

EN LO PRINCIPAL: RECLAMO DE ILEGALIDAD; **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ:** FORMA ESPECIAL DE NOTIFICACIÓN; **TERCER OTROSÍ:** PERSONERÍA; **CUARTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER. -

TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Juan Agustín Laso Bambach, cedula de identidad número 7.021.933-6 y **Guillermo Bofill Ferretti**, cedula de identidad número 17.029.990-6, abogados, en representación de **Bersa Kennedy S.A.**, en adelante “**Bersa**”, Rol Único Tributario número 76.026.189-0, ambos domiciliados para estos efectos en esta ciudad en Av. Alonso de Córdova Número 5320 Oficina 1401 de la Comuna de Las Condes, a S.S. respetuosamente digo:

De acuerdo con el artículo 17 N° 3 de la Ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012 (“Ley N° 20.600” o “LTA”), en relación con el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente¹ (“LOSMA” o Ley N° 20.417”), interponemos reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 841/2024 de fecha 31 de mayo de 2024 y que fue posteriormente rectificadas por la Resolución exenta N° 852/2024 de fecha 03 de junio de 2024 y que fue notificada con fecha 04 de junio de 2024 (“Resolución”), ambas emitida por la Superintendencia de Medio Ambiente (“SMA”) en el expediente sancionatorio D-048-2020 (“Expediente”); organismo representado por la Superintendente de Medio Ambiente, doña Marie Claude Plumer Bodin, ambos domiciliados en calle Teatinos N° 280, comuna de Santiago; solicitando a S.S. que se /i/ Se declare prescrita la infracción y en consecuencia la multa impuesta; /ii/ en subsidio, Se declare la nulidad de la Resolución; /iii/ en subsidio se deje sin efecto la sanción impuesta, o sea sustituida por una amonestación por escrito o en su defecto rebaje sustancialmente la cuantía multa impuesta por la resolución antedicha, atendido que la Resolución reclamada, no se ajusta a la Ley N° 20.417 y a otras normas legales reguladoras de la protección del medio ambiente y perjudica a nuestra representada, en virtud de los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que a continuación pasamos a exponer:

I. PROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN.

1. Legitimación Activa.

La legitimación activa para interponer la acción de autos me corresponde en aplicación del artículo 18 número 3 de la Ley 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, la que en su encabezado señala “los organismos de la Administración del Estado y las personas naturales o jurídicas que se señalan, podrán intervenir como partes en los asuntos de competencia de los Tribunales Ambientales, que en cada caso se indican, conforme con la enumeración del artículo 17; señalando a continuación en el numeral 3 que gozarán de legitimación activa:

“3) En el caso del número 3), las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del Medio Ambiente”.

Lo anterior, en relación con el artículo 17 N° 3 de la misma Ley, que señala “Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 3) conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción”.

En efecto, por ser quien comparece denunciante y el principal afectado por las resoluciones N° 841/2024 y 851/2024 en el procedimiento sancionatorio Rol N° D-048-2020 de la Superintendencia del Medio Ambiente, en tanto se aplica una multa de 18 UTA, gozo de plena legitimación activa.

2. Competencia de los Tribunales Ambientales.

La Ley N° 20.600, que establece las competencias de los Tribunales Ambientales, prescribe en su artículo 17 N° 3 que dicho tribunal será competente para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones que dicte la SMA, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA).

3. Plazo.

En cuanto al plazo de interposición de este recurso, el artículo 55 de la Ley 20.417 señala que los afectados que reclamen la legalidad de una resolución emanada de la SMA, tendrán un plazo de 15 días hábiles para ello, contados desde la fecha de su notificación. En el presente caso, la Res. Ex. N° 841/2024, fue dictada extemporáneamente como se hará ver en el apartado IV, con fecha 31 de mayo de 2024 y notificada esa misma fecha mediante correo electrónico. Posteriormente, dicha resolución fue rectificada, en cuanto a la multa aplicada, con fecha 04 de junio de 2024 mediante la resolución exenta 852/2024 que fue dictada con fecha 03 de junio de 2024 y notificada por correo electrónico con fecha 04 de junio de 2024, tal como consta en las siguientes imágenes:

Notifica resolución exenta N° 841/2024

Contacto SMA <contacto.sma@sma.gob.cl>
Para Juan Agustín Laso; Guillermo Bofill

Seguimiento. Comienza el sábado, 1 de junio de 2024. Vence el sábado, 1 de junio de 2024.
Mensaje recibido el 03-06-2024 10:28.

RESOL 841 SMA 2024.pdf
1 MB

Buen día,

Para su notificación, se adjunta al presente correo copia del documento que señala el asunto.
Agradeceré acusar recibo del presente mensaje.

Atentamente,

Oficina de Participación Ciudadana y Escazú
Superintendencia del Medio Ambiente
Gobierno de Chile
SMA
contacto.sma@sma.gob.cl
(56-22) 6171860
Teatinos 280, Piso 9, Santiago, Chile
www.sma.gob.cl

Responder Responder a todos Reenviar

viernes 31-05-2024 12:57

Notifica resolución exenta N° 852/2024

Contacto SMA <contacto.sma@sma.gob.cl>
Para Juan Agustín Laso; Guillermo Bofill

RESOL 852 SMA 2024.pdf
414 KB

Buen día,

Para su notificación, se adjunta al presente correo copia del documento que señala el asunto.
Agradeceré acusar recibo del presente mensaje.

Atentamente,

Oficina de Participación Ciudadana y Escazú
Superintendencia del Medio Ambiente
Gobierno de Chile
SMA
contacto.sma@sma.gob.cl
(56-22) 6171860
Teatinos 280, Piso 9, Santiago, Chile
www.sma.gob.cl

Responder Responder a todos Reenviar

martes 04-06-2024 11:03

En vista de lo anterior, es que esta presentación se encuentra dentro de plazo.

II. ANTECEDENTES.

La Resolución se dicta en el marco de un proceso sancionatorio iniciado con fecha 23/4/2020 por la SMA, producto de una única medición de ruidos realizada el día 21/01/2019 a una obra ejecutada por nuestra representada, a propósito de una denuncia por ruidos molestos hecha por el Sr. Daniel López Aldunate que realizó el día 13/12/2018. A continuación, expongo los antecedentes más

relevantes que contextualizan el proceso sancionatorio y la nueva multa aplicada por la SMA.

1. Empresa Constructora Bersa Kennedy.

Bersa Kennedy S.A. en adelante “Bersa”, es una empresa constructora que mantuvo a cargo, hasta su conclusión el Edificio con destino Habitacional denominado Edificio Vista Los Andes, Lote 26-C, en adelante la “Obra” o el “proyecto”, ubicado en Avenida Manquehue Norte Número 966 de la Comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

2. Denuncia por ruidos molestos.

Con fecha 13 de diciembre de 2018, don Daniel López Aldunate presentó ante la SMA una denuncia en contra de nuestra representada, mediante la cual informó que habría estado sufriendo ruidos molestos producto de las actividades desarrolladas por la “Faena de Construcción Vista Los Andes, Lote C”, los cuales, supuestamente sobrepasaban la normativa vigente.

3. Inspección de la obra.

Por lo anterior, supuestamente la obra fue objeto de una fiscalización ordenada por la SMA, la que se realizó con fecha 21 de enero de 2019, en la cual el fiscalizador se constituyó en el domicilio del denunciante y constató la obtención de un nivel de presión sonora de 72 dB(A) en horario diurno, en condición interna con ventana abierta, en una zona III, lo cual registraba una excedencia de 7dB(A).

4. Formulación de cargos.

Producto de lo anterior, con fecha 23 de abril de 2020, esto es, casi 1 año y 4 meses después de haberse producido la supuesta infracción, la SMA inició el Procedimiento Sancionatorio Rol D-048-2020, mediante la formulación del siguiente cargo:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 21 de enero de 2019, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 72 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición interna, con ventana abierta, en un receptor sensible ubicado en Zona III.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <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> <p>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 7 a 21 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>III</td> <td>65</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]	III	65	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LOSMA.
Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]						
III	65						

En dicha resolución, la SMA calificó la infracción como “leve” y otorgó a nuestra representada un plazo para presentar sus descargos, los que fueron debidamente presentados con fecha 25 de mayo de 2020.

5. Resolución Exenta N° 115/2021.

Con fecha 21 de enero de 2021, la SMA dictó la resolución exenta N° 115/2021, en la cual sancionó a nuestra representada con una multa de 23 UTA, por haber superado el nivel máximo de emisión de ruidos en los términos ya referidos.

6. Reclamación Rol 278-2021.

Con fecha 10 de febrero de 2021 Bersa Kennedy interpuso una reclamación judicial en contra de la resolución Exenta N° 115 de fecha 21 de enero de 2021, la que fue resuelta favorablemente por el Segundo Tribunal Ambiental con fecha 24 de febrero de 2022.

Es del caso S.S., que en dicha oportunidad el Tribunal Ambiental acogió la reclamación interpuesta en contra de la Resolución exenta N° 115/2021, sobre la base de, entre otras, las siguientes consideraciones:

*/i/ Considerando 52, parte pertinente: “A juicio de este Tribunal, la omisión descrita constituye un vicio esencial del acto administrativo -y por tanto **solo reparable con su declaración de nulidad**¹-, en tanto las medidas adoptadas con ocasión del cumplimiento de la RCA inciden, claramente, en la intencionalidad en la comisión de la infracción. Por lo tanto, la resolución sancionatoria resultó contraria a derecho por carecer de una debida fundamentación, por lo que se dejará sin efecto como se indicará en lo resolutivo.”²*

*/ii/ Considerando 68: “Que, en conclusión, **se acogerá la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 115/2021, atendido que esta adolece de falta de motivación**³, pues, en relación con la circunstancia intencionalidad, y frente a la existencia de una RCA asociada al proyecto que contenía obligaciones para hacerse cargo de impacto de ruido, entre las que se encontraban aquellas relacionadas al monitoreo de la norma de emisión de ruido, el Superintendente del Medio Ambiente omitió de manera ilegal tal circunstancia para efectos de la determinación de la sanción, lo que devino en que la multa aplicada no es proporcional”⁴.*

De esta manera, el Tribunal resolvió acoger la reclamación por carecer de una debida motivación, dejando sin efecto y ordenando a la reclamada dictar una nueva resolución sancionatoria que considere adecuadamente la intencionalidad del infractor, así como los restantes que resulten pertinentes, conforme con lo señalado en la parte considerativa de la sentencia.

