

MAT. :EN LO PRINCIPAL: Deduce Recurso de Reposición en contra de RE N° 2290; **EN EL PRIMER APARTADO:** Acompaña Documentos; **EN EL SEGUNDO APARTADO:** Solicita Apertura de Término Probatorio y Citación de Testigos; **EN EL TERCER APARTADO:** Solicita Copia de Documento que Indica; **EN EL CUARTO APARTADO:** Acredita Personería.

ANT. : Resolución Exenta N° 2290 de 26 de diciembre de 2022.

REF. : *Procedimiento Sancionatorio ROL D-025-2021.*

Santiago, jueves 5 de enero de 2023

Sra. Marie Claude Plummer Bodin
Superintendente
Superintendencia de Medio Ambiente
PRESENTE.-

De mi consideración,

DARIO OVALLE IRARRÁZVAL, chileno, casado, ingeniero, Cédula de Identidad N° 6.372.941-8, en representación de **ALMAHUE DON CARLOS S.A.**, R.U.T. 76.116.229-2, ambos con domicilio para estos efectos en Avenida Apoquindo, número 3.500, piso 3, comuna de Las Condes, región Metropolitana, en **Procedimiento Administrativo Sancionatorio seguido bajo el ROL D-025-2021**, a Ud. con respeto digo:

Que, encontrándome dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Medio Ambiente (o "LOSMA) en relación con el artículo 59 de la Ley 19.880 y de lo dispuesto en el Resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 2290, vengo en deducir recurso de reposición administrativo en

contra de la Resolución Exenta N° 2290 (o “Resolución Condenatoria” o “Resolución Impugnada”) dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente (o “SMA”) con fecha 26 de diciembre de 2022, y que nos fuera notificada por correo electrónico el miércoles 28 de diciembre de 2022, solicitando a Ud. dejarla sin efecto y, consecuencialmente, pronunciarse de conformidad con las peticiones concretas que más adelante se realizan.

I. LOS HECHOS:

1. Para efectos de sencillez y economía de la presentación, damos por replicados los hechos descritos en la resolución impugnada, a los que agregamos los siguientes hechos y aclaraciones.

2. Una primera cuestión relevante que vale la pena aclarar, es que el procedimiento en cuestión no sólo tuvo como acción pre procedimental la medida provisional seguida en MP-001-2021, e iniciada mediante Resolución Exenta N° 14 (o “RE 14”) de 6 de enero de 2021, sino que existió un procedimiento de fiscalización previo iniciado a través de **Ordinario N° 432 de 14 de febrero de 2020**, emitido por doña Mirella Marin Marin de la Superintendencia de Medio Ambiente, el cual se acompaña en el primer apartado.

3. En efecto, mediante dicho Ordinario, que tuvo como **origen la denuncia presentada por doña Loreto Escobar González el 26 de diciembre de 2019**, se informó que *“...esta Superintendencia ha recepcionado una denuncia por ruidos molestos generados por taladros, golpes de fierro, maquinaria pesada trabajando continuamente además de gritos de los trabajadores de la construcción del proyecto inmobiliario “Espacio Lenz” ubicado en calle Rodolfo Lenz N° 500, comuna de Ñuñoa, región Metropolitana...”*. A continuación, se concluía y señalaba que *“... se recomienda Ud. la adopción de medidas correctivas o de mitigación del ruido producido por la fuente generadora ya indicada. En caso de realizar alguna gestión en la materia, se sugiere informar los cambios efectuados mediante una carta conductora acompañada de cualquier medio que acredite las acciones ejecutadas...”*

4. Pues bien, frente a ello, **Constructora Almahue S.A., RUT: 76.116.237-3, única titular de la fuente emisora consistente en la construcción de Edificio Lenz 500** (de lo que se da cuenta en facturas que se acompañan en el primer apartado y otros

documentos ya aportados al proceso), respondió el Ordinario 432 de manera formal mediante **carta respuesta de fecha 27 de marzo de 2020**, la que fue entregada por correo electrónico a la SMA, quien acusó recibo ese mismo día. Se acompaña en el primer apartado copia de la carta respuesta así como del acuse de recibo.

5. Mediante la mencionada carta respuesta de 27 de marzo de 2020, la Constructora ya informaba de la **implementación voluntaria de una serie de medidas de mitigación de ruido**, consistentes en:

- a. En todos los muros medianeros se realizó **cierre acústico de 5 mts de altura**, conformado por placa osb, lana mineral, cubierta por polietileno y malla bizcocho. El cierre de frente de obra tiene una altura de 7 metros y está conformado por perfiles de 100x100 de 3m, cubierto con latón galvanizado, acompañándose fotografías fechadas que dan cuenta del lugar de la fuente emisora.
- b. **Cierre acústico en bomba de hormigón de estructura metálica**, compuesta en su interior por lana mineral cubierta de polietileno y malla bizcocho, acompañándose fotografías fechadas que dan cuenta del lugar de la fuente emisora.
- c. Para los trabajos de corte y picado se implementaron **pantallas acústicas móviles**, acompañándose fotografías fechadas que dan cuenta del lugar de la fuente emisora.
- d. Además, se dio cuenta de **charlas de capacitación a los trabajadores** sobre "Conducta de los trabajadores frente al ruido en obra" y "Comportamiento y lenguaje correcto en obra", acompañándose los respectivos registros.
- e. Se informó también de lo dispuesto en el art. 7 de la Ordenanza N° 9 de la Ilustre Municipalidad de Ñuñoa, y **del acuerdo existente con los vecinos de la comunidad** de que trabajos con herramientas y máquinas que generen ruido se realizan entre las 10 am y las 6 pm de lunes a viernes. De dicho acuerdo se dará cuenta a través de la declaración de testigos que se solicita en el segundo apartado.
- f. Por último, se informó que la obra Rodolfo Lenz estaba siendo asesorada en materia de ruido por el Sr. **Julio Figueroa Jaluff** de la empresa

Acustika Ltda, de lo que se da cuenta en informe de fecha 19 de enero de 2021, que se acompaña en el primer apartado.

6. Así las cosas, y después de haber ocurrido lo anterior, esta Superintendencia decide decretar medidas provisionales mediante la Resolución N° 14 antes citada, cuya fecha recién es de 6 de enero de 2021, basado en Memo N° 1/2021 firmado el 5 de enero de 2021, es decir, casi un año después de entregada la respuesta de 27 de marzo de 2020. Sin embargo, esta última ni siquiera es mencionada o considerada en el Memo N° 1. Es más, tampoco aparece citada ni ponderada en la Resolución N° 14 ni, como veremos, en la Resolución Exenta N° 1080, o en todo el procedimiento sancionatorio respectivo.

7. Pues bien, ante dicha medida provisional, **Constructora Almahue S.A.** procede a responder a la RE 14 mediante carta de fecha 21 de enero de 2021, donde en realidad se viene a complementar lo que se había informado mediante carta de 27 de marzo de 2020, indicando que se adoptaron una serie de medidas, ante lo que la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 1080 (RE 1080) de 6 de julio de 2022 (es decir, casi un año y medio después de la respuesta entregada por mi representada), declarando el incumplimiento parcial de la RE 14, ya que:

- a. Si bien el titular habría implementado las medidas de control acústico de tipo biombo, *“éstas se encontraron deficientemente instaladas, y en el caso de los sectores exteriores no serían utilizadas, en particular en aquellas actividades que hacen uso de herramientas ruidosas en el piso 1”*.
- b. Además, no se habría cumplido *“la prohibición de uso de equipos ya que se detectó el uso de martillo demoledor y otras herramientas manuales sin el uso de las medidas de control acústico definidas”*

8. Al respecto, el informe de fiscalización anexo a la RE 1080 e individualizado como DFZ-2021-125-XIII-MP (o “Informe 125”), permite entender que respecto de la primera medida cumplida deficientemente, se debería a que, por un lado, los *“biombos fijos y móviles no se encuentran correctamente implementadas ya que se observan espacios entre las juntas de los paneles, perdiendo hermeticidad”*. Del mismo modo, se

indicó que *“se constató que se habían implementado biombos acústicos en la materialidad requerida, sin embargo, no se estaban utilizando las barreras tipo biombo acústico en las faenas ruidosas ubicadas en el Piso 1”*.

