

EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE REPOSICIÓN. **OTROSÍ:** SE SUSPENDAN LOS EFECTOS DEL ACTO IMPUGNADO.

SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

Paola Fritz Torrealba, abogada, en representación de Constructora Novatec S.A. (en adelante Constructora Novatec), ambos domiciliados para estos efectos en Cerro El Plomo N°5420, oficina1901, comuna de Las Condes, en el marco del procedimiento sancionatorio **Rol D-121-2019**, iniciado en contra de mi representada, al Señor Superintendente del Medio Ambiente, respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), y en la representación que invisto, vengo en deducir recurso de reposición en contra de Resolución Exenta N°1079, de fecha 30 de junio de 2020, por medio de la cual se resolvió el procedimiento sancionatorio ROL N° D-121-2019, solicitando que esta se enmiende conforme a derecho, y en definitiva, se absuelva a Constructora Novatec de la infracción sancionada, o en subsidio se rebaje el monto de la multa impuesta al mínimo legal, conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES GENERALES

1.1 Inicio Procedimiento Sancionatorio D-121-2019

Mediante Resolución Exenta N°1/ROL D-121-2019, de fecha 16 de mayo de 2019, el Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, formuló cargos en contra de mi representada por supuesto incumplimiento del artículo 35 h) de la LOSMA, en cuanto a incumplimiento de Normas de Emisión, en especial en lo que dice

relación con lo establecido en el artículo 7 del Decreto Supremo N°38/2011, Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que Indica, respecto del proyecto inmobiliario “Parque Chacabuco” ubicado en Avenida Chacabuco N°180, comuna de Concepción, construido por Constructora Novatec entre el mes de **diciembre de 2016** y el mes de **noviembre de 2018**, según consta en Certificado de Recepción Definitiva de Edificación N° 224 de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Concepción, de fecha 26 de noviembre de 2018.

A mi representada se le imputa un solo cargo, cual es, *“La obtención, con fecha 16 de mayo de 2018 de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 71 dB(A) y 61 dB(A); y la obtención con fecha 29 de agosto de 2018, de un NPC de 68 dB(A); todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zona II.”* Dicha infracción, fue calificada por la Autoridad como grave.

La Res. Ex. N°1/ROL D-121-2019, en su Resuelvo V, estableció que de conformidad al artículo 42 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, Constructora Novatec podría presentar un Programa de Cumplimiento (PdC) con el objeto de adoptar las medidas destinadas a propender al cumplimiento satisfactorio de la normativa ambiental infringida referida a dicha infracción, y en caso que el PdC sea aprobado y debidamente ejecutado, el procedimiento sancionatorio, con respecto a dicha infracción, se daría por concluido sin aplicación de sanción administrativa.

1.2 Asistencia sobre Requisitos y Criterios para Presentación Programa de Cumplimiento.

La Res. Ex. N°1/ROL D-121-2019, en su Resuelvo V señaló que esta Superintendencia podría proporcionar asistencia sobre los requisitos y criterios para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

Teniendo en consideración que el proyecto inmobiliario “Parque Chacabuco”, a la fecha de notificación del cargo, esto es, el 02 de septiembre de 2019, ya se encontraba totalmente terminado, mi representada solicitó asistencia al Fiscal Instructor con el objeto de conocer los criterios para la presentación de un Programa de Cumplimiento en tales circunstancias.

El Fiscal Instructor nos informó que atendido que la obra se encontraba finalizada no sería posible la presentación de un Programa de Cumplimiento, ya que las acciones a proponer carecerían de un requisito esencial, cual es, que sean eficaces para el lograr el cumplimiento ambiental, por lo cual, solo procedía la presentación de descargos.

1.3 Descargos

Atendido lo informado por el Fiscal Instructor, con fecha 07 de octubre de 2019 mi representada presentó los descargos correspondientes en contra de la supuesta infracción constatada en la formulación de cargos que dio origen al presente procedimiento sancionatorio.

Los principales argumentos esgrimidos por mi representada se referían, sucintamente, a lo siguiente:

- Inexistencia de la Infracción imputada, ya que la población circundante al sector donde se construyó el proyecto Parque Chacabuco, se encuentra en constante exposición a altas emisiones de ruido que superan la normativa en distintos horarios, principalmente por el ruido provocado por el tránsito vehicular de la calle Obispo H. Salas, de Avenida Chacabuco y de la calle Víctor Lamas.
- Para acreditar que la emisión del ruido no puede ser solo atribuible a la ya finalizada construcción del edificio Parque Chacabuco, se adjuntó un estudio de ruido elaborado por la empresa Ecos - Ingenieros Consultores, del cual se desprende que el sector aledaño al cual se construyó el edificio se encuentra sujeto a un ruido constante que alcanza en uno de sus receptores un valor de 71 decibeles de los 60 aceptables de la norma.

