

SEGUNDO TRIBUNAL
AMBIENTAL
28 NOV 2024
18:47:08
SANTIAGO

Apelación.-

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

JORGE IGNACIO GARCÍA NIELSEN, abogado por la parte reclamante, en representación de Constructora Almahue S.A, en autos caratulados “*Constructora Almahue S.A con Superintendencia del Medio Ambiente*”, en causa **ROL R-451-2024**, a US. respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 inciso primero de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales, en relación con el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, vengo en interponer recurso de apelación en contra de la sentencia del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, dictada el 15 de noviembre de 2024 (en adelante la “sentencia recurrida”) y notificada a esta parte por correo electrónico el día 16 de noviembre del mismo año, en cuanto rechazó la reclamación presentada con fecha 28 de febrero de 2024 por mi representada, la empresa Constructora Almahue S.A., por ser dicha sentencia agravante a los intereses de mi representada, solicitando se conceda el recurso y se eleven los autos ante la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, a fin de que dicho tribunal, conociendo del mismo, revoque la sentencia recurrida y, en su lugar, acoja la reclamación en todas sus partes, con expresa condena en costas.

I. RESUMEN

Para efecto de ordenar y a modo de contextualizar las alegaciones que se llevarán a cabo en los acápite del documento, a continuación desarrollamos un resumen de la situación en cuestión y que genera agravio en la sentencia objeto de la presente impugnación.

Pues bien, la Superintendencia rechaza un recurso de reposición que contaba con una serie de antecedentes, el cual iba dirigido en contra del rechazo de plano el Programa de Cumplimiento (PdC) presentado por mi representada, pese a que se adoptaron un conjunto de medidas idóneas y oportunas, entregando los antecedentes que las respaldan y nada de lo cual fue considerado en la sentencia objeto de la presente impugnación, aduciendo una extemporaneidad del programa de cumplimiento refundido, y obviando por completo que este y el resto de nuevos antecedentes se incorporaron mediante un recurso de reposición formulado dentro de plazo.

Además, y más grave aún, la formulación de cargos se funda en mediciones que carecen de fundamentos técnicos necesarios pues la sentencia recurrida decidió no analizar en esta oportunidad las mediciones pese a que ellas tienen graves deficiencias metodológicas además de haberse realizado, casi la totalidad de ellas, en lugares que no pueden considerarse como receptores en los términos del DS 38. En efecto, fueron estas mediciones ilegales y carentes de fundamento las que se tomaron en consideración para analizar los criterios de aprobación del PdC, conllevando finalmente a su rechazo. A mayor abundamiento, no hacerse cargo de estas ilegalidad en esta instancia vulneraría además el principio de congruencia, pues permite que en la sanción final se condene por las mediciones correctamente realizadas, a pesar de haberse rechazado previamente el PdC por las que no cumplían los requisitos legales y técnicos. Es más, de lo señalado y la posibilidad de cuestionar las mediciones en esta oportunidad, quedó constancia en la prevención realizada al final de la sentencia recurrida por el Ministro. Sr. Montecinos, el cual a nuestro juicio, apunta en un sentido correcto. Es más, en reciente causa rol 425-2023 en voto disidente, el mismo ministro hizo adecuado análisis de las mediciones realizadas determinando que algunas de ellas carecían de legalidad al ubicarse en lugares que no pueden ser considerados receptores bajo la normativa.

Visto de otra manera, las mediciones ilegales por la cuales se determina que el procedimiento sancionatorio continúe, están directamente vinculadas con el análisis de los criterios de aprobación de un PdC, pues son estas las que establecen los umbrales para determinar la real efectividad de las acciones adoptadas por un regulado. Si el umbral no se encuentra correctamente determinado por una medición

carente de una correcta metodología, malamente podría hacerse una ponderación racional de los criterios de aprobación del PdC, generando un evidente agravio para mi representada. Esta discusión, a diferencia de lo desarrollado por la sentencia objeto de la presente impugnación, es perfectamente posible darla en un reclamo de ilegalidad con el del caso de marras, pues como se dijo no solo se buscaba desvirtuar desde ya la infracción sino que la eficacia de las medidas adoptadas respecto de mediciones cuyos resultados deben ser matizados y ponderados racionalmente y bajo una adecuada proporcionalidad.

Lo anterior se suma a que el Tribunal estima que se podrían haber mejorado las acciones ofrecidas en el PdC pues la obra se encontraba en una base final de la construcción, incorporando en ello una motivación distinta y adicional a lo señalado por la SMA para justificar su rechazo de plano. Sin embargo, omite que precisamente por encontrarse la obra aún ejecución, y haberse presentado un PdC serio e idóneo, justamente todas las razones por las cuales el PdC fue rechazado de plano era completamente subsanables, lo que se demuestra mediante el mismo recurso de reposición de cuyo contenido ni la SMA ni la sentencia recurrida se hicieron cargo. En efecto, mediante dicha reposición mi representada proporcionó nuevos antecedentes tales como fotografías georreferenciadas y fechadas, facturas previas y posteriores al supuesto hecho infraccional, entre otros, los que acreditan no sólo la adopción de una serie de medidas posteriores al hecho infraccional, sino que la eficacia de todas las medidas en su conjunto al acompañar una medición de ruido que no fue objeto de cuestionamiento técnico alguno, así como también la verificabilidad de las mismas. Es más, la sentencia erradamente identifica como única medida posterior al hecho infraccional el cubrevanos, declarandola insuficiente por sí sola como para asegurar un retorno al cumplimiento, sin justificar dicha insuficiencia en parte alguna, y omitiendo que ella debe considerarse en conjunto con todo el resto de medidas aplicadas y no aisladamente. De este modo, el rechazo de plano se configura no como "facultativo" sino que, en los hechos, como un mero capricho y absolutamente arbitrario, cuestión que termina por ser, insólitamente, validada por la propia sentencia recurrida. Ello es más evidente aún, si consideramos que mi representada contrató a Ruido Ambiental para realizar mediciones acústicas y asesoría incluso antes de la formulación de cargos, lo que

arrojó un incuestionable pleno cumplimiento normativo (siguiendo para ello la errada metodología de la propia ETFA que generó en gran medida el hecho infraccional), todo lo cual fue sorprendentemente descartado por la SMA y sentencia recurrida únicamente porque dicha medición no la realizó una ETFA, cuestión que no tiene respaldo legal ni normativo alguno, menos aún cuando el procedimiento sancionatorio todavía no se encontraba siquiera iniciado, y de que mi representada buscaba no sólo la realizaciones de mediciones sino que también de asesoría acústica.

Por otro parte, insólitamente la sentencia descarta una vulneración a las reglas de asistencia al cumplimiento, no sólo contrariando jurisprudencia reciente del mismo Tribunal sino que también omitiendo considerar que en todo el periodo previo a la formulación de cargos, la SMA no entregó orientación temprana al cumplimiento ni prestó colaboración alguna, ya que sólo se limitó a requerir información el año 2021 y rechazar de plano el PdC presentado más de dos años después. Por ende, a dicha vulneración en nada afecta que el titular no haya solicitado reunión de asistencia, como pretende la sentencia recurrida, pues ella sólo procede luego de formulados los cargos y la que, extrañamente, siguiendo el razonamiento de la sentencia, habría sido totalmente inútil pues de igual manera, al no cumplirse con el criterio de eficacia d, sólo cabía rechazar de plano el PdC.

Finalmente, se cuestiona la tardanza de la SMA desde que tomó conocimiento de las supuestas excedencias y hasta la formulación de cargos, no siendo razonable ni justificado el tiempo transcurrido. En efecto, más allás de las posturas a favor o en contra del decaimiento y la pérdida de eficacia en el procedimiento, es necesario discutir el límite que debe tener la tardanza de un Órgano del Estado con potestades sancionadoras, considerando que su propia pasividad y tardanza permitió el cambio de las circunstancias e imposibilitó la tramitación adecuada de un PdC, afectando con ello el incentivo al cumplimiento y el derecho de defensa del titular, lo que redunda en lo absurdo de validar un rechazo de plano como el ocurrido. Reducir esta discusión únicamente al acto terminal que resuelve el procedimiento sancionatorio, no sólo vulnera las normas que la propia sentencia cita, sino que no se condice con los principios de impugnabilidad de actos trámites y de eficiencia procesal. En efecto, al cercenar los motivos para impugnar un acto administrativo

cualificado como lo es un rechazo de PdC, que poner término a la instancia de incentivo al cumplimiento, se genera una clara afectación al derecho de defensa por limitar injustamente los argumentos para reclamar por ilegalidad y del principio de impugnabilidad del acto pues la mencionada limitación no encuentra respaldo normativo alguno, lo que en definitiva se configura como un desconocimiento de la calidad de acto administrativo cualificado que se la ha otorgado al rechazo de un PdC. Pero, además, es derechamente absurdo postergar una decisión sobre la cuestión aducida, toda vez que los hechos sobre los cuales se basa ya están constatados, no serán modificados por el tiempo, y han sido base para anular múltiples sanciones impuestas por la SMA en otros casos prácticamente idénticos en lo relativo a la tardanza y tiempos de tramitación.

II. ADMISIBILIDAD

1. El artículo 26 de la citada Ley N° 20.600 señala que: *“En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada. [...] El plazo para la interposición de la apelación será de diez días contados desde la notificación de la resolución respectiva”.*
2. Nuestro Máximo Tribunal ha señalado que la sentencia objeto de la presente impugnación sería una de aquellas que pone término al proceso. En consecuencia, y según lo señalado expresamente por el citado artículo 26, el recurso que procede sería el recurso de apelación. Vinculado con lo anterior, ha sido la propia Corte Suprema, quien también ha establecido que las resoluciones que resuelven una reclamación dirigida contra el rechazo de un Programa de Cumplimiento, no resuelven el fondo de la controversia.
3. Pues bien, se debe tener a la vista que el origen de la reclamación objeto de estos autos está radicada en la Res. EX N°4/ROL D-123-2023 del 6 de febrero de 2024, la que contiene el rechazo al recurso de reposición

deducido en contra de la Res. EX N°2/ ROL D-123-2023 de fecha 11 de septiembre de 2023, la que a su vez rechazó de plano el Programa de Cumplimiento presentado por mi representada dentro del contexto del procedimiento sancionatorio iniciado por la SMA D-123-2023.

4. Así las cosas, y tratándose de un acto trámite cualificado la resolución antes señalada, no se resuelve el fondo pues no impone una sanción al encontrarse el procedimiento administrativo sancionatorio en su etapa de instrucción. Teniendo presente lo anterior, solo se pone término a la etapa judicial ante este Ilustre Tribunal Ambiental más no el procedimiento iniciado por la SMA. Esto importa toda vez que, en base la jurisprudencia imperante, la naturaleza jurídica de la sentencia objeto de la la presente impugnación no es de aquellas que señala el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, esto es: *“sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación”*.
5. Así lo expone claramente el fallo de la **Excma. Corte Suprema de fecha 18 de abril de 2022, en causa rol N°75.804-2021**, que declaró inadmisibles las casaciones presentadas en contra de la sentencia del Ilustre Primer Tribunal Ambiental que **rechazó el recurso de reclamación presentado por interesados en contra de la resolución que aprobó el PDC del proyecto minero Caserones, de la empresa Sociedad Contractual Minera Lumina Copper Chile S.A.:**

“Cuarto: Que, si bien es cierto, en el presente caso, la sentencia dictada por el Tribunal Ambiental resuelve la reclamación, no es menos cierto que dicho pronunciamiento no falla el fondo del asunto controvertido, cual es la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental. En efecto, el Tribunal Ambiental no ha hecho más que confirmar lo dispuesto por la SMA en cuanto a reanudar el procedimiento administrativo respecto de dos hechos, el cual seguirá sometido -en su desarrollo y ejecución- a la fiscalización de dicho organismo, para que en caso que se comprueben las infracciones, se siga adelante el procedimiento sancionatorio. En consecuencia, el procedimiento no ha

concluido, el PdC se encuentra en ejecución respecto de una serie de infracciones, y respecto de los cargos excluidos, se mantienen la fase de investigación administrativa.