Así la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental señala:

¹ El destacado es nuestro.

² Pág. 28, Sentencia Rol 2768-2021, 2° Tribunal Ambiental

³ El destacado es nuestro.

⁴ Pág. 35 misma sentencia

“SE RESUELVE: 1. ACOGER la reclamación deducida por Bersa Kennedy S.AS., en contra de la Resolución Exenta N° 115/2021, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, dejándola sin efecto y ordenando a la reclamada dictar una nueva resolución sancionatoria que considere adecuadamente la intencionalidad del infractor, así como los restantes elementos que resulten pertinentes, conforme con lo señalado en la parte considerativa de la sentencias.”⁵

7. Nueva Resolución de la SMA.

Sorprendentemente con fecha 31 de mayo de 2024 nuestra representada fue notificada de las resolución exenta 841/2024 (“Nueva Resolución”), en virtud de la cual la Superintendencia de Medio Ambiente dictó, fuera de plazo, una nueva Resolución Sancionatoria en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio Rol D-048-2022, en un erróneo cumplimiento de Sentencia en Causa Rol R-278-2021 del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

En dicha nueva resolución resolvió *“Respecto de la infracción, correspondiente a la “Obtención, con **fecha 21 de enero de 2019**, de un nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 72 db (a), medición efectuada en horario diurno, en condición interna, con ventana abierta, en un receptor sensible ubicado en zona III” aplíquese a Bersa Kennedy S.A., Rol único Tributario 76.026.189-0, una multa equivalente a veintiuno unidades tributarias anuales (18 UTA)”⁶.*

Es del caso que en la parte resolutive al momento de determinar el monto de la multa existió un error evidente, con fecha 04 de junio de 2024 la Superintendencia de Medio Ambiente dictó la resolución exenta N° 852/2024 y rectificó de oficio el resuelvo primero de la resolución exenta N° 841/2024 aplicando a Bersa Kennedy S.A. una multa equivalente a dieciocho unidades tributarias anuales (18 UTA)⁷.

Para efecto de determinar la procedencia de la sanción y determinar la multa aplicada, la SMA fundamenta la resolución exenta N° 841/2024, rectificada por la resolución exenta N° 852/2024 (en adelante **“la resolución”**), señala que la RCA 769/2009, en su considerando 5.2.1 contempla la implementación de medidas de control de ruido para la fase de Construcción, concluyendo (considerando 13°) que las medidas comprometidas en la RCA 769/2009 fueron *“implementadas siendo, en términos generales, efectivas para evitar las superaciones a la norma de emisión de ruidos”* por lo anterior, concluye en el considerando 14° que *“(…) se considerará el hecho de que el proyecto se encuentra sujeto a la RCA 769/2009, en la determinación de la sanción específica, como una circunstancia que disminuirá la ponderación asignada a este factor de incremento del componente de afectación”*.

De esta manera, decide rebajar la multa aplicada en la resolución exenta 115/2021 de 23 a 18 Unidades Tributarias Anuales, sin dar mayores detalles de su ponderación; sobre todo cuando sólo pudo constatar (cuestión que hemos discutido y controvertido en el proceso sancionatorio) una emisión de ruido; y ningún agravante de los contenidos en el art. 40 de la LOSMA.

⁵ Pág. 35 misma sentencia

⁶ Nótese el error en los montos, el cual demuestra la falta de rigurosidad de la SMA y de los fundamentos para, en definitiva hacer uso de su discrecionalidad.

⁷ Esta resolución, sólo consigna su error, pero no repara el hecho que la SMA carece de parámetros y justificación para aplicar la discrecionalidad que le ha otorgado el legislador, deviniendo su actuación en ilegal.

III. PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN DENUNCIADA Y DE LA DENUNCIA.

En forma previa a exponer el resto de las Reclamaciones por las ilegalidades de que adolece la Nueva Resolución, solicito a este Tribunal declare la prescripción de la infracción denunciada y del sumario, y como consecuencias de ello, la improcedencia por falta de oportunidad de la Nueva Resolución, toda vez que la supuesta infracción se encuentra prescrita.

En efecto, constan los siguientes hechos que han sido indubitados por la Resolución y la sentencia mencionada:

1. El día 13/12/2018, el Sr Daniel López Aldunate que realizó una denuncia por ruidos molestos en contra de nuestra representada, por la obra que estaba ejecutando;
2. Con fecha 21/01/2019, un fiscalizador de la SMA procedió a efectuar una medición de ruidos a la Obra;
3. Con fecha 24/4/2020 se da inició al Proceso Sancionatorio D-048-2020 (“Sancionatorio”) por la SMA, con motivo de la denuncia;
4. Con fecha 21 de enero de 2021, se dictó por la SMA la Resolución 115 que sancionó a nuestra representada en el Sancionatorio;
5. Con fecha 24 de febrero de 2022, en causa Rol 2768-2021, el 2° Tribunal Ambiental, acogió nuestra reclamación en contra de la Resolución 115, ya referida;
6. Con fecha 31 de mayo de 2024 nuestra representada fue notificada de las Resolución Exenta 841/2024 recaída sobre los mismos hechos denunciados, **y resolviendo nuevamente el Sancionatorio;**
7. Finalmente, con fecha 04 de junio de 2024 la SMA dictó la resolución exenta N° 852/2024 y rectificó de oficio el resuelvo primero de la resolución exenta N° 841/2024.

Luego, nuestra legislación ambiental en el artículo 371 del artículo segundo, de la Ley N° 20.417 que crea y establece la LOSMA, dispone que las **infracciones previstas en dicha ley, como la que es materia de la denuncia indicada, prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas.**

Finalmente, este Tribunal Ambiental en diferentes reclamaciones, ha resuelto que la prescripción se cuenta desde que el hecho infraccional se constató en la fiscalización respectiva, siendo ésta la fecha que da inicio al plazo⁸.

Así las cosas, tenemos: /i/ el 21/01/2019, fiscalizador de la SMA constató mediante la correspondiente medición, la emisión de ruido molesto, comenzando a correr desde este plazo la prescripción establecida en el art. 44 de la LOSMAS (“Prescripción”); /ii/ el día 24/4/2020 se dio inicio al Proceso Sancionatorio, fecha en la cual se interrumpió la prescripción; /iii/ el día 24/2/2022, el 2° Tribunal Ambiental, acogió la reclamación impuesta por nuestra representada; y conforme a las normas comunes sobre prescripción e interrupción establecidas en nuestro Código Civil, quedó sin efecto la interrupción que había operado por el inicio del Proceso Sancionatorio, es decir el plazo comenzó a correr el día 21/01/2019, sin interrupción alguna⁹

⁸ Considerando 11, Sentencia Rol 191-2018, fecha 26/7/2019, 2° Tribunal Ambiental

⁹ Artículo 2503. Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes: 3.° Si el demandado obtuvo sentencia de absolución. En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

En consecuencia, desde la fecha en que se constató el hecho infraccional, esto es el día 21/01/2019, a la fecha de la Nueva Resolución, han transcurrido 5 años y algunos meses, encontrándose en consecuencia prescrita la infracción; lo cual también ocurre si este Tribunal estimara que la fecha debe contarse desde la apertura del correspondiente Sancionatorio. Interpretar lo contrario, implicaría que nos encontraríamos frente a infracciones imprescriptibles, que no es el caso, o bien a sentencias que vulneran la certeza jurídica, cuestión que tampoco es.

En estas condiciones la infracción imputada a nuestra representada, se encuentra absoluta e irremediabilmente prescrita.

IV. ILEGALIDAD EN LA DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO: SU DECAIMIENTO.

El procedimiento sancionador D-048-2020, comenzó el 23 de abril de 2020 y concluyó en el 21 de enero de 2021 mediante la dictación de la SMA de la resolución exenta 115/2021, en la cual sancionó a nuestra representada con una multa de 23 UTA.

Posteriormente, como señalamos, nuestra representada presentó una reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental, el que dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2022, mediante la cual se acogió la reclamación en los términos ya señalados anteriormente.

En efecto, han transcurrido 2 años y tres meses desde que se dictó la sentencia por el Segundo Tribunal Ambiental ordenando a la SMA dictar una nueva resolución sancionatoria. En el intertanto, el proceso estuvo 2 años suspendido sin justificación alguna y por decisión de la Superintendencia.

Recién el 31 de mayo de 2024, 27 meses después de dictada la sentencia por el Segundo Tribunal Ambiental, la SMA decidió dar curso progresivo al procedimiento Administrativo Sancionatorio ROL D-048-2020, notificando la resolución exenta N° 841/2024 y posteriormente rectificándola con la notificación de la resolución exenta N° 852/2024. De esta manera 27 meses después el proceso decayó o devino ineficaz.

Las primeras sentencias que se pronunciaron acerca de los efectos de la tardanza injustificada en la resolución de los procedimientos administrativos se dictaron a finales de 2009 y 2010 (a modo de ejemplo, sentencias de la Corte Suprema Rol 4923-10, de 16 de septiembre de 2010 y Rol 5228-10, de 20 de octubre de 2010). En esos pronunciamientos, la Corte Suprema trató de dar respuesta a la paradoja que se producía entre dos premisas en tensión: (i) los plazos no son fatales para la Administración; y, (ii) garantizar el derecho de los interesados a obtener una resolución en un plazo razonable para resguardar el debido proceso.

La Corte Suprema acuñó la denominada doctrina del “*decaimiento del procedimiento administrativo*”, que determina que los procedimientos cuya resolución se demore por un plazo excesivo pierdan su eficacia y se extingan, deviniendo inválidos los actos que se dicten con posterioridad.

La doctrina del decaimiento del procedimiento administrativo se fundó en diversos pilares y, en particular, en: (i) los principios del procedimiento administrativo -eficacia, eficiencia y celeridad; (ii) el debido proceso; y, (iii) la finalidad coercitiva de las sanciones, que determina que estas devengan inútiles si transcurre un margen temporal excesivo entre su comisión y su imposición.

Recientemente, y en coherencia con el tenor literal del artículo 27 de la Ley N° 19.880, la Corte Suprema resolvió que el plazo de seis meses establecido en el artículo 27 de la citada ley es plazo máximo vinculante, cuya superación determina la ineficacia del procedimiento¹⁰.

