



DEV

RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN Y LEVANTA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

RES. EX. N°5 / ROL D-140-2021

Santiago, 20 de junio de 2023

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que Establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011 del MMA"); en la Resolución Exenta N° 564, de 29 de marzo de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus modificaciones; en la Resolución Exenta N° 752, de 4 de mayo de 2023, que Establece el Orden de Subrogancia para los Cargos de la Superintendencia del Medio Ambiente que se Indican; en la Resolución Exenta N° 349, de 22 de febrero de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija las Reglas de Funcionamiento de Oficina de Partes y Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

1. Que, con fecha 15 de junio de 2021, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-140-2021, con la formulación de cargos a Constructora Capreva S.A., titular de la faena de construcción "Edificio Prat Ap 1733", en virtud de una infracción tipificada en el artículo 35 letra h) de la LO-SMA, en cuanto al incumplimiento de Normas de Emisión, siendo notificada al titular por carta certificada, recepcionada en la oficina de correos de Chile de la comuna de Valdivia con fecha 03 de julio de 2021.

2. Que, con fecha 27 de julio de 2021 y encontrándose dentro del plazo legal, el titular presentó un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC"). Posteriormente, con fecha 18 de agosto de 2021, el titular presentó una segunda versión del Programa de Cumplimiento.



3. Que, mediante Res. Ex. N° 2/ Rol D-140-2021, de 14 de septiembre de 2021, esta SMA resolvió aprobar el programa de cumplimiento presentado, con correcciones de oficio. Dicho PdC debía ser ejecutado por el titular dentro del plazo de 3 meses desde la notificación de la resolución que lo aprobase, la que se practicó mediante correo electrónico el día 20 de septiembre de 2021.

4. Que, mediante Res. Ex. N° 3/ Rol D-140-2021, de 06 de febrero de 2023, esta SMA resolvió declarar el incumplimiento del PdC y reiniciar el procedimiento sancionatorio.

5. Que, con fecha 4 de abril de 2023 y encontrándose dentro de plazo, Adrián Marcelo Guzmán Gohring y Adrián Humberto Guzmán del Río, presentaron una escrito de reposición en contra de la Res. Ex. N° 3/ Rol D-140-2021, solicitando dejarla sin efecto y declarar la ejecución satisfactoria del PdC.

6. Que, en la misma presentación solicitaron suspender los efectos de la resolución recurrida, en particular el reinicio del procedimiento sancionatorio; tener por interpuesto, de forma subsidiaria, recurso jerárquico; que se diese tramitación urgente al recurso de reposición; tener por acompañados los documentos acompañados, a saber: i) Escritura pública de Acta de Sesión Extraordinaria de Directorio, Revocación y Otorgamiento de Poderes, Constructora Capreva S.A., de 18 de 2019, otorgada ante Alejandro Américo Álvarez Barrera, Notario Público de la Cuadragésima Primera Notaria de Santiago; y ii) Set de 17 fotografías; suspender el procedimiento administrativo sancionatorio; tener presente la personería para representar al titular; y, finalmente, solicitó ser notificado a la casilla de correos que indica.

7. Que, mediante la Res. Ex. N°4/ Rol D-140-2021, esta SMA se pronunció sobre la admisibilidad del recurso de reposición, declarándolo admisible y teniéndolo por presentado; a la vez que se acogió la solicitud de suspensión realizada.

II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR EL TITULAR

8. Que, en su recurso de reposición presentado con fecha 04 de abril de 2023, el titular alegó que la resolución impugnada, revestiría vicios de ilegalidad, por cuanto:

- a) El titular habría dado cumplimiento a las acciones propuestas en el PdC.
- b) El único fundamento para declarar el incumplimiento del PdC habría sido el cuestionamiento de los medios de verificación y la medición ETFA.
- c) El IFA DFZ-2022-117-XIV-PC no refiere a errores metodológicos de la medición de ruidos realizada por la ETFA, por lo que no se comprendería que la Res. Ex. N° 3/ Rol D-140-2021 así lo señalara.