Quinto: Que, en conclusión, puede advertirse, la resolución objetada por la presente vía, no reviste la naturaleza jurídica de las sentencias definitivas aludidas en el artículo 26 de la Ley N°20.600, y artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no emiten pronunciamiento sobre la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental, razón por la cual no resulta procedente admitir a tramitación tales recursos, teniendo especialmente presente que lo impugnable en el derecho administrativo chileno, por los recursos de casación, son los actos terminales, cuya naturaleza no reviste el pronunciamiento atacado en autos. En este mismo sentido se ha pronunciado previamente esta Corte en Roles N°18.996-2021; y N°117.379-2020". (énfasis agregado).

6. Otro caso relevante es lo resuelto por el **Ilustre Tercer Tribunal Ambiental en causa Rol 3.572 de 2018**, en la que se pronuncia sobre recurso presentado contra la la resolución que aprueba un PdC donde señala en su considerando cuarto que: "(...) previo a entrar al análisis de las materias propuesta por el recurso de casación en el fondo, es esencial determinar, ante todo, su procedencia. Pues bien, tal como lo declaró esta Corte en los autos Rol 43.049-17, la decisión del Tercer Tribunal Ambiental reviste la naturaleza de las resoluciones indicadas en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 20.600, esto es, se trata de una decisión que hace imposible la continuación del proceso.

De modo que a su respecto sólo era procedente el recurso de apelación que el inciso primero de la misma norma contempla, correspondiéndole su conocimiento a la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada.

Por el contrario, solo es posible la interposición de los recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de las sentencias definitivas señaladas taxativamente en los incisos tercero y cuarto del artículo 26 de la Ley N° 20.600.

En consecuencia, siendo la resolución cuestionada por la recurrente una de aquellas definidas en el inciso primero del citado artículo 26, por expreso mandato de la ley en su contra sólo procede el recurso de apelación y no así el recurso de casación."

7. Continúa el considerando Quinto señalando: *Que, de esta forma, la resolución objetada por la vía del recurso de casación en el fondo en examen, no reviste la naturaleza jurídica de sentencia definitiva, toda vez que no resuelve la cuestión o asunto objeto del pleito, razón por la cual no resulta procedente el expresado recurso de casación en el fondo.*

Noveno: (...) De lo dicho se sigue que para dilucidar si la sentencia impugnada es susceptible o no del recurso de casación en el fondo, corresponde determinar la naturaleza jurídica del acto administrativo reclamado, esto es, de la resolución que aprobó el Programa de Cumplimiento y suspendió la continuación procedimiento sancionatorio [...] Vistas así las cosas, la presente reclamación se dedujo en contra de un acto trámite, esto es, una actuación dictada dentro de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, que no tiene la virtud de decidir el fondo del asunto discutido, sino solamente pronunciarse sobre una situación particular dentro del procedimiento administrativo, el que por lo demás se suspende.

Undécimo: Que, como puede observarse, la decisión que ordena aprobar un Plan de Cumplimiento no implica resolver el fondo del asunto controvertido, esto es, sobre la existencia o no de una infracción a la normativa ambiental. Por el contrario, ella busca primeramente que el sumariado cumpla la normativa ambiental ajustando sus operaciones a los nuevos parámetros que él ofrece y que se compromete a respetar, y solo secundariamente, continuar con el procedimiento sancionatorio.

Vistas así las cosas, la presente reclamación se dedujo en contra de un acto trámite, esto es, una actuación dictada dentro de la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, que no tiene la virtud de decidir el fondo del asunto discutido, sino solamente pronunciarse sobre una situación particular dentro del procedimiento administrativo, el que por lo demás se suspende.

Décimo segundo: Que a estas reflexiones también debe ajustarse la interpretación que se haga del artículo 26 de la Ley N° 20.600, precepto sobre el cual esta Corte se ha pronunciado anteriormente (Roles N°s. 18.341-17 y 3.682-17). En lo que interesa, esta norma permite la interposición del recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva dictada en los procedimientos que indica, debiendo entenderse que tal resolución es aquella que se pronuncia sobre la reclamación que se ha deducido en contra de un acto que contenga una decisión terminal. De allí que no tenga cabida el recurso de casación en el fondo en aquellos procedimientos que versan sobre la discusión de actos de mero trámite, como acontece en la especie"

8. Esto mismo, finalmente, ha sido recogido por la **Excma. Corte Suprema en la causa Rol N° 3.572-2018**, estableciendo que el medio idóneo para impugnar este tipo de sentencias es el recurso de apelación. Dicho criterio jurisprudencia se encuentra presente también en las **causas rol N° 18341-2017, N° 3682-2017 y N°117.379-2020**. Todas de nuestro máximo Tribunal, **resguardando en consecuencia el principio de impugnabilidad de las resoluciones**.
9. En consecuencia, pretender que la sentencia recurrida no pueda ser impugnada mediante recurso de apelación, derivaría en generar de facto un sistema de única instancia que jamás en parte alguna de la Ley 20.600 ni cuerpo legal alguno se ha pretendido establecer respecto de resoluciones que resuelven reclamación contra rechazos o aprobación de programas de cumplimiento por parte de la Superintendencia de Medio Ambiente. Dicho entendimiento y postura, vulneraría entonces no sólo texto legal expreso, jurisprudencia de la propia Excma. Corte Suprema, **sino que garantías fundamentales como el derecho a defensa y el debido proceso judicial**.

10. En efecto, nuestra Constitución Política de la República en el artículo 19 N°3, entre otros aspectos establece la garantía del debido proceso, el cual incluye la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales. Asimismo a nivel de bases de ejercicio de la jurisdicción se ha establecido la de jerarquía o grado, el cual estructura verticalmente a los Tribunales configurando la doble instancia. Asimismo, debemos tener presente el principio pro actione, es decir a favor de la acción, donde: *"los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse in limine litis las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos."*¹
11. Todo lo anterior, habida los graves errores, contradicciones e ilegalidades cometidas en la sentencia recurrida, ya que, como veremos, finalmente se termina por rechazar injustificadamente la reclamación interpuesta en contra, a su vez, del rechazo de plano de un programa de cumplimiento por parte de la Superintendencia de Medio Ambiente (o SMA).

II. LOS HECHOS

1. La empresa Constructora Almahue S.A , fue titular de la unidad fiscalizable Edificio Lyon Las Violetas, ubicada en la Avenida Ricardo Lyon N° 1387, comuna de Providencia, región Metropolitana, la cual se encuentra regulada como fuente emisora de ruidos al tratarse, en su oportunidad, de una faena constructiva, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6, números 12 y 13 del D.S N°38/2021 MMA.
2. Cabe señalar que el proyecto ya ha concluído la fase de construcción, pues las terminaciones gruesas concluyeron durante el mes de enero del año 2023, según se hizo presente al Ilustre Segundo Tribunal Ambiental.

¹ Romero Seguel, Alejandro (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil. De los actos procesales y sus efectos*. Santiago: Legal Publishing, tomo iv. página 60.

3. Pues bien, con fecha 26 de julio de 2021, Francisco Rojas Reyes denunció a mi representada por supuestos ruidos molestos provenientes de las faenas constructivas que se estaban llevando a cabo, donde destaca retroexcavadora, sierra eléctrica y otras labores propias de una construcción
4. De acuerdo con los datos disponibles en el expediente electrónico, con fecha 20 de julio de 2021 se efectuó fiscalización por parte de funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Providencia, en el marco del *"Convenio de colaboración de fiscalización ambiental entre la Superintendencia del Medio Ambiente y de Municipalidad de Providencia"*, aprobado por R.E. SMA N°1056/2017
5. Se efectuó una única medición externa, como corrigió la SMA en la Res. Ex.N°1/D-123-2023, al momento de formular los cargos.
6. En efecto, los resultados obtenidos por esta única medición fue para el receptor N°1 de 78 dBA en periodo diurno.
7. Posteriormente, la SMA requirió información al titular con de fecha 26 de octubre de 2021, la que fue oportunamente respondida con fecha 12 de noviembre de 2021 por Eugenio García Gañan, administrador de la obra Lyon Las Violetas, en donde constaban fotografías y órdenes de compra que daban cuenta de la implementación de estas.
8. Dentro del contexto del requerimiento de información, se acompañó informe N° 066-01MED2021-79 de la ETFA Vibroacústica, en el que constan los resultados obtenidos por la ETFA los días 9, 10 y 11 de noviembre, y que a continuación se replica del reclamo y del informe.

Día	Receptor N°	NPC [dBA]	Estado
1 (09//112021)	R1	72	Supera en 12 dB(A)
	R2	62	Supera en 2 dB(A)
2 (10/11/2021)	R1	74	Supera en 14 dB(A)
	R2	63	Supera en 3 dB(A)
3 (11/11/2021)	R1	73	Supera en 13 dB(A)
	R2	67	Supera en 7 dB(A)

9. Con fecha 29 de noviembre de 2021, la entonces División de Fiscalización y Conformidad Ambiental derivó al entonces Departamento de Sanción y Cumplimiento, actual División de Sanción y Cumplimiento, (DSC), ambos de la SMA, el **Informe de Fiscalización DFZ-2021-3194-XIII-NE**, el cual contiene

el acta de inspección ambiental de fecha 20 de julio de 2021 y sus respectivos anexos, así como el Informe Técnico de Medición N° 066-01MED2021-79, de fecha 16 de noviembre de 2021, y que contiene mediciones de fechas 9, 10 y 11 de noviembre de 2021.

10. En orden de ideas, con fecha 29 de mayo de 2023, y luego de más de dos años desde la primera medición, la SMA por medio de la Res. Ex. N°1/D-123-2023 formula cargos.
11. Pues bien, en base a lo anterior, la SMA decide calificar las supuestas superaciones como infracciones de carácter leve.
12. Mi representada, frente a lo anterior, presentó un programa de cumplimiento con fecha 22 de junio de 2023, el que -desde ese momento- contenía antecedentes suficientes para satisfacer los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.
13. Por medio de la Res. Ex N° 2/D-123-2023 de fecha 11 de septiembre de 2023, la que fue notificada a mi representada el mismo día, la SMA el rechazar el PdC presentado por mi representada.
14. Como se puede verificar en los antecedentes que constan en el expediente electrónico del procedimiento sancionador, la Superintendencia resuelve por sí y ante sí, de plano y sin haber efectuado observaciones a las medidas y antecedentes aportados, rechazar el Programa de Cumplimiento mediante la Resolución Exenta N° 2.
15. Posteriormente y con fecha 20 de septiembre de 2023, mi representada presentó un recurso de reposición contra la resolución que rechaza el PdC, junto con presentar un PdC reforzado.
16. La SMA resuelve rechazando la reposición y decide no considerar el PdC reforzado por mi representada con fecha 6 de febrero de 2024, por medio de la Res. Ex. N°4 / ROL D-123-2023, la que fue notificada a mi representada con fecha 7 de febrero de 2024.
17. Adicionalmente, la resolución previamente señalada en el resuelvo III, concede a mi representada un plazo de 5 días para la presentación de los respectivos descargos, contados desde la notificación de la resolución antes

dicha, descargos que fueron presentados dentro del contexto del procedimiento.