Es ilustrativa de esta jurisprudencia ya consolidada, la sentencia de la Corte Suprema de 3 de mayo de 2021 (Rol 127.415-2020), en la que se expuso que el transcurso del plazo de seis meses determina la ineficacia del procedimiento con base en el artículo 40 de la Ley 19.880, que establece que el procedimiento terminará por “la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento”. En particular, en esa ocasión la Excm. Corte Suprema resolvió que:

“Ante la claridad del precepto del artículo 27, que “el procedimiento no podrá exceder de 6 meses” de duración en su sustanciación, contado desde su iniciación y hasta la decisión final, como lo indicado por el Ejecutivo en su Mensaje, en orden a que el proyecto tiende, precisamente, a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que su incumplimiento únicamente genera responsabilidades administrativas, entre otros aspectos, se ha de concluir que existe una imposibilidad material para continuar el procedimiento y que la causa sobreviniente es el cumplimiento del plazo, razonable contexto en el que todo el actuar posterior de la Administración deviene en ineficaz por ilegalidad”.

Así, además de sus vicios particulares, la Resolución Impugnada es contraria a derecho porque decayó o devino ineficaz, en los términos indicados. En efecto, el procedimiento sancionador se inició hace más de cuatro años y estuvo paralizado por más de 2 años, sin que mediare justificación para el retraso de su continuación.

V. LA RESOLUCIÓN CARECE DE MOTIVACIÓN.

El Segundo Tribunal Ambiental, al momento de resolver la reclamación R-047-2020, para acoger la reclamación sostuvo que la resolución exenta N° 115/2021 adolecía de falta de motivación, *“pues en relación con la circunstancia intencionalidad, y frente a la existencia de una RCA asociada al proyecto que contenía la obligación de hacerse cargo de impacto de ruido, entre las que se encontraban aquellas relacionadas al monitoreo de la norma de emisión de ruido, el Superintendente del Medio Ambiente omitió ilegalmente tal circunstancia para efectos de la determinación de la sanción, lo que devino en que la multa aplicada no es proporcional.”*

Es del caso S.S. que la resolución reclamada continúa careciendo de motivación pues ésta solo se limita a detallar lo señalado en la RCA N° 769/2009, más no hace una análisis de la misma para considerarla al momento de resolver ni como esta influye sustancialmente al momento de ponderar la multa aplicada y mucho menos cual es la justificación para determinar que la nueva multa si es proporcional.

El deber de motivación de los actos administrativos constituye un principio general del derecho administrativo y un requisito expresamente establecido en los artículos 11 de la citada ley, al exigir que: *“Los hechos y fundamentos de derecho*

¹⁰ Fundamentos de Derecho Ambiental. Segunda edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, Chile, 2014., p. 493-494.

deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares”; y, 41 inciso 4 de la Ley N° 19.880, que dispone que: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

La importancia de motivar los actos, que es lo mismo que decir dar debida razón de estos, es tanto o más importante tratándose de aquellos que restringen derechos o imponen sanciones, como es el caso. En efecto, tratándose de sanciones que absuelvan o impongan multas, el artículo 54 de la LOSMA prescribe que “(...) [el] Superintendente, quien resolverá en plazo de diez días, dictando al efecto una resolución fundada en la cual absolverá al infractor o aplicará la sanción, en su caso.”

Esta autoridad no sujetó la comprobación del hecho denunciado a los estándares exigidos por ley.

Como se acreditó en la Formulación de descargos y en la reclamación ante el Segundo Tribunal Ambiental, nuestra representada desde el comienzo de la obra implementó todas las medidas contenidas en la RCA N° 769/2009.

De esta manera, la SMA tuvo por acreditado en base a la prueba aportada por esta parte que en la obra se cumplía con todas las medias establecidas en la RCA, y concluye que *“Por los motivos anteriores, se considerará el hecho que el proyecto se encuentra sujeto a la RCA n° 769/2009, en la determinación de la sanción específica, como una circunstancia que disminuirá la ponderación asignada a este factor de incremento del componente de afectación.”* De esta manera, nuevamente, la SMA incurre en un vicio puesto que no señala la forma en que el cumplimiento de la RCA infiere al momento de disminuir la multa aplicada.

En efecto, la sanción no logra alcanzar el umbral mínimo de fundamentación administrativa, viciando de forma incorregible lo resuelto por la SMA. Ello, por cuanto para que se cumpla el fin perseguido, no basta con una enunciación exigua del cumplimiento de las RCA. Todo lo contrario: **el acto debe ser precedido por cimientos lógicos y jurídicamente armónicos con la normativa vigente. La motivación, en ese sentido, no es sólo un requisito formal que debe ser abordado por la administración, sino que es una cláusula de fondo que dota de contenido la decisión de una autoridad.**

Como se ha dicho, *“las decisiones de la Administración que se contienen en los actos administrativos deben ser consistentes, coherentes, y proporcionadas, esto es, basadas en la prueba o evidencia, lógicas y razones en su procedimiento (adoptadas racionalmente), y razonables en sus resultados”*¹¹.

Así lo ha resuelto este mismo Ilustre Tribunal, destacando el rol primordial de la motivación administrativa, siendo la base para poder conocer y eventualmente impugnar los efectos del acto. Claramente, aprehender las razones detrás de un acto es el pilar necesario para contradecirlo:

*“(...) la doctrina explica que la contradictoriedad se manifiesta tanto en el derecho a aducir alegaciones, que deberán ser tenidas en cuenta por la autoridad al resolver, como en la obtención de una respuesta fundada en la resolución final que se haga cargo de los planteamientos formulados en el procedimiento”*¹²

¹¹ HUEPE, Fabián, Discrecionalidad administrativa y razonabilidad, Thomson Reuters, 2018, p. 230.

¹² BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. Segunda edición. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, Chile, 2014., p. 493-494

Por consiguiente, la falta de adecuados fundamentos en el acto de la SMA no solo es contraria a derecho per se, sino que genera profunda indefensión en nuestra representada.

VI. ILEGALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES IMPUESTAS: INFRACCIONES A LA GUÍA METODOLÓGICA DE LA SMA Y AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

La Resolución Reclamada no da cuenta de cómo influyen los distintos elementos que deben ser evaluados en la ponderación de las sanciones decretadas, ni los puntajes que otorga para el correcto cálculo de su determinación.

Lo anterior constituye un nuevo vicio de motivación pues no se advierten cuáles son los fundamentos que condujeron a la (desproporcionada) cuantía de la multa.

Sobre la ponderación de las sanciones ambientales, la doctrina ha señalado que la consideración y aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA constituye una materialización del principio de proporcionalidad en materia sancionatoria. En el proceso de aplicación de sanciones, explica Bermúdez, supone este principio un proceso integrador y valorativo de los tres elementos contenidos en la norma jurídica habilitante: del presupuesto de hecho, los medios y el fin¹³.

En este tenor el artículo 40 encuentra su objetivo, es decir, trata de establecer parámetros que claramente constituyen una forma objetiva de delimitar la discrecionalidad de la Administración, teniendo en este sentido especial relevancia la ponderación razonable de los hechos y la debida justicia y proporcionalidad de la sanción en relación con la infracción.

Conforme el artículo 41 de la ley N° 19.880, toda resolución que ponga fin a un procedimiento administrativo deberá decidir las cuestiones planteadas por los interesados en el mismo. En ese sentido, la motivación del acto administrativo es uno de sus requisitos esenciales, y su omisión o insuficiencia se traducirá -en general- en la existencia de un vicio de invalidez del acto⁴. Por ello es que uno de los elementos del control de la discrecionalidad de la Administración es la debida fundamentación y la expresión circunstanciada de los motivos que derivaron en aquella decisión:

“(d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse”.

La Contraloría General de la República ha dado razón de lo anterior en los Dictámenes N°s 44.114, de 21 de septiembre de 2005, 2.783, de 17 de enero de 2007, 23.114, de 24 de mayo de 2007 y 55.132, de 31 de agosto de 2011, sosteniendo que: “el principio de juridicidad conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional de los antecedentes que se invocan para justificar la procedencia de la decisión adoptada”.

En el mismo sentido, señala la Guía de determinación de las sanciones de la SMA, “dentro del ámbito reglado, la determinación de la sanción específica a ser aplicada es una potestad discrecional de la SMA, la cual debe ser ejercida de manera razonada y fundamentada”.¹⁴ En ese sentido es fundamental que la discrecionalidad de la que goza dicho organismo se encuentre debidamente fundada y razonada en la Resolución Sancionatoria.

Así, la razonabilidad de la decisión viene dada por la fundamentación y la motivación de la misma, lo cual implica ir más allá de citar y subsumir hechos en normas, sino que de esta debe fluir claramente cómo es que se ha llegado a una conclusión y no otra en la decisión. En este caso, lo anterior se traduce en la necesidad de fundamentar por qué frente a una determinada situación la SMA determinó una sanción pecuniaria -frente a las sanciones no pecuniarias-, que dada la gravedad de la infracción, también le eran disponibles en virtud del artículo 40 LO-SMA.

Lo anterior fue señalado por el Ilustre Tribunal Ambiental en sentencia Rol N° R-6- 2013, -decisión que se hace presente en el considerando decimooctavo del fallo del Ilustre Tribunal Ambiental, mediante la cual precisamente ordena a la Superintendencia del Medio Ambiente a referirse en la resolución sancionatoria del proyecto minero “Pascua Lama” de forma fundada sobre la procedencia de sanciones pecuniarias o no pecuniarias en cada una de las infracciones identificadas. En ese sentido, el considerando centésimo decimoséptimo dice:

“(...) al analizar la resolución impugnada, se puede constatar que los antecedentes señalados por el reclamante sí fueron mencionados, y que efectivamente aparecen contenidos en la consideración 100 letra c) de la citada resolución. Por lo tanto, desde el punto de vista formal, los antecedentes sí fueron considerados. Sin embargo, el problema es nuevamente la motivación de la decisión y la falta de razonamiento que permita determinar de qué forma esa cantidad incumplimientos llevaron al Superintendente a decidirse por una sanción - en este caso, multa- y no por otra, como sería, por ejemplo, la revocación. Como se ha señalado en las consideraciones anteriores, los criterios del artículo 40 están íntimamente vinculados con la motivación y la debida argumentación que debe realizar el Superintendente para escoger una sanción en detrimento de otra. Es decir, lo que se espera de su fundamentación es que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender por qué el Superintendente optó por una sanción, y cómo los criterios del artículo 40 fueron utilizados para arribar a tal decisión, de forma tal que se pueda determinar si hay proporcionalidad en la sanción impuesta y de qué forma la motivación de la decisión la explica. Así, por ejemplo, si tenemos un infractor con una conducta anterior contumaz, que presenta un alto nivel de incumplimiento que sólo confirma su falta de compromiso con la normativa ambiental y que incurre en reiteradas infracciones graves o gravísimas, sería desproporcionado imponerle como sanción una amonestación. Por su parte, la fundamentación de una

¹⁴ Superintendencia del Medio Ambiente. Bases para la determinación de las sanciones. Diciembre 2017, pp, 26

sanción mayor, como sería la multa, debiese explicar no sólo las razones por las cuales la autoridad escogió dicha sanción, sino que, además, debería razonar por qué -a la luz de gravísimos antecedentes- se descarta la imposición de la revocación”

De esa forma, la razonabilidad en el ejercicio administrativo viene dada por la motivación de la decisión y su fundamentación. En el caso del ejercicio de la potestad sancionatoria se traduce en la argumentación que debe realizar la Superintendencia para escoger una sanción en detrimento de la otra y que de la simple lectura de los argumentos se pueda comprender aquella opción.