- En subsidio de lo antes indicado, se solicitó reevaluar la calificación de la Infracción, estableciendo que la misma corresponde a una infracción leve ya que no concurre el requisito de gravedad que exige el literal b) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA.
- Constructora Novatec adoptó una serie de medidas de mitigación de ruido en la ejecución de la obra, medidas que además, luego de conocer de la primera fiscalización de los funcionarios de esta Superintendencia, se intensificaron y fueron entregadas a la SMA por medio de escrito de fecha 28 de agosto de 2018.

Por todo lo expuesto, Constructora Novatec solicitó:

- a) Se le absuelva del cargo imputado en la Res. Ex. N° 1/ROL D-121-2019, ya que quedó acreditado que no se ha infringido normativa alguna dado que el ruido de fondo, producido principalmente por el tránsito vehicular del sector, supera los límites máximos permisibles establecidos para Zona II en el D.S. 38/2011, incluso con la obra terminada.
- b) En subsidio de lo anterior, se recalifique la infracción imputada como leve por no concurrir el requisito de riesgo significativo que exige el literal b) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA y se imponga la sanción de grado mínimo establecida para dichas infracciones, en atención a las circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA.
- c) En subsidio de lo anterior, en la eventualidad que se mantenga la calificación de grave de la Infracción, se aplique la sanción de grado mínimo establecida para las infracciones graves, por concurrir a su respecto las circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 40 de la LO-SMA.

1.4 Resolución Exenta N°1079/2020

Con fecha 30 de junio de 2020 el Superintendente del Medio Ambiente dictó la Resolución Exenta N° 1079 (en adelante la Resolución Recurrída), culminando el presente procedimiento administrativo sancionatorio, determinando la siguiente sanción:

“...Atendido lo expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente en “la obtención, con fecha 16 de mayo de 2018 de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 71 dB(A) y 61 dB(A); y la obtención con fecha 29 de agosto de 2018, de un NPC de 68 dB(A); todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zona II.”, que generó el incumplimiento del D.S. N°38/2011, aplíquese a Constructora Novatec S.A., RUT N°86.856.700-7 la sanción consistente en una multa de sesenta y siete Unidades Tributarias Anuales (67 UTA)”.

Mediante el presente recurso de reposición se expondrán cada una de las deficiencias a que está afecta la Resolución Exenta N°1079, basado en la errónea consideración de los hechos tomados en cuenta para su dictación, para que así se modifique esta en lo que a derecho corresponda.

II. PROCEDENCIA RECURSO DE REPOSICIÓN

2.2 Aplicación Ley 20.417

Con el fin de analizar la procedencia del recurso de reposición interpuesto en este acto, cabe en primer lugar revisar la regulación establecida respecto de estas materias en la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En efecto, el artículo 55 de la LOSMA señala lo siguiente:

“Artículo 55.- En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución.”

Se regula así, el recurso de reposición en contra de las resoluciones de la SMA.

2.3 Plazo para la Interposición

De acuerdo con el mismo artículo 55 de la LOSMA, el plazo para interponer el recurso de reposición es de 5 días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

Teniendo en consideración que la Res. Ex. N°1079 fue notificada a mi representada con fecha 30 de septiembre de 2020, conforme con lo dispuesto en el artículo 46 inciso 2 de la Ley N° 19.880, el presente recurso se interpone dentro de plazo.

III. PRESENTACIÓN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Tal como ya se ha indicado, la Res. Ex. N°1/ROL D-121-2019, en su Resuelvo V, estableció que de conformidad al artículo 42 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, Constructora Novatec podría presentar un Programa de Cumplimiento (PdC) con el objeto de adoptar las medidas destinadas a propender al cumplimiento satisfactorio de la normativa ambiental infringida y en caso que el PdC fuese aprobado y debidamente ejecutado, el procedimiento sancionatorio se daría por concluido sin aplicación de sanción administrativa.

Teniendo en consideración que el proyecto inmobiliario “Parque Chacabuco”, a la fecha de notificación del cargo, esto es, el 02 de septiembre de 2019, ya se encontraba totalmente terminado, Constructora Novatec hizo uso de la facultad que concede a los regulados el artículo 3, letra u), LOSMA, y solicitó asistencia al Fiscal Instructor con el objeto de conocer los criterios para la presentación de un Programa de Cumplimiento en tales circunstancias (con la obra ya concluida).

