses. De igual forma, entre la recepción de las mediciones realizadas por el Municipio por parte de la SMA y la formación de cargos transcurrieron 14 meses. Se debe añadir que la obra obtuvo su recepción definitiva el 5 de diciembre de 2022, esto es, poco más de tres meses antes de la formulación de cargos. En todos los intervalos de tiempo, la SMA no realizó ninguna diligencia o gestión, por lo que se trata de un

tiempo absolutamente injustificado y arbitrario, que privó a mi representada del derecho a defenderse adecuadamente o a presentar un PdC.

En efecto, consta en el considerando 54° de la Resolución Sancionatoria que la SMA no consideró la factura N°I764700 de 25 de junio de 2022, dado que no se presentó evidencia de su uso en medidas de mitigación de ruido. Sin embargo, el momento de formularse los cargos y de presentarse los descargos (marzo de 2023), dicha evidencia era imposible de conseguir, por la inexistencia de obras de construcción atendida la recepción definitiva del edificio que se realizó en diciembre de 2022.

Al respecto la Corte Suprema ha resuelto: *“Es efectivo, como alegó la Superintendencia en estrados, que dicho derecho está reconocido por la legislación y se activa con la formulación de cargos. Pero la Corte no puede desconocer que dicho derecho puede verse seriamente afectado si la Administración deja transcurrir un plazo excesivo entre la fiscalización y la formulación de cargos. En efecto, el paso del tiempo puede comprometer seriamente la capacidad del fiscalizado para producir prueba de descargo”* (Sentencia Corte Suprema, Rol N° 41.790-2016, de 6 de agosto de 2017). Así también, a la fecha de los descargos, era imposible determinar con exactitud qué construcciones ajenas a la unidad fiscalizada podrían haber influido en el ruido de fondo de las mediciones de noviembre y diciembre de 2021. Cabe recordar que, desde enero de 2022 hasta marzo de 2023, la SMA tenía todos los antecedentes disponibles para formular los cargos, pero por razones que se desconocen no lo realizó y además no efectuó ninguna gestión de preinstrucción.

Del mismo modo, la empresa tampoco se encontraba en condiciones de presentar un PdC, dado que, si bien se acepta que éstos puedan incluir las acciones y medidas que ya se han ejecutado, la construcción del edificio se encontraba agotada en su integridad, siendo imposible contar con los medios de verificación que permitieran dar cumplimiento al requisito de verificabilidad, o de adoptar otras medidas complementarias o adicionales, a las ya materializadas. En este sentido, tampoco se informó la posibilidad de gestionar medidas en cooperación con la autoridad una vez notificada el acta de inspección (asistencia al regulado). De esta forma, la SMA ha faltado a su deber de promover el cumplimiento de la normativa ambiental, desconociendo la naturaleza provisoria de la actividad de construcción y la importancia del control temprano de los riesgos.

Sobre este punto el Segundo Tribunal Ambiental ha indicado: *“De esta manera, la promoción de la asistencia al regulado desde una etapa temprana tendría un impacto positivo en la labor preventiva del ente fiscalizador, ya que, por una parte, aquél conocería los cursos de acción para hacer frente a un incumplimiento desde la etapa de fiscalización, y por otra, la SMA podría reconducir al regulado al cumplimiento ambiental con mayor celeridad. 22° Sobre la base de lo expuesto, considerando la naturaleza provisoria de esta actividad y la importancia de este mecanismo (asistencia al regulado) para la prevención y promoción del cumplimiento ambiental, el Tribunal estima que este derecho debe ser conocido por el regulado desde la etapa de fiscalización. En dicha oportunidad, junto con la entrega del acta respectiva, se debe informar al regulado sobre la existencia de esta herramienta, la cual, atendida su relevancia, también debería constar en dicha acta. Por ello, resulta de relevancia que la autoridad fiscalizadora tenga un rol más activo en la promoción de esta herramienta, fomentando la colaboración en pos a una protección del medio ambiente más efectiva”* (Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, de 16 de marzo de 2023, R-340-20222, “Inmobiliaria Galvarino SpA en contra del Superintendente de Medio Ambiente”).

En esta sentencia, el Tribunal es categórico en orden a los deberes de asistencia al regulado que debe asumir la SMA en el contexto de las infracciones a las normas de ruido, cuestión que, en la especie, también transgredió.