A. Sobre lo alegado por el titular en cuanto al cumplimiento de las acciones del PdC

A.1. Sobre la Acción N° 2

9. Que, respecto de la Acción N° 2, esto es la *“Reubicación de equipos o maquinaria generadora de ruido”*, el titular indicó que, a diferencia de lo razonado por esta SMA en la Res. Ex. N° 3 / Rol D-140-2021, ésta sí habría sido ejecutada por el titular, lo que se habría acreditado en las fotografías contenidas en el reporte final.

10. Al respecto, cabe destacar que el medio de verificación ofrecido por el titular en el PdC fueron *“Fotografías fechadas y georreferenciadas ilustrativas del antes y después de la ejecución de la acción (obligatorio)”*. (Énfasis agregado).

11. Sin, embargo, las fotografías que el titular presentó en el reporte final no se encuentran fechadas, por lo que no es posible establecer que estas efectivamente correspondan al antes y después de la ejecución de la acción de reubicación de las fuentes emisoras; así como tampoco se encuentran georreferenciadas, por lo que no es posible establecer que estas efectivamente correspondan a la unidad fiscalizable.

12. Que, en consecuencia, las fotografías que el titular presenta como medios de verificación, no permiten a esta SMA determinar la efectiva implementación de la acción, así como tampoco el lugar y la fecha.

13. Por esta razón, la conclusión sobre la disconformidad de la acción encuentra su fundamento en la imposibilidad de verificar su cumplimiento.

A.2. Sobre la Acción N° 4

14. Que, respecto de la Acción N° 4, esto es la instalación de: *“Otras medidas: Cierre total de vanos de ventanas con placas OSB o terciado estructural de 15 mm. más lana de vidrio de 120 mm. instaladas en la etapa de terminaciones. (...)”*, el titular indicó que, según las fotografías presentadas en el reporte final, los vanos de las ventanas se encontraban debidamente cerrados, con materiales de las características de la acción y acompaña fotografías adicionales obtenidas el día 06 de diciembre de 2021.

15. Que, las fotografías presentadas por el titular en el reporte final del PdC, no se encuentran fechadas ni georreferenciadas y si bien se puede observar la implementación de ciertas medidas para el cierre de vanos, se aprecia que los cierres no fueron ejecutados de forma hermética. Esto se observa en las siguientes fotografías:

16. Que, por otra parte, en la actividad de inspección para determinar el cumplimiento del PdC, esta SMA obtuvo fotografías, fechadas y georreferenciadas, en las cuales se puede observar que los vanos no se encuentran completamente sellados, según se puede apreciar a continuación:

Imagen 1. Vanos no sellados



Fuente: IFA DFZ-2022-117-XIV-PC, fotografía N°3

Imagen2. Vanos no sellados



Fuente: IFA DFZ-2022-117-XIV-PC, fotografía N°4

17. Que, finalmente, las fotografías que presenta el titular como medios de verificación en el Reporte Final del PdC y en el escrito de recurso de reposición, no se encuentran fechadas ni georreferenciadas, de modo que éstas no permiten a esta SMA determinar la efectiva implementación de la acción, así como tampoco el lugar y la fecha.

A.3. Sobre la Acción N° 7

18. Que, finalmente, sobre la Acción N° 7, el titular alega que en la Res. Ex. N° 3/ Rol D-140-2021 no se detalló cuáles eran los errores metodológicos que la medición ETFA presenta.