El Fiscal Instructor nos informó que atendido que la obra se encontraba finalizada no sería posible la presentación de un Programa de Cumplimiento, ya que las acciones a proponer carecerían de un requisito esencial cual es, que sean eficaces para el lograr el cumplimiento ambiental, por lo cual, solo procedía la presentación de descargos.

Como se puede observar, se negó a mi representada la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento, el cual es el mecanismo de incentivo al cumplimiento ambiental de mayor aplicación, ya que es un mecanismo alternativo a la sanción administrativa, puesto que una

vez ejecutado satisfactoriamente, se da por concluido el procedimiento sancionatorio, sin sanción, constituyendo una forma extraordinaria de poner término al mismo.¹

De acuerdo con el Fiscal Instructor, no procedía la presentación de un PdC, ya que al encontrarse terminada la obra, desde un punto de vista temporal, no habría acción posible que permitiera asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental infringida en el marco del PdC, dado que es imposible en estos casos “volver al cumplimiento”.²

Por lo antes indicado, resulta inexplicable lo indicado en el Considerando V de la Resolución Recurrida cuando señala:

“V. NO PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL TITULAR

28. Habiendo sido notificada personalmente la Formulación de Cargos a la titular (Res. Ex. N° 1/Rol D-121-2019), conforme se indica en el considerando décimo sexto de la resolución, la empresa, pudiendo hacerlo, no presentó un PdC dentro del plazo otorgado para el efecto.”(Lo destacado es nuestro)

Teniendo en consideración que el presente procedimiento sancionatorio tuvo su origen en una denuncia presentada con fecha **13 de octubre de 2017**, como consta en el Considerando II numeral 4 de la Resolución Recurrida, resulta del todo inexplicable que habiendo transcurrido casi dos años recién se formularan cargos a mi representada.

La dilación indebida e injustificada, en la formulación de cargos a mi representada, trajo aparejada la imposibilidad de valerse de un mecanismo alternativo a la sanción administrativa como es el Programa de Cumplimiento, ello porque la obra ya se encontraba

¹ “Instrumentos para una Intervención Institucional Estratégica en la Fiscalización, Sanción y Cumplimiento Ambiental: El Caso del Programa de Cumplimiento.”
Rev. Derecho (Concepc.) vol.87 no.245 Concepción jun. 2019

² “Instrumentos para una Intervención Institucional Estratégica en la Fiscalización, Sanción y Cumplimiento Ambiental: El Caso del Programa de Cumplimiento.”
Rev. Derecho (Concepc.) vol.87 no.245 Concepción jun. 2019

concluida desde el 26 de noviembre de 2018, como consta en el certificado de Recepción Definitiva de Edificación N°224 de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Concepción.

De haberse formulado los cargos oportunamente, mi representada podría haber hecho uso de la facultad que concede el ordenamiento jurídico a todo regulado, cual es, presentar un Programa de Cumplimiento, mecanismo que podría haberla liberado de la multa impuesta, sin embargo, Constructora Novatec no ha podido favorecerse de los efectos que conlleva un Programa de Cumplimiento por hechos que no le pueden ser imputados.

La excesiva dilación en la formulación de cargos constituye una vulneración a diversos principios del derecho administrativo, obligatorios para la Administración, los que además tienen consagración legislativa, tales como los principios de eficiencia, eficacia y celeridad que se relacionan con la oportunidad en que se realizan las actuaciones administrativas, como lo ha establecido la Excma. Corte Suprema³.

La Resolución Exenta N°1079/2020, adolece de ilegalidad ya que en ella la SMA no fundamenta las razones de la excesiva dilación en la formulación de cargos, hecho que redundó en que Constructora Novatec no haya podido hacer uso de la facultad que concede el ordenamiento jurídico a todo regulado, cual es, valerse de un Programa de Cumplimiento, mecanismo que podría haberla liberado de la multa impuesta.

³ Causa Rol N° 257-2019

IV. INFRACCIÓN Y SANCIÓN

En el presente capítulo se realizará un análisis de la infracción imputada a Constructora Novatec en la Resolución Exenta N°1079/2020, para luego revisar la sanción impuesta y desarrollar las razones que, a juicio de esta parte, la SMA debió haber ponderado para absolver o bien reducir la multa impuesta.

Infracción:

La obtención, con fecha 16 de mayo de 2018 de Niveles de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 71 dB(A) y 61 dB(A); y la obtención con fecha 29 de agosto de 2018, de un NPC de 68 dB(A); todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zona II.