En síntesis, para mi representada resultó imposible defenderse de los hechos imputados como también de utilizar un mecanismo de incentivo al cumplimiento como es el PdC, precisamente porque cuando fue notificada de los cargos la obra encontraba concluida. No sucedió lo mismo en el procedimiento sancionatorio seguido en contra de la Constructora Ingevec, D-066-2021, construcción inmediata a la de mi representada, donde sí se pudo presentarse un PdC, e incluso proponer acciones que ya habían ejecutado, como se demuestra con las facturas acompañadas por dicha empresa, muchas de las cuales son anteriores al hecho infraccional.

II. Respetto de la configuración y motivación de la infracción:

Conforme la formulación de cargos y a la resolución sancionatoria ('RS') la autoridad determina la configuración de la siguiente infracción: *"obtención, con fechas 13, 14 y 15 de julio de 2021, y 15 de noviembre y 20 de diciembre, todos del año 2021 de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 66 dB(A), 65 dB(A), 73 dB(A), 65 dB(A), 75 dB(A), 61 dB(A), 68 dB(A), 67 dB(A) y 63 dB(A), todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa y en un receptor sensible ubicado en Zona 11, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011 MMA"* (Resuelvo Segundo).

La motivación de la configuración de la infracción consta en el considerando 31° de la RS, en los siguientes términos: *"Respetto de los hechos constatados por profesionales de la empresa SEMAM, y por funcionarios de la I. Municipalidad de Ñuñoa, que tuvieron por objeto constatar el incumplimiento del D.S. N°38/2011 MMA, estos fueron analizados y validados por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, en razón de la metodología contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA. Razón por la cual, estos se encuentran lo suficientemente acreditados"*.

De acuerdo al art. 11 y 41 de la Ley N° 19.880, la motivación debe permitir reproducir el razonamiento utilizado por la autoridad en todos los extremos de la decisión. La Corte ha indicado: *"Que si bien es cierto que la autoridad administrativa se encuentra facultada para aplicar sanciones una vez que sea comprobada la infracción de las normas cuyo cumplimiento le corresponde fiscalizar, no lo es menos que la referida potestad debe ejercerse con arreglo a la ley. Así, es un requisito esencial de los actos administrativos -calidad que reviste el impugnado a través de esta vía- la motivación del mismo, pues a través de ella se **exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo**, exigencia que se impone en virtud del principio de juridicidad y que se erige como un límite al ejercicio de las facultades discrecionales que detentan las autoridades administrativas (...) **La sola alusión al porcentaje de usuarios afectados por la infracción, la conducta anterior y la capacidad económica del infractor no cumple, en modo alguno, con el estándar mínimo de fundamentación que le es exigible a los actos de la Administración de esta especie**"* (Sentencia de la Corte Suprema, de 18 de febrero de 2022, Rol N° 30.424-2021, énfasis agregado).

Bajo esta premisa la motivación señalada precedentemente no satisface ninguna de las exigencias de racionalidad que son esperables respecto de un acto sancionatorio, los que, además, se encuentran sometidos a un estándar más exigente de justificación. En efecto, la

autoridad no indica dónde (en que parte del procedimiento) ni cómo se realizó la validación de las mediciones efectuadas tanto por la ETFA como por la Municipalidad de Ñuñoa. Sobre el particular el IFA DFZ-2022-302-XIII-NE, se limita a señalar que se: *“realizaron exitosamente una (03) medición de nivel de presión sonora en periodo diurno, de acuerdo con el procedimiento indicado en la Norma de Emisión (D.S. N°38/11 MMA). El ruido medido correspondió a construcción del proyecto inmobiliario, unidad fiscalizable “PROYECTO CASTILLO URÍZAR RVC (...). La información acerca de la metodología de medición se encuentra en las Fichas del Reporte Técnico (en ordinario viene el reporte técnico sin corregir, posteriormente se corrigen errores en reporte los cuales se encuentran en anexo 2), la cual fue remitida mediante el Oficio Ordinario N°61/2021 (Anexo 1)”*.

