



INTERPONE RECURSO DE REPOSICIÓN

SEÑOR SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

RODRIGO SALINAS PINTO, cédula nacional de identidad N° 10.031.608-0, en representación de Flesan S.A., conforme ya fue acreditado en el proceso sancionatorio, Rol Único Tributario número 76.259.040-9 con domicilio en Avenida Apoquindo N° 6.550, Piso 10, Comuna de Las Condes, en atención a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente, en adelante LOSMA, vengo en interponer recurso de reposición respecto de la resolución exenta N°1.741 de fecha 31 de agosto, de 2020, dictada en el marco del procedimiento administrativo sancionador Rol D-157-2019, **notificada a esta parte con fecha 19 de noviembre del presente año**, mediante la cual se aplica a mi representada una multa de ciento setenta unidades tributarias anuales por supuesta infracción al artículo 35 letra h) de la LOSMA.

A continuación, nos referiremos a los antecedentes de hecho y de derecho que fundamentan el presente recurso, para concluir la existencia de vicios esenciales tanto en el procedimiento sancionatorio, como en su acto terminal, que ameritan sea dejado sin efecto el acto administrativo.

I. ANTECEDENTES GENERALES

- Con **fecha 07 de noviembre, de 2019**, fuimos notificados en oficinas comerciales de nuestra empresa ubicada en Avenida Apoquindo N° 6.550 piso 10, Comuna de las Condes, de la Resolución Exenta N°1/Rol D-157-



2019 mediante la cual se nos formuló un único cargo como titulares del proyecto *FAENA DE DEMOLICIÓN*, ejecutado en calle Ricardo Lyon N°806-812, Comuna de Providencia, Región Metropolitana.

- El cargo señalado en el acto administrativo precitado correspondió a: *El siguiente hecho, acto u omisión que constituye una infracción conforme al artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de:*

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión				
1	La obtención, con fecha 14 de diciembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregidos (NPC) de 79 dB(A) , medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II.	<p>D.S. 38/2011 MMA, Título IV, artículo 7</p> <p><i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N° 1”:</i></p> <table border="1" data-bbox="672 974 1411 1094"><thead><tr><th data-bbox="672 974 862 1031">ZONA</th><th data-bbox="862 974 1411 1031">De 7 a 21 horas [dB(A)]</th></tr></thead><tbody><tr><td data-bbox="672 1031 862 1094">II</td><td data-bbox="862 1031 1411 1094">60</td></tr></tbody></table>	ZONA	De 7 a 21 horas [dB(A)]	II	60
ZONA	De 7 a 21 horas [dB(A)]					
II	60					

- Con dicha notificación, tomamos conocimiento de la existencia de una denuncia, fiscalización, medición de ruido e informe técnico de fiscalización; todos antecedentes fundantes de la sanción que finalmente se nos pretende aplicar, la que, a esa fecha, y para nuestra sorpresa, estaba asociada a la ejecución de una obra de demolición que se encontraba totalmente finalizada a **enero de 2018**.
- Con ocasión de lo extemporáneo de la formulación de cargos, existió una imposibilidad de realizar nuevas mediciones o implementar un programa de cumplimiento en los términos del artículo 42 de la LOSMA y de la resolución exenta N° 1.270 de fecha 03 de septiembre, de 2019, que aprueba la Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento, Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, en adelante Guía PdC.



- Es por ello, que realizamos diversas consultas ante el Servicio Fiscalizador de manera de exponer la imposibilidad de ejercer nuestro derecho conforme a la normativa, respecto de lo cual recibimos orientaciones confusas y contradictorias, que cómo revisaremos en el capítulo siguiente, incluyeron indicación de medidas que no solo no cumplen de manera alguna el propósito de este tipo de programas, sino que, en los hechos, era imposible de realizar en los plazos legales.
- Lo expuesto, como revisaremos al analizar el derecho aplicable al presente caso, sumado a otros antecedentes referidos al proceso de medición, dieron origen a diversos vicios alegados por esta parte con ocasión de los descargos, que analizados en su mérito al momento de la elaboración del dictamen, ameritaban la absolución del cargo formulado.
- No obstante, con fecha 19 de noviembre, de 2020, fuimos notificados de la Resolución Exenta SMA N°1.741 de fecha 31 de agosto, de 2020, la que desestima nuestros descargos, y utilizando factores de incremento de la sanción de forma arbitraria, nos aplica una sanción de 170 UTA respecto del único cargo formulado.

II. ANTECEDENTES DE DERECHO

1. Existe infracción a los principios de celeridad, oportunidad, eficiencia y eficacia

La facultad sancionadora de esa Superintendencia se encuentra extensamente regulada en el Título III de la LOSMA, disponiendo para el caso que nos interesa en su artículo 35 letra h), que le corresponderá exclusivamente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto del *incumplimiento de las Normas de Emisión*.



El presente procedimiento sancionatorio se originó con la denuncia realizada por un particular -Señor Claudio Herrera Allende- en la Municipalidad de Providencia, Entidad que luego de realizar una fiscalización en terreno, derivó los antecedentes a la Superintendencia del Medio Ambiente.

Reviste importancia atender a los diversos hitos que se generaron con ocasión de la denuncia ya referida y su temporalidad, de manera de contrastar aquello con la etapa de ejecución de la unidad fiscalizada. A continuación graficaremos dichos hitos.



Como se podrá apreciar de un análisis de la línea de tiempo precedente, desde que la Superintendencia del Medio Ambiente informó al denunciante el registro de su denuncia e incorporación al proceso de fiscalización de dicha Entidad, y la formulación de cargos a nuestra representada, transcurrió **1 año y 11 meses**.

Es decir, se formalizó y se dio inicio al procedimiento sancionatorio pertinente, con una dilación evidente por parte de la Administración,



ocasionando la pérdida de derechos que asistían a esta parte conforme a derecho.