19. Que, al respecto, cabe hacer presente que los errores metodológicos de la medición ETFA, que implican que ésta no resulte válida, son:

- a) La medición de los niveles de ruido para el Receptor N°1-1490C, según el Anexo 1 – Reporte Técnico D.S. N°38/2011 del MMA, del informe ETFA presentado por el titular, se habría realizado en condición externa, para lo cual, se requiere medir el NPS_{eq}, NPS_{máx} y el NPS_{mín} solo en un punto, tal como se indica en la Ficha de Medición de Niveles de Ruidos. Sin embargo, a continuación, en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruidos, se indican valores para los puntos 2 y 3, lo que no corresponde, de acuerdo a lo indicado precedentemente.
- b) Adicionalmente, sobre la medición de los niveles de ruido para el mismo receptor del literal a) anterior, el valor indicado para NPS_{máx} es menor al valor indicado para el NPS_{mín}.



- c) La medición de los niveles de ruido para el Receptor N°2-1490C, según el Anexo 1 – Reporte Técnico D.S. N° 38/2011 del MMA, del mismo informe ETFA, se habría realizado en condición interna, por lo que se debió medir y registrar los NPSeq, NPSmáx y NPSmín para los 3 puntos, lo que en la especie no ocurrió, ya que los valores para los puntos 2 y 3 no se indican en la Ficha de Medición de Niveles de Ruido y en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido.
- d) Adicionalmente, sobre la medición de los niveles de ruido para el mismo receptor del literal c) anterior, debió haberse aplicado el algoritmo de corrección de ventana abierta, sumando 5 dB(A) al NPS, lo que no se realizó, de acuerdo a lo indicado en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido.

B. Sobre lo alegado por el titular en cuanto a los medios de verificación y medición ETFA del PdC

20. Que, a continuación, el titular alega que el único fundamento para declarar el incumplimiento del PdC se relacionan con el criterio de verificabilidad.

21. Que, en efecto, de acuerdo a la Res. Ex. N° 3/ Rol D-140-2021, se declaró el incumplimiento de las acciones N° 2, 3, y 6 del PdC por falta de antecedentes probatorios que den cuenta de la efectiva implementación de las mismas:

- a) Sobre la acción N°2: *“El titular no acompañó antecedentes que den cuenta de la ejecución de la acción. Por lo tanto, no se puede concluir la conformidad de la Acción N°2.”*
- b) Sobre la acción N°3: *“El titular no acompañó antecedentes que den cuenta de la ejecución de la acción, salvo en cuanto al cierre acústico del generador eléctrico. Por lo tanto, no se puede concluir la conformidad de la Acción N°2.”*
- c) Sobre la acción N°6: *“No se acredita la instalación de un cierre acústico perimetral de toda la obra, sino sólo uno colindante a vivienda más cercana al norte, de aproximadamente 40 metros de longitud, 3 metros de altura estimada y sin cumbre. Por lo tanto, no se puede concluir la conformidad de la Acción N°6.”*

22. Al respecto, cabe destacar que el aspecto probatorio de la efectiva implementación de las acciones del PdC resulta tan como relevante como su eficacia, en cuanto a determinar la aprobación o rechazo de los programas de cumplimiento presentados, de acuerdo al artículo 9 del D.S. N°30/13, del Ministerio del Medio Ambiente, que prescribe que la SMA deberá atenerse a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad para aprobar un PdC, en relación con lo dispuesto en el séptimo inciso del artículo 42 de la LO-SMA.

23. En efecto, el D.S. N° 30/2012, que Aprueba el Reglamento sobre Programas de cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, del Ministerio del Medio Ambiente, prescribe que la SMA deberá atenerse a los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad. Por su parte, el criterio de verificabilidad consiste en que *“Las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento.”*



24. Que, de esta forma, los medios de verificación mediante los cuales se contempla acreditar la ejecución del PdC constituyen una parte sustantiva de dicho instrumento, siendo en relación a dichos medios de verificación que se establece el cumplimiento del criterio de verificabilidad para la aprobación del PdC.

25. Que, como surge de lo expuesto, al haberse presentado de forma incompleta los medios de verificación contemplados en el PdC, no es posible tener por acreditado el cumplimiento de las acciones comprometidas.