4.1 Ponderación de la Prueba Rendida

No se puede obviar que la población circundante al sector, donde se emplaza el proyecto “Parque Chacabuco”, se encuentra en constante exposición a altas emisiones de ruido que superan la normativa en distintos horarios, atendido el ruido basal que caracteriza la situación sonora ambiental del sector, que tiene como fuente predominante la circulación de vehículos por las calles Obispo H. Salas, Avenida Chacabuco y la calle Víctor Lamas.

Para acreditar lo indicado, Constructora Novatec presentó en sus descargos un estudio de ruido de la empresa Ecos - Ingenieros Consultores, realizado el día 06 de septiembre de 2019, el cual no fue tomado en consideración por la Autoridad en atención a los siguientes argumentos:

a) **Diferencia en el horario en que se habrían realizado las mediciones:** de acuerdo con la Autoridad, no es posible comparar las mediciones realizadas por la empresa Ecos-Ingenieros Consultores respecto de las mediciones efectuadas por la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), ya que las mediciones realizadas por la Autoridad fueron tomadas

en horario valle (15.00 hrs.- 16.00 hrs.), mientras que las mediciones entregadas por mi representada se habrían realizaron en horario punta (17.00 hrs.- 18.00 hrs.).

Sobre el particular es necesario precisar que no es efectivo que las mediciones realizadas por la empresa Ecos - Ingenieros Consultores se hayan realizado en horario punta, ya que ellas fueron efectuadas entre las 17 hrs. – 18 hrs., es decir, dentro del **horario valle**, 09:00 a 18:00 y 20:00 a 21:00 hrs, ya que el **horario punta** ocurre entre las 07:00 a 09:00 y 18:00 a 20:00 hrs.⁴.

Sin perjuicio, como se ha acreditado, que tanto las mediciones realizadas por la SMA así como las mediciones efectuadas por la empresa Ecos - Ingenieros Consultores se realizaron en horario valle, se debe tener en consideración que el Decreto Supremo N°38/2011, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que Indica, solo diferencia, para efectos de las mediciones, el horario diurno (07.00 hrs. – 21.00 hrs.) y el horario nocturno (21.00 hrs. – 07.00 hrs.), pero no realiza diferencia alguna entre el horario valle y el horario punta, por lo cual no corresponde realizar tal distinción al comparar los informes de mediciones.

b) Condiciones homologables: De acuerdo con la Autoridad, no es posible comparar los informes de mediciones de ruido ya que no fueron realizados en condiciones homologables, en atención al día de la semana, horario, humedad, velocidad del viento entre otras.

Respecto de las condiciones ambientales, la que más pudiese afectar es la velocidad del viento, sin embargo, si comparamos el informe de Ecos - Ingenieros Consultores con la medición realizada por la Superintendencia las diferencias son irrelevantes.

⁴ “Estudio Elaboración de Mapa de Ruido del Gran Santiago Mediante Software de Modelación Subsecretaría del Medio Ambiente” Universidad Austral de Chile Facultad de Ciencias de la Ingeniería Instituto de Acústica

Variable	Ecos- Ingenieros Consultores	SMA
Velocidad del Viento	1 m/s	1 m/s
Humedad	74%	100%
Temperatura	15 °C	11 °C

Atendido lo antes indicado, no es efectivo que el informe de ruido entregado por mi representada no permita controvertir las actas de inspección (Ficha de Información de Medición de Ruido), por ende no debió ser desestimado.

4.2 Valor Probatorio de las Actas de Fiscalización

De acuerdo con lo indicado por la Autoridad, en el Considerando VIII de la Resolución Recurrida, las Actas de Inspección Ambiental, a las cuales se adjuntan las Fichas de Información de Medición de Ruido de fecha 16 de mayo y 29 de agosto, ambas de 2018, al no haber sido desvirtuadas ni controvertidas por esta parte, y haber sido levantadas por un ministro de fe, gozan de una presunción de veracidad.

Ahora bien, al revisar las **Fichas de Información de Medición de Ruido de fecha 16 de mayo de 2018**, se puede observar, que no se dio cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 19 del D.S. N°38/2011 para realizar la **corrección del ruido de fondo**.