9. Pues bien, frente a ello podemos indicar que no sólo no hay en el mencionado informe de fiscalización imagen alguna que dé cuenta de los espacios y supuesta deficiente instalación de los biombos, sino que, además, como se da cuenta en imágenes de carta respuesta de 21 de enero de 2021, las distancias eran milimétricas, siendo además ello oportunamente corregido. Adicionalmente, en cuanto a lo mencionado sobre el piso 1, el biombo se encontraba disponible pero no instalado en el preciso momento que se realizó la inspección, tal como se da cuenta en la misma carta de 21 de enero de 2021, lo que además fue subsanado inmediatamente después. De ambas cosas se da cuenta en la carta de 21 de enero de 2021 que acompañamos en el primer apartado, y a través de las declaraciones de testigos solicitadas en el segundo apartado.

10. Cabe destacar que el propio Informe 125 menciona una supuesta Acta de Inspección Ambiental de fecha 3 de febrero de 2021, sin embargo, no viene acompañada al mismo informe, así como tampoco ninguno de los anexos que en él se mencionan. Solicitamos su copia en el tercer apartado.

11. Sobre la segunda medida supuestamente no cumplida, el Informe 125 se remite a señalar que *“Según indica el informe de fecha 5 de febrero de 2021, ETFA Vibroacústica, al momento de verificar el uso de las medidas se detectó que martillo demoledor se encontraba en uso sin la adopción de medidas de mitigación de ruido implementadas”*. Del mismo modo, se reitera lo señalado para las faenas ruidosas en el piso 1 sin uso de biombos acústicos.

12. Pues bien, el propio informe de la ETFA Vibroacústica, se limita a señalar que *“Respecto a la prohibición de fuentes de ruido hasta que no se encuentren implementadas las medidas anteriores, se puede mencionar el uso de variadas fuentes de ruido (sierras eléctricas, martillo demoledor, golpes con herramientas manuales) antes y durante la visita de inspección, donde no se encontraban “plenamente implementados” biombos y paneles. De particular atención es el uso del martillo demoledor en fachada, donde no se*

observan medidas de mitigación de manera alguna para este trabajo, siendo que es una de las fuentes de ruido de mayor nivel de ruido en obras de construcción”.

13. De lo anterior, podemos señalar que no sólo no entendemos a qué se refiere con “*plenamente implementados*” pues no se define en parte alguna del informe. Si es a lo que se refería sobre la distancia entre biombos, ello no puede entenderse como obstáculo al cumplimiento de la medida pues la distancia era milimétrica, sino que además fue corregido oportunamente. En cuanto a lo referido respecto del martillo demoledor en fachada, ello también fue oportunamente corregido, más allá de que los bimbos siempre estuvieron disponibles como se dio cuenta en carta de 21 de enero de 2021. Como se dijo, ambas cosas constan en dicha carta que se acompaña en el primer apartado, así como también se podrá dar cuenta de ello a través de las declaraciones de testigos solicitadas en el segundo apartado.

14. Sin embargo, debemos hacer presente la confusión que tuvimos respecto de las faenas o herramientas a las que les correspondía aplicar las medidas acústicas, ya que nuestra identificación de fuentes nunca consideró algunas de las cuestiones posteriormente controvertidas por Vibroacústica y la SMA. En efecto, nunca recibimos una objeción formal y clara entorno a las fuentes identificadas en nuestra carta de 21 de enero de 2021, cuestión que sí pudimos corregir en la propuesta de programa de cumplimiento, al tenor de la formulación de cargos.

15. En efecto, ocurrido todo lo anterior, la SMA decide con fecha 29 de enero de 2021, formular cargos por la superación en 15 dB(A) en el receptor n° 1 según medición realizada por Acustec el día 23 de diciembre de 2020.

16. Sobre dicha medición, debemos señalar que no menciona o analiza otras fuentes de ruido que existían en las inmediaciones, distintas a las generadas por Constructora Almahue S.A, como son las de los proyectos de Inmobiliaria Espacios y Paz. Sobre ello ahondaremos más adelante.

17. Pues bien, ante la formulación de cargos contenida en Resolución Exenta N° 1 de fecha 29 de enero de 2021, mi representada presentó el 24 de febrero de 2021, un programa de cumplimiento siguiendo la guía otorgada por la propia SMA.

18. Inexplicablemente, sin ningún tipo de observación previa, la SMA decidió rechazar dicho programa mediante Resolución Exenta N° 4 de fecha 8 de julio de 2022, es decir, más de un año después de haberse presentado. Las razones para haber procedido a dicho rechazo se pueden resumir en:

- a. Falta de eficacia de la medida consistente en la instalación de termopaneles, por ser una supuesta medida de mera gestión que no implica gasto adicional (considerando n° 40).
- b. Falta de posibilidad de evaluar eficacia de medida consistente en reubicación de equipos o maquinarias generadora de ruido, pues no se habría presentado información suficiente (considerando n° 43).
- c. Dado lo anterior, la SMA omitió pronunciarse sobre el criterio de verificabilidad (considerando n° 49).
- d. Sobre el criterio de integridad, entendemos que se da por cumplido (considerando 33).

19. Pues bien, dado todo lo obrado hasta aquí, se evidencia que por más que mi representada haya intentado asesorarse con técnicos para dar cumplimiento a la normativa ambiental, la SMA una y otra vez no ha considerado de manera positiva ninguna de sus alegaciones, en particular de su clara voluntad de intentar cumplir una normativa sumamente restrictiva para la zona del proyecto. En efecto, la SMA sin considerar la respuesta y medidas ofrecidas y realizadas en marzo de 2020 y enero de 2021, procede a declarar incumplidas parcialmente las medidas provisionales requeridas, sin entregar copia del acta de inspección que le habría dado origen, y sin considerar las correcciones realizadas con posterioridad y demostradas fehacientemente en el programa de cumplimiento que se ofreció y que, injustamente, la propia SMA decide rechazar por sí y ante sí, sin jamás haber levantado objeción u observación previa alguna que le haya permitido a mi representada cumplir con sus particular criterio de eficacia.

20. Llegados hasta esta instancia, y dado el desproporcionado monto de la multa aplicada, mi representada se ve forzada a exponer a Ud. todas las cuestiones fácticas hasta aquí señaladas, pasando ahora a exponer los argumentos de derecho que entendemos llevan a tener que dejar sin efecto la RE 2290, mediante la cual la SMA decide sancionar a mi representada al pago de una multa equivalente a 123 UTA.

II. EL DERECHO:

A) FALTA DEL DEBIDO PROCESO EN FAVOR DE CONSTRUCTORA ALMAHUE.

21. La Resolución Sancionatoria N° 2290 que fue dictada, es una derecha e indiscutiblemente una sanción, ya que como ha dictaminado la Excm. Corte Suprema: “...*la sanción administrativa pueda ser definida como aquella pena asignada a la comisión de un hecho típico y antijurídico, calificado como tal en virtud de una ley, e impuesta por la Administración al sujeto a quien pueda imputársele responsabilidad como autor del mismo, con sujeción a las limitaciones a que se encuentra sometido el ejercicio del ius puniendi estatal, y siempre, en todo caso, con pleno respeto de los derechos que la Constitución establece.*”¹.

22. En efecto, y ya que se trata de un acto de naturaleza sancionatoria, la dictación de la RE 2290 debe satisfacer los principios y reglas fundamentales relacionadas, entre otras, con la garantía del debido proceso administrativo sancionador.

23. Nuestro Máximo Tribunal ha sido claro en este punto al decidir que, “...*el derecho administrativo sancionador constituye, sin dudas de clase alguna, una manifestación del ius puniendi estatal. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, manifestando que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse al derecho administrativo sancionador “puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado” (STC Rol N°244, de 1996), de forma tal que el principio de la presunción de inocencia, del debido proceso, de irretroactividad de las penas, de culpabilidad, de tipicidad, de non bis in ídem, de legalidad, entre otros, informan la actividad sancionadora de los órganos administrativos, y por tanto es preciso que sean respetados a cabalidad en el ejercicio de dicha actividad.*”². (el destacado es nuestro).

24. Añade el Máximo Tribunal, “*Que la jurisprudencia de esta Corte ha sido consistente con la doctrina en comentario, y así, al menos desde el caso “Alessandri*

¹ Corte Suprema, sentencia de 09 de agosto de 2021 (Considerando Séptimo), Rol 36.698-2021.

² *Ibid.*

Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos” (1965), ha venido sosteniendo que “las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales, ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales, procediendo -por ende- aplicar al orden sancionador administrativo todas las garantías procesales (racional y justo procedimiento previo, presunción de inocencia, audiencia, etc.) y principios (legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) propios del derecho penal.”³. (el destacado es nuestro).