26. Por otra parte, en cuanto a lo alegado por el titular sobre la efectiva ejecución de la acción N°4, según éste debidamente acreditado, ya se ha demostrado que aquello no es tal, de acuerdo a lo argüido en los considerandos 15° a 18° del presente acto.

27. Lo mismo ocurre con lo alegado por el titular respecto de su alegación de la acción N°7, ya referido en los considerandos 19° y siguientes del presente acto.

C. Sobre el fundamento del error metodológico de la medición ETFA.

28. Que, al respecto, el titular indicó que la Res. Ex. N°3/ Rol D-140-2021 habría incurrido en falta de motivación respecto de lo indicado para declarar el incumplimiento de la acción N° 7. Alega que sólo se habría indicado que aquella medida presenta errores metodológicos relevantes por lo no se pudo concluir la conformidad en la ejecución de la misma.

29. Que, en este punto, se da por reproducido lo indicado en los considerandos 19° y 20° de la presente resolución.

30. Adicionalmente, cabe señalar que aun cuando la Res. Ex. N°3/ Rol D-140-2021 no explicitó los errores metodológicos incurridos por la ETFA, ello no altera la conclusión y lo resuelto por la misma, esto es, que la medición de ruidos contiene falencias que implican que ésta no pueda ser considerada válida por esta SMA.

III. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO JERÁRQUICO

31. Que, habiéndose desestimado los argumentos que fundaron el recurso de reposición interpuesto, en la presente sección se analizará la procedencia del recurso jerárquico deducido en forma subsidiaria en contra de la Res. Ex. N°3/ Rol D-140-2021.



32. Al respecto, cabe señalar que el referido recurso jerárquico resulta improcedente en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

33. En efecto, de conformidad al segundo inciso del artículo 7 de la LOSMA, el legislador estableció expresamente la separación de funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento sancionatorio, de aquellas vinculadas con la aplicación de sanciones, al disponer que dichas funciones quedarían radicadas en unidades diferentes. En ese sentido, el tercer inciso del referido artículo 7 señala que el Superintendente *“tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley”*. En el mismo sentido, el artículo 54 del mismo cuerpo legal establece que la facultad sancionatoria queda radicada exclusivamente en el Superintendente.

34. En vista de lo expuesto, la intervención del Superintendente queda restringida a la etapa decisoria del procedimiento sancionatorio, en cuanto le ha sido conferida exclusivamente la facultad de sanción o absolución, no debiendo conocer los antecedentes de la etapa de instrucción, circunstancia que contempla su participación mediante una vía recursiva.

35. En definitiva, en vista de la separación de funciones de fiscalización e instrucción, en relación con la aplicación de sanciones (artículo 7, 53 y 54 de la LOSMA), la participación del Superintendente en el procedimiento sancionatorio queda restringida a la etapa decisoria del asunto, correspondiendo declarar, en consecuencia, improcedente el recurso jerárquico interpuesto por el titular.

RESUELVO:

I. RECHAZAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN presentado con fecha 04 de abril de 2023.

II. DECLARAR IMPROCEDENTE EL RECURSO JERÁRQUICO presentado con fecha 04 de abril de 2023, en subsidio del recurso de reposición.

III. LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ROL D-140-2021, desde la notificación del presente acto.

IV. TENER POR ACOMPAÑADOS LOS DOCUMENTOS referidos en la parte considerativa de la presente resolución.

V. NOTIFICAR POR CORREO ELECTRÓNICO, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 19.880 y a lo solicitado por la titular, u otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley referida.

Asimismo, notificar por correo electrónico, a los interesados del presente procedimiento.



Superintendencia del Medio Ambiente
Jefe División de Sanción y Cumplimiento (S)

Dánisa Estay Vega

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

RCF / MEF

Correo Electrónico:

- Constructora Capreva S.A., casilla electrónica
- Katherine Andrea Berner Niklitschek, a la casa

Carta Certificada:

- Henry Patricio Azumendi Toledo, domiciliado en

Rol D-140-2021