Como se puede apreciar no hay una verdadera ‘validación’ por parte de la SMA, pues solo se limita a señalar, sin mayor justificación o análisis, de que se cumplió con la metodología exigible. **Este es un vicio esencial desde que el acto terminal no permite pesquisar y analizar las razones mediante las que la autoridad determinó la configuración de la infracción.**

Sobre este punto se debe indicar, adicionalmente, que las mediciones efectuadas por la Municipalidad de Ñuñoa los días 15 de noviembre de 2021 y 20 de diciembre de 2021, adolecen de defectos metodológicos en lo relativo al ruido de fondo.

- a) En el reporte técnico del DS 38/2011, de 15 de noviembre de 2021, consta que se realizó una medición externa, en el pasaje Los Alerces 2137-A, de la comuna de Ñuñoa, a las 10:25 AM. En el referido reporte se indica que no se identificó ruido de fondo.
- b) En el reporte técnico del DS 38/2011, de 20 de diciembre de 2021, consta que se realizó una medición externa, en el pasaje Los Alerces 2137-A, de la comuna de Ñuñoa, a las 11:40 AM. En el referido reporte se indica que no se identificó ruido de fondo.

Conforme lo establece el art. 19 DS 38/2011, si el ruido de fondo afecta significativamente las mediciones se deberá realizar una corrección a los valores obtenidos. Esto, si bien queda al criterio del funcionario municipal, exige que al menos éste registre constancia de una justificación en el expediente administrativo, o bien más tarde en la resolución sancionatoria, atendidas las siguientes circunstancias:

- a. Consta en el IFA DFZ-2021-1931-XIII-NE, de septiembre de 2021, que la autoridad administrativa concurrió a la obra el 15 de junio de 2021, a las 9:45 AM a realizar mediciones de ruido, pero *“el ruido medido correspondió a dos obras de construcción de manera conjunta (la unidad fiscalizable y una obra en construcción en calle **Castillo Urizar 1850**, Ñuñoa), no siendo éste representativo de la obra en construcción por si sola”* (énfasis agregado).
- b. En el informe de la ETFA SEMAM de julio de 2021, acompañado por el titular en Carta de 2 de agosto de 2021, consta que se efectuaron las mediciones y homologaciones debido a la existencia de ruido de fondo. En el punto 4.1, se indica: *“El ruido de fondo se mide con el objeto de caracterizar y registrar la influencia del ambiente acústico del sector en los registros obtenidos en cada receptor. En esta ocasión se realiza la medición de ruido de fondo en dos puntos cercanos a las obras, debido a que las obras del proyecto no detienen su actividad, siendo uno de los puntos homologados a R1,*

así como el otro punto homologado a R.2 y R.3". En este sentido, de acuerdo con las Fichas de Información de Medición de Ruido, el ruido de fondo detectado correspondió a tránsito vehicular lejano, actividades de construcción externas filtradas y faenas ajenas filtradas. Esto es consistente con lo constatado el 15 de junio de 2021, por la SMA.

- c. En el Informe Inicial del Estudio de Mediciones de Ruido de la empresa Ruido Ambiental, de 2 de julio de 2021, en el punto 5.2, se indica que la existencia de faenas de construcción ajenas a la fuente que se deseaba controlar. También se concluye que los niveles de ruido de fondo afectan los receptores analizados debido a faenas de construcción ajenas al proyecto, recomendando la utilización de software para las proyecciones. Este estudio, si bien no es suscrito por una ETFA, fue ignorado en el acto terminal, a pesar de que constata que la principal fuente de ruido era la construcción del edificio de frente al proyecto por calle Urizar, tal como lo constató la SMA en inspección de 15 de junio de 2021.
- d. En el Informe de Estudio de Ruido, de la empresa Ruido Ambiental, de 13 de julio de 2021, en el punto 5.1. y 5.2, se indica en todas las muestras que se evidenció importante influencia de ruido de fondo compuesto principalmente por las actividades de construcción de otro edificio identificado en el punto R2.
- e. De acuerdo a los antecedentes consignados en el procedimiento sancionatorio D-066-2021, la Constructora Ingevec se encontraba realizando la construcción del edificio denominado "New", ubicado también en la calle Castillo Urizar, esta vez en el N° 1840, comuna de Ñuñoa. Según se indica en el PdC que sí pudo presentar esa empresa, a abril de 2021, la obra gruesa llevaba el 41% de avance, por lo que es altamente probable que dicha construcción haya estado activa cuando se realizaron las mediciones en noviembre y diciembre de 2021. Hasta la fecha no hay en el SNIFA constancia de que el PdC de dicho sujeto regulado se haya ejecutado satisfactoriamente, lo que constituye un indicio de que las faenas todavía no han concluido.