25. Establecido el régimen fundamental que ha de gobernar el proceder de la Superintendencia del Medio Ambiente en materia sancionatoria, debe en consecuencia respetar los principios de garantía del debido proceso y de culpabilidad.

26. Pues bien, al alero de lo que el Tribunal Constitucional ha dictaminado, el debido proceso implica, primero, **que toda resolución debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado**. Por ende, importa que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad.

27. Habiendo fijado entonces el marco jurídico de la sanción, podemos proceder a establecer la forma en que se ha procedido a vulnerar diversos principios en el caso en cuestión.

28. Al respecto, cabe hacer presente la falta de emplazamiento válido del que efectivamente se configura como autor material dentro del procedimiento administrativo seguido contra mi representada. En efecto, mi representada, Almahue Don Carlos S.A., se configura como solo el mandante y no como el encargado de ejecutar las obras en las supuestamente se estarían configurando hechos objeto del procedimiento sancionatorio, quien siempre fue y ha sido Constructora Almahue S.A.

³ Íd., Considerando Octavo.

29. Es más, desde un inicio se ha dado cuenta, que quien se encargó de ejecutar las obras es la Constructora Almahue S.A. En efecto, ello ya se demuestra no sólo en carta de 27 de marzo de 2020 y de 21 de enero de 2021, donde se indica que la construcción la realiza la mencionada Constructora, sino que también en la carta remitida a la Fiscal Instructora doña Monserrat Estruch, recibida con fecha 25 de mayo de 2021 y que contiene, entre otras cosas, el “*Contrato de Construcción a Suma Alzada*” celebrado entre Almahue Don Carlos S.A y la Constructora Almahue S.A. Dicho contrato se acompaña en el primer apartado de esta presentación.

30. Por ende, esta Superintendencia siempre ha tenido perfecto conocimiento de quien era el encargado de ejecutar las obras relacionadas con el Edificio Lenz 500. En efecto, tanto en los aspectos generales del mismo contrato como en la cláusula primera sobre el “Objeto” dejan claro que el mandatario y, en consecuencia, quien ejecuta es la Constructora Almahue S.A.

31. Pues bien, lo expuesto entonces debe considerar lo que señala el artículo 20 del Decreto Supremo 38 de 2011 del Ministerio del Medio Ambiente, que dispone: *“Corresponderá a la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante la Superintendencia, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente norma. Para tales efectos, podrá requerir **a los titulares de las fuentes emisoras de ruido**, informar su emisión de niveles de ruido, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 15°”*

32. El citado artículo es de toda importancia, no solo por el rol encomendado por el Decreto Supremo a la Superintendencia, sino que, en términos expresos hace mención a **“los titulares de las fuentes emisoras de ruido”**.

33. Así las cosas, es titular de la fuente emisora consiste en la construcción del Edificio Lenz 500 era únicamente la Constructora Almahue S.A, toda vez que, como hemos descrito, ella fue la encargada de la ejecución de las obras en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Lo anteriormente expuesto en cuanto al contrato de construcción, se complementa con las facturas que dan cuenta de su calidad de titular no sólo de las obras, sino que también de las fuentes emisoras de ruido. Dichas facturas se acompañan en el primer apartado.

34. De esta manera, y quedando claro lo anterior, la persona jurídica a quien erradamente se estaría sancionando es diversa a la que realmente corresponde. El hecho es que quien ejecutó los trabajos y obras es la Constructora Almahue S.A, quien, en el eventual caso de proceder las imputaciones realizadas, sería a quien se debía emplazar por parte de esta autoridad.

35. En consecuencia, las disposiciones contenidas en el citado artículo y decreto, van en función del actuar de los titulares del proyecto, es decir, aquellos que de manera efectiva para el caso en concreto, se les encomendó la gestión de un negocio, en este caso la construcción del Edificio Lenz 500. Malamente mi representada podría ser sancionada como autora por hechos de un tercero ajeno, pues en lo fáctico es la Constructora Almahue S.A la que llevó a cabo la totalidad de las obras y era la única titular de las fuentes de emisión de ruido.

36. La grave afectación al debido proceso administrativo, entonces, se ve plasmada en que se está sancionando pecuniariamente a una persona jurídica que no es el infractor para ningún efecto legal y, por el contrario, no se condena a la que efectivamente podría ser la autora de la supuesta infracción cometida.

37. En definitiva, nos encontramos con una resolución, que emana de un procedimiento viciado, el cual carece de uno de los elementos básicos de un debido proceso, que es el emplazamiento válido y que, en concreto, sanciona a un sujeto ajeno al real objeto de este.

38. Lo anterior no es todo, puesto que el hecho de sancionar a una persona jurídica que no corresponde dada, la comentada falta de emplazamiento válido, también trae consigo una vulneración al principio de culpabilidad o reproche normativo.

39. En efecto, la doctrina ha señalado que *“aplicar sanciones administrativas el criterio del Derecho Administrativo Sancionador, supone que no es posible instrumentalizar la potestad sancionatoria conforme a un sistema de responsabilidad objetiva, por lo que es imprescindible que concurra en el sujeto activo dolo, o culpa o negligencia.”*⁴

⁴ Cordero Vega Luis. Lecciones de Derecho administrativo pp. 502 y 503.

40. Nos preguntamos entonces: ¿Pudo esta autoridad, dentro del procedimiento administrativo sancionador en cuestión, advertir todo lo anterior y hacer el ejercicio correcto para atribuir la supuesta responsabilidad a aquella persona que aparece de los mismos antecedentes como la posible infractora?

41. En esa misma línea la jurisprudencia administrativa ha señalado: que *“en el principio de la culpabilidad (...) cabe imponer una sanción a quien pueda dirigirse un reproche personal por la ejecución de una conducta, quedando excluida la posibilidad de aplicar medidas punitivas frente a un hecho que sólo aparenta ser el resultado de una acción u omisión, sin verificar previamente la culpabilidad personal (...)”*⁵

42. Es cuestionable entonces que, para el presente caso, la Superintendencia haya efectuado una completa, correcta y cabal verificación previa de la culpabilidad mi representada, pues dicho ejercicio debió hacerse sobre aquel que se encontraba ejecutando las obras, el titular de ellas, es decir, la Constructora Almahue S.A, de acuerdo con los términos del propio Decreto Supremo N° 38/2011.

43. De esta manera, resulta completamente improcedente el hecho que por medio de la resolución que se impugna, se le atribuya responsabilidad y se sancione a mi representada sin haber realizado un ejercicio preciso sobre la atribución de responsabilidades, más allá de indicarla como supuesto autor de esta (Considerando 23 y siguientes), cuestión que como hemos visto, resulta imposible.

44. Incluso, la propia Corte Suprema en causa ROL N°6661-2014 señala la importancia que tiene un acto administrativo, dentro del contexto de un procedimiento sancionatorio, en cuanto a la precisión y claridad que debe recaer sobre éste, en todas sus esferas. Dispone en su considerando número 16 que: *“Tal como se observa de la sola lectura de los cargos en examen, éstos cumplen con el requisito de **precisión y claridad** que exige el ordenamiento jurídico vigente (...) de manera que su descripción resulta suficiente para una adecuada defensa.”*

45. Como hemos desarrollado, lo contenido en la resolución que se impugna carece, en consecuencia, de la precisión y de la claridad exigida por nuestro ordenamiento

⁵ Dictamen N° 31.239 de 2005. Contraloría General de la República

jurídico vigente, en el sentido que el propio órgano sancionador opta erradamente por atribuir responsabilidad y derechamente sancionar a una persona jurídica que, en términos concretos, nada tuvo que ver con las supuestas fuentes emisoras de ruido.

46. Todo ello como resultado de una falta de emplazamiento y un atentado al principio de culpabilidad, lo que indudablemente trae consigo una grave afectación al debido proceso administrativo del cual emanó la resolución que se impugna.

B) INJUSTO RECHAZO DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y DE UN ADECUADO PROCEDIMIENTO.

47. Como se ha podido ver, el programa de cumplimiento se rechazó sin observaciones previas, aduciendo una supuesta falta de eficacia.

48. En efecto, la SMA alegó que habría una supuesta falta de eficacia de la medida consistente en la instalación de termopaneles, por ser a) una supuesta medida de mera gestión que no implica gasto adicional, así como también b) una supuesta falta de posibilidad de evaluar la real eficacia de la medida consistente en reubicación de equipos o maquinarias generadora de ruido, pues no se habría presentado información suficiente.