Sin embargo, en ningún momento de la Resolución el organismo sancionador evidencia -una vez analizados la seriedad de la sanción a partir de los criterios del artículo 40 LOSMA- los motivos de por qué optó por una sanción pecuniaria frente a las no pecuniarias que ofrece también el artículo 39 de la misma norma (pudiendo haber aplicado una amonestación por escrito), ejerciendo una discrecionalidad sancionatoria completamente desmotivada.

Es del caso S.S., que para determinar la aplicación de una sanción se debe analizar el procedimiento y las reglas consagradas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (“Bases Metodológicas”)¹⁵, aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la SMA.

Las Bases Metodológicas, como su título lo indica, corresponden a un método para precisar cuál será el monto de la multa que corresponde aplicar a un infractor, desde una perspectiva disuasiva basada en la idea de sanciones óptimas¹⁶. Éstas prevén que para alcanzar una determinación correcta de la sanción administrativa se deben sumar dos elementos, a saber, (i) el beneficio económico; y, (ii) el componente de afectación¹⁷.



La multa impuesta por la Resolución Reclamada fue 18 UTA por superar el nivel máximo de emisión de ruidos. Es decir, la Resolución Reclamada impuso una sanción total de \$14.206.320.

A pesar de la desproporcionada cifra a cuyo pago se condena a nuestra representada, la Resolución Reclamada no contiene el razonamiento concreto del que resulta la cifra específica, ni cómo y por qué esta fue rebajada de 23 a 18 UTA o por qué no se aplicó una multa menor o una amonestación por escrito, básicamente la SMA determinó, porque lo ordenó el Tribunal, que porque había una RCA se debía rebajar la multa, sin justificar ni entregar una fundamentación para ello.

¹⁵ Disponible en: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-ladeterminacion-de-sanciones-ambientales-2017/>

¹⁶ SOTO DELGADO, Pablo. “Determinación de sanciones administrativas: disuasión óptima y confinamiento de la discrecionalidad del regulador ambiental”, en: Anuario de Derecho Público, Santiago, Chile. Editorial Universidad Diego Portales, 2016, p. 375.

¹⁷ Bases metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales (SMA), p. 56

¹⁸ Imagen 1. Esquema metodológico general para la determinación de sanciones pecuniarias. Fuente: Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales SMA.

Así, la sanción resulta excesiva a la luz de los antecedentes presentados a lo largo de este escrito, infringiendo el principio de proporcionalidad. Respecto a este principio, Luis Cordero ha afirmado que:

“La proporcionalidad tiene como centro normativo la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos del contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad); es decir, una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que esta 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 dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas¹⁹”

La vulneración del principio de proporcionalidad en este caso es especialmente llamativa, porque: (i) no se advierte justificación alguna siquiera para multar; (ii) resulta difícil comprender los fundamentos de la cuantía de la multa; (iii) Bersa actuó de buena fe y cumpliendo las directrices de los órganos competentes, específicamente con la RCA, tal como la propia SMA reconoce expresamente.

VII. ANALISIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE RESPECTO A LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR BERSA.

En la resolución emitida por la SMA, ésta hace un análisis de los fundamentos expuestos por Bersa en su escrito de descargo, todos los cuáles no fueron considerados por dicha Superintendencia al momento de determinar la existencia la infracción y la cuantía de la multa aplicada.

En este aspecto, consideramos importante realizar las siguientes consideraciones a cada uno de los fundamentos de la SMA respecto a los descargo presentados:

1. Respecto a la falta de notificación de la medición que supuestamente habría constatado la infracción.

En los descargos Bersa señaló que, en el proceso de medición realizado por el fiscalizador ésta jamás fue informada ni estuvo presente en el mismo, todo lo cual hacía imposible poder validar de algún modo el resultado de la misma.

Esta parte no desconoce la calidad de ministro de fe que tienen los fiscalizadores, pero dicho procedimiento debió haber sido comunicado a nuestra representada para ver “*in situ*” el proceso de medición, observar los resultados y poder tomar las medidas que fueran necesarias si así la situación lo exigía.

En este aspecto el problema radicó S.S., en que de haber sido conocido por Bersa el proceso de fiscalización y la SMA hubiese formulado cargos en un tiempo prudente, nuestra representada habría podido (i) realizar todas las gestiones para, en caso de haber existido una infracción, evitar infringir la norma y (ii) haber presentado un Plan de Cumplimiento al momento de haberse formulados los cargos que constan en la resolución EX. N° 1/ ROL D-048-2020 de fecha 23 de abril de 2020.

¹⁹ Cordero, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”. Thomson Reuters (Segunda edición) p. 375.

Todo lo cual no fue posible dado que Bersa sólo tuvo conocimiento de este proceso cuando la Superintendencia de Medio Ambiente, 1 año y casi cuatro meses, después notificó la formulación de cargos, fecha en la cual la obra de nuestra representada había finalizado.

2. Respecto a la imposibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento.

En este punto, es necesario hacer la siguiente pregunta, ¿cómo se podría presentar un Programa de Cumplimiento sobre una obra cuando ésta ha finalizado?

La SMA en su resolución fundamenta el rechazo de esta situación sobre la base de un argumento bastante rígido o poco flexible, por cuanto no logró entender que después de 1 año y casi cuatro meses desde la medición la obra había finalizado y que no había espacio ni manera ni justificación para la implementación de medidas correctivas o de mitigación por parte de nuestra representada, **porque la obra había finalizado y no existía a esa fecha emisión de ruido de ningún tipo que emanara de Bersa.**

Además, debemos insistir, que este problema se produce por la negligencia de la Superintendencia, quién una vez constatado los hechos que fueron objeto de la fiscalización dilató por más de un año y casi 4 meses el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio, lo que impidió que nuestra representada pudiese tener la oportunidad de presentar un Programa de Cumplimiento.

Las ventajas que conllevan tanto la presentación de un Programa de Cumplimiento por un supuesto infractor a la Norma de Emisión de Ruidos, como el cumplimiento efectivo del mismo dentro de los plazos establecidos y con los resultados prometidos, son evidentes y muestran el interés del ente regulador para que se restablezca el cumplimiento ambiental. Es por esto, que **los efectos de un Programa de Cumplimiento son favorecedores a los fiscalizados, ya que se busca que se suspenda y eventualmente se termine el procedimiento administrativo sancionatorio en su contra mediante la implementación de acciones que lleven al cumplimiento de una meta, cual es, el cumplimiento de la norma supuestamente infringida.**

El hecho de que la SMA haya creado una Guía para la Presentación de un Programa de Cumplimiento por Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, y la acompañe a las notificaciones de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, es un claro indicio de que, para dicho organismo, **es a lo menos deseable que los fiscalizados opten por este mecanismo y no por la formulación de descargos.**

En el caso concreto, nuestra representada se vio **injustamente impedida de poder presentar un Programa de Cumplimiento, toda vez que el inicio del procedimiento en su contra se inició con más de 1 año y casi 4 meses de retraso tras la única fiscalización a la Obra, en circunstancias que al día de la notificación de la Formulación de cargos la Obra ya se encontraba terminada,** tal y como se le acreditó en los descargos presentados a la SMA.

Así, es imposible presentar un Programa de Cumplimiento por dos razones: (i) al momento de la notificación del procedimiento, las Obras ya se encontraban terminadas; y (ii) no se puede presentar un Programa de Cumplimiento si las obras se encuentran finalizadas, puesto que el fin de un Programa de Cumplimiento es

precisamente la implementación de medidas de mitigación con posterioridad a la fiscalización²⁰.

Este actuar de la SMA, al parecer, evidencia sólo un interés en aplicar multas y no en ejecutar su labor preventiva; todo lo cual contraviene expresamente el proceso administrativo y, lo que es más grave, limita arbitrariamente los derechos de nuestra representada, al no actuar la SMA a tiempo como se lo mandata la ley.

Finalmente, resulta relevante señalar que en la sentencia de la causa ROL R-278-2021, que acogió la reclamación en contra de la resolución exenta 115/2021, **Ministra señora Sfeir** concurre a la mayoría, sin compartir lo razonado en los considerandos trigésimo sexto y trigésimo séptimo, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1° Que, en cuanto a la falta de oportunidad de la época de la formulación de cargos, atendido el tiempo transcurrido entre el acto de fiscalización y la formulación de cargos, tal dilación incidió en la posibilidad real de la empresa reclamante de poder presentar un programa de cumplimiento.

2° Que, en efecto, resulta forzado pretender que el infractor tuvo la oportunidad de presentar un programa de cumplimiento, en circunstancias que la faena constructiva se encontraba concluida y no existen, por tanto, medidas a implementar. Acusar que pudo adoptar medidas correctivas previamente a la formulación de cargos resulta igualmente ilusorio, pues la mera recepción de un acta de inspección no constituye emplazamiento ni reproche.

3° Que, en el caso de autos, el acta de inspección no entrega información alguna que pudiera dar indicios de que se constató una excedencia a la norma, limitándose a señalar en la sección 6 “Hechos constatados y/o actividades realizadas”, que “Los resultados de las actividades de fiscalización ambiental realizadas serán informados a la SMA para su evaluación y resolución”, sin efectuar referencia alguna a los resultados de la medición ni a la excedencia que se habría verificado, ni constando en autos que se ha hecho entrega igualmente de la “Ficha de información de medición de ruido”, documento en el cual se registra, entre otros antecedentes, el nivel de excedencia a la norma de ruido.