Es decir, del conjunto de antecedentes que obran en el expediente administrativo sancionador, es posible concluir que en el sector en el que se desarrollaba la actividad fiscalizada, existían otras construcciones, faenas u obras que tenían una entidad de haber afectado la comprobación de ruido, sumado al tránsito vehicular. De hecho, tanto la medición realizada por la SMA, como la ETFA SEMAM y la empresa Ruido Ambiental, tuvieron que considerar los ruidos de fondo, precisamente por la diversidad de actividades, y la probabilidad de afectar los resultados de la medición. Consta la existencia de otras obras, incluyendo una en **Castillo Urizar 1850**.

Por añadidura, el Protocolo Técnico para la Fiscalización del D.S. 38/2011 y exigencias asociadas al control del ruido en instrumentos de competencia de la SMA, aprobado por Res. Ex. N° 867, 16 de septiembre de 2016, de la SMA, destaca que en "**los exteriores, se debe tener en cuenta que se está afecto a un mayor Ruido de Fondo que podría afectar la medición de la fuente**". Por lo anterior, si se considera realizar una medición en estas condiciones, se deben tener en cuenta todas las variables que podrían afectar la medición como animales domésticos, reproducción de música desde otros domicilios, ruido del tráfico vehicular, aviones, trenes, lluvia, ruido que surge de los árboles por la acción del

viento, entre otros” (destacado es nuestro). Agrega el referido Protocolo: “La afectación del ruido de fondo sobre el campo sonoro de la fuente, puede ser evaluado mediante dos criterios, uno técnico, que se basa en medir ambos niveles y compararlos, comprobándose que estos no se afectan y estableciendo las correcciones que correspondan según la normativa; **y uno práctico, basado en la percepción clara de una única fuente predominante**, pudiendo descartarse cualquier otra fuente de ruido. Como ya se ha mencionado, la medición del ruido de fondo corresponde más bien a una evaluación” (énfasis agregado).

Por un lado, este Protocolo pone de manifiesto la necesidad de considerar el ruido de fondo cuando la medición se realiza en el exterior. Tal consideración no aparece reflejada ni en la medición efectuada por el funcionario municipal ni en el acto sancionatorio, cuestión que afecta la racionalidad de la decisión cuando hay evidencia suficiente para entender que en el sector existían diversas faenas de construcción paralelas. Por otro lado, si la medición del ruido de fondo corresponde a una ‘evaluación’, resulta exigible, al menos, que en las fichas de medición o en los informes de la SMA se indique la existencia o no de otras fuentes (flujo vehicular, construcciones, etc.) y **se explique por qué estas no tienen la capacidad de influir en la medición final**. Nada de esto ocurrió en la especie, no obstante tanto la SMA como la ETFA SEMAM, lo tuvieron que considerar en sus actividades de control. Por ende, no puede estimarse configurada la infracción respecto de las mediciones realizadas en 15 de noviembre de 2021 y 20 de diciembre de 2021.

Cabe hacer presente que, de prosperar estas alegaciones, la circunstancia del art. 40 LOSMA letra i), “Importancia de la vulneración al sistema de protección ambiental”, debería modificarse, reduciendo la intensidad.

III. Falta de congruencia entre la formulación de cargos y el acto terminal.

Tal como lo reconoce la RS, en los considerandos 14° a 17° existió un grave error en la Res. Ex. N° 1/Rol D-054-2023 que formuló cargos, tanto respecto de las fechas en que se realizaron las mediciones en las que se detectó la superación como en los receptores sensibles. Estos errores inciden directamente en la configuración de la infracción.

Adicionalmente, se infringe el art. 49 inciso 2° de la LOSMA que exige que la formulación de cargos señale una descripción *clara y precisa* de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación. En el caso concreto, la FC planteó una infracción cuya comisión habría sido el 20 de noviembre de 2021, en circunstancias que los antecedentes del procedimiento sancionatorio daban cuenta de una supuesta superación el 20 de diciembre del mismo año. De igual forma, en la Tabla N°2, en el considerando 10° de la FC, se indica una superación de 03 dB (a) respecto del Receptor N° 3, en circunstancias que los antecedentes del procedimiento sancionatorio daban cuenta de una supuesta superación en el Receptor N° 1.