49. Respecto de la primera, podemos señalar que no se dilucida como la instalación de termopaneles pueda consistir en una medida de mera gestión que no implique gasto, ya que implica la compra, instalación y mantenimiento de un objeto que no estaba contemplado en esa fase o etapa del desarrollo de construcción del proyecto. Pero lo más grave es que, además, la posibilidad de instalar termopaneles la arroja la propia guía entregada por la SMA a mi representada, siendo esta usada expresa y claramente por ella, por lo que no puede ella misma alegar su ineficacia, sin siquiera haber realizado observaciones previas. Con lo expuesto, se evidencia claramente lo arbitrario e injusto del rechazo inmediato al programa de cumplimiento que se ofreció.

50. En cuanto a la segunda razón, simplemente no entendemos como una supuesta falta de información puede ser usada para descartar la eficacia. Es más, la SMA expresamente no descarta la eficacia, sino que sólo señala no poder evaluarla completamente, por lo que un actuar prudente, razonado y proporcionado debería haber

llevado a la propia SMA a pedir dichos antecedentes que según ella faltaban para evaluar adecuadamente la eficacia de la medida. A lo anterior se suma que no vemos cómo podría faltar información para su evaluación si para su descripción se siguió estrictamente la guía de la propia SMA, así como verificadores de cumplimiento validados en ella misma como son boletas o facturas y fotografías.

51. En definitiva, se aprecia que en el rechazo al programa de cumplimiento la SMA actuó de manera imprudente y arbitraria, desentendiéndose por sí y ante sí de la propia guía por ella entregada a mi representada, calificando como ineficaces medidas que ella misma ha reconocido en su guía como idóneas.

52. Lo anterior cobra aún más relevancia cuando la propia guía de programa de cumplimiento de la SMA reconoce la posibilidad de realizar observaciones a los programas de cumplimiento. En efecto, la propia Guía para la presentación de Programas de Cumplimiento de la SMA indica en su capítulo 3.1.2, páginas 24 y 25 que: *“La práctica administrativa hasta la fecha indica que, por regla general, los PDC presentados requieren un proceso de revisión previo a su aprobación o rechazo, que se efectúa a través de una o más resoluciones exentas de la SMA que requieren la incorporación de observaciones que apuntan a precisar, clarificar o directamente señalar la insuficiencia de las acciones o medidas propuestas del PDC presentado. Este proceso implica que los PDC presentados eventualmente requieren modificaciones de forma previa a su aprobación. En cuanto al número de resoluciones de observaciones, estas serán como máximo dos, salvo en casos excepcionales y debidamente justificados en que se requiera un número mayor. Sin perjuicio de lo anterior, la SMA está facultada para rechazar de plano un PDC presentado cuando este no cumple con los criterios de aprobación”.*

53. Pues bien, no existe antecedente alguno en el proceso que dé cuenta de porque no se llevaron a cabo observaciones dentro del procedimiento, procediendo a rechazar de plano el programa propuesto, sin mediar justificación o motivación alguna que permita entender la razón de dicha decisión.

54. Dado lo anterior, y si bien la SMA goza de discrecionalidad en la decisión de realizar o no observaciones al programa de cumplimiento, ella debe y puede ser controlada mediante los principios de motivación, proporcionalidad, buena fe y prudencia,

entre otros. Luego así, tenemos que, a lo menos: (i) no hay fundamento alguno que se haya esgrimido para su omisión, (ii) no es proporcional, pues el rechazo al programa de cumplimiento se basó en argumentos del todo injustos y arbitrarios, pudiendo haber sido fácilmente subsanadas las deficiencias detectadas, en caso de que hubiera existido el acto de observaciones que se cuestiona y (iii) con los antecedentes tenidos a la vista hasta el momento, es dable cuestionar un actuar de buena fe y prudente, ya que desde el desconocimiento de lo entregado en marzo de 2020 hasta los constantes rechazos a todo lo presentado por el titular, siendo siempre usado todo lo realizado en su propia contra, denota una cierta intencionalidad desde el origen de querer sancionar a como dé lugar a mi representada, lo que no se condice con la forma de actuar que debe tener todo funcionario público en su deber de objetividad⁶ e imparcialidad⁷.

55. Por último, sobre la posibilidad de cuestionar ahora el rechazo al programa de cumplimiento, podemos indicar que no existe norma alguna en la LOSMA o Ley 20.600 que establezca una preclusión del derecho a impugnar un acto trámite al momento de su dictación y notificación. Más bien al contrario, encontrándose la impugnación administrativa contra un acto trámite, por muy calificado que se le quiera entender, regulado en la ley 19.880, ella sólo procede por las causales establecidas en el art. 15 inciso segundo de la ley 19.880, es decir, indefensión o imposibilidad de continuar el procedimiento. Por ende, se mantiene intacta para todo el resto de posibles argumentos o causales, la posibilidad de impugnar el acto trámite una vez que se dicte el acto final del mismo procedimiento administrativo, más allá de que la norma en cuestión (art. 15 de la ley 19.880) tampoco establece ningún tipo de preclusión.

**C) INEXISTENCIA DE UNA SUFICIENTE ACREDITACIÓN DE LA SUPUESTA
INFRACCIÓN: OTRAS FUENTES DE RUIDO.**

56. Cuesta entender que se haya dado por plenamente acreditado una superación 15 dB(A) atribuibles únicamente a mi representada, mediante una sola medición e informe de Acustec, cuando no sólo existen mediciones posteriores que acreditan que en el receptor 1 (la denunciante) la posible superación era menor, sino que además no identifica ni

⁶ Ar. 61 del Estatuto Administrativo.

⁷ Art. 11 de la Ley 19.880 sobre Bases de los procedimientos administrativos.

analiza otras fuentes ruidosas consistentes en otros proyectos en construcción cercanos al receptor medido.

57. En efecto, por un lado, tenemos que en el informe de Algoritmos la superación en el receptor 1 fue sólo de 5 dB(A), es decir, casi dentro del margen de error, y en el caso de Vibroacústica la superación en el receptor 1 fue de 12 dB(A).

58. De otro lado, en ninguno de los tres informes se analizó las implicancias que podría tener en los niveles el ruido percibidos en el receptor 1, otras fuentes de ruido existentes en la zona, limitándose a señalar que había tránsito vehicular ocasional.

59. En efecto, durante el mismo periodo en que se construía el proyecto Lenz 500, había al menos otros dos proyectos en construcción muy cercanos al receptor 1. En primer lugar, tenemos al proyecto de edificio de **Inmobiliaria Espacios**, ubicado en calle Holanda esquina Campoamor (Holanda 3451) , que se construyó casi al frente del receptor 1 y durante periodos similares al de Lenz 500. Un poco más lejos se encuentra el proyecto de **Inmobiliaria Paz**, ubicado en calle Holanda con Enrique Richard (Holanda 3640). En ambos casos no hay análisis alguno de sus emisiones de ruido, en particular a través de un mapa de ruido que haya modelado las intersecciones y posibles impactos sinérgicos de sus emisiones con las demás fuentes del sector, permitiendo así entender los aportes de cada fuente emisora.

60. A continuación, se muestra la ubicación de ambos proyectos en relación con el receptor 1 o denunciante:



61. Dado lo acotado del plazo para interponer el presente recurso de reposición, solicitamos en el segundo apartado un término probatorio especial para poder acreditar de mejor manera lo señalado sobre ambos proyectos, entre otras cuestiones expuestas a lo largo del presente escrito.

62. Basta para acreditar la seriedad de la alegación, que al menos el proyecto de Inmobiliaria Espacios se encuentra dentro del radio o área de influencia de ruido definido por la propia SMA en el Considerando 71, imagen 1, de la Resolución Condenatoria.

D) FALTA DE MOTIVACIÓN.

63. La Resolución Recurrída atenta flagrantemente también el principio de motivación del acto administrativo, respecto del cual nuestra Excma. Corte Suprema ha ido desarrollando una jurisprudencia consistente y uniforme, consagrando una serie de estándares que materializan de manera concreta el mandato del artículo 8 de la Constitución y artículos 11 inciso 2° y 41° inciso 4° de la Ley 19.880.