4° Que, de esta manera, el titular de la faena fiscalizada que recibió el acta de inspección no tuvo como anticipar que la Superintendencia dirigiría una imputación en su contra. Una formulación de cargos oportuna hubiese posibilitado al infractor proponer e implementar medidas en la construcción de la obra, que permitieran dar cumplimiento a los límites del D.S. N°38/2011, y con ello hacer efectiva la opción que el artículo 42 de la Ley orgánica de la SMA otorga a los infractores.

²⁰ Se trata de “medidas que proveen de elaborados mecanismos de interacción entre los regulados y la administración, que tienen por leitmotiv el establecimiento de vías alternativas a la simple aplicación de una sanción (...), con el objeto de que el regulado se ajuste a mutuo propio a la normativa ambiental.” TAPIA ALVIAL, Claudio Sebastián: “Incentivos al cumplimiento ambiental: análisis crítico a la autodenuncia ambiental”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, Santiago, Chile.

5° Que, el marco legal vigente permite al infractor proponer un programa de cumplimiento solo una vez que la SMA le ha notificado la decisión de dar inicio a un procedimiento sancionatorio. Esta salida alternativa, a disposición de todos los infractores que no presenten impedimentos de conformidad al artículo 42 de la Ley Orgánica de la SMA, forma parte del derecho de defensa, pues permite al sujeto regulado evitar la aplicación de una sanción mediante la adopción de medidas correctivas que sean aprobadas por la autoridad. Una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, la mera concesión de plazo para presentar un programa de cumplimiento inoportuno por causa atribuible a la autoridad no satisface el estándar de actuación exigible a la misma y afecta el derecho de defensa del infractor, que forma parte de la garantía de un racional y justo procedimiento, exigencia plenamente aplicable al procedimiento sancionatorio regulado por la Ley N° 20.417. Así, al impedir en los hechos el acceso efectivo a esta salida alternativa del procedimiento, se vicia de manera esencial la validez del acto impugnado.

6° Que, asimismo, resulta pertinente relevar que la SMA también incurrió en una indebida dilación en el tratamiento de una denuncia. Lo anterior, porque aun cuando se realizó la inspección encomendada y oportunamente diligenciada por la Autoridad Sanitaria, esta no resultó en la apertura de un procedimiento de sanción sino catorce meses después de recibidos todos los antecedentes, ya concluida la fase de construcción y con ello, agotada la posibilidad de que se adoptan medidas correctivas que hubieren permitido abordar los ruidos que afectaron al denunciante. Se vulnera así el derecho del denunciante a obtener una respuesta no solo formal, sino que sustantiva respecto a las emisiones de ruido objeto de su denuncia.

3. Respecto a la demora de la SMA en iniciar el procedimiento sancionatorio.

Sobre esta aspecto nos referiremos en el capítulo VIII. letra A de esta presentación.

4. Respecto a las medidas de mitigación.

Sobre este punto, resulta bastante curioso, por decir lo menos, lo señalado por la SMA, ya que respecto del Informe de evaluación de ruido según D.S N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente correspondiente a monitoreo Enero-Febrero-Marzo 2019, realizado por la empresa **Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica SpA.**, consideró (i) que no descarta la excedencia registrada el 21 de enero de 2019 y (ii) señala que dicho informe carece de verificabilidad y no resulta fehacientes porque dicha empresa no se encuentra en el registro público de la ETFAS.

Es relevante sostener S.S. que nuestra representada durante el desarrollo de la obra realizó todas las medidas necesarias para evitar cualquier daño al medio ambiente o a la salud de las personas, dentro de los cuales se encontraba la contratación de los servicios de la empresa Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica SpA., la que mensualmente hacía diversas mediciones, todas las cuales se encontraban dentro de los límites establecidos por la ley.

Ahora bien, en el segundo aspecto, debemos señalar que la empresa Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica SpA., es de aquellas que han sido autorizada por la propia SMA como Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental, tal y como consta en la resolución exenta N° 726 del año 2018 y la resolución exenta N° 953 del año 2020 que renovó la autorización, ambas emitidas por la SMA.

Por lo anterior, el fundamento para no considerar la información presentada por Bersa carece de todo fundamento.

VIII. RECLAMACIONES

A. PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS DE BERSA: NEGLIGENCIA DE LA SMA RESPECTO AL TIEMPO TRANSCURRIDO PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO.

En el escrito de descargo esta parte hizo presente a la SMA que entre el proceso de medición y la formulación de cargo habría transcurrido un tiempo que sería excesivo y que implicaría una privación a Bersa de diversos derechos.

Frente a este descargo, la SMA básicamente sostuvo en sus análisis que conforme al art. 37 de la LOSMA la prescripción de las infracciones se produce en el plazo de 3 años de cometidas, plazo que conforme a los documentos que constaban en el proceso sancionador no se había cumplido.

Sin perjuicio de lo anterior, la SMA olvidó por completo que su demora en la formulación de cargos, además de dejar en evidencia su negligencia en la tramitación de estos procesos, provocó un grave perjuicio en contra de Bersa, ello por cuanto, producto del tiempo transcurrido entre la única fiscalización y el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, las medidas de mitigación y la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento eran completamente imposibles, lo que no sólo dejó a esta parte en una situación de absoluta desventaja, sino que además, violó sus derechos básicos.

La situación anteriormente descrita constituye, por lo tanto, una carga anormal e ilegítima para el administrado sumariado, suprimiendo una prerrogativa de la cual goza mi representado con motivo de la excesiva demora en la cual incurrió la Superintendencia en cuestión, atentando directamente contra la garantía constitucional del debido proceso y la obligación de llevar un procedimiento racional y justo. Se suma, además, la oposición de los principios de celeridad, certeza jurídica y eficiencia claramente previstos en la ley 19.880.

En efecto, dado que por la propia inactividad de la autoridad administrativa se retrasó en más de un año la formulación de cargos, impidiéndole a nuestra representada presentar un Programa de Cumplimiento (para el caso que efectivamente se hubiese detectado un incumplimiento ambiental), se le limitó su derecho a defensa, y sólo le quedó depender de la discrecionalidad de la autoridad administrativa²¹, lo que en definitiva significó que se determinara la existencia de una infracción y la aplicación de una multa totalmente desproporcionada.

Lo anterior, atenta contra las garantías procedimentales que permitan asegurar el cumplimiento del debido proceso administrativo²². Dentro de estas garantías, se

²¹ Discrecionalidad entendida en los términos del derecho administrativo y que en este caso se encuentra reflejada en los art. 39 y 53 de la LOSMA

²² La aplicación del debido proceso en sede administrativa ha sido reconocida, entre otros, por la Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 513-2006, de 2 de enero de 2017

pueden mencionar²³: la posibilidad de presentar cualquier medio de prueba admisible en derecho durante todo el curso del sancionatorio²⁴, la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica²⁵, el libre acceso al expediente administrativo²⁶, **la posibilidad de acceder a una salida alternativa²⁷** (destacados es nuestro), la aplicación del principio de congruencia²⁸, la posibilidad de presentar un recurso especial de reposición²⁹, la aplicación del principio non bis in ídem, la posibilidad de reclamar judicialmente de las resoluciones del SMA ante una judicatura especializada y la necesidad de contar, por parte del órgano persecutor, con una autorización judicial previa para decretar una sanción consistente en la clausura temporal o definitiva de una instalación o decretar la revocación de una RCA³⁰.

Al igual que el procedimiento administrativo general, el sancionador consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización. Conforme a los supuestos fácticos señalados en la Res. Ex. N°1/Rol D-048-2020, se desprende que **la SMA demoró un año y cuatro meses entre la etapa de iniciación y la de instrucción, excediendo con creces los plazos establecidos en la ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos³¹**. Se evidencia, por tanto, una etapa del procedimiento administrativo sancionatorio (instrucción) naturalmente extemporánea y que supera el límite de tiempo fijado en la norma aludida, e incluso el límite de tiempo razonable y prudente atendido el bien jurídico que se le ha encomendado proteger a la SMA, sin hacer referencia en caso alguno a una situación de caso fortuito o fuerza mayor para justificar la tardanza en la aplicación de la sanción.

Paralelamente a la inactividad del ente sancionador, surge otro elemento que viene a reforzar las consecuencias de la extralimitación de tiempo entre la denuncia (iniciación del procedimiento) y la instrucción (desarrollo del procedimiento), consistente en el cambio de las circunstancias fácticas que motivaron la formulación de cargos a mi representado. **Esta variación de los hechos se refleja en que la formulación de cargos se efectuó por supuestos ruidos que superaban los límites de la normativa vigente respecto a trabajos que a la fecha actual ya se encontraban finalizados.**

Considerando estos dos elementos, (i) transcurso del tiempo fuera del plazo legal y (ii) el cambio de las circunstancias fácticas, quedó establecido que se había producido el decaimiento del procedimiento administrativo, evidenciándose que la formulación de cargos tiene como consecuencia la pérdida de su eficacia, tornándose abiertamente en inútil e ilegítima, al impedir al administrado sumariado el ejercicio de una prerrogativa reconocida por ley, resultando una posición desventajosa para éste último. De esta manera se tiene como resultado un atentado en contra de la garantía Constitucional del debido proceso, a los principios ya mencionados anteriormente, y en adición, se desvirtúa la función preventiva-represora que tiene por finalidad el procedimiento administrativo sancionador.

²³ Discrecionalidad administrativa en la determinación de las sanciones ambientales. Pablo Tejada Castillo. Revista de Derecho Ambiental Año VII N° 11 (ene-jun 2019) pag 56-87.

²⁴ 12 sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-20-2014, del 19 de junio de 2014, señaló en el considerando 15 que: “los interesados en el procedimiento pueden formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento hasta antes que el fiscal instructor emita el dictamen referido en el artículo 53 de la LOSMA”.

²⁵ Art. 51 LOSMA

²⁶ Art. 31 LOSMA

²⁷ Presentación de un Programa de Cumplimiento (PDC), cuya procedencia depende del cumplimiento de los requisitos del artículo 42 de la LOSMA.