18. Frente a lo anterior, mi representada con fecha 28 de febrero de 2024 presentó una reclamación judicial ante este Ilustre Tribunal Ambiental, el cual fue resuelto mediante la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2024 y que es objeto de la presente apelación.
19. Como se verá, el rechazo de la reclamación en todas sus partes, resulta completamente agravante para mi representada.

III. El DERECHO

III.A FALTA DE MOTIVACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LA SENTENCIA.

III.A.1 ERRADA VALIDACIÓN DEL RECHAZO DE PLANO DEL PDC Y RECHAZO DE LA REPOSICIÓN.

1. La sentencia en comento erróneamente desestima la reposición presentada por mi representada y valida el rechazo de plano del PDC efectuado por la SMA sin siquiera hacer un análisis de los criterios elaborados por la propia Excma. Corte Suprema, a pesar de citar dicho fallo convenientemente para sólo ratificar que la competencia de la SMA para obrar de este modo es “facultativa”.
2. En efecto, en sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema en causa rol **11.485-2017**, se han establecido una serie de criterios a los cuales se debe atender al momento de optar por un rechazo de plano del PdC. Así lo señala expresamente el considerando séptimo: “ (...) *facultad de la Superintendencia de rechazar programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son insubsanables*, caso en el cual, atendido el rechazo, se proseguirá con el procedimiento sancionatorio”. De esta manera:

- a. Mi representada es de aquellos regulados que se pueden beneficiar con la presentación de un PdC, lo cual se desprende del historial y antecedentes de la unidad fiscalizable.
- b. El PdC cumple ser un instrumento serio. Mi representada contrató a una consultora especializada (DSS) para la elaboración del PdC, realizando con ello los mejores esfuerzos para dar cumplimiento a los criterios de forma y fondo de aprobación del PdC. Además, remitió antecedentes que mejoraron las acciones propuestas, en la reposición presentada.
- c. El PdC no presentó deficiencias insubsanables. Todas y cada una de las acciones propuestas por mi representada cuentan con su respectivo respaldo, y los antecedentes que faltan podrían ser obtenidos, como por ejemplo: (i) la materialidad de los elementos constan en las facturas, y las dimensiones podrían calcularse dada las mismas o solicitando antecedentes técnicos a los proveedores de mi representada; (ii) coordenadas y fecha podrían insertarse o deducirse de otros elementos. Tal como se hizo en los antecedentes aportados en el recurso de reposición de los cuales no existió pronunciamiento. Pero más allá de la evidente naturaleza subsanable de las cuestiones esgrimidas como argumentos para rechazar el reclamo, el PDC y el recurso de reposición, se debe destacar desde ya la absoluta irracionalidad e injusticia de usar la propia tardanza en formular cargos por parte de la SMA (que demoró casi dos años en hacerlo, sin asistir en todo ese tiempo en modo alguno al titular) en contra del titular, para de dicho modo descartar cualquier posibilidad de tramitar un PdC.

Así las cosas, mi representada, al momento de deducir el recurso de reposición, incluyó nuevos antecedentes que, consideraba las medidas y medios de verificación que, de buena fe mi representada quiso aportar al procedimiento sancionatorio para llevar a cabo las correcciones necesarias, habida consideración de que la SMA, desde la formulación de cargos, no orientó a mi representada respecto de lo propuesto. Además, las eventuales correcciones fueron siempre posibles y revisables por la SMA.

Sin perjuicio de esto, y tal como se desarrollará más adelante, tampoco existió la debida asistencia al cumplimiento de manera temprana,

tal como el Ilustre Tribunal lo ha planteado y que ahora insólitamente pareciera desconocerse, y no puede ahora indicarse respetando la lógica que por el sólo hecho de no solicitar el titular una reunión de asistencia al cumplimiento luego de la formulación de cargos, entonces no puede ella verse vulnerada. Esto habida consideración de que la obra aún no se encontraba completamente terminada, por lo que era perfectamente posible efectuar la asistencia, como ha sido esta entendida por la propia jurisprudencia del Segundo Tribunal Ambiental.

Como se puede verificar, ninguno de los criterios establecidos por la Corte Suprema concurren en el caso de marras. Ni la Superintendencia ni este Ilustre Tribunal Ambiental en la sentencia impugnada, se hacen cargo del por qué dichos criterios no fueron analizados, desarrollados o argumentados para fundar un rechazo de plano del PdC y el rechazo de la reposición. Es decir, la sentencia impugnada valida completamente un obrar arbitrario por parte de la SMA sin siquiera considerar el marco jurisprudencial para rechazar PdC establecido por la Corte Suprema y que, precisamente va en la línea de evitar excesivas arbitrariedades.

3. En efecto, este Ilustre Tribunal solo se limita a señalar que la Superintendencia tiene la facultad de rechazar de plano y sin audiencia previa el PdC según se desprende del considerando Quincuagésimo tercero: *“En este sentido, considerando la normativa aplicable para la presentación y aprobación de un PdC, como también la jurisprudencia citada, surge entonces que es facultativo para la SMA formular observaciones a un PdC, pues no existe un deber normativo de hacerlo, toda vez que la SMA puede resolver el rechazo in limine del PdC (...)”*.
4. Pero esta facultad se configura siempre y cuando concurran los supuestos indicados por la propia Excma. Corte Suprema, lo que sorprendentemente la sentencia recurrida omite y con dicha omisión, valida, y que estos queden debidamente fundamentados, por tratarse de un acto gravoso para el regulado, situación que a la postre, no ocurrió, quedando de manifiesto la evidente falta de motivación de la sentencia objeto de la presente impugnación.

5. Cabe hacer presente que, la SMA pudo haber efectuado este análisis de criterios establecidos por la Corte Suprema no solo en una sino que dos ocasiones. Esto es, al momento de analizar el primitivo PdC, y luego en la resolución que rechaza el recurso de reposición. Asimismo, el tribunal podría haber revisado el cumplimiento de los criterios establecidos por la Corte Suprema, situación que en la sentencia objeto de la presente impugnación, tampoco ocurrió.
6. Así las cosas, este Tribunal avala una tesis levantada por la Superintendencia a raíz de una errada y torcida interpretación del artículo artículo 9 inciso final del DS N° 30/2012, se generando con ello una situación insólita y única en nuestra derecho, a pesar de que indica evitarla, consistente en que la facultad de rechazar de plano un PdC al mero capricho y antojo de la SMA, sin necesidad de motivación ni de proporcionalidad.
7. Cabe tener presente además, que estamos en presencia de un acto trámite cualificado. Así lo ha sostenido el Segundo Ilustre Tribunal en Causa Rol R-82-2015 en su considerando décimo octavo señalando que: "en concepto del Tribunal, la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto trámite cualificado, en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión, lo que lo transforma en un acto recurrible - mediante recurso de reposición- y objeto, en consecuencias, de un necesario control judicial."
8. En ese sentido, la resolución que resuelve el recurso de reposición tiene la misma naturaleza, toda vez que no hace más que confirmar lo resuelto previamente por la SMA al momento de rechazar el primitivo PdC de plano.
9. En efecto, es la misma línea jurisprudencial que ha seguido el Primer Tribunal Ambiental, y ha señalado que "la resolución que se pronuncia sobre un programa de cumplimiento constituye un acto de mero trámite cualificado,

en cuanto decide sobre el fondo del asunto planteado, pudiendo causar indefensión (...) y objeto de control judicial".²

10. Pues bien, en consecuencia, la resolución que rechaza un PdC tiene el carácter de acto trámite cualificado, ya que puede generar indefensión, y además, está dotado de un contenido eminentemente desfavorable y gravoso para mi representada, toda vez que reanuda el procedimiento sancionatorio exigiendo la presentación de descargos, poniendo fin de la instancia de promoción del cumplimiento, y la eventual aplicación de una multa, todos efectos que permiten calificar a dicha resolución como un acto administrativo desfavorable o de gravamen, ya que limita o restringe los derechos del administrado. Lo mismo ocurre con la RE N°2/D-123-2023.
11. Así, también se le hizo presente a este tribunal un caso similar, esto es, sobre la resolución que declara insatisfactoria la ejecución de un PdC y reanuda el procedimiento sancionatorio, se ha señalado en sentencia dictada en Causa Rol 207-2019, que: *"como se determinó en el acápite anterior, la declaración de incumplimiento del PdC presentado por las reclamantes, realizado mediante Res. Ex. (...), tiene como consecuencia la reanudación de procedimiento sancionatorio, el fin de la instancia de promoción del cumplimiento y la eventual aplicación de hasta el doble de la sanción original, efectos todos que permiten calificar a dicha resolución como un acto administrativo de gravamen."*³
12. Es más, el mismo tribunal señala a continuación que al tener dicha naturaleza, se generan: "...importantes efectos desfavorables para los reclamantes", ante lo cual "resultaba imperioso que la SMA, antes de decidir (...), concediera audiencia al administrado con la finalidad de contar con todos los antecedentes necesarios para ponderar tal determinación a la luz del principio de contradicitoriedad y del mandato contenido en el inciso final del artículo 10 de la Ley N° 19.880. Además, este vicio resulta de carácter esencial atendido que la falta de audiencia, privó al administrado de ejercer su

² Primer Tribunal Ambiental. Asociación Indígena Aymara Salar de Coposa con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), C° 28 (Rol No R-25-2019); Comunidad Indígena Atacameña de Peine con Superintendencia del Medio Ambiente (2019), Cons. 29 (Rol No R-17-2019).

³ Considerando décimo noveno. Causa Rol 207-2019 Segundo Tribunal Ambiental.

*derecho a defensa en forma oportuna para exponer o acompañar antecedentes al respecto y obtener, eventualmente, una decisión diversa de la autoridad.*⁴

13. Así las cosas, se contraviene la garantía del debido proceso administrativo contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y los artículos 10 y 17 de la ley 19.880 que consagran el principio de contradicitoriedad, ya que si se hubiese tenido en consideración la audiencia previo a resolver de manera tan gravosa rechazando el PdC, mi representada hubiese podido hacerse cargo en detalle de todas y cada una de las observaciones que, erradamente la SMA plasmó directamente en la resolución de rechazo.
14. De esta manera la SMA, rechazar la reposición contra la resolución que rechaza de plano el PdC sin haber dado la oportunidad previa de subsanar los vicios que ella misma alega, dicta un acto administrativo cualificado con un contenido eminentemente desfavorable y de gravamen sin audiencia previa constituyendo un vicio e incumplimiento del debido proceso administrativo, y sin motivación que dé cuenta de las razones por la cuales se procede al rechazo de plano.
15. Esto ha sido respaldado por la Contraloría General de la República al momento de señalar que: “*el afectado tiene derecho a un procedimiento racional y justo, conforme a lo previsto en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que le permita alegar en su defensa las excepciones que le favorezcan; y que, asimismo, debe ajustarse a los principios contemplados en los artículos 4° y siguientes de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, especialmente, los de contradicitoriedad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.*”⁵
16. Así las cosas, la SMA debió, en consecuencia, haber concedido de manera anticipada al rechazo, audiencia previa, o bien, informar a mi representada que las medidas adoptadas podrían ser mejoradas o adecuadas, esto sea en el rechazo de Plano del PdC como se dijo, o bien, al momento de rechazar la reposición presentada. Situación que quedó acreditada dentro del

⁴ Considerando vigésimo sexto. Causa Rol 207-2019 Segundo Tribunal Ambiental.