64. En efecto, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que la motivación del acto administrativo es un elemento esencial del mismo. Así, se trata de *“un requisito indispensable que debe encontrarse siempre presente”* (Rol N° 27.467-2014); *“revestido*

de mérito suficiente' (Rol N° 58.971-2016) y si el acto aparece "desmotivado" o con "razones justificativas vagas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto", carece de un elemento esencial (Rol N° 27.467-2014). Asimismo, sostuvo que la motivación sobre la base de fundamentos "meramente formales" implica arbitrariedad e ilegalidad (Rol N° 27.467-2014). Finalmente, destaca que la motivación del acto administrativo obliga a toda autoridad administrativa a "fundarlo debidamente en todos los antecedentes y circunstancias que el caso [exige]" (Rol N° 58.971-2016). En el mismo sentido se expresa cuando señala que "la motivación debe incluir una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, indispensables para evaluar su razonabilidad y proporcionalidad" (Rol 3598-2017).

65. Sobre esto último vale la pena detenernos, ya que la Excma. Corte Suprema ha indicado que el control de razonabilidad de la decisión importa "que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse" (considerando 7°).

66. Adicionalmente el Primer Tribunal Ambiental en fallo de causa ROL R-49-2022, se refiere a la falta de motivación en relación con la **deficiente o incompleta fundamentación en cuanto a los aspectos técnicos tenidos a la vista para adoptar una decisión**. En efecto el Primer Tribunal Ambiental señala: "Esta misma dificultad y deficiencia científica es la que esta magistratura advierte de los antecedentes que existen en el proceso, específicamente en lo que dice relación con **la adecuada motivación técnica** de las medidas urgentes y transitorias decretadas. En consecuencia, la reclamación judicial deducida por I. S.A. en contra del resuelvo Segundo de la Resolución Exenta N° 1.820, **es acogida.**"

67. En esa misma línea el Segundo Tribunal Ambiental **acoge reclamación** en causa ROL: R- 172-2018 donde la empresa TurBus indica la **falta de motivación** de la sanción aplicada y su elevado monto. En ese sentido, el mismo Tribunal consideró **acoger dicha reclamación** pues, verifica una **falta de fundamentación** y concluye alegando la falta de motivación, razonabilidad y racionalidad de la resolución impugnada, por no haber aplicado los criterios establecidos en la Guía de la SMA (...).

D.1) INEXISTENCIA DE AUTORÍA EN LA INFRACCIÓN.

68. Como hemos desarrollado, es cuestionable el hecho que esta Superintendencia dirija un procedimiento de estas características y culmine con una sanción contenida en la resolución que se impugna.

69. Lo anterior toda vez que termina por sancionar a un sujeto, en este caso a mi representada, que nada tuvo que ver con la acción material de uso de fuentes ruidosas de la que ni siquiera es el titular. En efecto, sobre el grado de participación, la RE 2290 se limita a señalar en la Tabla 5 del Considerando 39 que *“Se descarta pues la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor”*.

70. De esta manera, el procedimiento en comento debió ser dirigido contra la Constructora Almahue S.A, a quien, por el hecho de ser el titular de la ejecución de la obra podría atribuirse su autoría, pero no a mi representada.

71. En efecto, tanto las facturas que acompañan a esta presentación como el contrato de construcción comprueban la titularidad y la ejecución de las obras. Haciendo presente que, este último, ya era información que tenía a la vista la Superintendencia hace más de dos años.

72. Así las cosas, estas Superintendencia tenían las herramientas y antecedentes para reconducir el procedimiento administrativo sancionador de manera temprana y dentro del propio expediente de fiscalización.

73. El contrato al cual hemos hecho alusión fue proporcionado por mi persona, precisamente para esclarecer y plasmar en el procedimiento administrativo la necesaria distinción que se debía hacer para determinar la supuesta autoría por parte de esta Superintendencia, aspecto que se evidencia en el propio contenido de la resolución que se impugna, pues claramente la autoridad sancionatoria no lo tuvo en consideración.

74. Esta omisión de la Superintendencia tiene las consecuencias que latamente hemos descrito, dirigiendo una sanción en contra de otro sujeto, que debería ser completamente ajeno al procedimiento administrativo.

75. En concordancia con lo anterior, no es posible atribuir responsabilidad a un sujeto, donde el ejercicio, cuyo límite está dado por el principio de culpabilidad imperante en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, se ha hecho en una persona jurídica distinta y que como hemos señalado en reiteradas ocasiones no tiene la calidad de titular de obras.

76. Por ende, la calificación de autor de la infracción establecida en el Considerando 39 de la RE 2290 no encuentra asidero y sustento alguno en el expediente administrativo sancionador.

77. Por todo lo anterior, simplemente no se entiende como la RE 2290, procede a considerar a mi representada como autora para efectos de la cuantificación de la multa impuesta, debiendo ello ser adecuadamente corregido.

D.2) PROCEDENCIA Y VERIFICACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS VOLUNTARIAS.

78. Como hemos señalado en los hechos de esta presentación, fueron presentadas de manera temprana y oportuna una serie de medidas correctivas voluntarias. Todas ellas fueron realizadas por **Constructora Almahue**, única titular de la fuente de emisión consistente en la construcción de Edificio Lenz 500.

79. La carta de 27 de marzo de 2020 de Constructora Almahue vino a configurar una respuesta formal al Ord. N°432 de fecha 14 de febrero de 2020 que dispuso, entre otras cosas que, *“se recomienda Ud. la adopción de medidas correctivas o de mitigación del ruido producido por la fuente generadora ya indicada. En caso de realizar alguna gestión en la materia, se sugiere informar los cambios efectuados mediante una carta conductora acompañada de cualquier medio que acredite las acciones ejecutadas...”*

80. De esta manera, Eugenio García Gañan, administrador de obra de Constructora Almahue S.A, por medio de carta presentada con fecha 27 de marzo de 2020, describió

todas y cada una de las medidas que venían en función de dar por cumplido lo estipulado por esta Superintendencia.

81. Posteriormente, esta Superintendencia decide decretar medidas provisionales mediante la Resolución N° 14 antes citada, cuya fecha recién es de 6 de enero de 2021, basado en Memo N° 1/2021 firmado el 5 de enero de 2021, es decir, casi un año después de entregada respuesta de 27 de marzo de 2020. Sin embargo, esta última ni siquiera es considerada en el Memo N° 1 ni la Resolución N° 14, así como tampoco en la Resolución Exenta N° 1080 ni en la Resolución Exenta N° 2290.

82. A lo anterior, cabe hacer presente que el titular de obra, Constructora Almahue S.A responde a la RE 14 mediante carta de fecha 21 de enero de 2021, donde se complementa lo que se había informado mediante carta de 27 de marzo de 2020, indicando que se adoptaron una serie de medidas.

83. Frente a lo previamente descrito, la Superintendencia dictó la Resolución Exenta N° 1080 (RE 1080) de 6 de julio de 2022 , declarando el incumplimiento parcial de la RE 14, ya que:

- a. Si bien el titular habría implementado las medidas de control acústico de tipo biombo, *“éstas se encontraron deficientemente instaladas, y en el caso de los sectores exteriores no serían utilizadas, en particular en aquellas actividades que hacen uso de herramientas ruidosas en el piso 1”*.
- b. Además, no se habría cumplido *“la prohibición de uso de equipos ya que se detectó el uso de martillo demoledor y otras herramientas manuales sin el uso de las medidas de control acústico definidas”*.

84. De la batería de medidas adoptadas por el titular de obra, solo hacen mención a dos supuestos para efectos de señalar el incumplimiento parcial, y que en los propios términos citados, resulta poco claro.

85. En razón de ello, fue necesario recurrir entonces al ya comentado Informe 125, el que permite entender que respecto de la primera medida, supuestamente cumplida de manera deficiente, ello se debería a que, por un lado, los *“biombos fijos y móviles no se*

encuentran correctamente implementadas ya que se observan espacios entre las juntas de los paneles, perdiendo hermeticidad". Del mismo modo, se indicó que "se constató que se habían implementado biombos acústicos en la materialidad requerida, sin embargo, no se estaban utilizando las barreras tipo biombo acústico en las faenas ruidosas ubicadas en el Piso 1".

86. La evidente falta motivación existente en la resolución nos lleva forzosamente a realizar las siguientes objeciones:

- a. No hay en el mencionado informe de fiscalización imagen alguna que dé cuenta de los espacios y supuesta deficiente instalación de los biombos, y por el contrario, la si imágenes de la carta de 21 de enero de 2021 muestran que a distancia era milimétrica.
- b. Los biombos se instalaron y siempre se encontraron disponibles para su uso como se acredita en carta de 21 de enero de 2021, siendo además corregido su ubicación inmediatamente después de la visita. r
- c. En cuanto a lo mencionado sobre el piso 1, el biombo se encontraba disponible pero no ubicado en el específico lugar que quería la SMA, de lo que se da cuenta en carta de 21 de enero de 2021, lo que -por lo demás- fue subsanado inmediatamente después de la visita.