²⁸ Inc. 3° art 54 LOSMA

²⁹ Art 55 de la LOSMA

³⁰ Art 57 de la LOSMA

³¹ Art. 27 de la ley N°19.880: “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”

B. ERROR EN LA PONDERACIÓN DE LA MULTA APLICADA A BERSA KENNEDY S.A.

Como se ha expuesto, la resolución reclamada aplicó a nuestra representada una multa, producto de una medición que determinó que el nivel de presión sonora corregido en un lugar y fecha determinados superó el límite máximo permitido, según la zona y el horario en que ellos se midieron, debemos destacar que la medición sólo fue realizada en una sola ocasión.

No obstante que la infracción fue calificada como leve, la SMA en su última resolución aplicó una multa de 18 UTA por tan sólo un cargo.

Como se verá a continuación, la SMA incurrió en un error al analizar las circunstancias que permiten determinar la sanción específica y con ello, al fijar la cuantía de la multa aplicada a nuestra representada.

En efecto, a contar de su apartado “X.” (pág. 16), la resolución reclamada analiza la concurrencia o no de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA y en su caso, pondera la forma en que cada circunstancia incide en la multa aplicada.

En primer término, la SMA indica que las circunstancias que serían aplicables en el presente caso serían:

- a. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- b. Componente de afectación, en este aspecto consideró (i) la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, (ii) el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción y (iii) la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.
- c. Factores de incremento, dentro las cuales consideró la intencionalidad en la comisión de la infracción.
- d. Factores de disminución, dentro de las cuales consideró (i) cooperación eficaz, (ii) aplicación de medidas correctivas, (iii) irreprochable conducta anterior.
- e. La capacidad económica del infractor.
- f. Circunstancias extraordinarias asociadas a la Pandemia de Covid-19.

A continuación, analizaremos cada una de estas circunstancias y la ponderación entregada por la SMA para determinar la existencia de la infracción y la cuantía de la multa aplicada.

1. Beneficio de la multa aplicada.

Conforme señala la resolución, para la SMA, *“el beneficio económico obtenido de la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella”*, para ello ésta hace una comparación entre dos escenarios, de cumplimiento y de incumplimiento por parte de una empresa, comparando los costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento frente a los costos incurridos por motivos de la infracción en un escenario de incumplimiento.

En este sentido, establece la resolución que, de haberse incurrido en los costos de medidas de mitigación directas y de carácter común a toda faena constructiva de tipo edificio, lo que habría evitado la infracción, el establecimiento habría incurrido en un gasto de **\$14.206.320**.

Ahora bien, habiendo analizado los antecedentes acompañados por nuestra representada, la SMA llega a la conclusión que los costos asociados a las medidas de mitigación de ruidos en que incurrió Bersa ascienden a la suma de **\$9.994.000**.

En definitiva, concluye en el párrafo 81 que, de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, así como también el resultado de la aplicación del método de estimación de beneficio económico utilizado la SMA, que el beneficio económico ascienda a 1.6 UTA.

Tabla N°5 – Resumen de la ponderación de Beneficio Económico.

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos retrasados por la implementación de medidas por motivo de la infracción, de forma posterior a la constatación de esta.	24.833.746	40.6	1.6

Sobre este aspecto es importante señalar que, al momento de evaluar los antecedentes aportados por nuestra representada, la SMA sólo consideró las facturas N°20, 21, 25 Y 29, omitiendo pronunciarse respecto de las siguientes facturas:

- Factura número 631876 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2018.
- Factura número 632180 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2018.
- Factura número 632190 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2018.
- Factura número 633130 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de marzo de 2018.
- Factura número 633203 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de marzo de 2018.
- Factura número 633623 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de abril de 2018.
- Factura número 634523 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de mayo de 2018.
- Factura número 635132 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de mayo de 2018.
- Factura número 635979 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de junio de 2018.
- Factura número 636900 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de julio de 2018.
- Factura número 637837 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de agosto de 2018.
- Factura número 638417 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de septiembre de 2018.
- Factura número 639075 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de octubre de 2018.
- Factura número 641479 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de diciembre de 2018.
- Factura número 641480 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de diciembre de 2018.
- Factura número 645104 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de enero de 2019.

- Factura número 646132 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2019.
- Factura número 647003 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de marzo de 2019.
- Factura número 649609 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de mayo de 2018.
- Factura número 407933 emitida por Carlos Herrera Arredondo Ltda., con fecha 20 de noviembre de 2018.
- Factura número 248556 emitida por Carlos Herrera Arredondo Ltda., con fecha 29 de marzo de 2017.
- Factura número 50 emitida por Roberto Rodrigo Fuentes Mendoza con fecha 12 de julio de 2017.
- Factura número 3038 emitida por Gerard Ingeniería Acústica SPA con fecha 12 de julio de 2017.

Asimismo, tampoco hizo referencia a los contratos de prestaciones de servicios celebrados con las empresas GPMIN LTDA, PERI Chile Encofrados y Andamios Limitada, Servicios Integrales Roberto Rodrigo Fuentes Mendoza EIRL, Gestión Inmobiliaria Asturias S.A., todos los cuales dan cuenta que, desde el inicio de la obra, nuestra representada incurrió en gastos mayores para mitigar cualquier daño al medio ambiente o afectación a la salud de las personas.

En efecto, de dichos antecedentes se puede llegar a la conclusión que los gastos incurridos por nuestra representada fueron, durante todo el desarrollo de la obra, bastante superiores a los estándares fijados por la SMA, lo cual deja de manifiesto que Bersa nunca tuvo por objeto evitar costos para obtener un beneficio económico.

2. Componente de afectación.

(i) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

Al momento de referirse la SMA al daño causado, señala, párrafo 86, que *“En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas que sea consecuencia directa de la infracción constatada. **Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.**”*

En virtud de lo anterior, la SMA acierta en cuanto a que por motivo de la supuesta infracción no existe un daño directo que se haya producido al medio ambiente o a la salud de las personas.

Por otra parte, respecto al peligro ocasionado, en el párrafo 97 la propia SMA reconoce que *“En razón de lo expuesto, es de opinión de esta Superintendencia sostener que la superación de los niveles de presión sonora, sumado a la frecuencia de funcionamiento y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, **aunque no de carácter significativo, y por lo tanto, en dichos términos será considerado en la determinación de la sanción específica**, lo que sin duda es un aspecto que debe incidir en la sanción a aplicar”*.

En relación con el riesgo producido por la infracción, la SMA argumenta que la norma define valores en función del nivel tolerable antes que éste pueda producir un riesgo para la salud y que 72 dB multiplica por cinco el riesgo de daño a la salud que puede provocar el nivel máximo permitido por la norma. Luego, establece que

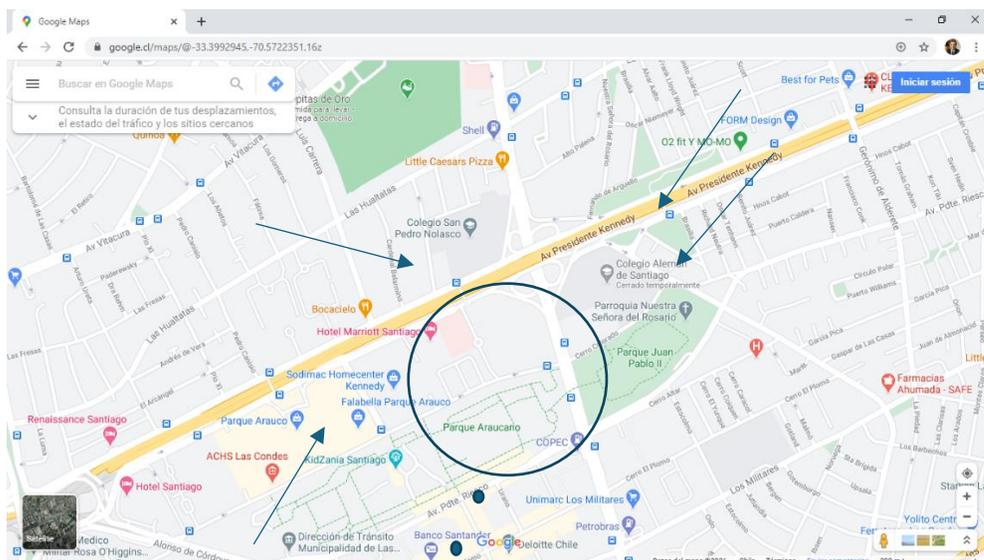
la experiencia indica que estas herramientas tienen un uso reiterado en una construcción.

Al respecto, debemos hacer presente las siguientes consideraciones: En relación con el nivel del ruido constatado, se hace presente a S.S. que, si bien éste pareciera ser alto, es muy inferior al nivel de ruidos promedio que emiten los autobuses del Transantiago del año 2020, cuyo nivel de emisión de ruidos, dependiendo del modelo de autobús de que se trate, oscila entre 73 y 80 dB³², en forma permanente a diferencia de la supuesta infracción cometida por nuestra representada que fue una UNICA VEZ.

De esta manera, el nivel de ruidos emitidos por la obra es muy inferior a aquel al que la mayoría de los habitantes de Santiago estamos expuestos constante y diariamente.

(ii) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

En relación con los posibles afectados por el ruido emitido por la obra, según puede apreciarse en la ilustración insertada en el párrafo 104 de la resolución reclamada, el área de incidencia se limita al centro comercial Parque Arauco, con el Colegio San Pedro Nolasco, el Colegio Alemán de Santiago tanto en su sede por Av. Manquehue norte como por Av. Manquehue sur, el Parque Araucano y el Parque Juan Pablo II, tal como se aprecia en la siguiente imagen obtenida de Google maps:



Respecto a la información que nos entrega la imagen y de los límites entregado por la propia SMA que habrían supuesto la existencia de un riesgo, debemos tener presente las siguientes consideraciones para estimar la cantidad de personas potencialmente afectadas.

En primer lugar, debemos señalar que la obra de nuestra representada colindaba con un centro comercial, el cual, por sí mismo tiene una gran emisión de ruido tanto por la circulación de personas, como de automóviles y el propio sistema de transporte público. Además, es importante señalar que dicho centro comercial ha desarrollado diversos proyectos inmobiliarios en los últimos años, conforme lo cual ha realizado las mismas medidas de mitigación que nuestra representada.

³² De acuerdo al Listado de Buses Certificados Norma de Ruido publicado en el sitio web del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones <https://www.mtt.gob.cl/archivos/5592>.