⁵ Dictamen CGR N° 26.971 DE 2010 y Dictamen CGR N° 9.736 DE 2013.

procedimiento administrativo al aportar antecedentes que daban cuenta de mejoras y adecuaciones posteriores al hecho infraccional, de las cuales ni la SMA ni la sentencia objeto de la presente impugnación, se hacen cargo.

17. Es por toda esta jurisprudencia citada que, no hay duda alguna de la necesidad de fundamentar no solo el acto administrativo gravoso que rechaza el PdC y la resolución que rechaza la reposición sino que también la sentencia que avala la tesis de la facultad arbitraria que tendría la SMA, habida consideración que pone término a la etapa de asistencia al cumplimiento.
18. Pues bien, ni del rechazo de la SMA al PDC, ni del rechazo a la reposición ni la sentencia impugnada se desprende un análisis, como se dijo, de los criterios establecidos por la Excma. Corte Suprema para rechazar de plano un PDC, manteniéndose en consecuencia, el atentado al debido proceso, la falta de proporcionalidad y falta de motivación al hacer suya la tesis planteada por la Superintendencia.
19. Ahora bien, la sentencia recurrida al menos intenta esbozar una argumentación que podría entenderse dirigida a justificar uno de los criterios sostenidos por la Excma. Corta Suprema para rechazar de plano un PDC. En efecto, el Ilustre Segundo Tribunal señala en el considerando quincuagésimo quinto de la sentencia impugnada que: *"el Tribunal estima que más allá de que sea facultativo para la SMA formular observaciones a un PdC, se debe tener en consideración que, a la fecha de presentación del PdC, esto es, al 22 de junio de 2023, la obra fiscalizada se encontraba en etapa de terminaciones, mientras que, en el recurso de reposición de 20 de septiembre de 2023, la reclamante señaló que el proyecto se encontraba dentro de su última fase de construcción."*
20. Luego adiciona en el mismo considerando que: *"De lo anterior se sigue que mientras la obra estaba en ejecución y antes de finalizar la construcción del edificio, el titular podía presentar medidas distintas a las implementadas con anterioridad para efectos de asegurar la eficacia del PdC, o bien, mejorar u optimizar las ya existentes, cuestión que no realizó, entonces tampoco resulta exigible a la SMA efectuar correcciones de oficio cuando no hay eficacia en las medidas adoptadas para*

volver al cumplimiento, de modo que no existe razón que justifique o desvirtúe la legalidad del acto reclamado al haber rechazo de plano del PdC."

21. Según este razonamiento, no sería desproporcionado ni arbitrario el rechazo del PdC porque la obra se encontraba en etapa de terminaciones, por lo que el titular podría haber realizado mejoras a las acciones. En efecto, este razonamiento confirma la intención de mi representada de aportar antecedentes por medio del recurso de reposición presentado.
22. Además, la sentencia resulta contradictoria, pues reconoce la posibilidad de subsanar los cuestionamientos, en virtud del cual la SMA decidió rechazar de plano el PDC, cuestión que es fundamental a la hora de evaluar un rechazo de plano del mismo. Es más, la sentencia, simplemente omite y desconoce lo por ella misma ha constatado que era a lo menos la implementación de cubrevanos posterior a hecho infraccional. Tampoco reconoce los reforzamiento y otras medidas implementadas el 2022, las que quedaron plasmadas en la reposición. En efecto, se acompañaron una serie de facturas correspondientes al año 2022, las fotografías se encuentran fechadas y georreferencias, detalle de las herramientas reemplazadas y fecha técnicas de estas, entre otros. Todo lo cual permitió que la medición realizada el 2023, arrojara un absoluto cumplimiento.
23. En efecto, si la SMA hubiese observado y no rechazado el PdC primitivo y se hubiere hecho cargos de los antecedentes aportados en la reposición, mi representada podría haber hecho los esfuerzos necesarios para proporcionar al Órgano fiscalizador los documentos que fueren necesarios, esto habida consideración que la obra no se encontraba terminada, bajo la misma argumentación empleada por el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia objeto de la presente impugnación.
24. Sobre ello, es doblemente sorprendente ya que, primero, la sentencia recurrida agrega una argumentación que la resolución de la SMA no realizó ni contempló, habiéndose alegado la falta de motivación de la misma por ello, pues se adiciona que se requeriría un estándar mayor (situación que demás está decir, el tribunal no puede hacerlo); y segundo, se utilice el

hecho de que la obra se encuentra en etapa de terminaciones en contra del titular para efectos de presentar mejoras a las acciones, cuando la tardanza entre las mediciones que originan los hechos infraccionales y la formulación de cargos se debe única y exclusivamente a la pura voluntad y decisión de la SMA. Si ella hubiera formulado cargos oportunamente, este argumento no tendría asidero fáctico alguno.

25. A pesar de esta situación, mi representada presentó en la reposición antecedentes relativos a los medios de verificación en los cuales se observa que todos los cuestionamientos vertidos tanto por la SMA y por el Segundo Tribunal Ambiental, en la sentencia objeto de la presente impugnación, fueron subsanados.

Es más, el mecanismo que se instala con la sentencia recurrida es derechamente insólito, pues a la SMA le convendría realizar mediciones que detecten incumplimientos y dejar pasar el mayor tiempo posible para formular cargos en espera de que la obra estuviera en etapa de terminaciones, o derechamente, se concluya, para que así no se puedan mejorar las medidas de un posible PDC en el momento oportuno, incentivando con ello la imposición de una sanción final, vulnerándose entonces la letra y espíritu del mecanismo de incentivo al cumplimiento como son los PDC. Esto evidentemente es ilegal, arbitrario y desproporcionado pues la negligencia de la SMA y su tardanza terminaría por generar una clara indefensión, al impedir u obstaculizar la generación de mejores probanzas de las acciones realizadas o de mejoramiento de las mismas., lo que a su vez es utilizado para validar un rechazo de plano del programa de cumplimiento. Pues bien, y a pesar de todos estos obstáculos, mi representada presentó nuevos antecedentes que ayudaron a reducir considerablemente los dBA.

26. De acuerdo lo antes expuesto y a juicio del sentenciado: *“a la fecha de presentación del PdC, esto es, al 22 de junio de 2023, la obra fiscalizada se encontraba en etapa de terminaciones, mientras que, en el recurso de reposición de 20 de septiembre de 2023, la reclamante señaló que el proyecto se encontraba dentro de su última fase de construcción. De lo anterior se sigue que mientras la obra*

estaba en ejecución y antes de finalizar la construcción del edificio, el titular podía presentar medidas distintas a las implementadas con anterioridad para efectos de asegurar la eficacia del PdC, o bien, mejorar u optimizar las ya existentes, cuestión que no realizó, entonces tampoco resulta exigible a la SMA efectuar correcciones de oficio cuando no hay eficacia en las medidas adoptadas para volver al cumplimiento, de modo que no existe razón que justifique o desvirtúe la legalidad del acto reclamado al haber rechazo de plano del PdC.”⁶

27. Al contrario como se sostiene, mi representada utilizó todas las herramientas que el procedimiento administrativo iniciado permite para proveer a la SMA de antecedentes para dar cuenta de que se han realizado acciones. Es decir, no solo presentó un PdC sino que también impugnó la resolución que lo rechazó de plano sin hacer ninguna observación que oriente al titular para satisfacer los criterios. *Asimismo, acompañó nuevos antecedentes relativos a las correcciones a las acciones propuestas, de las cuales ni la SMA ni el Tribunal se hacen cargo. Es decir, se obvian antecedentes fundamentales aportados válidamente dentro de la etapa de instrucción de un procedimiento administrativo, la cual existe precisamente para dicho objetivo.*
28. Teniendo presente lo anterior, no puede ser que el razonamiento empleado sea que si, las acciones propuestas no serían eficaces, a la SMA no le es exigible hacer correcciones de oficio, orientaciones u observaciones. Este agravante razonamiento contenido en el considerando quincuagésimo quinto, atenta precisamente contra el deber de asistencia al cumplimiento.
29. En consecuencia, lo que se estaría validando con la sentencia objeto de la presente impugnación, sería que se puede rechazar de plano un PdC si el titular no ofreció medidas completamente eficaces cuando todavía no se ha hecho un análisis de eficacia de fondo, lo que es absolutamente desproporcionado para el regulado.

⁶ Considerando quincuagésimo quinto de la sentencia R-451-2024.

**III.A.2 FALTA DE PONDERACIÓN RACIONAL DE CRITERIOS DE
APROBACIÓN DEL PDC , RECHAZO CON BASE EN MEDICIONES
ILEGALES Y RATIFICACIÓN POR MEDIO DE LA RESOLUCIÓN QUE
RESUELVE LA REPOSICIÓN.**

1. Mi representada dentro del contexto de la reclamación alegó que existía una falta de ponderación racional de los criterios de aprobación del PDC. En efecto, correspondía efectuar una análisis distinto al realizado por Ilustre Tribunal, toda vez que la ponderación para la aprobación o rechazo de un PDC, debe hacerse en función de las mediciones realizadas que fundan la formulación de cargos.
2. Pues bien, tal como se señaló en la reclamación, las mediciones fueron realizadas solamente en el exterior y no de manera interna. Esto se suma al hecho de que, en ningún momento las mediciones fueron representativas de la situación más desfavorable de los supuestos receptores de ruido definidos según la norma.
3. En efecto, para el caso del receptor 1, la medición se efectuó en la azotea del edificio, para el caso del receptor 2, la medición se efectuó también en la azotea del edificio sector piscina, mientras que para el receptor 3, la medición se llevó a cabo en el acceso al edificio a nivel de calle.
4. Por otro lado, y previo a las mediciones realizadas por la ETFA, con fecha 20 de julio de 2021, funcionarios de la I. Municipalidad de Providencia concurrieron a llevar a cabo una medición en el balcón del receptor 1 (denunciante) nuevamente en condición externa. Cabe hacer presente que, producto de un error se identificó que la medición realizada por funcionarios municipales había sido interna, sin embargo, y en el propio Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2021-3194-XIII-NE se aclara dicho error, concluyendo que la medición había sido externa.
5. Pues bien, todas las mediciones fueron realizadas en condición externa, es decir, pudiendo haberse realizado en condición interna, y sin documento o argumentación alguna que dé cuenta de porqué no se realizaron de dicha manera.