De acuerdo con el literal b) del artículo 19, se debe medir el NPSeq en forma continua, hasta que se establezca la lectura, registrando el valor de NPSeq cada 5 minutos. **Se entenderá por estabilizada la lectura, cuando la diferencia aritmética entre dos registros consecutivos sea menor o igual a 2 dB(A).**

REGISTRO DE RUIDO DE FONDO						
Ruido de fondo afecta la medición	<input type="checkbox"/> Si	<input checked="" type="checkbox"/> No				
Fecha:	16-05-2018	Hora:	19:25			
NPSeq	5'	10'	15'	20'	25'	30'
	48	51				
Observaciones:						
Ruido de Fondo generado por tráfico vehicular						
						

Las Fichas de Información de Medición de Ruido, tanto del Receptor N°1 como del Receptor N°2, no registran una lectura estabilizada de NPSeq para poder realizar la corrección del ruido de fondo. Como se puede observar, la diferencia aritmética entre los dos registros consecutivos (48 -51) es superior a 2 dB(A), por ende, se debió realizar mediciones de forma continua, hasta estabilizar la lectura, por lo cual, no se dio cumplimiento al procedimiento exigido para la corrección del ruido de fondo.

El Acta de Inspección Ambiental señala que las mediciones de NPS se realizaron, respecto de dos receptores exteriores (R1 y R2), a partir de las 14:50 hrs. aprox., sin embargo, respecto del Ruido de Fondo, este decidió medirse entre las 19:25 y las 19:35 horas de ese mismo día.

El literal a) del artículo 19 ya citado, señala que se debe medir el nivel de presión sonora del ruido de fondo **bajo las mismas condiciones de medición a través de las cuales se obtuvieron los valores para la fuente emisora de ruido**, teniendo en consideración, que la medición del Ruido de Fondo fue realizada en un horario distinto al cual se midió la fuente emisora, y que en dicho horario no se constató ni la temperatura, humedad, ni viento existente, no se puede acreditar que las condiciones de medición de NPS hayan sido las mismas que las mediciones del Ruido de Fondo.

También llama la atención que la medición de Ruido de Fondo (RF) para ambos puntos receptores, es realizada a la misma hora y da el mismo resultado, por lo tanto, es evidente que se tomó la medición de un punto, el más favorable en términos de la diferencia entre RF y NPC. Aunque en la técnica de obtención del ruido de fondo representativo es posible esta situación, es necesario proporcionar la información de cuál es el punto desde donde se realizó la medición de RF, ya que según las fichas no queda claro si el ruido de fondo se midió en el Receptor N°1, y se repitió en el Receptor N°2, o vice versa.

Por otro lado, las **Fichas de Información de Medición de Ruido de fecha 29 de agosto de 2018** presentan las siguientes observaciones:

- Es posible observar que los niveles NPC (nivel de presión sonora corregido) son inferiores en el Receptor N°2, que aquel constatado respecto del Receptor N°1, sin embargo no hay medición de ruido de fondo en ninguno de los dos.
- En las observaciones de las Actas se indica “*El ruido si bien era fluctuante pues dependía de la actividad en ejecución, era continuo*”, los términos ruido fluctuante y ruido continuo corresponde a una nomenclatura utilizada en el D.S. N°146/1997, el cual se encuentra actualmente derogado, dichos términos no fueron recogidos en el D.S N°38/2011.

De lo indicado es posible concluir que las Fichas de Información de Medición de Ruido, especialmente aquellas levantadas con fecha 16 de mayo de 2018, no dieron cumplimiento al D.S N°38/2011 para realizar la corrección del Ruido de Fondo, y por ende, no pueden gozar de una presunción de veracidad.

4.3 Clasificación de la infracción

Por medio de la formulación de cargos, esta Superintendencia clasificó la infracción imputada a Constructora Novatec como grave, calificación que mi representada solicitó reevaluar en sus descargos, ya que no concurría el requisito de gravedad que exige el literal b) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA. Para clasificar la infracción como grave, se

debía acreditar la ocurrencia de un efecto adicional, como es, la generación de un riesgo significativo para la salud de la población, dispuesto en el artículo 36 N°2 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

La Resolución Exenta N°1079/2020, en su Considerando IX, modificó la calificación original de grave a leve, ya que llegó a la convicción que el riesgo identificado no constituía un riesgo significativo a la salud de la población.

V. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40

Circunstancia del Art.40	Considerando Resolución Exenta N°1079/2020	Ponderación
La importancia del daño causado o el peligro ocasionado	82 - 95	La superación de los niveles de presión sonora constatados si bien permiten acreditar un riesgo este no sería de carácter significativo.
Número de personas cuya salud pudo verse afectada	96 - 105	El número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como área de influencia es de 1573 personas.
El Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción	66 - 80	12,1 UTA
La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.	114 -120	Atendido que Constructora Novatec es considerado un sujeto calificado, esta circunstancia será ponderada como un factor de incremento.
La capacidad económica del infractor	127 - 130	Esta circunstancia no será considerada como un factor que hace necesario

		moderar el componente de afectación para la determinación de la sanción.
El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°	63	No aplica
El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.	63	No aplica
Grado de Participación	63	No aplica
Conducta anterior negativa	63	No aplica
Falta de Cooperación	64	Teniendo en consideración que Constructora Novatec no ha realizado acciones que hayan dificultado el esclarecimiento de los hechos, por tanto, esta circunstancia no será considerada como un factor de incremento.
La Importancia de la Vulneración al Sistema Jurídico de Protección Ambiental	106 - 112	La infracción cometida implicaría una vulneración de la norma de emisión de ruido establecida en el D.S N°38/2011, sin embargo, la vulneración de dicha norma se encuentra necesariamente asociada a la generación de un riesgo a la salud de las personas, donde la magnitud de la excedencia ha sido ponderada en la importancia del peligro ocasionado, que en este caso no sería significativo.
Cooperación Eficaz	121 - 124	La actuación de Constructora Novatec durante el proceso sancionatorio permite configurar la presente circunstancia para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar.

Aplicación de medidas correctivas	64	No se acreditó la implementación de acciones idóneas, efectivas, adoptadas de manera voluntaria para la corrección de los hechos constitutivos de infracción, por lo que no se configuró la presente circunstancia para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar.
Irreprochable Conducta Anterior	125 - 126	Atendido que no constan antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, será considerado como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción.
Circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de COVID-19	131 - 135	Se tuvo en consideración la capacidad de funcionamiento promedio de la empresa atendido su tamaño. De acuerdo a la categoría de tamaño económico, resulta en una disminución de la sanción a aplicar.

5.1 Número de Personas Cuya Salud Pudo Verse Afectada

El numeral 101 del Considerando X de la resolución recurrida señala *“En base a lo anterior, considerando el máximo registro obtenido desde el receptor sensible el día 16 de mayo de 2018, que corresponde a 71 dB(A) y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor más lejano en donde se constató excedencia la normativa, que es de aproximadamente 55 metro; se obtuvo un radio del AI aproximado de 236 metros de la fuente emisora.”*

De lo indicado se desprende que para determinar el radio del Área de Influencia de la fuente emisora es necesario tomar en consideración el máximo registro obtenido desde el receptor sensible, que en este caso corresponde al Receptor N°1. El máximo registro corresponde a 71 dB(A), el cual fue constatado Ficha de Información de Medición de Ruido de fecha 16 de

mayo de 2018, que tal como ya hemos indicado no dio cumplimiento al procedimiento exigido para la corrección del ruido de fondo exigido en el artículo 19 del D.S N°38/2011, ya que no midió el NPSeq en forma continua, hasta que se estabilizara la lectura, esto es, hasta que la diferencia aritmética entre dos registros consecutivos sea menor o igual a 2 dB(A), y además, no se midió el nivel de presión sonora del ruido de fondo bajo las mismas condiciones de medición a través de las cuales se obtuvieron los valores para la fuente emisora de ruido.

Al no haberse realizado correctamente la corrección del ruido de fondo, el día 16 de mayo de 2018, no es válido el registro de 71 dB(A) obtenido, y por ende no puede ser utilizado para la determinación del Área de Influencia y con ello la determinación del número de personas cuya salud pueda verse afectada con el incumplimiento detectado.

5.2 Aplicación de Medidas Correctivas

La Resolución Recurrída señala que en la presente causa no se configuró la circunstancia, de la aplicación de medidas correctivas, para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar, ya que no se acreditó la implementación de acciones idóneas, efectivas, adoptadas de manera voluntaria para la corrección de los hechos constitutivos de infracción.

Lo indicado no es efectivo, ya que tal como se indicó en nuestros descargos, Constructora Novatec implementó una serie de medidas que decían relación con la mitigación del ruido, medidas que fueron entregadas a la SMA el día 28 de agosto de 2018.

Las medidas de mitigación implementadas durante el periodo de terminaciones y obra gruesa, fueron las siguientes:

- Enfierradura pre armada desde fábrica que permite reducir los cortes realizados en obra solo necesitando realizar cortes puntuales en faena.

- Utilización de vibrador de alta frecuencia (Eléctrico), emitiendo menos ruido que uno de tipo bencinero.
- Aplicación de producto Rugasol 200 en junta de hormigón para disminuir los trabajos de picado en los muros.
- Se estableció un horario de picado de muro y preparación de fierro de 09:00 a 18:00 horas.
- Control de trabajos puntuales los días sábado, de acuerdo al Permiso Municipal.
- Biombo acústico para trabajos de corte de fierro, corte de madera, cuando son trabajos hacia el exterior.