Por otra parte, los límites entregados por la SMA indican que dentro del radio afectado se encuentran dos colegios, los cuales el 21 de enero de 2019 no se encontraban funcionando por ser periodo estival en nuestro país.

Asimismo, el radio informado abarca sectores de dos parques públicos, los que tienen muy baja afluencia de público los días de semana, debiendo considerarse, además, que el día 21 de enero de 2019 fue un día lunes.

De esta manera la reconstrucción hecha por la SMA acerca de la población teóricamente afectada (1524 personas) es muy poco realista. Lo que explica que, salvo por don Daniel López Aldunate, no exista otra denuncia en contra de nuestra representada durante la etapa de ejecución.

Finalmente, S.S. debe considerar que las obras en construcción son fuentes dinámicas de ruidos, ya que involucran una serie de procesos y etapas cuyo nivel sonoro y ubicación varían constantemente, por lo que no es correcto asumir, como lo hace la SMA, que los ruidos que se midieron en enero de 2019 se mantuvieron por todo el tiempo que duró la obra.

De este modo, la incidencia del riesgo producido por la infracción es menor, por el escaso número de personas que pudieron verse expuestas al ruido, circunstancia que a la que la SMA no ponderó en su real medida.

3. Factores de incremento: La intencionalidad en la comisión de la infracción.

En la resolución exenta N° 115, la SMA presume que nuestra representada cometió esta infracción intencionadamente, por el simple hecho de ser una empresa del rubro de la construcción, pero sin que exista algún antecedente en el procedimiento administrativo que le permitiera arribar a dicha conclusión.

Este razonamiento es ilegal, ya que nuestra representada bien podría estar en conocimiento de la norma de emisión de ruidos y del hecho que sobrepasar los niveles establecidos constituye una conducta antijurídica, pero **ello no puede llevar a concluir que tuvo la intención positiva de incumplirla o que aceptó el daño que su incumplimiento podría generar.** Al razonar de esa forma la SMA presume dolo en nuestra representada, lo cual está prohibido en nuestro derecho, conforme a lo establecido en el artículo 1459 del Código Civil y artículo 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución Política de la República.

Con todo, es importante señalar que nuestra representada está lejos de tener la intención de incumplir la norma de emisión de ruidos y, de hecho, durante todo el desarrollo de la obra implementó medidas concretas para dar cumplimiento a ella, como se le demostró a la SMA y se ha indicado anteriormente.

En efecto, dadas las condiciones particulares de emplazamiento de la Obra, nuestra representada tuvo especialmente presente el cumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos durante el transcurso de las Obras. Ello queda demostrado con las diversas medidas que fueron implementadas desde los inicios de la construcción y a lo largo de la misma, como pasa a detallarse a continuación:

a) Implementación de muro perimetral como barrera de mitigación de ruido:

Desde los inicios de la Obra, y con el fin de aminorar los ruidos que normalmente se generan durante un trabajo de construcción de este tipo, se implementaron los siguientes trabajos:

- Muro perimetral como barrera de Mitigación de Ruido, para lo cual BERSA incurrió en un costo de UF 2.810 por concepto de arriendo de equipos traídos directamente de Alemania para este fin y para este proyecto, cabe destacar que el valor de los equipos supera las UF 7.000.
- Pantallas Acústicas contra perímetro de Vecinos por un monto de UF 974.
- Galpón acústico para descargas de camiones y bombas de hormigón con un costo aproximado de UF 348.

Cabe hacer presente que, por lo general, en una obra de construcción se estila poner cercos hechos de malla de raschel, que tienen una nula absorción sonora. Utilizar un cierre de este tipo para la Obra hubiese tenido un costo aproximado de UF 138.-

Vale decir, nuestra representada **incurrió en un 800%** de sobrecosto para implementar la instalación de un muro perimetral con mitigación de ruidos en todo el frente de avance de la obra, y pantallas acústicas en el perímetro de los vecinos, con el fin de mitigar los ruidos generados durante las faenas constructivas.

El hecho de que nuestra representada haya optado, desde un inicio, por instalar e implementar un muro perimetral con mitigación de ruidos en todo el frente de la obra y pantallas acústicas en el perímetro de los vecinos y hechos de un material cualitativamente más idóneo para absorber el ruido generado en una obra de construcción, da cuenta de su compromiso no sólo por cumplir con la Norma de Emisión de Ruidos, sino que además generar el menor impacto posible a los vecinos del sector.

b) Comunicación con Comunidades y Municipalidad:

Dentro del compromiso de nuestra representada para generar la menor cantidad posible de molestias a quienes viven y trabajan en la cercanía de sus obras además de contribuir positivamente en su bienestar y calidad de vida, se consideró desde el inicio de las obras de construcción el monitoreo acústico permanente de las emisiones de ruido por parte de la obra, siendo los puntos de control precisamente los edificios de los vecinos más inmediatos. Estos controles se hacen todos los meses y para ello se cuenta con la autorización de las administraciones de los edificios, así como de los mismos propietarios por lo que siempre se encuentran al tanto de este control y con acceso a los resultados cuando así lo requieran.

c) Elaboración de informe técnico para verificar mitigación:

El 10 de septiembre de 2009, fue aprobado por la autoridad ambiental el “Proyecto Inmobiliario Edificios Manquehue-Kennedy” del que es parte el Edificio Vista Los Andes Lote C, ubicado en la comuna de Las Condes, Región Metropolitana³³.

Como muestra del compromiso por parte de nuestra representada por asegurar el debido cumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos en sus faenas constructivas, nuestra representada contrató los servicios de “Gerard Ingeniería Acústica SpA.” **empresa debidamente autorizada por la SMA**, hecho al que nos referimos anteriormente. En forma permanente durante la ejecución de la obra se realizaron mediciones de las faenas de construcción, según lo indicado en el Decreto Supremo N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente (D.S. N° 38/2011 del MMA). Estas mediciones, se llevaron a cabo durante el periodo diurno, puesto que las faenas se efectúan en dicho horario.

³³ RCA 769 del año 2009

Como se indicó, y para dar cumplimiento a lo estipulado en el D.S. 38/2011 del MMA, BERSA contrató a la empresa “Gerard Ingeniería Acústica SpA.”, para la realización del monitoreo de ruido correspondiente, quien a través de la empresa “Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos ACUSTEC Ltda.”³⁴, realizó las mediciones correspondientes. Este informe tiene un costo mensual de UF 64.

4. La capacidad económica del infractor y circunstancias asociados a la Pandemia Covid 19.

En relación con la capacidad económica de nuestra representada, ésta es una circunstancia expresamente contemplada por el artículo 40 de la LOSMA para la ponderación de la sanción a aplicar, y dice relación con el tamaño de la empresa y su capacidad de pago.

Al respecto, el único análisis que hace la SMA es determinar que Bersa es una empresa de tamaño grande 2, según la clasificación hecha por el Servicio de Impuestos Internos, en base a los montos facturados en el año tributario 2020 (año comercial 2019), en base a lo cual concluye que no procede disminuir la sanción por este concepto.

Sobre este punto, el primer cuestionamiento que merece el análisis de la SMA es que se haya utilizado la información del ejercicio comercial del año 2019 (año tributario 2020) y no la del ejercicio comercial 2020 (año tributario 2019), que es la que correspondía a la fecha de aplicación de la multa, con lo cual no se consideró las consecuencia en los resultados de la empresa producto del estallido social que vivió nuestro país a partir del mes de octubre de 2019. En efecto, si al 31 de diciembre de 2019 Bersa tenía utilidades por \$464.027.059. -, al 31 de diciembre de 2020 la empresa tuvo pérdidas por \$17.841.760. Luego, en su análisis la SMA sólo considera el monto de facturación, el que es muy superior a las utilidades del ejercicio y no considera pasivos contingentes de la empresa. Nada de esto es analizado por la SMA para ponderar la sanción aplicada.

En segundo término, en relación con la capacidad de pago de la empresa, más allá de enunciarla como factor a ponderar, la SMA no hizo ningún análisis de esta circunstancia. Pues bien, sepa S.S., que producto de la crisis sanitaria desatada por el COVID-19, desde el mes de mayo hasta principios de octubre nuestra representada sufrió la paralización de todas sus obras, lo que le significó no generar ingreso alguno. Como consecuencia de lo anterior, se vio en la necesidad de tener realizar despidos, lo que significó la salida de 222 trabajadores en el año 2020 además de la terminación de los contratos de todos aquellos subcontratados.

Por otro lado, la multa aplicada infringe gravemente el principio de proporcionalidad que rige el ius puniendi del estado.

En efecto, como lo entiende la doctrina³⁵, el Principio de Proporcionalidad se desprende de lo preceptuado por nuestra Constitución en su artículo 19 N° 3 inciso 8, ya que todo lo que ha de favorecer al afectado debe considerarse para la determinación de la pena, y así una ley aplicada sin proporcionalidad se opone al principio *pro reo*.

Este principio importa una correspondencia entre la infracción y la sanción, proscribiéndose las medidas innecesarias o excesivas. Como se ha señalado, su

³⁴ Empresa autorizada como ETFA desde el 15 de junio del 2018

³⁵ Alejandro Vergara Blanco, “Esquema De Los Principios Del Derecho Administrativo Sancionador”, p. 144.

observancia impone la obligación de graduación de las sanciones en base a la gravedad objetiva de la infracción.

En el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios, en el mensaje del Presidente de la República N° 541-350, con el que se inicia el Proyecto de Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos Sancionatorios³⁶ se señala:

“(...) en la imposición de sanciones, la Administración deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Para tal efecto, a falta de norma legal especial que los establezcan, se establecen los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: la existencia de intencionalidad o reiteración; la naturaleza de los perjuicios causados; la existencia de riesgos o peligro para terceros, derivados de la infracción cometida y su entidad (...)”.

Pues bien, como ya ha sido explicado, en el presente caso se sancionó a nuestra representada por un sólo cargo consistente en haberse constatado en una sola oportunidad la infracción de la norma de emisión de ruidos, sin que se produjera algún daño a la salud de las personas o el medio ambiente, sin haber existido intencionalidad en la comisión de la infracción y sin haber producido detrimento a un área silvestre protegida.

En este orden de cosas, la aplicación de una multa de 18 UTA, es decir, 14 millones de pesos, resulta ilegal, más aún si se considera que en casos similares, la SMA ha cursado multas considerablemente menores³⁷, ya se trate de infracciones leves o graves.