6. Evidentemente, las mediciones se alejan, como se ha dicho, de una ponderación racional de la verdadera representativas de las mediciones, puesto que la situación más desfavorable no significa poder medidas en cualquier parte, sino que una ponderación seria y racional de que la medición efectivamente permitirá representar la situación del receptor.
7. Lo anterior es de suma relevancia, puesto que esgrimir que la vía pública es un receptor, no se condice con la definición que del mismo concepto entrega el DS 38, lo que permite descartar la medición realizada para todos aquellos que se han realizado, ya sea en la azotea o en la vía pública. no pueden ser considerados bajo el concepto de receptor.
8. Es más, como se discute en sede de la reclamación, el propio reporte técnico elaborado por funcionarios de la Ilustre Municipalidad de Providencia (fiscalización de 20 de julio de 2021), se puede verificar que no existieron observaciones ni detalles del desarrollo de la medición. Incluso, como quedó constatado en el IFA, existió un error al momento de determinar la condición externa o interna de la medición, lo que naturalmente, se aleja de los parámetros y estándares de una medición que pretende fundar una formulación de cargos.
9. En efecto, solo este antecedente tiene mérito suficiente para que en esta etapa judicializada sean revisadas las mediciones realizadas.
10. Por otro lado, y como hemos comentado, las mediciones fueron realizadas solamente en el exterior, específicamente en azoteas e ingresos al edificio, es decir lugares comunes dentro de los cuales no existe presencia de personas de manera continua y sostenida, pues no constituyen los lugares donde las personas viven o pernoctan. Es decir, no representan bajo ningún supuesto el escenario más desfavorable.
11. En efecto, la ETFA midió en el “receptor 2” sólo en una azotea, sin esgrimir argumento alguno de por qué no pudo ingresar a algunos de los departamentos para graficar la situación más desfavorable. De la misma manera, para el “receptor 3”, midió en la entrada del edificio, es decir en la vía pública. Por su parte el receptor 1, fue medido, como señalamos, en una azotea.

12. Ahora bien, a ello se suma que la SMA decide formular cargos por las supuestas excedencias y constatándose una denuncia de vecino, pero no considera que luego de casi tres años, no existieron más denuncias, ni tampoco otras excedencias. Es más, en el PdC presentado se acompañó un informe de la empresa Ruido Ambiental, donde se da cuenta la inexistencia de excedencias a mayo de 2023, sobre lo cual la SMA sólo señala que no era ETFA y se midió en una fase de construcción distinta al momento de las mediciones que originaron la formulación de cargos. Argumento que el Tribunal Ambiental también hace suyo, pues no hace ningún cuestionamiento técnico sino que reduce la argumentación a lo ya señalado por la propia SMA.
13. Al respecto, cabe hacer presente que, en ningún momento la normativa señala que el titular deba, frente a la necesidad de una asesoría con la finalidad de adoptar medidas, contratar exclusivamente a una ETFA. Pues bien, la empresa ETFA no proporciona asesoría y eso es lo que requería mi representada.
14. Así lo plantea el Ilustre Tribunal Ambiental en el considerando trigésimo tercero: *“A efectos de resolver dicha alegación, cabe señalar que conforme al artículo 3º letra c) de la LOSMA, a la reclamada le corresponde “c) Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas, condiciones y medidas de las Resoluciones de Calificación Ambiental, Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, cuando correspondan, a terceros idóneos debidamente certificados”*. A su turno, el artículo 21 inciso final del Decreto Supremo N° 38, de 2013, del Ministerio de Medio Ambiente, que Aprueba el Reglamento de Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental de la Superintendencia de Medio Ambiente (DS N° 38/2013 del MMA), preceptúa que *“Asimismo, un sujeto fiscalizado deberá contratar a una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental con autorización vigente, para la realización de reportes periódicos de cumplimiento que deben entregarse a la Superintendencia, en su calidad de autoridad fiscalizadora ambiental. De la misma forma se deberá proceder en los casos de reportar programas de cumplimiento, planes de reparación, planes de compensación o medidas provisorias”* (destacado del Tribunal).

15. Suma el considerando trigésimo cuarto que: *“A partir de dicho marco normativo, surge que la medición de ruido para acreditar el retorno al cumplimiento normativo debe ser ejecutada por una ETFA con autorización vigente y acreditada ante la SMA. Pues bien, la reclamante se encontraba en pleno conocimiento de que solo podía presentar mediciones realizadas por entidades que tengan dicha calidad, ya que en la Resolución Exenta N° 2337, de 26 de octubre de 2021, que requirió información al titular en sede de fiscalización, la SMA le indicó expresamente que las mediciones a presentar debían ser realizadas por una ETFA autorizada, en conformidad a la normativa antes citada, indicándole inclusive el enlace web que contiene el registro público de ETFA.”*
16. Sin perjuicio de lo anterior, y como se señaló mi representada optó por la empresa Ruido Ambiental, dado que esta y no una ETFA, podría orientarla para la adopción de medidas que vayan en función de mitigar los eventuales ruidos. En efecto, la ETFA según la normativa citada, no tiene por finalidad orientar y asesorar a un regulado sino que se limita, según el propio artículo 3º letra c) de la LOSMA, a la *“c) Contratar las labores de inspección, verificación, mediciones y análisis del cumplimiento de las normas (...)”*, es decir, y en términos prácticos ocupa el lugar de la SMA al momento de fiscalizar.
17. Sin embargo, el Ilustre Tribunal valida con esta decisión lo que señala el considerando 13 de la RE N° 4 que resolvió la reposición al rechazo de programa de cumplimiento, el hecho de que no existe cuestionamiento técnico alguno a la medición realizada por Ruido Ambiental, más allá de no ser ETFA. Es más, si se cuestionara que dicha medición se realizó en un momento distinto de la faena, ello no tiene mayor relevancia, pues no hay norma alguna que establezca alguna diferencia en las mediciones y medidas según la fase o etapa de construcción, existiendo por lo demás muchos casos de superaciones en fase de terminación de etapa constructiva. De hecho, la medición de Ruido Ambiental se realizó poco antes de la formulación de cargos, por lo que, si el segundo se entiende oportuno, con mayor razón debería entenderse de dicha manera el primero.
18. Dicho lo anterior, cuestionar las mediciones es perfectamente factible en la etapa procesal en la cual nos encontramos. Así queda de manifiesto en la

prevención realizada por el Ministro Don Cristián López Montecinos. En efecto ¿Cómo es posible que exista una ponderación racional de los criterios de aprobación de un PdC cuando las medidas empleadas como referencia para formular cargos y, posteriormente para rechazarlo, están fundadas en mediciones que no se ajustan a la normativa aplicable y que dicha situación no haya sido revisar para considerarla en la aprobación o rechazo del PdC y en la resolución del recurso de reposición?

19. En esos términos ha quedado de manifiesto en la prevención cuando el número 1 señala: *“ello no puede ser obviado en otras situaciones, en las cuales el resultado de ese análisis genera que el PdC en vez de ser rechazado pudiese ser aprobado, si de ello surge que las acciones implementadas cumplen con los requisitos contemplados en el artículo 9 del DS N°30/2012 del MMA.”*
20. De esta manera, pretender que exista una ponderación racional de los criterios fundado en mediciones que se efectuaron en lugares que no representan la realidad de receptores afectados es un claro agravio a mi representada.
21. En esa misma dirección el número 2 de la prevención señala: *“es posible que al discutir el reclamante las razones del rechazo del PdC presentado ante la SMA, pueda efectuar alegaciones tendientes a demostrar deficiencias o errores en la metodología de las mediciones, si a su parecer aquellos errores inciden en la configuración de la infracción y a consecuencia de ello, pudiere cambiar la ponderación del criterio de eficacia de PdC exigido por el artículo 9 del DS N° 30/2012 del MMA.”*
22. Tal como se expuso, el analizar cada una de las medidas adoptadas por mi representada, implica que el Ilustre Tribunal ambiental necesariamente deba efectuar una análisis de las mediciones, pues todas son cuestionables en el sentido de que el lugar donde se fueron llevadas a cabo no condicen con el concepto e idea de receptor sensible, que represente la situación más desfavorable.
23. De esta manera, resulta del todo procedente que mi representada alegue en esta oportunidad si las mediciones se realizaron apegadas estrictamente a norma, dado que esto está determinando el rechazo del PdC, más allá de existir otras oportunidades para debatir la infracción propiamente tal.

24. Así, y de acuerdo con la decisión del Tribunal, se sienta un precedente negativo donde no sería posible revisar la efectividad de las mediciones sino hasta una vez concluído el procedimiento administrativo sancionador, lo cual atenta contra el debido proceso, la economía procesal y genera indefensión.
25. En efecto, la revisión de la aprobación o rechazo de un PdC se encuentra indudablemente vinculada con la correcta realización de las mediciones de manera tal que, si una medición no se apega estrictamente a lo que norma señala, malamente podría separarse el ejercicio de una ponderación racional de las medidas adoptadas por el titular de un proyecto dentro de un programa de cumplimiento.
26. Así las cosas, el Ilustre Tribunal debe pronunciarse sobre la correcta realización de las mediciones tan pronto como llegue a su conocimiento y no efectuar un tratamiento de estas en la etapa de finalización de procedimiento, pues el PdC, ya sea con su aprobación o rechazo, determina gran parte de cómo se sustanciará el procedimiento administrativo sancionatorio de manera posterior.
27. Lo anterior, especialmente en casos como este, donde no solo existen graves errores metodológicos en las mediciones que determinan que el procedimiento continúe, obviando las medidas y mejoras adoptadas por mi representada previas y posteriores al supuesto hecho infraccional, sino que también terminan por incumplir el requisito básico de receptor según definición legal.
28. En consecuencia, la decisión del Ilustre Segundo Tribunal Ambiental avala que la Superintendencia sustancie un procedimiento dirigido a una potencial sanción fundado en excedencias, las cuales no son posibles clasificarlas bajo el prisma del DS 38/2011 como receptores sensibles, dando espacio para que cualquier medición alejada de la norma sea argumento suficiente para materializar una sanción.
29. De haber efectuado una revisión de las mediciones, tal como se hizo con las medidas adoptadas por mi representada, la conclusión del Ilustre Tribunal hubiese sido radicalmente distinta, dando por acreditado el criterio de eficacia para la aprobación del PdC.

30. Cabe hacer presente que, esta prevención, va en la dirección correcta como se dijo, pues recientemente en causa Rol R-425-2023 seguida antes el mismo Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, se verificó un voto en contra donde se efectuó una revisión de las mediciones realizadas por una ETFA constatando que dos de ellas (mediciones) no se apegaban a la normativa vigente. Esto llevó a la conclusión de que, a raíz de estas graves deficiencias los criterios de aprobación del PdC señalando dicha sentencia que: "*En este sentido, cambia la ponderación de la eficacia efectuada en la resolución reclamada, respecto de las acciones implementadas en el PdC, toda vez que en el caso del receptor 1, al no reflejar excedencias en la medición de la ETFA, con acciones ya implementadas, entonces cabe concluir que se eliminaron los efectos de la excedencia registrada el 2 de julio de 2021 que fundaron la infracción materia de cargos, razón por la cual se debe tener por cumplido el criterio de eficacia exigido por el artículo 9 del DS N° 30/2012 del MMA, lo que determina que la resolución impugnada resulta ilegal y por lo tanto, la presente reclamación debió ser acogida.*"

31. Sorprende, en consecuencia, que no se haya hecho el mismo ejercicio de revisar las mediciones en la sentencia objeto de la presente impugnación, pues de haber hecho dicho ejercicio se habría constatado las que el lugar donde se efectuaron las mediciones no se puede calificar como receptor y tampoco representan la situación más desfavorable.