87. En consecuencia, se puede desprender de lo anterior, que esta Superintendencia señaló el incumplimiento parcial, carente de toda motivación, pues no se hace cargo con el detalle debido exigido para este tipo de procedimientos.

88. Asimismo, la supuesta revisión *in situ*, estaría plasmada en acta de inspección fecha 3 de febrero de 2021, cuyo tenor desconocemos a la fecha, pues no se encuentra contenido en expediente electrónico de la Superintendencia y no se nos entregó copia alguna de ella. Como se expuso, se solicita su copia en el apartado.

89. En definitiva, mi representada ha implementado no sólo las medidas solicitadas por la propia SMA, sino que también implementó medidas voluntarias que se acreditaron en carta de 27 de marzo de 2020 y 21 de enero de 2021, las que no han sido consideradas para ningún efecto.

90. Por último, las medidas ofrecidas en el programa de cumplimiento, a pesar de su rechazo, fueron implementadas de todos modos, lo que consta en carta respuesta de 21 de enero de 2021, que se acompaña en el primer apartado.

91. En efecto, en dicha carta se informó, en primer lugar, de la instalación de pantallas acústicas móviles en los pisos -1 y 1 para los trabajos de corte y picado. Del mismo modo, en el piso 1 y exterior del edificio se instalaron biombos. A continuación, se informó de la instalación de ventanas tipo termopanel hasta el piso 10, lo que no se contemplaba sino hasta finalizar la construcción, pero se adelantó pues no tenía sentido sellar vanos para luego instalarlos. También se reubicaron maquinarias ya que se informó de que los pisos 11 y 12 se readecuaron al sector al costado de foso ascensor, instalándose además en el lugar biombos fijos.

92. Por todo lo anterior, simplemente no se entiende como en la tabla contenida en el Considerando 39 procede a descartar todo tipo de medida correctiva voluntaria en la cuantificación de la multa impuesta, lo que debe ser corregido.

D.3) NO SE HA PONDERADO LA SITUACIÓN DE PANDEMIA.

93. Como se desprende de la sentencia dictada por el Segundo Tribunal Ambiental en causa ROL: R-318-2022, la situación de pandemia debe ponderarse para los casos en que ello aplique.

94. Pues bien, como se puede evidenciar de lo expuesto en carta de 27 de marzo de 2020, la construcción del proyecto edificio Lenz 500 se dio casi por completo durante la situación de pandemia y alerta sanitaria.

95. Lo anterior generó diversos obstáculos en la dinámica y gestión de la construcción, volviendo su desarrollo más complejo de lo normal. Sobre esto, más allá de la evidente conexión entre los tiempos de la pandemia y la fase de construcción del proyecto, y al no haber tenido posibilidad de exponerlo anteriormente, podremos aportar las pruebas necesarias durante el término probatorio solicitado en el segundo apartado.

96. Lo anterior, sin perjuicio de que a quien corresponde acreditar los obstáculos e impedimentos sufridos es a Constructora Almahue S.A. y no a nosotros.

E) DESPROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

97. A pesar de que no corresponde aplicar multa alguna a mi representada por no ser la autora de ninguna infracción, podemos alegar desde ya la completa desproporcionalidad de la multa que se nos ha impuesto.

98. En palabras de la doctrina, el artículo 40 de la LOSMA *“establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, y todos ellos deberán tender, en definitiva a materializar el principio de proporcionalidad, ya que, como se ha señalado, los criterios de graduación y ponderación de sanciones derivan del principio de proporcionalidad, que se estima como un principio fundamental del Derecho administrativo sancionador”*⁸.

99. En efecto, en lo que respecta a la ponderación de las circunstancias del art 40 de la LOSMA, y que fuera realizada en la Resolución Sancionatoria, se ha indicado que corresponde a una manifestación del **principio de proporcionalidad**, el cual, según jurisprudencia comparada, *“apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos con la finalidad de proteger los derechos fundamentales”*.⁹

100. De esta manera, al tener la resolución que se impugna carácter eminentemente punitivo, el principio de proporcionalidad debe estar presente en un doble sentido; en primer lugar, como un límite impuesto a la administración por las facultades discrecionales con las cuales está dotado y, en segundo lugar, un límite para hacer las interpretaciones tendientes a fundar un acto administrativo.

101. La Excma. Corte Suprema en causa con **ROL 1602-2012**, ha señalado que la proporcionalidad debe estar sujeta a las siguientes consideraciones para efecto de adoptar una decisión, por ejemplo, en este caso de multar. Los tribunales han señalado que deben concurrir varios requisitos para analizar la justa proporcionalidad de una medida que emane del poder público: (i) Debe buscarse una finalidad legítima, (ii) La

⁸ Jorge Bermúdez, «Reglas para la imposición de sanciones administrativas en materia ambiental», en Sanciones Administrativas X Jornadas de Derecho Administrativo, coord. por Jaime Arancibia y Pablo Alarcón (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 616.

⁹ Arnold *et al.* (2012) p. 66

medida debe ser idónea para la promoción de dicho objetivo; (iii) La medida debe ser necesaria para lograrlo, y dentro de las alternativas existentes, debe preferirse la que afecte menos los derechos involucrados; y, (iv) La medida debe ser proporcional en sentido estricto: la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención.

102. En ese sentido y, para verificar en términos concretos la afectación al principio de proporcionalidad podemos señalar lo siguiente:

- a. La multa contenida en la resolución sancionatoria no es la vía idónea ni es necesaria, ya que, por un lado, se adoptaron medidas voluntarias tempranamente (año 2020), las cuales harían completamente innecesaria la sanción impuesta, pues las supuestas emisiones acústicas ya no estarían presentes y, por otro parte, han transcurrido más de tres años luego de los hechos denunciados, convirtiéndolo en una herramienta completamente ineficaz para su finalidad. Por ende, no era necesario sanción alguna, pero si se quisiera entender que aún fuese idónea dicha vía, sin duda alguna la que mejor se adecua a la nueva situación sería una amonestación por escrito.
- b. No existe gravedad alguna que justifique la multa, pues ni bien existió una denuncia el año 2019, a la actualidad no existe registro de ninguna denuncia por parte de vecinos o personas que vivan en las inmediaciones de la obra por concepto de ruido.
- c. Por último, existen registros de casos similares, donde la SMA ha impuesto multas sustancialmente menores. Sólo por citar algunos ejemplos:
 - **Procedimiento Sancionatorio D-005-2018:** a la Constructora Sigro S.A. y se logró determinar que el día 21 de abril de 2017, en horario diurno en zona II, sobrepasó la norma de ruido permitida. Se consideró una infracción leve y se le aplicó una multa de 12 UTA. Es decir, en un caso similar al presente, con una infracción en un día determinado en horario diurno y sin haber tenido sanciones previas se decidió aplicar una sanción razonable de 12 UTA, en lugar de las 123 UTA con que se sancionó a mi representada.

- **Procedimiento Sancionatorio D-031-2017:** Sanción a la Constructora EBCO S.A. con una multa de 42 UTA, pues en faena de construcción de un edificio en Concepción superó el límite máximo de niveles de presión sonora corregidos establecidos para zona III, en horario, diurno al haber marcado 77 Db(A) en zona que sólo permitía un máximo de 65 dB(A). En efecto, ante infracción en zona III, en horario diurno y con excesos de ruidos incluso más alto que los del presente, la multa fue considerablemente más baja que la aplicada a esta parte.
- **Procedimiento Sancionatorio D-255-2021,** donde se sanciona al Gimnasio Sportlife Maipú aplicando una multa de 33 Unidades Tributarias Anuales (UTA). Lo anterior, considerando que en el señalado caso se pudo constatar 56 y 52 decibeles en horario nocturno, referida a una superación de la norma que fija un máximo de 45 decibeles para dicha zona, es decir, contabilizando un total de 18 dB(A) de superación en horario nocturno, y sin embargo, se sanciona en el presente caso, con una multa equivalente a 123 UTA que con creces es superior.