Atendido lo anterior, se solicita considerar lo indicado como una circunstancia atenuante.

5.3 Circunstancias Extraordinarias Asociadas a la Pandemia de COVID-19

De acuerdo con el Considerando XI de la Resolución Recurrída, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, la Autoridad tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño. Se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo con la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción aplicar.

La Autoridad pondera la determinación de las sanciones de acuerdo con la categoría de tamaño económico del infractor. La Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, solo clasifica las empresas de acuerdo con su tamaño, dependiendo su número de empleados, sin embargo, la encuesta no distingue el impacto en los distintos rubros empresariales, ya que sin duda el impacto de la crisis sanitaria afectará de forma dispar a una gran empresa del área de alimentos versus como afecta a una gran empresa del área de la construcción.

De acuerdo con el “*Informe de Macroeconomía y Construcción (MACH 52)*” de la Gerencia de Estudios de la Cámara Chilena de la Construcción, los efectos rezagados de la crisis político-social de 2019 sumado al impacto económico de la crisis sanitaria, hará que la recesión esperada para el sector construcción durante 2020 sea más profunda que la prevista.

“A nivel sectorial, la menor actividad esperada de los principales sectores productivos mandantes de la construcción, debido a los efectos rezagados de la crisis político-social de 2019 y el impacto económico de la reciente crisis sanitaria, hará que la recesión esperada para el sector construcción durante 2020 sea más profunda que la prevista en el Informe MACH anterior. Al respecto, cabe destacar que las expectativas económicas de las empresas socias de la CChC anotaron su mayor caída durante marzo desde que existen registros del indicador. Particularmente, el 75% de las empresas estiman que la epidemia de coronavirus tendrá un impacto alto o muy alto en sus actividades, y casi el 90% de las empresas estima que el país entrará en recesión durante 2020 – según la encuesta de contingencia COVID-19 y la encuesta de situación crediticia de empresas socias de la CChC18. Este panorama es coherente con la paralización transitoria de más de 32 mil unidades de un total de 287 proyectos inmobiliarios que habían iniciado obra en las comunas que pertenecen a la zona de cuarentena en el cono centro oriente de Santiago. Mientras que 99 proyectos (6.793 unidades habitacionales) se encuentran sin iniciar obras o terminados.”

La Corporación de Desarrollo Tecnológico, realizó durante el mes de agosto pasado, la *Segunda Encuesta Sector Construcción: Impacto del COVID-19 y el nivel de Digitalización con que se enfrenta*, un 45% de los consultados indicó que ha experimentado una **paralización total o restricción de sus operaciones**, junto con problemas en el transporte de su personal. De este modo, se observa un aumento de 15 puntos, en comparación al sondeo pasado realizado en abril, especialmente en relación a la paralización total que, en dicha oportunidad, alcanzó un 30%.

Atendido el gran impacto que ha provocado la crisis sanitaria sobre el rubro de la construcción, se solicita tenerlo en consideración como una circunstancia atenuante.

VI. PROPORCIONALIDAD DE LA MULTA

La potestad sancionatoria de la SMA, está conformada tanto por potestades regladas, como sería el cálculo de la capacidad económica del infractor o del beneficio económico obtenido a raíz de la infracción, como por potestades discrecionales, como es la aplicación de la norma residual del literal i), del artículo 40, de la LOSMA.

Si bien el procedimiento de determinación de sanciones ambientales no constituye un mecanismo de tarifa o fórmula exacta, como lo ha sostenido el Tercer Tribunal Ambiental⁵, esto porque la SMA goza de un grado de libertad de apreciación y de decisión conferido por los artículos 38, 39 y 40 de la LOSMA, al atribuirle la potestad de determinar discrecionalmente la sanción y su monto o cuantía, tratándose de una sanción pecuniaria, dicha potestad discrecional no es totalmente amplia, ella tiene determinados límites.

La proporcionalidad de la sanción se expresa como un límite a los poderes discrecionales de la administración y una interdicción de la arbitrariedad en los asuntos que se deben tramitar y resolver.⁶ La proporcionalidad, a su turno, está vinculada a la debida motivación de los criterios, factores o circunstancias, mediante los cuales se ajusta la intensidad de la sanción a las características particulares de cada infractor.⁷

Si bien, como ya se ha indicado, la determinación de sanciones ambientales no constituye un mecanismo de fórmula exacta que permita al infractor de antemano determinar la sanción que eventualmente se le pudiese aplicar, ello tampoco significa que ante infracciones similares la multa aplicada no debiese ser relativamente similar.