No obstante lo anterior, el Servicio Fiscalizador pretende traspasar las consecuencias de su tardanza a nuestra empresa, generando al efecto daños evidentes a los derechos que nos asistían.

Es indudable que los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, resultan aplicables a todas las actuaciones de la Administración del Estado, incluso aquellas gestiones previas a la iniciación formal del procedimiento administrativo sancionador y propias de la etapa de fiscalización, máxime que éstas constituirán verdaderas garantías para el administrado.

En este sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República donde en un caso en que existió retraso en el inicio del procedimiento administrativo sancionador por parte de la SMA y con ocasión de un reclamo del denunciante, sostuvo que:

(...) contrario a lo que la SMA expresa en su informe, el término de prescripción de las infracciones, establecido en el artículo 37 de la referida ley orgánica, no es la única norma que esa entidad fiscalizadora debe considerar en la problemática que le ha sido planteada, sino que, en el ejercicio de sus funciones, **se encuentra sometida a un marco jurídico que regula la actuación de los órganos de la Administración del Estado, calidad que posee esa entidad, el que contempla determinados principios y directrices a los que debe dar estricto cumplimiento.**

Es así como, la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en los artículos 3°, inciso segundo, y 8°, impone a los órganos que la integran, **el deber de observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como también la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos.**

Lo anterior, se encuentra en plena armonía con la ley N° 19.880, cuyo artículo 7° reitera el principio de celeridad de los actos de las autoridades y funcionarios públicos, para luego en el artículo 9° contemplar el principio de la economía procedimental, en el sentido de responder a la máxima economía de medios, evitando trámites dilatorios.¹

Son innumerables los casos que encontramos en nuestra jurisprudencia relacionada a los principios de celeridad, eficiencia y eficacia que debe observar la Administración del Estado, y la doctrina se encuentra constestada en su aplicación en todas las actuaciones que ella se encuentra compelida a realizar en ejercicio de sus atribuciones. Una tardanza excesiva como la que nos encontramos revisando, (...) *implica una infracción al artículo 3° inciso segundo de la ley N°18.575, que impone a los órganos de la Administración del Estado el deber de observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación e impulsión de oficio del procedimiento; demora que supone también el incumplimiento de lo preceptuado por el artículo 8° del mismo cuerpo legal, el que (...) exige a dichos órganos el actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites. Asimismo, el retardo en la tramitación del acto en examen contraviene lo previsto en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, de Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los órganos de la administración del Estado, relativo al principio de celeridad, conforme al cual las autoridades y funcionarios deben actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites pertinentes.*²

En el caso objeto del presente recurso de reposición, la tardanza de la SMA en formular los cargos es inexcusable, toda vez que el Informe Técnico de

¹ Dictamen CGR N°4.547 de 2015. Énfasis añadido.

² PALLAVICINI MAGNERE, Julio; Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, Ley N°18.575 Interpretada, Thomson Reuters, (2012) p. 35. A propósito del análisis de un dictamen de Contraloría General de la República por la dilación en enviar a Toma de Razón un decreto del Ministerio de Educación.



Fiscalización se limita a reproducir *in integrum* el Reporte técnico que contiene la Ficha de medición de ruido generada por el funcionario de la Ilustre Municipalidad de Providencia con fecha 14 de diciembre, de 2017.

El académico Cristóbal Osorio, al referirse al principio de celeridad en análisis, sostiene que se debe distinguir en *primer lugar*, el deber de impulsar de oficio la tramitación de un procedimiento administrativo, y en *segundo lugar*, el deber de evitar dilaciones indebidas en su substanciación.

Respecto de este segundo elemento, hace énfasis en su carácter de fundamental, toda vez que se debe considerar *que los ilícitos administrativos prescriben, que las pruebas o vestigios de las infracciones administrativas pueden desaparecer, la oportunidad de decretar medidas cautelares y el efecto disuasivo de la sanción administrativa.*³

La dilación expuesta, y contrariamente a lo que sostiene la SMA, dejó en indefensión a nuestra empresa, e impidió el ejercicio de derechos que la propia ley sectorial nos otorgaba, como pasaremos a revisar a continuación.

2. Imposibilidad de presentar un programa de cumplimiento

No admite duda que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración del Estado tiene un alto contenido discrecional. De esta forma, el Servicio con facultades fiscalizadoras tendrá la capacidad de discernir, conforme al principio de oportunidad, la conveniencia de iniciar un procedimiento sancionador o utilizar otros mecanismos conforme a derecho.

³ OSORIO VARGAS, Cristóbal, Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General, Segunda Edición, Thomson Reuters (2017) p.136.



Ahora bien, es precisamente por esta discrecionalidad que debe existir un alto estándar de motivación en el acto administrativo, modelo al que no es ajeno al acto de iniciación del procedimiento, en este caso, la formulación de cargos.

Este último, en su parte considerativa, se limita a enumerar algunos de los hitos señalados en nuestra línea de tiempo; ellos son: denuncia del Sr. Herrera Allende, Informe de Fiscalización Municipal, reproducción de la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido elaborada por funcionario de la Entidad Edilicia. No se advierte ninguna motivación que explique la **dilación indebida con que se llevó adelante la etapa previa a la formulación de cargos, tomando en especial consideración el tipo de trabajos de la unidad fiscalizable y su carácter acotado en el tiempo.**

Luego, no es indiferente para el caso concreto la tardanza en la ejecución de las diligencias que pudiera haber realizado la SMA para la validación del acta de fiscalización, toda vez que habiendo concluido el proyecto antes de la formulación de cargos, la presentación de un Programa de Cumplimiento pierde el objeto impuesto por la norma.