103. En consecuencia, la multa establecida no guarda ningún sentido de igualdad ante la ley o de proporcionalidad, teniendo ejemplos similares en los casos previamente señalados.

104. Así, respecto de la proporcionalidad, la Excm. Corte Suprema considera *“que es un elemento que determina ‘la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se den fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas”* (mismo considerando 7°).

105. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar, que dentro de las causales para aplicar una sanción se debe ponderar distintas circunstancias de acuerdo con lo establecido en el art. 40 de la LOSMA, a saber:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.
- e) La conducta anterior del infractor.
- f) La capacidad económica del infractor.
- g) El cumplimiento del programa de la letra r) del art. 3 de la LOSMA.
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

106. En ese sentido, el titular jamás incurrió en ningún acto u omisión que configure alguna de las circunstancias agravantes de las señaladas en el art. 40 de la LOSMA.

107. En efecto, el titular, **no generó ningún riesgo de daño concreto para la comunidad** o los vecinos aledaños a la obra con las supuestas emisiones de ruido. No sólo es imposible exigir un riesgo cero como parece exigirse de los considerandos 58 y 59, sino que, además, se considera como riesgo importante o grave dado el nivel de superación (que se ha controvertido), y de un tiempo de exposición completamente teórico, pues la medición que originó la sanción se hizo a ventana abierta, sin considerar además que el acuerdo con los vecinos permitía dichas operaciones en el horario ordenado por la Ordenanza Municipal.

108. Es más, el titular de la obra, como hemos comentado, adoptó una serie de **medidas correctivas voluntarias**, de manera temprana y efectiva, que disminuyeron notoriamente sus emisiones de ruido, lo que se comprobó en informes de Algoritmos y Vibroacústica. .

109. En tal sentido, cobra relevancia que el certificado médico que adjunto la denunciante no identifica ninguna causa de su posible molestar, no existiendo antecedente alguno que acredite la causalidad de su supuesta dolencia.

110. En tal sentido, la idoneidad de la acción para ocasionar el peligro señalado no puede basarse única y exclusivamente en la excedencia, sino en un análisis integral de

todos los antecedentes tenidos a la vista. De estos antecedentes, la SMA no realizó ponderación y fundamentación alguna, limitándose a calificar prácticamente cualquier excedencia de algún umbral legal como, inmediata y automáticamente, un peligro para la salud de la población, cuando en realidad debe tratarse de un peligro concreto y no abstracto, tal y como indica la sentencia dictada por este mismo Ilustre Tribunal en causa ROL R-128-2016 (caso MOP-Embalse Ancoa).

111. En cuanto a la determinación del **número de personas que pudo ser afectada** por la supuesta infracción, cabe señalar que no sólo no se ha considerado las implicancias de otras fuentes de ruido que existieron en los alrededores durante el mismo periodo, sino que además toma como referencia una situación completamente teórica escudado en que el vocablo "pudo" permite extender el concepto a cualquier posible situación que pudiera darse por muy hipotética que fuera, lo que no se condice con el principio de realidad y de proporcionalidad de la sanción.

112. Por su parte, en lo que respecta a la **importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental**, la SMA pareciera ponderarla para aumentar la multa, ya que toda infracción a la norma de ruidos llevaría asociada una generación de un riesgo a la salud de las personas, habida cuenta de la magnitud de la excedencia (Considerando 80 de la Resolución Sancionatoria). Sin embargo, no pondera que la supuesta excedencia es puntal en sólo una medición, y que se implementaron medidas correctivas inmediatas e idóneas, lo que permite reducir sustancialmente la importancia de la vulneración, más allá de los cuestionamientos ya realizados al real riesgo concreto para la salud de la población que, en realidad, no existió.

113. En cuanto a la **intencionalidad o culpabilidad**, la SMA decide como si el titular hubiera obrado de manera dolosa, lo que no resiste el mayor análisis. Pero como hemos comentado, la atribución de responsabilidad se hace a una persona jurídica (mi representada) que no tiene relación alguna con las supuestas fuentes emisoras de ruido, pues no es titular.

114. De esta manera, el hecho de atribuir responsabilidad a un sujeto distinto del que es considerado como titular, es impensable que la Superintendencia haya hecho un ejercicio integral para determinar la intencionalidad o culpabilidad. En efecto, y como

hemos descrito en capítulos previos, resulta esencial determinar con exactitud y precisión a quien se le imputa un hecho que supuestamente traería una infracción consigo.

115. Sin embargo, la SMA no pondera el evidente de que, no teniendo casos de infracción ambientales previas (cuestión no controvertida), este caso consistía en la primera ocasión en que el titular debía lidiar con la SMA y todo el procedimiento sancionatorio. No puede atribuirse que por tener amplia experiencia en el rubro de construcción y contar con cierta capacidad económica, mi representada habría obrado dolosamente para incumplirla, porque ello implica que se puede atribuir intencionalidad por el mero desconocimiento del ilícito. Lo anterior cobra aún mayor relevancia en “hechos complejos” como determinar la excedencia de una norma de emisión como la de ruidos, donde se requieren mediciones y análisis técnicos, que no pertenecen al rubro de mi representada. Pero lo anterior no es todo, ya que surge una duda que tampoco la SMA pondera en modo alguno: ¿Cómo podría pensarse que mi el titular obró con dolo si actuó con anticipación y premura implementó las medidas correctivas voluntarias?

116. Por su parte, los análisis de sujeto calificado no pueden ir contra la presunción de inocencia, ya que de lo contrario se prestaría para, mediante meros análisis abstractos, desconocer que no puede evitarse tener que probar la actitud dolosa en concreto. ¿O es que acaso por ser una empresa con experiencia y contar con capacidad económica nunca se podrá obrar de manera culposa?.

117. Por último, entendiendo que la **capacidad económica del infractor** es un factor relevante de ponderación y proporcionalidad, pero ella no puede llevar a que la multa sea inmensamente superior al beneficio económico, o al doble de lo que se le imponga a otra empresa de menor capacidad por exactamente la misma excedencia.

118. De otro lado, el titular de la fuente y el que incurrió en todos los gastos de adquisición de los equipos, así como de las medidas correctivas implementadas fue la Constructora Almahue S.A, por lo que correspondería solicitarle a ella el estado financiero y así determinar su real capacidad económica, y no la de Almahue Don Carlos S.A.

119. En cuanto a los factores atenuantes, no existe una valoración, menos aún calificada, de las **medidas correctivas implementadas** con una eficiencia y rapidez de la

que nada se dice, pues como se indica en Tabla 5 del Considerando 39, según la SMA *“No se demostró la implementación de medidas de mitigación de ruidos adoptadas por el titular de manera voluntaria”*, lo que se encuentra plenamente probado mediante cartas respuesta de Constructora Almahue de 27 de marzo de 2020 y 21 de enero de 2021.

120. Tampoco se valoró de manera calificada la **cooperación eficaz** con la que obró en todo momento el titular de la fuente emisora, pues sólo se le reconoce que cumplió con los numerales 1 y 4 del Resuelvo VIII de la RE 1/Rol D-025-2021, cuando en realidad dio cumplimiento a todos ellas previamente cuando se dio cumplimiento a las medidas provisionales dictada.

121. En cuanto al beneficio económico, la SMA aplica los costos evitados de cuatro medidas analizadas en la Tabla N° 6 de la RE 2290, respecto de las cuales podemos señalar:

- a) Respecto de biombos y/o barreras móviles o fijas, la Constructora Almahue incurrió en un costo total de \$5.650.153, lo que se acredita en facturas que se acompañan en el primer apartado.
- b) Apantallamiento del perímetro completo, también fue realizado como se informó en carta respuesta de 27 de marzo de 2020, asciende su costo a \$15.318.703, según facturas que se adjuntan en el primer apartado.
- c) En cuanto a la construcción de taller de corte con material para mitigar ruido, en carta respuesta de 21 de enero de 2021, se da cuenta que los talleres existentes en subterráneo, piso 1, piso 11 y 12, todos contaban con medidas de mitigación acústica.
- d) Por último, en cuanto al sellado de vanos en piso de avance de la obra, dicha medida era completamente innecesaria dado el adelanto que se produjo en la instalación de termopaneles, teniendo la obra un avance del 70% según lo informado en carta de 21 de enero de 2021.

122. Dado lo expuesto, no existen los costos evitados que se imputan, y ellos además ascienden a un monto menor a lo establecido en la mencionada Tabla 6.

F) DECAIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO.