A continuación se muestra la diferencia entre la FC y el acto sancionatorio:

Formulación de cargos	Resolución Sancionatoria
Considera una medición de 20 de noviembre de 2021	Sanciona por una medición de 20 de diciembre de 2021
Describe el R3 como excedente para el 20 de diciembre	Sanciona por excedencia del R1 en medición de 20 de diciembre

La FC es un acto esencial para el correcto ejercicio de la defensa. Al respecto se ha dicho: *“la formulación de cargos fija el objeto del procedimiento administrativo sancionador e informa al presunto infractor cuál o cuáles son las infracciones administrativas por las que será procesado”*¹. Por esta razón la invocación del art. 13 de la Ley N° 19.880 en el acto terminal no resulta procedente para subsanar los defectos de que adolece la FC, en la medida que se modifica el objeto del procedimiento. En rigor, atendida la naturaleza de acto intermedio cualificado sobre el que se basa y construye el acto terminal, la autoridad debió subsanar los defectos mediante otro acto, y no puede pretender hacerlo en el acto sancionatorio, dado que ello sólo viene a refrendar un escenario de manifiesta indefensión. De hecho, en los descargos formulados por la empresa en ningún instante se hace referencia a las discrepancias en la fecha de comisión de la infracción y los receptores, precisamente, por entender que no se habría cometido infracción alguna en relación a esos hechos imputados.

Bajo esta perspectiva, y como corolario de lo expuesto, es que se ha sancionado por hechos que no estaban contemplados en la FC, infringiendo, por esa manera, el art. 54 inciso final de la LOSMA, que impide que una persona sea sancionada por hechos que no hubiesen sido materia de cargos.

Asimismo, al corregir en el acto terminal los hechos expresados en la FC, se vulnera la separación de funciones consagrada en el art. 7 LOSMA desde que el Superintendente interviene y modifica directamente el contenido de un acto administrativo cuya competencia le corresponde al instructor. Al respecto la doctrina expresa: *“cabe señalar que, por regla general, la autoridad competente para dictar dicho acto será la misma que está facultada para dictar el acto administrativo sancionatorio. Sin embargo, existen ciertas excepciones que han sido analizadas particularmente por la Corte. En efecto, la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y la Ley N° 20.529, que establece el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, que regula a la Superintendencia de Educación, disponen una separación de las funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio y la aplicación para sanciones estando a cargo de unidades diferentes”*².

De esta forma, hay una evidente ilegalidad al efectuar correcciones en el acto terminal respecto de un acto cuya competencia no le corresponde al Superintendente. En función de esto, se puede afirmar que lo jurídicamente procedente era que el Superintendente devolviera el informe y que se corrigieran los vicios de procedimiento conforme al art. 54 inciso segundo LOSMA.

IV. Circunstancias del art. 40 LOSMA

1 Osorio Vargas, Cristóbal: Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Thomson Reuters, 2017, p. 655.

2 Zúñiga, Francisco y Osorio, Cristóbal: “Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador” en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 2, 2016, p. 464.

1. Cooperación Eficaz:

De acuerdo a la RS, la SMA determina que esta circunstancia *“Concurre, puesto que la empresa evacuó el requerimiento de información contenido en el acta de inspección ambiental de 15 de junio de 2021 y el requerimiento de información contenido en el Resuelvo IX de la Res. Ex. N° 1/Rol 0-054-2023”*. Dentro de la información entregada a la autoridad por mi representada, se encontraba el informe de la ETFA SEMAM de julio de 2021, acompañado en Carta de 2 de agosto de 2021. Esta información, según se desprende en el considerando 6° de la Res. Ex. N°1, sirvió de base para la formulación de cargos, y posteriormente, de acuerdo al considerando 8° de la RS, para la configuración de la infracción. Estas circunstancias específicas, sin embargo, no fueron ponderadas por la autoridad.