Lo anterior reviste importancia por cuanto *la regulación ambiental supedita sus instrumentos más importantes de corrección de la legalidad al inicio efectivo del procedimiento sancionador. En efecto, **la presentación de un 'programa de cumplimiento' (en adelante PdC) requiere como condición esencial la formulación de cargos por la SMA y, por ende, que se haya iniciado un procedimiento sancionatorio** (Art. 42 inciso 1º LOSMA). Este instrumento constituye la oportunidad para que el regulado elimine la desviación en el cumplimiento de la normativa ambiental, mediante un plan de acciones y metas a ejecutarse dentro de un plazo fijado por la Administración. Si la SMA aprueba el programa, el procedimiento administrativo sancionador se entiende suspendido, y si es ejecutado satisfactoriamente, se podrá término al mismo. Es una alternativa a la sanción que se funda en el interés del Estado de que el regulado ajuste su*



*conducta al cumplimiento normativo, eliminando además lo efectos que derivan del incumplimiento, de manera que su actividad se ciña a los límites y obligaciones impuestas para la protección del medio ambiente y la salud de las personas.*⁴

Por tanto, la necesidad de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador **en forma oportuna**, se encuentra ligado directamente a la posibilidad efectiva de hacer uso de importantes instrumentos de corrección de la legalidad, incorporados por la normativa ambiental. No debemos olvidar que la intervención de la Entidad Administrativa y su consecuente potestad sancionadora en estas materias, tiene incorporada una finalidad preventiva.

Tal como hicimos presente en nuestros descargos, la LOSMA contiene en sus artículos 41 al 43, herramientas pilares tendientes a incentivar el cumplimiento ambiental y que son ampliamente utilizadas. Dentro de ellas, el artículo 42 se refiere a la posibilidad de presentar un programa de cumplimiento, el que como ya enunciamos, **requiere como condición necesaria la formulación de cargos, y contrario a lo que la SMA concluye en la Resolución Exenta N°1.741, de 2020, estuvimos impedidos de presentar conforme a la normativa que los regula.** Ello en consideración a lo siguiente:

- (i) La SMA estimó (en el Considerando 31° de la resolución recurrida) que no era efectiva la falta de oportunidad de presentar un Programa de Cumplimiento, toda vez que la resolución que formula cargos, reproduce la norma que le otorga dicho derecho siendo esta debidamente notificada. Es decir, estima que por el sólo hecho de citar el artículo 42 de la LOSMA -y ampliar a su vez de oficio el plazo para la presentación de un PdC- constituye antecedente suficiente para tener por configurada la posibilidad real de su presentación.

⁴ HUNTER AMPUERO, Iván, *Legalidad y Oportunidad en el ejercicio de la Potestad Sancionadora en Materia Ambiental*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (2020) p.105. Énfasis añadido.



- (ii) En el Considerando 33° de la resolución recurrida, la SMA sostiene que pese a no realizarse reuniones presenciales de asistencia al cumplimiento, sus fiscalizadores otorgaron audiencia a un abogado con poderes suficientes para actuar en representación de Flesan S.A., donde se informó respecto a la posibilidad de realizar un PdC, **en los mismos términos planteados por correo electrónico de fecha 15 de noviembre de 2019 dirigido a Eugenia Ubilla, Jefa del Área de Medio Ambiente de nuestra empresa**; afirmación que no es efectiva, toda vez que en dicha reunión presencial únicamente se indicó la dificultad de presentar un PdC idóneo, que pudiera ser aceptado por dicha Entidad, atendido que frente al hecho de que la obra y fuente emisora ya no existía, no se podría cumplir el propósito de este instrumento.

Es decir, las orientaciones entregadas por el Organismo Técnico, obligado a prestar asistencia en esta materia conforme al artículo 3 letra u) de la LOSMA, fueron contradictorias. Asimismo, la opción propuesta mediante correo electrónico de fecha **15 de noviembre de 2019**, era imposible de cumplir por los motivos que serán expuestos a continuación.

- (iii) Mediante correo electrónico de fecha 15 de noviembre de 2019, la abogada Carolina Carmona de la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA, señaló:

(...) le comento que los criterios para la aprobación de un Programa de Cumplimiento son aquellos que señala el artículo 9 del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Estos son: **integridad, eficacia y verificabilidad**. Integridad, en el sentido que las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y sus efectos. Eficacia, en tanto las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción. Finalmente,



verificabilidad, en el sentido de que las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento. Es más, el mismo artículo 9 establece que el Programa de Cumplimiento deberá ser rechazado cuando el infractor intente eludir su responsabilidad a través de él, intente aprovecharse de su infracción o sea manifiestamente dilatorio.

En relación a su pregunta, tratándose de una infracción a la norma de emisión de ruidos, **el Programa debe considerar como acción final la realización de una medición de ruidos con una ETFA, debiendo cumplir dicho monitoreo con el límite establecido en el D.S.MMA N° 38/2011.** Ahora bien, habida consideración que según lo informado, la faena de demolición terminó hace más de 18 meses, **si de todas maneras desea presentar Programa de Cumplimiento, una opción sería solicitar a alguna ETFA una proyección de los niveles de ruido en base a la norma ISO 9613-1, considerando los criterios técnicos aplicables sobre la memoria de cálculo, instruidos mediante la Res. Ex. N° 128/2019 de esta Superintendencia.**⁵

Cómo se podrá fácilmente concluir, la alternativa propuesta como *posible opción*, no cumple los criterios mínimos para aprobación de la medida, ni mucho menos el estándar y propósito que tiene este tipo de instrumentos conforme a la Guía PdC emitida por esa Superintendencia. Aún más, era imposible de desarrollar antes del vencimiento del plazo para entrega de un PdC conforme a la resolución que formuló los cargos, toda vez que como bien sabe esa Superintendencia, existen formalidades asociadas a este tipo de informes, dentro de las cuales está la notificación a ese propio organismo, lo que imposibilitaba haber obtenido una medición informada al 25 de noviembre de 2019, fecha límite para la presentación de un PdC.