123. Finalmente, se debe hacer presente que la SMA tomó conocimiento de los hechos mediante denuncia recepcionada con fecha 26 de diciembre del año 2019 por parte de la Superintendencia.

124. Luego, después de 3 años, con fecha 26 de diciembre de 2022 esta Superintendencia viene a dictar resolución condenatoria, esto es, la RE 2290.

125. Es necesario hacer presente que, a la fecha de la dictación de la resolución que se impugna el titular ya había concluido con la construcción y obra gruesa del edificio Lenz 500. Adicionalmente, y como se expuso, se presentaron una serie de medidas correctivas oportunas, idóneas y suficientes para efectos de mitigar eventuales ruidos. Lo anterior, tendría como consecuencia que la sanción haya perdido completamente su objeto y su eficacia como tal. De esta manera, se configura derechamente la figura del decaimiento.

126. El decaimiento de procedimiento administrativo sancionador ha sido entendido por la Excma. Corte Suprema como: *“su extinción y pérdida de eficacia, no es sino el efecto jurídico provocado por su **dilación indebida e injustificada**, en abierta 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 relaciona con la oportunidad en que se realizan las actuaciones administrativas.”*¹⁰

127. En efecto, la Excma. Corte Suprema en causa Rol 8682- 2009 sostiene en relación a una sanción impuesta por la Superintendencia de Servicios Eléctricos y combustibles: *“Se torna inútil ya que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represiva, (desde que) con ella se persigue el desaliento de futuras conductas similares”*.

128. Lo anterior, no hace más que reafirmar un claro cambio de circunstancias producto de los años que han transcurrido entre la denuncia con la dictación de la resolución sancionatoria que se impugna, siendo esta última, completamente inútil e ineficaz.

¹⁰ Causa Rol N°257 - 2019, Tercera Sala Constitucional. Excma Corte Suprema, considerando tercero.

129. La doctrina ha sostenido que: *“La idea del decaimiento viene a raíz de los que podría denominarse como el sobrevenir un “cambio en las circunstancias”, pues, (...) pierden estos su energía jurídica en razón de esas circunstancias sobrevinientes, y se dice que carece de sentido, que se transforma en inútil”.*¹¹

130. Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental en causa ROL R-269-2020 señala en su Considerando Decimotavo: *“(...) es de extrema relevancia si se considera que el procedimiento administrativo objeto de revisión de autos se inició por denuncia (...) Así entonces, concluir que el procedimiento administrativo sancionatorio se dilató de manera excesiva e injustificada, perdiendo con ello eficacia el ejercicio de la potestad sancionatoria, es un razonamiento obligado en autos.”*

131. Finalmente, en el mismo fallo el Segundo Tribunal Ambiental señala el Considerando Vigésimo primero que: *“la alegación será acogida en cuanto a que la tardanza excesiva e injustificada en que incurrió la SMA en sustanciar el procedimiento administrativo sancionador ha devenido en su decaimiento y consecuente extinción, perdiendo por lo tanto su eficacia, conforme se establecerá en lo resolutivo de esta sentencia”.*

132. Indudablemente, en el presente caso considerando que el inicio de este procedimiento administrativo fue el año 2019 han cambiado las circunstancias por las cuales se estaría multado, imprecisa, desproporcionada e injustificadamente a mi representada perdiendo al año 2023 completamente su objeto.

III. PETICIONES CONCRETAS.

En virtud de lo expuesto, realizó a Ud. las siguientes peticiones concretas:

133. Dejar sin efecto la RE 2290, y absolver completamente a mi representada por no ser la autora de la infracción, y/o no encontrarse suficientemente acreditada, y/o haber decaído el procedimiento administrativo sancionador.

¹¹ (2020)El decaimiento en el derecho administrativo chileno. Soto Kloss Eduardo. Revista de derecho público Iberoamericana. N°17. pp. 299.

134. En subsidio, dejar sin efecto la RE 2290, y retrotraer el procedimiento a la formulación de cargos, ya que las imputaciones deben dirigirse a Constructora Almahue S.A., notificándola de los mismos, y abriendo así una nueva posibilidad de presentar un programa de cumplimiento.

135. En subsidio a lo anterior, dejar sin efecto la RE 2290, y retrotraer el procedimiento para que mi representada puede presentar un nuevo programa de cumplimiento o, en su defecto, aplicar la sanción de amonestación por escrito, al ser esta la primera infracción por la que se le condena a mi representada y existir antecedentes favorables que así lo recomienda, según lo expuesto en esta presentación.

136. En subsidio a todo lo anterior, dejando sin efecto la RE 2290, solicitó se realice una nueva ponderación de las circunstancias del art. 40, rebajando sustancialmente el monto de la multa aplicada, justificando previa y suficientemente porque no son acogidas ninguna de las peticiones anteriormente realizadas.

POR TANTO,

SOLICITO A UD., acoger a trámite el recurso de reposición deducido en tiempo y forma, y, con su mérito, dejar sin efecto la Resolución Exenta 2290, sirviéndose consecuentemente a proceder conforme las peticiones concretas realizadas en el acápite III de esta presentación.

PRIMER APARTADO: ACOMPAÑA DOCUMENTOS. Solicito a Ud., se sirva tener por acompañados los siguientes documentos en parte de prueba, sin perjuicio de otros que pudieran adjuntarse, según lo solicitado en el segundo y tercer apartado:

1. Tres (3) facturas que dan cuenta de que el titular de las fuentes emisoras es Constructora Almahue S.A
2. Ordinario 432 de 2020 de la SMA.
3. Carta de 27 de marzo de 2020 de Constructora Almahue S.A.
4. Comprobante de acuse de recibo de SMA de carta de 27 de marzo de 2020.
5. Carta de 21 de enero de 2021 de Constructora Almahue S.A.
6. Informe de Acustika de 19 de enero de 2021.

7. Contrato de construcción a suma alzada entre Almahue Don Carlos y la Constructora Almahue S.A
8. Presupuesto de cierre perimetral con sus respectivas facturas (5).
9. Presupuesto de pantallas acústicas con sus respectivas facturas (4).
10. Personería para representar a Almahue Don Carlos S.A.

SEGUNDO APARTADO: SOLICITA APERTURA DE TÉRMINO PROBATORIO Y CITACIÓN DE TESTIGOS. Solicito a Ud. que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 62 LOSMA en relación con el art. 35 inciso segundo de la Ley 19.880, proceda a abrir un período o término probatorio especial de 10 días, dada la naturaleza de procedimiento sancionador del presente procedimiento administrativo, la complejidad de los hechos alegados en lo principal, y asegurar que mi representada no quede en indefensión.

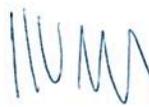
Dentro de dicho término, se podrán aportar todas las pruebas que en Derecho sean pertinentes, solicitando desde ya se cite a declarar a lo menos a las siguientes personas, bajo apercibimiento legal que corresponda, o bien -dada la situación de pandemia- se reciban sus testimonios vía telemática o mediante declaraciones juradas suscritas ante Notario, según Ud. estime conveniente para su propio y mejor convencimiento:

1. **Eugenio García Gañan**, español, soltero, constructor civil, administrador de obra, domiciliado en Julio Prado 2110, comuna de Ñuñoa, región Metropolitana, correo electrónico graciageu@yahoo.es, celular +56 9 6848090.
2. **Jorge Mejías Vera**, chileno, casado, constructor civil, jefe de terreno, domiciliado en Julio Prado 2110, comuna de Ñuñoa, región metropolitana, correo electrónico jorgemeve28@gmail.com, celular +56 9 5157804.

TERCER APARTADO: SOLICITA COPIA DE DOCUMENTO QUE INDICA. Solicito a Ud. copia de Acta de Inspección de fecha 3 de febrero de 2020 que se acompaña como Anexo N° 4 al Informe de Fiscalización DFZ-2021-125-XIII-MP (o "Informe 125"), pero no hemos logrado encontrar anexado a dicho documento.

CUARTO APARTADO: ACREDITA PERSONERÍA. Solicito a Ud., se sirva tener presente la personería para representar a Almahue Don Carlos S.A., consta en escritura pública de fecha 6 de diciembre de 2021, otorgada ante don Hernán Cuadra Gazmuri, Notario Público de la Primera Notaría de Santiago, inscrita a fojas 96566 número 44488 del

Registro de Comercio de Santiago del año 2021, cuya copia acompaño en el primer apartado.



DARIO OVALLE IRARRÁZVAL
pp. Almahue Don Carlos S.A.