De esta forma, no se trata sólo de la discrecionalidad que posee la autoridad ambiental para aplicar una multa, sino que su manera de hacer uso de ella vulnera el principio de la confianza legítima en la administración, es decir que cómo administrado nuestro representado espera una actuación similar de la administración en un caso similar. Es tal la desproporción en la aplicación de la multa en este caso, que para una infracción grave aplica una multa de 1 UTA, lo mismo que para una infracción leve donde aplicó en otro caso una multa de 1 UTA y en otro una de 2,5 UTA.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y las normas legales citadas,

A S.S., ILTMA., RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 852/2024 de fecha 03 de junio de 2024 y que fue notificada con fecha 04 de junio de 2024 y que rectifica la resolución N° 841/2024 de fecha 31 de mayo de 2024, de la Superintendencia del Medio Ambiente, admitirla a trámite y, en definitiva, acogerla en todas sus partes, /i/ declarando la prescripción de la infracción; o en subsidio /ii/ dejar sin efecto la Resolución Reclamada, por resultar contraria a derecho, ordenando absolver a **Bersa Kennedy S.A.** de todos los cargos formulados o, en subsidio, /iii/ sustituyendo la sanción de multa por amonestación por escrito o, en subsidio,

³⁶ Mensaje N° 541-350 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y que modifica la ley N° 19.884.

³⁷ En los siguientes Proceso Administrativo Sancionatorio la SMA aplicó las siguientes multas conforme a su discrecionalidad: /i/ ROL D-005-2013, la SMA aplicó a Arica Seafoods Producer S.A. una multa de 1 UTA por infracción leve. /ii/ ROL D-167-2019, la SMA aplicó a Constructora San Vicente SpA una multa de 2,5 UTA por infracción leve. /iii/ ROL D-024-2017, la SMA aplicó a Constructora San Vicente SpA una multa de 1 UTA por **infracción grave.**

rebajando la cuantía de la multa impuesta sustancialmente o lo que S.S. estime conforme a derecho, con costas.

PRIMER OTROSÍ: A S.S., Pedimos tener por acompañados, bajo apercibimiento legal, los siguientes documentos:

1. Resolución Exenta N° 1/ D-048-2020 de fecha 23 de abril de 2020, la cual da cuenta de la formulación de cargo de la SMA en contra de Bersa Kennedy S.A.
2. Escrito de descargos presentados por Bersa Kennedy S.A. con fecha 25 de mayo de 2020.
3. Resolución Exenta N° 2/ D-048-2020 de fecha 10 de diciembre de 2020, en la cual la SMA tiene por presentado el escrito de descargos.
4. Resolución exenta N° 115 de fecha 21 de enero de 2021, en la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatoria ROL D-048-2020 seguido en contra de Bersa Kennedy S.A.
5. Resolución exenta N° 841 de fecha 31 de mayo de 2024, en la cual se dicta nueva resolución sancionatoria en procedimiento administrativo sancionatoria ROL D-048-2020 seguido en contra de Bersa Kennedy S.A.
6. Resolución exenta N° 852 de fecha 03 de junio de 2024, en la cual se rectifica la resolución exenta 842/2024 sancionatoria en procedimiento administrativo sancionatoria ROL D-048-2020 seguido en contra de Bersa Kennedy S.A.
7. Correo electrónico de fecha 22 de enero de 2021 que da cuenta de la notificación de la Resolución exenta N° 115 de fecha 21 de enero de 2021.
8. Documentos acompañados al proceso por Bersa Kennedy S.A.:
 - Copia del Informe de evaluación de ruido según D.S N° 38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente correspondiente a monitoreo Enero-Febrero-Marzo 2019, realizado por la empresa Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica SpA.
 - Copia los siguientes documentos que dan cuenta de los gastos incurridos por nuestra representada y que dan cuenta de las medidas adoptadas e indicadas en la letra a) de esta presentación:
 - (I) Respecto del Muro Perimetral con Barrera de Mitigación de Ruidos: Se adjunta: a) presupuesto emitido por Peri Chile Limitada de fecha 17 de abril de 2017; b) Contrato de arriendo de equipos suscrito por Peri Chile Limitada y BERSA (versión Word); y c) Estados de pago respectivos y su cancelación.
 - (II) Respecto de la Pantalla Acústica con los vecinos se acompaña: a) Presupuesto de Obra; y b) Estados de Pago respectivos y su cancelación.
 - (III) Respecto a los costos del Galpón Acústico, se adjunta Presupuesto de Obra, donde en ítem 2,04 figura el costo del Galpón Acústico y sus estados de pago.
 - (IV) Emisión de Facturas N° 3530, 3464 y 3504, emitidas por Gerard Ingeniería Acústica SpA.
 - (V) En cuanto al costo de la instalación de una malla Rashel, se adjunta presupuesto.
 - Copia de los siguientes informes y/o certificados que dan cuenta del término de la obra:
 - (I) Libro de Obra, en el cual figura el cierre del mismo con fecha 16 de marzo de 2020 atendido el término de la obra.
9. Boletas y/o facturas que dan cuenta de la Implementación y costos incurridos en el muro perimetral como barrera de mitigación de ruido, individualizada en el considerando N° 8, numeral 1 de la resolución exenta N° 2 de fecha 10 de diciembre de 2020:
 - Factura N° 631876 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2018.

- Factura N° 632180 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2018.
 - Factura N° 632190 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2018.
 - Factura N° 633130 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de marzo de 2018.
 - Factura N° 633203 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de marzo de 2018.
 - Factura N° 633623 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de abril de 2018.
 - Factura N° 634523 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de mayo de 2018.
 - Factura N° 635132 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de mayo de 2018.
 - Factura N° 635979 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de junio de 2018.
 - Factura N° 636900 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de julio de 2018.
 - Factura N° 637837 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de agosto de 2018.
 - Factura N° 638417 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de septiembre de 2018.
 - Factura N° 639075 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de octubre de 2018.
 - Factura N° 641479 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de diciembre de 2018.
 - Factura N° 641480 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de diciembre de 2018.
 - Factura N° 645104 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 30 de enero de 2019.
 - Factura N° 646132 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 28 de febrero de 2019.
 - Factura N° 647003 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de marzo de 2019.
 - Factura N° 649609 emitida por PERI Chile LTDA con fecha 31 de mayo de 2018.
 - Factura N° 20 emitida por Ingeniería y Montaje GPMIN LTDA., con fecha 16 de enero de 2019.
 - Factura N° 21 emitida por Ingeniería y Montaje GPMIN LTDA., con fecha 29 de enero de 2019.
 - Factura N° 25 emitida por Ingeniería y Montaje GPMIN LTDA., con fecha 01 de marzo de 2019.
 - Factura N° 29 emitida por Ingeniería y Montaje GPMIN LTDA., con fecha 12 de marzo de 2019.
 - Factura N° 407933 emitida por Carlos Herrera Arredondo Ltda., con fecha 20 de noviembre de 2018.
 - Factura N° 248556 emitida por Carlos Herrera Arredondo Ltda., con fecha 29 de marzo de 2017.
 - Factura N° 50 emitida por Roberto Rodrigo Fuentes Mendoza con fecha 12 de julio de 2017.
 - Factura N° 3038 emitida por Gerard Ingeniería Acústica SpA con fecha 12 de julio de 2017.
- 10.** Contrato referido a la implementación de medidas de mitigación de ruidos y estados de pago:
- Contrato de suministro e instalación Obra Proyecto Cerro Colorado etapa 4 y 5, celebrado entre Constructora Bersa CC. SpA y GPMIN LTDA.

- Contrato marco de arrendamiento de equipos celebrado entre PERI Chile Encofrados y andamios Limitada y Bersa Kennedy S.A.
 - Contrato privado de instalación proyecto Vista Los Andes, celebrado entre Bersa Kennedy S.A.A y Servicios Integrales Roberto Rodrigo Fuentes Mendoza EIRL con fecha 10 de agosto 2015.
 - Contrato celebrado entre Gestión Inmobiliaria Asturias S.A. y Bersa Kennedy S.A.
11. Información solicitada en el requerimiento de información efectuado en el resuelvo VIII de la resolución de formulación de cargos, Res Ex. N° 1 Rol D-048-2020 de fecha 23 de abril de 2020:
- Copia de la escritura pública en la que consta la identidad y personería para actuar el representante legal de Bersa Kennedy S.A.
- (I) Escritura de Constitución de la sociedad Bersa Kennedy S.A. de fecha 30 de junio de 2008 otorgada en la notaría pública de Santiago de don Patricio Zaldívar Mackenna.
- Protocolización extracto Bersa Kennedy S.A.
 - Reducción a escritura pública del acta de sesión de directorio número uno de Bersa Kennedy S.A.
 - Formulario 22 emitido por el Servicio de Impuestos internos que da cuenta de los impuestos anuales a la renta.
- (II) Plano simple que ilustra la ubicación del instrumento o maquinaria generadora del ruido, orientación y referencia con los puntos de medición de ruido, además de indicar las dimensiones del lugar.
- (III) Construcción: Informe que señala el N° de martillos hidráulicos, martillos, taladros, compresores y sierra que se emplearon en la construcción del proyecto, indicar horario del hormigonado, así como la cantidad y horario de uso de camiones mixer.
12. Extracto de nómina de buses certificados según norma de emisión de ruidos, publicada por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones en la página web <https://www.mtt.gob.cl/archivos/5592>.
13. Copia de la Resolución Exenta N° 726 de fecha 15/6/2018 de la SMA que autoriza como entidad técnica de fiscalización ambiental a la empresa Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos Acustec Limitada.
14. Copia de la Resolución Exenta N° 953 de fecha 5/6/2020 de la SMA que Renueva la autoriza como entidad técnica de fiscalización ambiental a la empresa Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos Acustec Limitada
15. Solicitud de recepción definitiva de obras de edificación.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. tener presente que señalo para efectos de las notificaciones que procedan en estos autos a los siguientes correos electrónicos gbofill@bbgschile.com, jasob@bbgschile.com

TERCER OTROSÍ: Sírvase S.S. tener presente que nuestra personería para representar a Bersa Kennedy S.A., cual consta de la escritura pública otorgada con fecha 10 de marzo de 2017 en la Notaría de Santiago de don Patricio Raby Benavente, Repertorio N° 2256.

CUARTO OTROSÍ: Rogamos a S.S. tener presente que, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumiremos el patrocinio de esta causa.