⁵ Énfasis añadido



- (iv) La Guía para la presentación de un Programa de Cumplimiento referida a las Normas de Emisión de Ruidos aprobada por Resolución SMA N°1.270 de fecha 03 de septiembre, de 2019, señala que un PdC *deberá considerar como acción final realizar una medición de ruidos con una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA) y dicho monitoreo deberá cumplir con el límite establecido en el DS N°38/2011.*

El mismo documento técnico, en su capítulo 2., se refiere a las medidas de mitigación que se considerarán idóneas destacando al efecto; aislamiento de ventanas mediante termopanel, inclusión de material de absorción acústica, instalación de pantalla acústica, instalación de limitador acústico, encierro acústico, instalación de puerta acústica, instalación de silenciadores de ruido, realizar el cambio de la actividad productiva.

Cómo se podrá apreciar, ninguna de estas medidas -u otras de similares características y finalidad- podrían haber sido ofrecidas por esta parte una vez que las obras de demolición han concluido. Asimismo, la citada guía excluye todo tipo de medida de gestión, que eran las única a la que esta parte podía acceder por no existir la unidad fiscalizable.

En consecuencia, no es efectivo que la SMA hubiera dado cumplimiento al mandato contenido en el literal u) del artículo 3° de la LOSMA, conclusión que se verá reforzada a lo largo de este recurso cuándo nos refiramos a los inconvenientes que produjo el hecho de que la obra fiscalizada hubiera finalizado antes de la formulación de cargos.

Constituye un hecho indubitado que existió una dilación no imputable a Flesan S.A. en la instrucción del procedimiento sancionatorio, que afectó en forma directa los derechos que nos asistían, y que se tradujo en la imposibilidad de proponer un plan de metas y acciones para dar cumplimiento satisfactorio a la normativa de carácter ambiental.



3. Vulneración del principio de contradictoriedad probatoria

En relación a este acápite, cuyos argumentos presentados en nuestros descargos se dan por enteramente reproducidos, resulta necesario realizar algunas precisiones en razón de los argumentos presentados por la SMA al momento de desestimar nuestros fundamentos.

Al respecto, queremos hacer presente que compartimos a cabalidad los elementos que la SMA entiende configuran un debido proceso, al recordarnos en el Considerando 41° la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el que sostiene que existen exigencias básicas que caracterizan el mismo, (...) *la formulación de cargos, su notificación al inculpado, así como una oportunidad efectiva para que éste pueda ejercer el derecho a defensa, incluida la posibilidad de allegar y **producir prueba**, así como impugnar lo resuelto en sede jurisdiccional.*⁶

En el presente caso la SMA estimó (Considerando 42°) que en el procedimiento sancionatorio se dieron todos los elementos señalados, toda vez que fuimos notificados personalmente de los cargos, lo cual materializa la bilateralidad de la audiencia; por cuanto presentamos efectivamente nuestros descargos y finalmente por el hecho de que aportamos medios documentales tendientes a acreditar nuestras alegaciones.

Lo cierto es que de no haber presentado nuestros descargos en tiempo y forma, ello hubiera tenido un efecto aún más gravoso para nosotros. No obstante ello, de la lectura de los mismos, y del análisis de la parte considerativa del propio acto recurrido, fácilmente se desprende que **no existió posibilidad alguna de producir prueba para esta parte** por lo motivos latamente expuestos; razón por la cual todas nuestras eventuales medidas de mitigación decían relación

⁶ Énfasis añadido.



con la ejecución de labores de demolición ejecutadas por nuestra empresa, pero no en específico para la unidad fiscalizada, la que no existe.

No es posible concluir que el debido proceso se cumple a cabalidad con un mero análisis de la existencia de las instancias procesales, sin examinar los obstáculos que se generaron por la tardanza de las actuaciones de la Entidad Fiscalizadora, lo que nos produjo una situación de indefensión manifiesta.

Nuestras defensas fueron rechazadas no reconociendo de manera alguna la imposibilidad de haber podido adoptar una actitud diversa frente a un entorpecimiento generado por la propia Administración.

En consecuencia, nuestra empresa fue sancionada teniendo por antecedente una **única prueba**, respecto de la cual, existen errores metodológicos que impiden constituya un elemento suficiente para destruir la presunción de inocencia, y de la que nos vimos imposibilitados de presentar otros medios probatorios de cargo.

4. El acta de inspección y reporte técnico, único elemento fundante de la sanción administrativa, adolece de vicios esenciales

El informe técnico fundante de la sanción aplicada, adolece de vicios esenciales; así también, la medición realizada el día de la fiscalización, adolece de errores metodológicos que impiden tener por acreditada la infracción.

El Segundo Tribunal Ambiental, ha sostenido que (...) *la LOSMA le entrega a la SMA la facultad de ordenar la realización de las pericias e inspecciones que estime pertinentes. Atendido lo anterior, es necesario recalcar que **dicho organismo cuenta con un estándar de diligencia elevado en cuanto a la apreciación del mérito de la prueba contenida en el expediente, no pudiendo convertirse en un mero intermediario de los antecedentes y***



datos técnicos proporcionados por otros organismos del Estado, respecto del eventual incumplimiento de normas de emisión.⁷

Al respecto, es útil señalar que fueron expuestos por esta parte errores metodológicos en la medición efectuada por el funcionario de la Ilustre Municipalidad de Providencia con ocasión de la fiscalización; que no obstante aparecer de manifiesto en el acta de inspección y sus antecedentes, fueron inobservados por la SMA.

En *primer lugar*, el acta respectiva indica que el denunciante no se encontraba en el domicilio el día de la actividad inspectiva, por lo que la medición del ruido debió efectuarse en *el patio del edificio*, sin indicación si este correspondía a un patio interior o exterior. Asimismo, no se deja constancia de hechos tales como el estado de la obra y condiciones del entorno, ambos elementos que deben ser parte del informe técnico conforme a las instrucciones que la SMA ha emitido con ocasión de instruir el uso de este instrumento.