III.A.3. EFICACIA Y VERIFICABILIDAD DE LAS ACCIONES EJECUTADAS.

1. En cuanto a las acciones propuestas y ejecutadas por mi representada, se debe tener presente que, estas son aquellas que normalmente son ofrecidas en cualquier PdC estándar de ruido. Es más, todas las medidas planteadas son consideradas en la propia Guia de PDC de ruido de la SMA.
2. En efecto, no existe mayor innovación en lo que se realizó y los medios de verificación que fueron remitidos en su oportunidad a la Superintendencia. De esta manera, y si la SMA considerará que dichas acciones propuestas pudieron haber sido mejoradas, por ejemplo, por medio de la

georreferenciación de fotografías, correos electrónicos, y otras que la autoridad estimara, mi representada habría estado llana a hacerlo.

3. En esa dirección apunta el sentenciador en el considerando quincuagésimo quinto de la sentencia objeto de la presente impugnación, el que sostiene que: *"Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima que más allá de que sea facultativo para la SMA formular observaciones a un PdC, se debe tener en consideración que, a la fecha de presentación del PdC, esto es, al 22 de junio de 2023, la obra fiscalizada se encontraba en etapa de terminaciones, mientras que, en el recurso de reposición de 20 de septiembre de 2023, la reclamante señaló que el proyecto se encontraba dentro de su última fase de construcción. De lo anterior se sigue que mientras la obra estaba en ejecución y antes de finalizar la construcción del edificio, el titular podía presentar medidas distintas a las implementadas con anterioridad para efectos de asegurar la eficacia del PdC, o bien, mejorar u optimizar las ya existentes (...)"*
4. Efectivamente eso fue lo que intentó hacer mi representada con la presentación primitiva del PdC, la reposición y el PdC reforzado. Todo rechazado de plano sin existir una fase de colaboración entre el ente fiscalizador y el regulado.
5. Teniendo presente la intención de mi representada, debemos agregar que siempre ha defendido que los criterios de eficacia y verificabilidad se han cumplido, siendo indudablemente procedente la aprobación del PdC, con las correcciones de oficio que la SMA considerara necesarias o mejorando las acciones en virtud de las observaciones que la propia autoridad haya podido realizar previo a resolver el PDC. Cabe recordar que las acciones analizadas por el Tribunal consisten en:
 - Acción N°1:Barrera acústica (Biombos)
 - Acción N°2 Barrera acústica (Perimetral)
 - Acción N°3 Barrera acústica (móviles)
 - Acción N°4 Otras medidas Sala de corte, reemplazo de herramientas, cubrevanos.

Veamos:

6. Sobre la eficacia de la acción N°1: Respecto de la barrera acústica tipo biombo, el tribunal señala el considerando décimo quinto: *“el PdC fueron implementadas desde agosto de 2021 (fojas 407) y para acreditar la implementación de esta medida, el titular acompañó una fotografía fechada y georreferenciada de 28 de abril de 2023 y otra sin georreferenciar de 12 de abril de 2021, junto a la factura N°698894 emitida el 27 de agosto de 2021, que da cuenta de la compra de perfiles (fojas 423), y la factura N° 2009205, de fecha 31 de marzo de 2022, correspondiente a la adquisición de placas de OSB (de las siglas en inglés oriented strand board), tablero conglomerado de virutas o astillas de 9 mm y 15 mm de espesor (fojas 424), junto a una declaración jurada del jefe de terreno de la obra (fojas 425). Luego, consta en el considerando 13º de la resolución que rechazó el PdC, que la SMA descartó la eficacia de las barreras acústicas en los términos descritos por el reclamante, señalando que la factura N° 698894, emitida el 27 de agosto de 2021, es previa al hecho infraccional, mientras que la factura N° 2009205, de fecha 31 de marzo de 2022, no resulta suficiente para acreditar que la altura, materialidad y densidad que debe tener la barrera asegure el retorno al cumplimiento normativo.”*
7. Como se puede apreciar, si el Tribunal toma el razonamiento de la SMA en el sentido que con los documentos acompañados no se logra acreditar la altura, materialidad y densidad, es decir sus características técnicas, en pos de la fase de colaboración, el órgano fiscalizador perfectamente podría haber observado esta situación y mi representada solicitarle al respectivo proveedor que detalle las características en un documento complementario. Siempre en el marco de la buena fe al momento de proveer transparentemente todos los antecedentes requeridos.
8. Así las cosas, por ejemplo, las factura señalada por el Segundo Ilustre Tribunal en el considerando décimo quinto de la sentencia objeto de la presente impugnación, a saber: *“factura N°698894 emitida el 27 de agosto de 2021, que da cuenta de la compra de perfiles (fojas 423), y la factura N° 2009205”*, contaban con el siguiente detalle en su glosa: factura N°698894: *“Cuadrado 100x100x4 y cuadrado 40x40x2”*. Por su parte, la glosa de la factura 2009205 (material adquirido posterior al hecho infraccional para reforzarlo) señala: *“Tablero OSB HOME 2PL 1.22*2.44 9,5 MM.”*. Pues bien de estas facturas, se desprende en

consecuencia, la implementación de una barrera acústica tipo biombo tempranamente y su respectivo refuerzo y además que, las las glosas si contenía las dimensiones de los materiales empleados. Sin embargo, y tal como ya se ha comentado, de requerirse se podrían haber solicitado fichas técnicos a los respectivos proveedores para detallar aún más las características técnicas de los materiales adquiridos. Es decir, era necesaria llevar a cabo esta fase de colaboración entre el órgano fiscalizador y el regulado.

9. Dicha fase de colaboración que, demás está decir, es parte de la asistencia al cumplimiento, no se materializó en el caso de marras no porque el regulado decidiera limitarse a remitir antecedentes sino porque la SMA no fue parte de esta necesaria retroalimentación, pues rechaza de plano el PdC. En efecto, si la SMA yendo más allá de la normativa aplicable exige que el detalle de las facturas satisfaga un orden particular o detalle técnico que esta estimara, mi representada como se señaló estaba llana a hacerlo en la medida que los proveedores proporcionen dicha información.
10. Así las cosas, de la normativa aplicable, no es posible desprender que las facturas tengan, en términos formales, una estructura predeterminada o detalles técnicos exigidos por algún instructivo o manual propio del órgano fiscalizador.
11. Al efecto, el análisis de los medios de verificación se encuentra reglado por la sana crítica, la que en práctica pareciera que tanto para el sentenciador y el órgano fiscalizador, no tuvieron como límite las máximas de experiencia, los conocimiento científicamente afianzados y la equidad. Resulta evidente que, en base a estos criterios, las facturas son instrumentos y herramientas que cumplen un fin eminentemente tributario más no un fin técnico que permita extenderse en demasía en los detalles requeridos.
12. Así las cosas, resulta necesaria esa fase de la colaboración entre el SMA y el regulado que no existió en el caso de marras para determinar y delimitar lo que, hasta con cierto grado de arbitrariedad el órgano fiscalizador solicita.
13. En concreto, son aspectos totalmente subsanables.
14. Por otro lado, y en lo que respecta a la acción N°2, el Ilustre Tribunal, en su considerando decimosexto, sostiene que la compra de lana mineral fue previo

al hecho infraccional, que las fotografías no estaban georreferenciadas y que la factura N° 208, de 30 de enero de 2020, y de la cual se desprende la existencia efectiva un cierre perimetral pues *“de ella no se desprende la materialidad necesaria para atenuar los niveles de ruido.”*

15. Sobre la materialidad, nos remitimos a las alegaciones realizadas para la acción n°1. En cuanto a las fotografías no georreferenciadas, existen formas de efectuar correcciones que acrediten el lugar donde fueron capturadas, por lo que fue oportunamente corregido en los antecedentes proporcionados en el recurso de reposición. Como se dijo, ni la SMA ni el Tribunal Ambiental se hicieron cargo de estos antecedentes proporcionados dentro de la etapa de instrucción. De lo contrario, la sentencia impugnada no cuestionaría dichas acciones en los términos en los cuales lo hace.
16. Queda de manifiesto que, a pesar de haberlo hecho presente en el procedimiento administrativo y luego en sede judicial, las acciones y mejoras, estas no fueron siquiera revisadas para pronunciarse en esta instancia, limitándose a señalar una supuesta extemporaneidad.
17. Lo cierto es que queda acreditado la existencia de un cierre perimetral en el considerando decimosexto (*esta factura da cuenta de un cierre perimetral*) y que cuyas características técnicas podrían haberse precisado para cumplir con lo requerido por el órgano fiscalizador. Además, y respecto de la supuesta inexistencia de adquisición de lana mineral, se debe tener presente que, en la práctica esta se compra en rollos. Pues bien, más allá de la implementación previa para esta acción en particular, mi representada acompañó una serie de facturas que dan cuenta de la adquisición de lana mineral para todas las medidas que las requerían, incluídas, por su puesto, la acción N°2. Así queda demostrado en la factura N°65222, N°62654, N°65221 y N°62451, todas por lo demás posteriores al hecho infraccional.
18. Vale tener presente también, que este Tribunal reconoce que la acción N°2 fue efectivamente implementada, no siendo cuestionado o controvertido tampoco por la Superintendencia. Por último, es importante considerar que esta acción y su análisis no tiene por objeto probar la reducción efectiva de las emisiones ya que ello lo prueba una medición (o como ahora la sentencia recurrida

plantea, una modelación). En consecuencia, se termina por reconocer la verificabilidad de la medida, toda vez que no hay cuestionamiento a su efectiva implementación, constando también fotografías del cierre perimetral fechado y georreferenciado dentro del procedimiento administrativo, los cuales son obviados en la sentencia objeto de la presente impugnación.

19. En lo que respecta la acción N°3, se señala respecto a una supuesta inconsistencia de fechas entorno a las facturas N° 19038 (fojas 431), de 9 de noviembre de 2021, por la compra de dos barreras acústicas flexibles, y la factura N° 1652982 y la fecha de implementación. Al respecto se puede señalar que no ha sido controvertida su efectiva implementación, o aspectos técnicos que son fácilmente identificables de las glosas. Además esta acción tiene respaldo fotográfico fechado y georreferenciado.

20. En cuanto a las acciones desagregadas:

- Sala de corte. Se cuestiona las fotografías por no estar fechadas o georreferenciadas. Esto fue completamente subsanado, según se puede verificar en el anexo del recurso de reposición, lo cual no fue analizado por el tribunal.
- Reemplazo de herramientas: Se cuestiona las fotografías por no estar fechadas o georreferenciadas e inexistencia de fichas técnicas que acrediten cuales son más o menos ruidosas. Al respecto, esta situación fue completamente subsanada al contar con fotografías fechadas y georreferenciadas, además de adjuntar un documento (fichas técnicas) de más de 18 páginas que señala las características técnicas de las herramientas reemplazadas.
- Cubrevanos: Respecto de esta acción, queda acreditada su efectiva ejecución y que las características técnicas satisfacen el estándar para mitigar los ruidos, sin embargo, se sostiene en considerando decimonoveno que: *"esta no es por sí sola suficiente para acreditar el retorno al cumplimiento normativo, ya que no es posible que la misma mitigue los ruidos provenientes de todas las fuentes de la faena constructiva(...)"*. S.S. el Tribunal discurre un argumento que debe ser

atendido, pues la naturaleza y objetivo de los cubrevanos no es estar presente en todas aquellas zonas donde exista la eventual emisión de ruidos en la unidad fiscalizable. En efecto, deben ser consideradas todas las otras medidas que han sido adoptadas, es decir, las barreras acústicas tipo biombos, cierre perimetral, barreras acústicas móviles para determinar que se alcanzó con los objetivos perseguidos. Los cobrevanos, en concurso con las demás acciones acreditadas llevaron a determinar en una medición del año 2023 que no existían superaciones.