Al respecto se deben seguir los criterios establecidos por el Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol N° 172-2018, que resolvió: *“Atendido lo anterior, a juicio del Tribunal, es necesario hacer presente que, habiendo sido el Informe de medición de ruidos: (i) acompañado por Tur Bus; (ii) considerado como base para la formulación del cargo; (iii) parte de los hechos que finalmente se tuvieron por comprobados; y (iv) fundante de la resolución sancionatoria dictada por la SMA, no es posible que, posteriormente, la reclamada desconozca su incorporación formal al expediente sancionatorio y no lo considere como un elemento de cooperación eficaz, generándole un claro perjuicio en la ponderación y valoración de los antecedentes que forman parte del expediente sancionatorio. Sexagésimo octavo. En virtud de todo lo anteriormente expuesto, a juicio del Tribunal, es posible concluir que la SMA incurrió en una infracción a lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la LOSMA previamente citados, pues al omitir considerar el Informe de medición de ruidos como 'cooperación eficaz' en cuanto factor de disminución del monto de la sanción en aplicación de la circunstancia contenida en el literal i) del artículo 40 de la LOSMA, dicha omisión le ocasionó a la reclamante un claro y evidente perjuicio que sólo puede ser subsanado mediante la anulación del acto, por lo que el Tribunal acogerá la respectiva alegación formulada por Tur Bus, ordenando a la SMA considerar la presentación de dicho informe al expediente sancionatorio para todos los efectos legales correspondientes”*.

En la especie, el Informe de medición de ruidos: (i) fue acompañado por mi representada; (ii) sirvió de base para la formulación de cargos; (iii) parte de los hechos que finalmente se tuvieron por comprobados; y (iv) fue fundante de la resolución sancionatoria dictada por la SMA. Por ende, y tal como se ha resuelto por la judicatura ambiental, se le debe considerar especialmente como un elemento que configura la cooperación eficaz. La SMA no se puede desatender un precedente expreso del Segundo Tribunal Ambiental.

2. Intencionalidad de la infracción

La RS señala: *“Concurre, pues se trata de un sujeto calificado con conocimiento del rubro de la construcción, iniciando actividades en enero de 1993 y con 1.221 trabajadores dependientes informados. Adicionalmente, se hace presente que la empresa ha sido sancionada en más de un procedimiento administrativo sancionatorio (Rol D-060-2019, F-048-2020 y D-019-2021) y se encuentra con otros tres procedimientos en curso (D-186-2022, D-086-2023 y D-100-2023), todos por infracción a la norma de Emisión de Ruidos en faenas de construcción”*.

De acuerdo a las Bases Metodológicas para la determinación de las Sanciones Ambientales (en adelante, Bases Metodológicas), la

intencionalidad concurre cuando la infracción ha sido cometida con dolo. El dolo supone, por un lado, el conocimiento de las obligaciones asumidas por el regulado y, por el otro, el propósito o voluntad deliberada de incumplirlas. Vale decir, para que exista dolo es necesario que el regulado, estando en conocimiento del estándar de conducta que le era exigible, haya ejecutado una actividad para contravenirlo. Esta circunstancia, sin embargo, no es compatible con la adopción de medidas de mitigación de ruido adoptadas por mi representada. Al respecto, consta lo siguiente en el procedimiento sancionatorio:

- a) La RS en el pie de página 14, señala: *“cabe destacar que las medidas de mitigación declaradas por el titular en su carta de agosto de 2021 **corresponden a medidas ejecutadas con anterioridad al hecho infraccional** por lo cual no serán consideradas dentro de la estimación del beneficio económico. En el mismo orden de ideas, las facturas N°39; N°35; N° 110525994; N° 675401 y N° 110332169 no fueron consideradas en la estimación del escenario de incumplimiento toda vez que las mismas corresponden a costos incurridos en una fecha anterior a la primera medición de ruido que arrojó excedencia la norma”* (destacado es nuestro).
- b) El acta de fiscalización de 15 de junio de 2021, indica expresamente *“**Cuentan con algunas medidas de control de ruido como barrera perimetral con cumbrera**, al respecto, indican que este muro se habría construido en mutuo acuerdo con los vecinos del edificio colindante”* (destacado es nuestro). Los hechos consignados en esta acta constituyen presunción legal, conforme lo dispuesto en el art. 8 inciso 2° de la LOSMA.
- c) El Informe de la ETFA SEMAM, también hace referencia a una serie de medidas de mitigación de ruido, las que existían con anterioridad a la comisión de la infracción. Al respecto, se indica de modo expreso en el punto 4.5 de dicho informe, que se constataron en terreno las siguientes medidas: *“Barreras de 3 (m) de altura confeccionadas con láminas de acero galvanizado revestidas con lana mineral con cumbreras, éstas últimas no presentan ningún tipo de revestimiento, ubicadas en deslinde sur del proyecto (hacia receptor R1); Barrera de 3,5 (m) de altura confeccionada con láminas de acero galvanizado revestida con lana mineral para formar un encierro acústico del generador diésel utilizado para energizar grúa torre (colinda con muro de separación hacia R3); Barrera móvil horizontal de 3,5 (m) de largo confeccionada con lámina de acero galvanizado revestida con lana mineral y malla raschel para trabajos de corte; Barrera de 4.1 (m) de altura y cumbreras confeccionadas con láminas de acero galvanizado, ambas revestidas con lana mineral, ubicadas en la zona de descarga de hormigón; Semi-encierro confeccionado con láminas de acero galvanizado para bomba de hormigón”*.
- d) Constan además las facturas que dan cuenta que la empresa adquirió una serie de insumos para las medidas de mitigación, de acuerdo a la siguiente tabla:

Factura N°	Fecha	Concepto	Monto
39	14/04/2021	EP N° 1 Carpintería metálica (cierre	\$6.895.741.-

		de obra) Obra Castillo Urizar	
35	29/03/2021	Suministro e instalación de cierre perimetral. Trabajos ejecutados en una jornada de trabajo	\$5.497.800.-
110525994	05/04/2021	TER FILM MOLD 122X244TU	\$5.114.620
675401	22/03/2021	Rectangular 40x60x3 y Angulo 30x3	\$483.759.-
110332169	19/03/2021	TERC ESTRU PINO 18MM 12	\$1.115.030.-
TOTAL			\$18.106.950

Por ende, la adopción de medidas de mitigación de ruidos por parte de la empresa y el reconocimiento que hace la autoridad de las mismas, no es compatible con la imputación de una actuación dolosa. En otras palabras, **no puede imputarse dolo a quien adopta medidas de prevención con el objeto de dar cumplimiento a la normativa ambiental**. Otra cosa, por cierto, es que las medidas adoptadas no hayan sido del todo efectivas para evitar las superaciones a la norma de ruido, cuestión que podría reprocharse a título de culpa. Prueba de ello es que, en el R3, las mediciones de 13 de julio de 2021, de 14 de julio de 2021 y de 15 de julio de 2021, indicaron que sí se dio cumplimiento a la norma de ruido, por lo que las medidas de mitigación adoptadas pueden considerarse adecuadas en todos estos casos.

Adicionalmente, es del todo improcedente excluir de la ponderación de las circunstancias del artículo 40, en particular respecto de la intencionalidad de la infracción, un elemento como la adopción de acciones de mitigación meramente por haberse implementado de modo previo al hecho infraccional. Las Bases Metodológicas no sólo no establecen tal cuestión, sino que su aplicación resulta incoherente con idéntico criterio que contiene la Guía de Programas de Cumplimiento SMA de 2017. En ésta se establece que el PDC debe incluir no solo las acciones que prospectivamente se vayan a implementar para hacerse cargo de la infracción, sino también que “deben” indicarse las acciones ejecutadas en el pasado.

Si bien el presente caso no llegó a la instancia de un PDC, los criterios que la Administración en general y la SMA en particular, deben guardar debida coherencia ante situaciones similares, lo cual no se produce en el este acto, afectando la confianza legítima.

3. Beneficio económico.

Lo que pretende este criterio es que el escenario de incumplimiento normativo no signifique para el infractor una ganancia económica, única forma de que la sanción cumpla su finalidad disuasiva; para este objetivo, las Bases Metodológicas mandatan a la autoridad a incluir en el monto de la sanción los costos evitados o retrasados como también las ganancias anticipadas o adicionales. En específico, la RS en el considerando 49° calcula

los costos en los que debió incurrir la empresa para evitar la infracción arribando a una suma de \$20.696.885. Luego, en el considerando 53°, determina los costos en que incurrió la empresa después del incumplimiento, los que ascenderían a la suma de \$3.491.199.-

Ahora bien, si el beneficio económico queda definido, en parte, por los costos evitados para dar cumplimiento a las normas, esto es, todos aquellos que, de haber sido incurridos en forma oportuna, hubieren evitado la infracción (Bases Metodológicas, p. 37), entonces no es razonable que en ese cálculo se excluyan las inversiones que se acreditan con las facturas acompañadas en el escrito de descargos, individualizadas en el pie de página 14 de la RS y que constan en la tabla precedente, en la medida que corresponden a gastos en que incurrió la empresa para cumplir con la normativa ambiental.