En *segundo lugar*, es preciso advertir que de los antecedentes, se identifica que para la medición de ruido de fondo **no se consideró la ausencia de la fuente sonora que se pretende medir**, ya que las actividades seguían ejecutándose en la obra, lo que tampoco quedó consignado en el Acta en análisis.

Conforme al artículo 6º número 22 del DS del Ministerio de Medio Ambiente Nº 38/2011, que Establece Norma de Emisión de Ruidos, el Ruido de Fondo es *aquel ruido que está presente en el mismo lugar y momento de medición de la fuente que se desea evaluar, en ausencia de ésta. Éste corresponderá al valor obtenido bajo el procedimiento establecido en la presente norma.*

⁷ Sentencia de fecha 07 de mayo de 2020 del Segundo Tribunal Ambiental, Rol Nº213-2019, Considerando Quincuagésimo Cuarto. Énfasis añadido



En consecuencia, la ausencia de la fuente sonora y el hecho de dejar consignado en el acta el que la fuente emisora se encontrara apagada, **constituyen elementos esenciales**. Es preciso señalar que conforme a la fecha de la inspección y la carta gantt, la empresa se encontraba en plenas actividades.

Lo anterior constituye un vicio esencial que no podría sino ser advertido por la SMA cuando revisó los antecedentes de fiscalización remitidos por la Ilustre Municipalidad de Providencia, y **constituye un error metodológico del proceso de medición**, toda vez que durante el horario de medición de ruido de fondo, nuestra empresa se encontraba desarrollando operaciones normales y cotidianas de la obra, por lo que no se realizó una medición del ruido de fondo conforme a la definición de la LOSMA; todo lo contrario, se realizó una medición cuyos resultados pueden encontrarse alterados por la circunstancia descrita, siendo en consecuencia inválida.

Este vicio no puede entenderse subsanado por el hecho de que el fiscalizador marcara la casilla “NO” cuando se consulta si el Ruido de fondo afecta la medición, ya que es precisamente la determinación de esta variable la que adolece de vicios en su medición. Si hubiera estimado dicha afectación no se producía de manera irrefutable, no hubiera procedido a su medición. No sólo la realizó, sino que además esta arrojó resultados que exceden la norma de emisión.

No resulta comprensible que esa SMA sostenga en el Considerando 53° de la resolución recurrida que (...) *en ninguna parte el D.S. N° 38/2011 del MMA señala que al momento de efectuar la medición del NPC será necesario apagar la fuente generadora de ruido para medir el ruido de fondo, toda vez que la misma norma de emisión establece en su artículo 18 el procedimiento para la evaluación y obtención del NPC, en tanto que el artículo 19 de la misma establece el procedimiento a seguir para realizar corrección de ruido de fondo, en el supuesto que este último afecta significativamente las mediciones. Sobre este punto, la Ficha de Medición de Niveles de Ruido, contenida en el Reporte Técnico del D.S.*



Nº 38/2011 del MMA, que consta en expediente Rol D-157-2019, señala, a propósito del Registro de Ruido de Fondo, que éste no afecta la medición efectuada con fecha 14 de diciembre de 2017, a las 11:20.

Efectivamente el artículo 18 del DS MMA Nº38/2011 señala el procedimiento que se debe seguir para medir el ruido de fondo, donde expresamente el literal a) dispone que *se deberá 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*; pero no debemos realizar una interpretación antojadiza ni descontextualizada, cuando se trata de la misma normativa la que en su Título III define qué debe entenderse por ruido de fondo **para efectos de los dispuesto es esa norma, y lo fija como aquel que excluye la fuente a evaluar al momento de la medición.**

Conforme a lo expuesto, se encuentra acreditado un error metodológico en el proceso de medición, en que el ruido de fondo pudo verse alterado o contaminado por las actividades que se estaban realizando, siendo en consecuencia la medición realizada inválida según los criterios establecidos por la propia normativa aplicable.

En consecuencia, la medición del ruido de fondo no se realizó conforme a derecho. No se dispone para los efectos de la fiscalización en el caso concreto de un valor que permita concluir si existe o no una afectación y si resulta necesario realizar alguna corrección, encontrándose el proceso viciado.

Nuestra empresa presentó un informe técnico con datos sobre los niveles de ruido obtenidos por la Estación 3 de la Red de Monitoreo de Ruido Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente; ubicada a 200 metros lineales del lugar donde se ejecutó la demolición, y del domicilio del denunciante.



Dicho estudio arrojó que las mediciones de ruido del sector presentaron datos superiores a los que exige la norma para las Zonas II, todo ello en horario diurno, similar al de la medición con ocasión de la fiscalización. De esta forma, 99,86% de los datos superó los 60db.

Es decir, las mediciones de ruido del sector ubicado en la comuna de Providencia, y en un sector cercano al fiscalizado, presentan datos superiores a los que exige la norma para las zonas II, incluso mayores a 80db; todos ellos en horario diurno. En consecuencia, es posible sostener que el ruido base del entorno resultaba una variable importante de medir.

Luego, esa SMA desechó nuestras alegaciones, por cuanto sostiene que las mediciones realizadas por la citada Estación son obtenidas mediante sonómetros de medición continua que a juicio de esa Entidad Fiscalizadora no permite desvirtuar mediciones realizadas conforme a instrumental calibrado al momento de una medición puntual con ocasión de la fiscalización, ni son válidos para determinar ruido de fondo; sin embargo, lo que en la especie ocurre, es que nos ha puesto en posición de tener que probar variables, sin existir medio de prueba alguno que esta parte pudiera haber aportado, toda vez que la unidad fiscalizable, como ya hemos señalado, habría terminado la ejecución de los trabajos en enero de 2018, desapareciendo en consecuencia la fuente emisora, motivo por los cuales los vicios metodológicos en la medición son insubsanables.