21. Ahora bien, para todas estas acciones y respecto del análisis que hace el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, es necesario señalar la importancia que tiene el revisar la correcta realización de las mediciones y su apego estricto a la normativa aplicable, aspecto que no se pronunció señalando que la oportunidad para abordarlo es en la resolución final del procedimiento sancionatorio en los siguientes términos: Considerando Décimo Tercero: "*En efecto, será dicha resolución, que conforme a lo previsto en el inciso primero del artículo 54 de la LOSMA, en tanto acto administrativo terminal, la que deberá confirmar o descartar la configuración de la infracción, pudiendo posteriormente impugnarse en la instancia de reclamación correspondiente, toda vez que a la luz del orden consecutivo legal consagrado en la LOSMA para la sustanciación del procedimiento sancionatorio ambiental, no es ésta la oportunidad procesal para resolver alegaciones que pretenden desvirtuar la configuración de la infracción. Ello, puesto que como se dijo, lo reclamado es la Resolución Exenta N° 4/Rol D- 123-2023 que rechazó el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución Exenta N° 2/2023, que a su turno rechazó el PdC, razones por las cuales este Tribunal no se pronunciará sobre las alegaciones de la reclamante relacionadas con eventuales errores e inconsistencias en las mediciones que pudieren incidir en la configuración de la infracción.*"
22. Todo lo anterior, habida consideración que dichas mediciones se llevaron en puntos que no pueden ser considerados como receptores y que no representan la situación más desfavorable, tal como ha quedado constatado en el prevención realizada en la sentencia objeto de la presente impugnación.

23. Pues bien, existió una reducción vinculada con esta y otras medidas para los receptores según se acredita con las mediciones de Ruido Ambiental, que más allá de nos ETFA y requiriendo mi representada asesoría para mejorar las acciones, da cuenta que las acciones fueron efectivas.
24. Ahora, respecto de este cuestionamiento, se debe tener presente que, en otro caso seguido y resuelto por el mismo Segundo Tribunal Ambiental con Rol 425-2023, se cuestiona precisamente la no realización de una medición adicional, dando espacio para que se lleven a cabo. Sin embargo, para el presente caso mi representada decide hacer una nueva medición y la SMA y el sentenciador deciden no considerarla, lo que demuestra una evidente contradicción en los últimos criterios empleados por el sentenciador.
25. Así las cosas, y considerando el criterio empleado por el Segundo Tribunal Ambiental en la presente causa y en la causa rol 425-2023, al momento de resolver, se desprende que, no existe opción de hacerse cargo de los planteamientos relativos a la realización de nuevas mediciones. Por un lado se señala la posibilidad de llevarla a cabo pero si dicha medición no es realizada por ETFA no las considerará para demostrar una efectiva reducción.
26. Al efecto, cabe hacer presente que, la exigencia de llevar a cabo mediciones por medio de una ETFA es para Superintendencia más no para el regulado, pues la ETFA no presta una asesoría sino que simplemente efectúa mediciones, menos aún cuando todavía no hay un procedimiento sancionador iniciado.
27. De ahí se desprende la necesidad imperiosa de unificar y clarificar los criterios que sostiene los Tribunales Ambientales y la propia SMA respecto de la posibilidad (o no) de llevar a cabo nuevas mediciones, de lo contrario los regulados se enfrentan a una situación completamente caracterizada por la incertidumbre normativa, jurisprudencial y administrativa.

III. A.4. INFRACCIÓN AL DEBER DE ASISTENCIA AL CUMPLIMIENTO

1. Por otro lado, el Ilustre Tribunal decide desechar una clara infracción al deber de asistencia al cumplimiento fundado en:

- a. En la etapa de fiscalización, mediante Resolución Exenta N° 2.337, de 26 de octubre de 2021, la SMA habría informado a mi representada la infracción a la norma de emisión de ruidos constatada por los fiscalizadores de la Municipalidad de Providencia el 20 de julio de 2021, solicitándole informar todas las medidas de control de ruido asociadas a la construcción de su edificio, implementados desde la fecha de la fiscalización hasta la fecha de emisión de dicha resolución.
 - b. Además, la SMA mediante Resolución Exenta N° 1/ Rol D-123-2023, de 29 de mayo de 2023, junto con formular cargos, habría decidido ampliar de oficio los plazos previstos en los artículos 42 y 49 de la LOSMA, otorgando 5 días hábiles más al titular para la presentación de un PdC y 7 días hábiles adicionales para la presentación de descargos.
 - c. Al momento de formular cargos, le habría indicado a mi representación la opción de solicitar una reunión de asistencia al cumplimiento con el fiscal instructor del procedimiento sancionatorio, para orientarlo sobre los requisitos y criterios para la presentación de un PdC, indicándole la dirección de los correos electrónicos a los cuales podía efectuar tal solicitud, lo que al tenor de la propia sentencia recurrida no habría sido de utilidad alguna.
 - d. Se acompañó la “Guía para la Presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a la Norma de Emisión de Ruido”, lo que ya había sido considerado por DSS, consultora que elaboró el PDC, ya que de hecho se confirma en las acciones y medidas ofrecidas.
2. S.S, los fundamentos señalados para desestimar la falta de asistencia al cumplimiento solo es parte de un deber básico y estándar que la Superintendencia debe cumplir al momento de iniciar procedimientos sancionatorios.
 3. En efecto, no representan ningún esfuerzo adicional para verificar una correcta y temprana asistencia al cumplimiento contradiciendo con lo que propio Ilustre Segundo Tribunal Ambiental entiende como asistencia al cumplimiento.

4. Al efecto, vale tener a la vista lo que se ha resuelto en la causa Rol 378-2022 en su considerando Cuadragésimo segundo: *"la debida asistencia al cumplimiento ambiental no se satisface con el mero hecho de hacer presente en la formulación de cargos la posibilidad de presentar un PdC, aun cuando se indiquen direcciones de correo electrónico de la SMA a las que se pueden remitir consultas sobre los requisitos y criterios para su presentación. Tampoco satisface el estándar de la debida asistencia al cumplimiento el señalar, en la referida resolución, el link de la guía metodológica respectiva."*
5. En efecto, lo realizado por la SMA resulta insuficiente, sumado a que el PdC presentado comprendía acciones ya ejecutadas, lo que ha sido avalado por la jurisprudencia.⁷
6. Teniendo presente que se trata de acciones ya ejecutadas, la SMA además de realizar lo que la normativa mandata debió: *"actuar oportunamente en la asesoría relativa a la presentación de un PdC, a fin de permitir que el titular proponga medidas que se puedan implementar (...)"*⁸, situación que en el caso de marras no ocurrió, vulnerando la asistencia al cumplimiento.
7. Esto se acentúa aún más cuando existen acciones propuestas ya ejecutadas, siendo indispensable una necesaria colaboración entre el órgano fiscalizador y el regulado, donde por ejemplo, la SMA pudiera haber analizado la idoneidad de una modelación de ruidos establecida en la sentencia recurrida, considerando las acciones ejecutadas por mi representada, pero que no aparece en la Guía de ruidos de la SMA.
8. Dicha colaboración, como se dijo fue inexistente a lo largo del procedimiento administrativo, limitándose como se dijo a remitir información elemental y propia de estos procedimientos.
9. Adicionalmente a todo lo previamente expuesto, recientemente se han publicado en el Diario Oficial instrucciones para la asistencia al cumplimiento en el marco del artículo 3 letra u) de la LOSMA con fecha 12 de noviembre de 2024. Pues bien, en dicho instructivo se establece no solo el

⁷ Cfr. Sentencias Segundo Tribunal Ambiental, Roles N° 278-2022, c. trigésimo séptimo; N° 199-2018, c. quincuagésimo y quincuagésimo segundo; y N° 340-2022, c. décimo noveno

⁸ Rol 378-2022 en su considerando Cuadragésimo segundo

concepto de los que la SMA entiendo como asistencia al cumplimiento sino que también, destaca el objeto, los principios y las reglas generales que debe cumplir esta. Precisamente, el artículo 5 relativo a las reglas generales nos establece un marco que regula la asistencia al cumplimiento, y que por lo demás se condice perfectamente con lo que mi representada ha venido alegando en esta sede.

10. Así, el artículo 5 señala: “Las reglas generales de la asistencia al cumplimiento son las siguientes:

- a. Se llevará a cabo sólo por los mecanismos institucionales señalados por la Superintendencia y descritos en el presente instructivo;
- b. Se debe propender a que la asistencia brinde al regulado mayor seguridad y certeza de las obligaciones contenidas en los instrumentos de carácter ambiental de competencia del servicio, los procesos, procedimiento administrativo o sistemas digitales a cargo de la Superintendencia;
- c. La asistencia debe ser razonable, concreta y proporcional al tipo, tiempo, envergadura del proyecto y particularidades del regulado, considerando su experiencia en el rubro, procedimientos administrativos anteriores en la Superintendencia, entre otros;
- d. Se debe propender que la asistencia sea en un lenguaje sencillo, sin perjuicio de los elementos técnicos y/o jurídicos propios de cada materia;
- e. Los mecanismos de asistencia al cumplimiento pueden ser usados de manera alternativa entre sí, sin que la Superintendencia esté obligada a usarlos todos para cumplir la función de asistir a un regulado;
- f. La elección del mecanismo de asistencia al cumplimiento es discrecional del servicio, en atención al caso particular y objetivos”.

11. Si lo aplicamos al caso de marras, la propia SMA está incumpliendo desde ya su propio instructivo, toda vez que a mi representada no se le ha prestado la debida asistencia al cumplimiento. **Es decir, esta no ha sido razonable, concreta y proporcional. Solo se limitó y, desde una perspectiva pasiva, a remitir antecedentes y direcciones de correo.**

12. Dicha actuar de la SMA no se adecuó a la envergadura de la obra ni menos a los tiempos de construcción del proyecto, teniendo la autoridad perfecto

conocimiento de la naturaleza dinámica de estas unidades fiscalizables. Al contrario, la autoridad sin más rechazó de plano el PdC sin audiencia previa o asistencia al cumplimiento, teniendo en consideración que la obra estaba en etapas finales de su construcción, y adicionalmente, en conocimiento de la evidente tardanza entre la primera medición y la formulación de cargos, sin asistirle en momento alguno después de respondido el requerimiento de información, lo que hace aún más difícil para un regulado el hecho de tener que satisfacer los estándares y criterios para la aprobación de un PdC.