En este sentido, la RS asume que mi representada tuvo un ahorro del 100% de los costos necesarios para cumplir con los umbrales de la norma de ruido, cuestión que, tal como se ha indicado, dista de ser efectiva. Vale decir, la empresa incurrió en un gasto de \$18.106.950.- para disponer de medidas de mitigación de ruido, por lo que no puede ser considerado un “costo evitado”, debiendo, en consecuencia, descontarse del monto determinado para el beneficio económico.

4. Número de personas cuya salud pudo afectarse.

La RS desde los considerandos 73° a 82°, determina el número de personas cuya salud pudo afectarse con la infracción, definiendo una cantidad de 1.127. Para ello establece un área de influencia (AI) de la fuente de ruido que le permite establecer el radio en el que se expande la emisión hasta alcanzar el cumplimiento normativo, y consecuentemente, determina las personas que vieron expuestas. En este razonamiento las RS asume que el 100% de las personas del AI pudo afectarse.

Sin embargo, tal conclusión a nuestro juicio contradice las máximas de la experiencia. Para eso se debe considerar, en primer lugar, los horarios en los que se efectuaron las mediciones:

Mediciones ETFA	Fecha	Horario
R1	13 de julio de 2021	2:27 PM
R2	13 de julio de 2021	3:43 PM
R3	13 de julio de 2021	2:46 PM
R1	14 de julio de 2021	11:46 AM
R2	14 de julio de 2021	12:54 PM
R3	14 de julio de 2021	12:21 PM
R1	15 de julio de 2021	11:39 AM
R2	15 de julio de 2021	12:16 PM
R3	15 de julio de 2021	11:56 AM

Mediciones	Fecha	Horario
------------	-------	---------

Municipalidad		
R1	15 de noviembre de 2021	10:01 AM
R2	15 de noviembre 2021	10:25 AM
R1	20 de diciembre de 2021	11:40 AM

Como se puede apreciar, todas las mediciones se realizaron en horarios en que es altamente probable que las personas que habitan en el AI hayan estado desarrollando actividades laborales, escolares o de otra naturaleza; esto es, que se hayan encontrado fuera de sus hogares. La Zona II, de acuerdo al DS 38/2011 se caracteriza por permitir los usos de la Zona I más equipamiento a cualquier escala. Según consta en el Informe SEMAM, la fuente de ruido se encuentra ubicada en la Zona Z-4 del Instrumento de Planificación Territorial de Ñuñoa, que permite el *uso residencial y todas las actividades productivas*. Por ello, es posible que, en cuanto zona residencial, las personas hayan estado desarrollando las actividades que cotidianamente se ejecutan en esos horarios, y solo un porcentaje menor haya estado en sus hogares. Distinto habría sido si se hubieran realizado las mediciones en horario nocturno o a primera hora por la mañana, pero no puede aplicarse un criterio absoluto de residencia. Este último no sólo no se ajusta al principio de realidad, sino que debió modularse en función de los distintos usos del territorio contemplados por los IPT. Lo anterior es también expresión de la motivación del acto.

En consecuencia, corresponde aplicar criterios de corrección al número total de personas afectadas, pues el escenario de control no justifica entender que el 100% de las personas censadas en el año 2017 se encontraban en sus hogares al momento de producirse las superaciones a la norma.

Por Tanto, y de conformidad con las normas y jurisprudencia citadas,

Ruego a Ud., tener presente las consideraciones precedentes al momento de resolver el recurso de reconsideración interpuesto en el marco del expediente sancionatorio individualizado.

El presente escrito se firma conforme las normas de la Ley N° 19.799.

María Victoria Echave H.

p.p. RVC Ingeniería y Construcción S.A.