Luego, llama la atención que en la propia ficha de información de medición de ruido, asociada al expediente de fiscalización ambiental, se aprecia que la medición de ruido de fondo se obtuvo de dos mediciones realizadas a las 11:20, superando ambas el límite diurno de la Zona II. No obstante ello, y de manera inexplicable, el funcionario a cargo de la fiscalización indicó que el ruido de fondo no afecta la medición.



No solo los datos de la propia medición por él realizada refutan sus conclusiones, sino que se debe tener en especial consideración que el lugar de medición se encuentra próximo a dos avenidas de importancia y de alto flujo vehicular, lo que no podría sino generar niveles de ruido de envergadura como lo acreditan los datos obtenidos de la ya mencionada Estación 3 Pedro de Valdivia. En consecuencia, y en atención a los elementos ya referidos, la medición del ruido de fondo conforme al DS MMA N°38/2011, y la debida corrección, constituía una obligación, la que no fue debidamente cumplida.

Dicha inconsistencia, sumada a la errónea medición del ruido de fondo es de la mayor relevancia, toda vez que el acta de fiscalización e informe técnico, constituye el **único medio probatorio** por el cual se sanciona a FLESAN S.A.. Existen en consecuencia vicios esenciales en los antecedentes técnicos que constituyen único fundamento de la sanción que se nos pretende aplicar.

Conforme a ello, no cabe sino concluir que correspondía absolvernos del cargo, toda vez que constituyen pruebas insuficientes, respecto de las cuales no fue posible para esta parte presentar prueba en contrario.

Siendo que el acta de fiscalización constituye un medio probatorio **eminente y controvertible por el afectado**, se convirtió en el presente caso en un instrumento en los hechos *irrefutable*, en una verdadera presunción de derecho, lo que excede el valor probatorio que quiso entregarle el legislador.

Contrario a lo que concluye esa SMA en el Considerando 73° de la resolución recurrida, es posible concluir que:

- a) La actividad de fiscalización fue realizada por un funcionario municipal conforme a su facultad colaborativa en materias de fiscalización y cumplimiento de normativa medio ambiental.



- b) No se aplicó correctamente la metodología de medición establecida en el DS N°38/2011 de MMA
- c) La validación efetuada por la SMA -la que tardó mas de 8 meses hasta la emisión del informe técnico pertinente, y 11 meses hasta la formulación de cargos- inobservó los vicios en el procedimiento aplicado.
- d) Los vicios del procedimiento y la dilación indebida en el inicio del mismo, generaron la imposibilidad de controvertir o desvirtuar los hechos, por no existir la unidad fiscalizable y en consecuencia la fuente emisora.

Lo anterior, nos posiciona en una situación desmejorada respecto de otras unidades fiscalizadas, que en igual condición que la nuestra no le han sido vulneradas sus garantías. El prodecimiento incoado por la SMA y el tratamiento irregular generado por la dilación ya asentada, **fue llevado en forma arbitraria, afectando derechos que tienen protección constitucional como la igualdad ante la ley.**

Conforme a lo expuesto, no cabe sino concluir que correspondía absolver a Flesan S.A. de los cargos formulados por supuestamente infringir la norma de emisión de ruidos, motivo por el cual solicito tener por interpuesto el presente recurso de respocisión en contra de la resolución exenta SMA N°1.741 de fecha 31 de agosto, de 2020, y se deje sin efecto la multa aplicada a mi representada.

Para el improbable caso que nuestras pretensiones fundamentadas hasta este punto, no sean acogidas, solicito a usted que se rebaje prudencialmente la multa, en atención a los fundamentos que exponaremos en el capítulo III del presente recurso.



III. SOBRE LA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

Como cuestión previa, queremos precisar en *primer lugar* la duración de la emisión de ruidos generada con ocasión de la obras de demolición

Tal como hubiéramos señalado en nuestros descargos, y como se puede apreciar de un análisis de la carta gantt aportada, la obra de demolición propiamente tal se ejecutó en un plazo muy acotado y reducido en el tiempo, entre **el 1 de diciembre de 2017 y 13 de enero de 2018**; y no entre los días 01 de noviembre de 2017 y 29 de enero de 2018 como lo señala la SMA en el considerando 61°.

Con fecha 01 de noviembre se ejecutó la desmantelación y cierre perimetral, en tanto en forma posterior al 13 de enero de 2018, se realizó el retiro de escombros, aseo, limpieza final y entrega.

En *segundo lugar*, queremos reiterar a efectos de que sea una circunstancia a considerar en el caso que se estime resulta pertinente aplicar una sanción a nuestra empresa, que el proyecto de demolición se ubicaba en una zona urbana con altos niveles de ruido conforme a la información de la Red Pública de Monitoreo de Ruido Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente, registrándose en la Estación Pedro de Valdivia niveles de presión sonora en horario diurno entre 70 y 80 db; por lo que de estimar correcta la medición realizada con ocasión de la fiscalización -aún sin aplicar la corrección que en derecho resultaría procedente- es dable concluir que no se produce un aumento significativo respecto de la situación base del área de influencia.

En consecuencia, previo a la ejecución del proyecto, el riesgo en la salud de la población ya existía, sin ser atribuible completamente a esta parte. Por ello, lo que debía realizar la entidad fiscalizadora, es evaluar si existió aumento de



ese riesgo preexistente, para luego determinar su magnitud y duración, análisis que en el caso concreto no se realizó.

En *tercer lugar*, queremos contextualizar la conclusión a la que llega la Entidad Fiscalizadora en el Considerando 89º, al señalar respecto de las *medidas correctivas que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, en este caso, la adopción de medidas de mitigación de ruidos*. En efecto, cabe señalar que si bien el titular, en su escrito de descargos, señala un listado con medidas que a su juicio serían de carácter mitigatorias. Según se podrá apreciar en el presente Capítulo, se trata de medidas de gestión, que en todo caso, no configuran la circunstancia en comento debido a que **ninguna de ellas ha sido ejecutada, ni tienen relación alguna con la unidad fiscalizable objeto del procedimiento sancionatorio en curso.**⁸

Cabe preguntarse, ¿Qué acciones idóneas y efectivas podríamos haber adoptado, distintas a medidas de gestión, si la unidad fiscalizable ya no existía?