⁵ Sentencia Bocamina I

⁶ Luís Cordero Vega, “Lecciones de Derecho Administrativo”

⁷ Pablo Tejada Castillo, “Discrecionalidad Administrativa en la Determinación de las Sanciones Ambientales” (Revista de Derecho Ambiental • Año VII N° 11 (Enero – Junio 2019))

Al revisar la jurisprudencia de la SMA, se puede advertir que ante infracciones con características similares a las que se le imputan a mi representada, la Autoridad ha aplicado criterios disimiles que han redundado en la aplicación de multas considerablemente menores. A modo de ejemplo se indican las siguientes:

Expediente	D-005-2018
Titular	Empresa Constructora SIGRO S.A.
Cargo	Obtención, con fecha 21 de abril de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 74 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II.
Clasificación Infracción	Leve
Número de Personas Potencialmente Afectadas	2043
Conducta anterior negativa	Si
Multa	12 UTA
Expediente	D-041-2017
Titular	Constructora Pocuro SpA
Cargo	Obtención, con fecha 26 de junio de 2015, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 64 dB(A) en el receptor N° 1 y 61 dB(A) en el receptor N° 2, en horario diurno, medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II.
Clasificación Infracción	Leve
Número de Personas Potencialmente Afectadas	194

Conducta anterior negativa	No
Multa	19

Expediente	D-053-2018
Titular	Inmobiliaria Actual Las Violetas SpA
Cargo	Obtención, con fecha 09 de agosto de 2016, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 72 dB(A), en horario diurno, en condición interna y con ventana abierta medido en receptor sensible, ubicado en Zona II
Clasificación Infracción	Leve
Número de Personas Potencialmente Afectadas	3.233
Conducta anterior negativa	No
Multa	34

Expediente	D-029-2015
Titular	RVC Inmobiliaria SpA
Cargo	La superación del nivel de presión sonora fijado para la zona III, en horario diurno, el cual corresponde a 65 dBA, resultado a partir de las mediciones realizadas los días 28 de octubre de 2014 y 29 de octubre de 2014, advirtiendo que la fuente fija emisora de ruido, se obtiene un nivel de presión sonora corregido que supera la norma de emisión en todos los receptores evaluados, los cuales

	fluctúan entre 66 dBA y 69 dBA, calculado de acuerdo al procedimiento señalado en el D.S. N° 38/2011.
Clasificación Infracción	Leve
Número de Personas Potencialmente Afectadas	221
Conducta anterior negativa	No
Multa	14

VII. PETICION CONCRETA

- a) Por las razones expuestas se absuelva a Constructora Novatec S.A. del cargo imputado, toda vez que las Fichas de Información de Medición de Ruido, que sustentan el cargo imputado, no habrían dado cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 19 del D.S. N°38/2011 para realizar la corrección del ruido de fondo.
- b) En subsidio de lo anterior, y para el caso que se estime que Constructora Novatec es igualmente responsable de la infracción, vengo en solicitar que el presente procedimiento sancionatorio se retrotraiga a la etapa de formulación de cargos, con el objeto que Constructora Novatec pueda valerse del mecanismo alternativo a la sanción administrativa como es el Programa de Cumplimiento. Mi representada se habría visto imposibilitada de presentar un Programa de Cumplimiento debido a lo informado por el Fiscal Instructor en el proceso de asistencia, previo a la presentación de los descargos. De acuerdo a lo informado en el proceso de asistencia, al encontrarse terminada la obra, desde un punto de vista temporal, no habría acción posible que permitiera asegurar el cumplimiento de la normativa ambiental infringida en el marco del PdC. Sin duda, lo informado por el Fiscal Instructor no habría sido

efectivo, de acuerdo con lo indicado en el Considerando V de la Resolución Exenta N°1079/2020, según el cual, mi representada habría decidido no presentar un Programa de Cumplimiento, pudiendo hacerlo.

Lo solicitado se justifica atendida la información contradictoria entregada a mi representada respecto de la posibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento, así como la dilación indebida e injustificada, en la formulación de cargos que se realizó una vez que la obra ya se encontraba terminada.

- c) En subsidio de todo lo anterior, se solicita tener en consideración las circunstancias atenuantes planteadas en el presente recurso, con el objeto de reducir al mínimo posible la multa impuesta.

OTROSÍ: Solicitó, conforme lo dispone el artículo 57 de la Ley 19.880, se suspendan los efectos de la Resolución Exenta N°1097/2020, durante el tiempo que dure la tramitación y resolución de la impugnación interpuesta en lo principal.