13. Es más y remitiéndonos las nuevas instrucciones dictadas por la SMA relativas al debe de asistencia al cumplimiento, el artículo 8 desarrollo el deber de informar en el siguiente sentido: "*La Superintendencia del Medio Ambiente mantendrá en su página web institucional, la información referida a los mecanismos de asistencia al cumplimiento ejercidos por la Superintendencia y, los medios formales para solicitarla, mediante el Portal de Asistencia al Cumplimiento.*"
14. Es decir, precisamente lo que hizo en el caso de marras. La Superintendencia, en consecuencia y según sus propias instrucciones estaría solo cumpliendo con el deber de informar, más no con el deber de asistencia al cumplimiento de manera integral. No debe confundirse entonces, el deber de informar con el deber de asistencia al cumplimiento, siendo el primero solo una porción del segundo.
15. Este ejercicio teórico con las nuevas y recientes instrucciones, solo reafirma que, las alegaciones vertidas por mi representada son completamente razonables entorno a otorgar una debida asistencia al cumplimiento, tan así que tiempo después y sumado a la postura jurisprudencial imperante en este Ilustre Tribunal Ambiental, junto con el Primero y Tercero, la propia SMA lo reafirma con el citado instructivo.

III. A.5. EFECTIVIDAD DE PÉRDIDA DE EFICACIA EN EL PROCEDIMIENTO Y DECAIMIENTO.

1. Sobre este respecto, independientemente de las distinciones doctrinarias y jurisprudenciales resulta claro que, luego de los años que han transcurrido

desde la mediciones ilegales y deficientes, hasta la formulación de cargos y el rechazo del PdC, el procedimiento se vuelve completamente infructuoso, habida consideración que la obra ya cuenta con el respectivo permiso municipal de recepción definitiva, tal como la propia sentencia recurrida ha reconocido.

2. En efecto la doctrina ha señalado que: *“Este caso, previsto en el inciso final del artículo 40 de la LBPA, está contemplado en otro precepto como la “desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento” (art. 14, inc. final). En caso de sobrevenir circunstancias de hecho que impidan la continuación y conclusión del procedimiento por privarle de objeto, corresponde dictar una resolución fundada que lo declare así, omitiéndose pronunciamiento sobre el fondo.* Racionalmente, la imposibilidad de resolver debe obedecer a antecedentes de hecho que determinen la pérdida de objeto del procedimiento. Así ocurriría, por ejemplo, en caso de muerte de un interesado imputado en procedimiento sancionatorio, o de renuncia del funcionario que hubiere promovido un procedimiento relativo a sus derechos estatutarios, de destrucción del inmueble de cuya protección patrimonial se trata, etc.”⁹
3. De esta manera, no resulta razonable sustanciar un procedimiento que, en esencia ha perdido su finalidad, y que al momento de rechazar la reposición presentada con antecedentes contra la resolución de rechazo del PdC que pone término a la etapa de colaboración y asistencia al cumplimiento.
4. Asimismo, vale tener presente que, la figura del decaimiento sigue siendo parte del debate en los Tribunales Superiores de Justicia no encontrándose totalmente zanjado, por lo que es perfectamente posible que este y otros Tribunales se pronuncien al respecto, aun más si se trata de un acto que pone término a una de las etapas más importantes dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio.
5. Así las cosas, indudablemente en el presente caso, desde el año 2021 (Mediciones) hasta el año 2024 (rechazo de reposición) han cambiando las

⁹ Valdivia, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Tirant Lo Blanch (2018). p. 281.

circunstancias por las cuales tardíamente se estaría iniciando el procedimiento sancionatorio.

6. En efecto, dada la naturaleza dinámica de estas obras, es evidente que las circunstancias van cambiando a medida que se avanza con ella. Así mismo, la posibilidad de mejorar y recopilar medios de verificación de las acciones realizadas se vuelve mucho más complejo de cara a la elaboración y construcción de un PdC, luego de años desde la primera medición. Esfuerzo que fue realizado por parte del regulado pues agotó todas las herramientas dentro del procedimiento para aportar nuevos antecedentes, sin siquiera considerarlos en la reposición.
10. Distinta hubiese sido la situación si, una vez efectuada las mediciones, la SMA, además de requerir información, hubiese formulado cargos en un tiempo razonable, o hubiera entregado orientaciones concretas de acciones con todo el nivel de detalle que luego exige en un PDC, verificando que la obra aún se encontraba en construcción. Esto no sólo hubiese servido para que se realizaran otras mediciones e incluso modelaciones, dentro del contexto de un eventual sancionatorio, sino que también para revisar los antecedentes que efectivamente fueron aportados al procedimiento, y que a pesar de estar abierta la fase de colaboración entre el fiscalizador y el regulado, no se logró materializar, pues simple y arbitrariamente se decidió poner término a dicha etapa rechazando la reposición presentada con antecedentes y el PdC.
11. Evidentemente no solo el procedimiento ha perdido eficacia sino que también los actos han decaído, por la propia tardanza de la Superintendencia del Medio Ambiente.
12. Así las cosas, la figura del decaimiento recientemente se ha discutido en nuestro Máximo Tribunal y se ha reconocido en la causa rol Rol N° 231.356-2023, en fallo dictado hace pocos días, con fecha 25 de octubre. Es una discusión abierta y que vale la pena hacer presente, pues los Órganos del Estado, aún más cuando se trata de aquellos que tienen potestades sancionatorias deben sustanciar sus procedimiento de manera rápida y

eficaz, de manera tal que, los regulados puedan hacerse valer y contar con todos los antecedentes necesarios para una correcta y completa defensa.

13. ¿Cómo no va a ser cuestionable que un Órgano con potestades sancionadoras habiendo tomado conocimiento de supuestas excedencias durante el año 2021, recién el año 2023 formule cargos y resuelva el futuro del procedimiento sancionatorio rechazando de plano y sin más el PdC presentado por un regulado (mi representada), habiendo cambiado completamente las circunstancias por medio de acciones propuestas ya ejecutadas y efectivas?
14. Resulta evidente, ya sea visto desde el prisma del decaimiento o desde prisma de la pérdida de eficacia, que no existe motivo plausible para continuar con un procedimiento que busca sancionar a un regulado que, intentó adoptar todas las medidas tendientes a resguardar potenciales excedencia.
15. S.S, ya sea por vía del decaimiento o por la pérdida de eficacia del procedimiento, debe discutirse una herramienta que le ponga límite al excesivo grado de arbitrariedad y discrecionalidad con el cual está obrando actualmente la Superintendencia del Medio Ambiente, pues durante estos últimos años se ha vuelto una práctica habitual sustanciar procedimientos que datan incluso antes que el discutido en estos autos, desvirtuando el fin último de este tipo procedimientos y la naturaleza de los PdC.
16. Lo anterior, no solo se está vulnerando una serie de principios sino que también afecta el derecho a la defensa de los regulados. Con la presente sentencia, se estaría estableciendo un precedente negativo validando que la SMA pueda sustanciar procedimiento en los tiempos que discrecionalmente se estimen por órgano en desmedro de los derechos del regulado.
17. Adicionalmente, el rechazo de plano un PdC tiene la naturaleza de un acto que le pone término a la instancia de incentivo al cumplimiento, y en consecuencia, luego de toda la tardanza en sustanciar el procedimiento administrativo sancionatorio, es controlable y revisable mediante la figura del decaimiento.

18. Esto va ligado directamente con la eficacia procedural, pues la SMA tuvo conocimiento, como se dijo de los resultados de las mediciones en el año 2021 y recién mi representada toma conocimiento del rechazo del PdC en 2023, y en el 2024 del rechazo de la reposición presentada.
19. Como sea S.S., queda de manifiesto que la tardanza de la SMA, validada por la sentencia objeto de la presente impugnación genera un claro agravio a los intereses de mi representada, pues ampara un obrar completamente negligente, tardío y pasivo del órgano sancionador, debiendo ser objeto de revisión por los Tribunales Ambientales, u otros según la herramienta procesal que se emplee para no continuar estableciendo precedentes negativos.
20. En esa línea, la Corte Suprema ha resuelto recientemente en causa Rol 53143-2024 reconociendo la existencia del decaimiento. Respecto a este señaló que: *"corresponde a la figura contemplada en el inciso 2 del artículo 40 de la ley 19.880, esto es, la imposibilidad material de continuar con el procedimiento administrativo, por causas sobrevinientes. que constituye una de las formas en que se pone término a dicho procedimiento."*
21. Lo anterior, es completamente coherente con la doctrina actual que sostiene que: *"el decaimiento equivale a la imposibilidad material sobreviniente que impide la continuación del procedimiento administrativo. Así lo ha definido Bermúdez Soto, por lo tanto, corresponde simplemente a una variación de nombre para ajustarlo a la norma del artículo 40, inciso 2, de la Ley N° 19.880. En su esencia y elementos centrales, no existen variaciones o diferencias significativas entre una y otra."*¹⁰
22. Así las cosas y como se dijo, sea utilizando la ideal del decaimiento, o bien, la imposibilidad material para continuar con el procedimiento, es claro que ha existido una dilación innecesaria por parte de la la SMA. Dicha tardanza por el ente fiscalizador ha sido abordado por el mismo Ilustre Segundo Tribunal Ambiental en causa Rol 405-2023.
23. Pues bien el considerando quincuagésimo cuarto de dicha sentencia señaló: *"De esta manera, tal como se precisó en los apartados precedentes de esta sentencia,*

¹⁰ El decaimiento administrativo como remedio a la inactividad de la administración. Página 180.

el hito fundamental a partir del cual una demora injustificada y carente de razonabilidad puede generar la ineficacia del sancionatorio ambiental, no es necesariamente el inicio formal del procedimiento administrativo sancionatorio con la formulación de cargos, sino que éste también puede concurrir cuando nace el deber para la SMA de iniciar el sancionatorio ambiental."

24. Agrega el considerando quincuagésimo sexto: "En este mismo sentido, cabe señalar que la tramitación de un procedimiento racional y justo, exige que la resolución que lo concluye sea oportuna, lo que no puede sostenerse en el caso sub-lite si la SMA demoró -sin justificación alguna- casi 2 años y 3 meses para formular cargos y dar inicio formal al sancionatorio ambiental. Suponer que la eficacia del procedimiento solo se determina a partir del inicio de la etapa de instrucción del sancionatorio ambiental con la formulación de cargos, desestimando completamente la demora excesiva incurrida a partir de la configuración del deber de originar un sancionatorio, lleva a que en los hechos, el control del plazo razonable del sancionatorio se vuelva fútil y fácilmente evitable, con las nocivas consecuencias en los objetivos del sancionatorio ambiental como instrumento de protección ambiental."
25. En consecuencia, en la sentencia objeto de la presente impugnación, se debería haber considerado el tiempo de demora por parte de la SMA para sustanciar el procedimiento, pues tal como ya razonó el tribunal ambiental en la citada causa rol 405-2023, dichos tiempos de tardanza no se enmarcan dentro de un plazo razonable y configura indudablemente un atentado contra la idea de materializar un procedimiento administrativo racional y justo.
26. Además resulta del todo posible alegar en esta oportunidad, por economía procesal, dado que de manera posterior y frente a una eventual resolución sancionatoria se deberán revisar de igual manera los tiempos en los cuales la SMA se demoró en sustanciar el procedimiento.

POR TANTO,

Ruego a S.S.: en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N°20.600, en relación al artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, tener por interpuesto, en tiempo y forma, el presente recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada el 15 de noviembre de 2024 y notificada a mi representada el 16 de noviembre del mismo, en el marco del procedimiento de reclamación de la causa rol 451-2024 seguida ante el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, concederlo, y ordenar se eleven los autos para ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, a objeto que dicha Iltma. Corte, conociendo del recurso, lo acoja y revoque la sentencia impugnada, y en definitiva acoja la reclamación judicial interpuesta en autos, todo lo anterior con expresa condenación en costas.