Precisado los tres puntos anteriores, corresponde analizar las circunstancias que la SMA tuvo por configuradas, ya sea como agravantes o atenuantes, para determinar la sanción a aplicar.

1. No hubo intencionalidad en los términos de la letra d) del artículo 40

En relación a la ponderación de este factor, queremos reiterar que en nuestra actividad hemos dado cabal cumplimiento a las normas sectoriales que resultan

⁸ Énfasis añadido



aplicables a la actividad y nos encontramos evaluando en forma constante posibles mejoras para el desarrollo de la misma.

Para el caso de las demoliciones, hemos procurado adquirir elementos que permiten que las maquinarias realicen las operaciones necesarias con el menor impacto posible en la población, por lo que realizamos demoliciones desde la cota cero con cizalla. A su vez cada vez que la obra lo permite, se considera el distanciamiento entre la fuente y el receptor.

Asimismo, se mantienen disponibles diversos canales de denuncia. Lamentablemente, para el caso objeto del presente procedimiento sancionatorio, no tuvimos conocimiento durante la ejecución de las faenas del reclamo del denunciante. Tampoco obtuvimos denuncias de la comunidad.

De haber tenido un conocimiento temprano, se hubieran podido evaluar y adoptar medidas adicionales y efectuar mediciones en el receptor de manera de determinar el real efecto que hubiera podido atribuirse al proyecto.

En efecto, conocemos el DS MMA N°38/2011; sin embargo, bajo su razonamiento, cada vez que se detecte una superación a la norma de emisión, y otorgando valor probatorio absoluto a las actas de fiscalización -en este caso una presunción que no admitió prueba en contrario- se entenderá configurada la intencionalidad en empresas que tienen por giro el desarrollo de la actividad.

Es por lo anterior, que solicitamos a esa Superintendencia, eliminar el factor intencionalidad de la infracción para los efectos de incrementar el monto de la sanción, y en consecuencia se aplique la disminución que corresponda conforme a derecho.



2. No existió falta de cooperación en los términos expuestos por los C.148 a 151 de la resolución recurrida

Esa Superintendencia estimó que hubo falta de cooperación por considerar que obstaculizamos el desarrollo de una diligencia de notificación, toda vez que en el escrito de descargos habríamos señalado por domicilio Francisco Meneses N°1.980, Comuna de Ñuñoa, Ciudad de Santiago.

Es del caso hacer presente que FLESAN S.A. mantiene dependencias operativas en el domicilio de la comuna de Ñuñoa, tales como bodegas, por lo que a diario se firma documentación con dicha dirección, sin tener por pretensión entregar información contradictoria ni falsa. En consecuencia, se trató de un error excusable, que no admite se tengan por configurados los supuestos necesarios para aumentar el monto de la sanción a aplicar.

El reproche realizado con ocasión de este error, totalmente involuntario y carente de pretensiones dilatorias, inviste nuestra actuación de un valor eminentemente subjetivo, como es el obstaculizar una diligencia.

Como su propia resolución sancionatoria destaca en el acápite b.3.1, ha existido una cooperación eficaz en el procedimiento tan pronto tuvimos conocimiento de la existencia del mismo. Esta parte ha mantenido comunicación con el Servicio por casilla electrónica luego de la formulación de cargos, siendo este el primer acto administrativo que nos fue notificado, precisamente en dependencias de la Comuna de Las Condes.

Por otro lado, el domicilio comercial de esta empresa es de fácil obtención a través de plataformas digitales, disponible en el pie de firma del correo electrónico de los profesionales de nuestra empresa que se comunicaron con funcionarios de esa SMA, y finalmente conocido por ese Servicio que ya nos había notificado actos previos.



Cabe preguntarse si existió la referida obstaculización, y si se produjo una tardanza en practicar la diligencia y en consecuencia en el curso del procedimiento sancionador.

Como latamente expone al inicio la resolución recurrida, con fecha **13 de noviembre de 2019**, la Superintendencia resolvió tener por presentados los descargos de nuestra empresa mediante resolución exenta N° 2/Rol 157-2019. Dicho acto administrativo fue enviado a notificar mediante carta certificada, recepcionada por oficina de Correos de Chile con fecha **09 de enero de 2020**. Luego, y atendido que el Servicio detectó un error de transcripción en el acto administrativo, dictó una resolución rectificatoria, corrigiendo a su vez el domicilio, dictando al efeto la Resolución Exenta N° 3/Rol 157-2019, de fecha **10 de enero de 2020**, la que fue notificada con fecha **14 de enero de 2020** en nuestro domicilio comercial.

En consecuencia, y considerando que la resolución que nos sanciona es de fecha 31 de agosto de 2020, debiendo el servicio efectuar una rectificación de oficio por errores de transcripción en su acto primitivo el que sólo tenía por objetivo tener por presentados los descargos; no se advierte de qué manera esta parte ha obstaculizado el desarrollo de diligencias, que como se observa, en nada afectaron el desarrollo del procedimiento sancionatorio.

Es por lo anterior, que solicitamos a esa Superintendencia, eliminar el factor falta de cooperación para los efectos de aumentar el monto de la sanción, y en consecuencia se aplique la disminución que corresponda conforme a derecho.

IV. LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE PRETENDE APLICAR, RESULTA DESPROPORCIONADA



Finalmente, y como hemos dejado establecido en el presente recurso, es preciso señalar que los vicios del procedimiento sancionatorio aun desde etapas previas a su instrucción, la inexistencia de la fuente emisora o unidad fiscalizable a la fecha de formulación de cargos, y el valor probatorio **único** y **absoluto** que se le otorga al acta de fiscalización y sus elementos fundantes pese a sus vicios manifiestos, permiten concluir que nos encontramos frente a un acto administrativo sancionatorio que carece de la motivación y razonabilidad necesaria.

No fueron consideradas nuestras alegaciones en forma racional y conforme a derecho. Recordemos que nos vimos imposibilitados de producir prueba, siendo los hechos ponderados por la autoridad en base a un documento que debió apreciarse de acuerdo al artículo 51 de la LOSMA; esto es, conforme a las **reglas de la sana crítica**.

Este sistema de apreciación de la prueba contenido en la normativa aplicable, impone precisamente un deber de motivación y fundamentación mayor, en donde a lo menos la autoridad deberá adecuarse a reglas de la lógica. Pues dicho estándar fue inobservado, desatendiendo las características especiales de la unidad fiscalizable y su ubicación, circunstancia que como bien hemos dejado establecido no fue considerada en absoluto, desconociendo la importancia de medir el ruido de fondo en una zona de alto tránsito vehicular y con niveles de ruido base conocidos por la propia autoridad que superan lo establecido por la norma de emisión de ruidos.

No admite duda que las conductas infraccionales deben ser castigadas conforme a su gravedad; por ello la proporcionalidad es un principio general del derecho, el cual se encuentra reconocido a nivel constitucional gracias a la interpretación armónica de diversos preceptos. Estos son, el artículo 1º, inciso quinto, artículos 6º y 7º, 19 N°s 2, 3, 20 y 26.



De esta forma, la proporcionalidad constituye **una limitación a la actuación de la Administración del Estado.**

El profesor Nicolás Enteiche, ha estudiado latamente el problema de la proporcionalidad en las sanciones administrativas, características que reviste la multa que se nos pretende aplicar en este caso; y a este respecto ha señalado:

(...) el fundamento normativo de la proporcionalidad es la racionalidad, en virtud de la cual es perentorio que las decisiones administrativas **tengan motivos, las que deben -y es aquí donde entra en juego la proporcionalidad- adecuarse a sus decisiones.**

El sustento normativo de la racionalidad se encuentra, sustancialmente, en algunos preceptos constitucionales que compelen a todo órgano administrativo a: no realizar diferencias arbitrarias -artículo 19 N° 2 de la CPR-; materializar el bien común, repetando plenamente el derecho de las personas a las que se dirige -artículo 1°, inciso cuarto de la Constitución-; y a dar lugar a la publicidad, en cuanto al fundamento y procedimiento de sus actos y resoluciones -artículo 8° de la CPR-.

Es por lo antes expuesto que, en la actividad administrativa, **la racionalidad se relaciona con la proporcionalidad, pues una decisión razonable conlleva que ésta -el medio- y su fundamento se adecuen a las concretas necesidades públicas que se satisfacen por su intermedio** -la finalidad- . merced a lo anterior es que, en el Derecho Administrativo chileno, **una decisión será irracional en caso que carezca de fundamentos, o bien estos sean erróneos -inexistentes o impertinentes- o desproporcionados.**⁹

En consecuencia, la sanción adoptada constituye una **medida exagerada, arbitraria y desproporcional**, ello por cuanto:

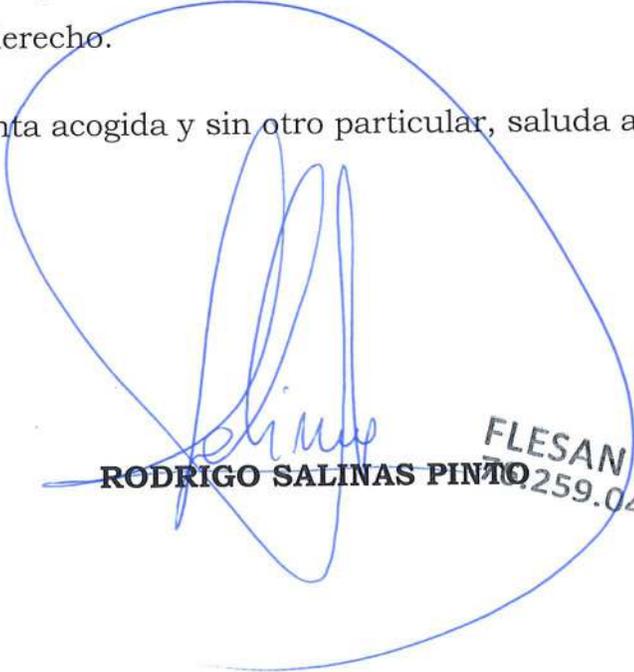
⁹ ENTEICHE ROSALES, Nicolás, Las sanciones administrativas, el problema de la proporcionalidad; Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, p. 30-31. Énfasis añadido.



- No existe razonamiento alguno ni fundamentos que amparen su aplicación, toda vez que esta se sustenta en un único medio probatorio de cargo, el cual adolece de vicios metodológicos esenciales que se traspasan al Procedimiento Administrativo Sancionador.
- Se realizó una errónea aplicación del derecho de acuerdo a lo latamente expuesto en el presente recurso.
- Fueron considerados erroneamente factores para el aumento del monto de la sanción, desestimando por otro lado factores de disminución que resultaban aplicables.

POR TANTO, y en virtud de todos los argumentos de hecho y de derecho expuestos, y conformidad al artículo 55 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, solicito se tenga por interpuesto el presente recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta SMA N°1.741 de 2020, en tiempo y forma, acogerlo, y se deje sin efecto la multa que se pretende aplicar a esta parte. En subsidio, solicitamos se rebaje el monto de la sanción conforme a derecho.

Esperando su atenta acogida y sin otro particular, saluda atentamente



RODRIGO SALINAS PINTO

FLESAN S.A.
259.040-9