

EN LO PRINCIPAL: ALEGA CADUCIDAD QUE INDICA. EN SUBSIDIO, RECURSO DE REPOSICIÓN. **EN EL OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

SR. SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

JAIME RÍOS VERMEHREN, ingeniero, en representación de Constructora M3 S.A., Rut 76.262.460-5, en autos sobre Procedimiento Administrativo Sancionatorio **Rol D-022-2019**, al Sr. Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente digo:

I. **CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE ESTOS AUTOS (ROL D-022-2019).**

En primer término, solicito a Ud. declarar la caducidad del procedimiento administrativo de autos habida cuenta que este ha excedido su tramitación en más de 6 meses, excediendo el plazo legal expresamente establecido en el artículo 27 de la Ley 18.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos:

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

En efecto, desde la notificación de la Formulación de Cargos **-hito que da inicio al procedimiento administrativo sancionador de autos-** correspondiente a la resolución Exenta N° 1 dictada por la SMA con fecha **8 de marzo de 2019**, han transcurrido 2 años y 10 meses.

Incluso, aún de entenderse que el decaimiento o caducidad del procedimiento administrativo se produce una vez cumplido el plazo de 2 años previsto en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, lo cierto es que este ya caducó.

A su vez, la Resolución Exenta N° 1018 de 6 de mayo de 2021, mediante la cual se impone a Constructora M3 una multa de 178 UTA, ha sido notificada más de 8 meses después (enero de 2022), violando con ello el artículo 45 inciso segundo de la Ley 19.880 que dispone: *“las notificaciones deberán practicarse, a más tardar, en los cinco días siguientes a aquél en que ha quedado totalmente tramitado el acto administrativo”.*

Resulta evidente entonces que la SMA no ha observado los plazos legales previstos tanto para la tramitación del procedimiento administrativo como para notificar válidamente sus resoluciones.

Finalmente, en cuanto a la oportunidad de esta alegación, se hace presente que el **artículo 10°** de la Ley de Bases, expresamente reserva a los interesados, el derecho de aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento, pudiendo también en cualquier instancia alegar defectos de tramitación *“especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.”*.

II. EN SUBSIDIO, RECURSO DE REPOSICIÓN

En subsidio de la declaración de caducidad solicitada en el “Acápito I” y para el evento que sea rechazada, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 20.417 (indistintamente “LOSMA”), interpongo recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N° 1018 de fecha 6 de mayo de 2021 (indistintamente la “REX N° 1018”), en virtud de la cual se resolvió el presente procedimiento administrativo sancionatorio, aplicando a mi representada una sanción consistente en multa de 178 Unidades Tributarias Anuales (indistintamente la “Multa”); admitirlo a tramitación y, acogiendo el presente recurso de reposición, deje sin efecto la REX N° 1018 y en su lugar resuelva:

1) Absolver a Constructora M3 de los cargos formulados en estos autos administrativos.

2) En subsidio, aplicar una sanción pecuniaria que no exceda de 1 Unidad Tributaria Anual o el monto que estime pertinente de conformidad con el mérito de los presentes autos administrativos.

Fundo el presente recurso de reposición en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho.

1. EL HECHO OCURRIDO EL 6 DE DICIEMBRE DE 2018 NO ES IMPUTABLE A CONSTRUCTORA M3 SINO A UN TERCERO.

En la Resolución Exenta N° 1 dictada en estos autos administrativos, el Sr. Fiscal instructor formuló cargos **contra Constructora 3M, Rut 76.262.460-5**, por el siguiente hecho constitutivo de presunta infracción:

RESUELVO:

I. FORMULAR CARGOS en contra de Constructora M3 S.A., rol único tributario N° 76.262.460-5, titular de la faena "Construcción Edificio LTO", por la siguiente infracción:

1. El siguiente hecho, acto u omisión que constituye una infracción conforme al artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de Normas de Emisión:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión				
1	La obtención, con fecha 06 de diciembre de 2018, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 80 dB(A) , en horario diurno, en condición externa; medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II; y la obtención, con fecha 11 de enero de 2019, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 71 dB(A) , en horario diurno, en condición externa; medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <i>"Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1":</i></p> <p><i>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</i></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">Zona</th> <th style="text-align: center;">De 7 a 21 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">II</td> <td style="text-align: center;">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 todo, para efectos del correcto análisis del presente recurso de reposición es menester desagregar el citado "hecho" infraccional en dos: el hecho (o hechos) ocurrido el 6 de diciembre de 2018, por una parte, y el hecho (o hechos) ocurrido el 11 de enero de 2019, por otra.

Por último, la REX N° 1018 de 6 de mayo de 2021, que resolvió el presente procedimiento sancionatorio, mantuvo -sin variación alguna- los hechos imputados en la formulación de cargos, según consta en su Resuelvo "PRIMERO":

RESUELVO:


PRIMERO: Atendido lo expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente en *"La obtención, con fecha 06 de diciembre de 2018, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 80 dB(A), en horario diurno, en condición externa; medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II; y la obtención, con fecha 11 de enero de 2019, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 71 dB(A), en horario diurno, en condición externa; medido en un receptor sensible, ubicado en Zona II"*, que generó el incumplimiento del D.S. N° 38/2011; aplíquese a Constructora M3 S.A., Rol Único Tributario N° 76.262.460-5, la sanción consistente en una multa de ciento setenta y ocho unidades tributarias anuales (178 UTA).

Sin embargo, el hecho ocurrido el 6 de diciembre de 2018 es inimputable a Constructora M3 pues, según consta en el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental correspondiente al Expediente DFZ-2019-104-XIII-NE¹, la propia SMA imputó aquél hecho exclusivamente a la sociedad **Inmobiliaria e**

¹ Disponible en <https://snifa.sma.gob.cl/Fiscalizacion/Ficha/1042594>

Inversiones LTO S.A., Rut 76.301.952-7, según consta de los siguientes documentos:

1) Actas de Inspección de la Dirección del Departamento de Salud Ambiental de la I. Municipalidad de Providencia, de fecha 6 de diciembre de 2018, de fecha 6 de diciembre de 2018, en la cual se identifica a Inmobiliaria e Inversiones LTO S.A., Rut 76.301.952-7:

 MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA		N° _____
ACTA DE INSPECCIÓN DIRECCIÓN DE DESARROLLO COMUNITARIO DEPARTAMENTO DE SALUD AMBIENTAL		
SECCIÓN CONTROL SANITARIO	<input type="checkbox"/>	
SECCIÓN DE ESTUDIOS Y DIFUSIÓN	<input checked="" type="checkbox"/>	
OFICINA DE ZONOSIS	<input type="checkbox"/>	
DATOS DEL BENEFICIARIO		
Nombre:	Inmobiliaria e Inversiones LTO S.A. 76.301.952-7	
Dirección:	Luis Thayer Ojeda 596	Teléfono: _____
Tipo de servicio:	Act. informativo por incumplimiento de norma de ruido.	
Fecha:	6/12/18	
Observaciones:	De acuerdo a denuncias de vecinos, se realizó exploración acústica con resultado sobre la norma por lo que se informó de resultados. Sebastián Domínguez se comprometió a informar sobre avances de medidas de mitigación.	

2) Ficha de Información de Medición de Ruido contenida en el Informe Técnico de Fiscalización DFZ-2019-104-XIII-NE, suscrito por los funcionarios de la SMA Sres. Juan Pablo Rodríguez y don Matías Tapia:

1 IDENTIFICACIÓN DE LA UNIDAD FISCALIZABLE	
1.1 Antecedentes Generales	
Identificación de la Unidad Fiscalizable: Construcción Luis Thayer Ojeda 596	
Región: Metropolitana	Ubicación específica de la unidad fiscalizable: Luis Thayer Ojeda N°596, Providencia, RM
Provincia: Santiago	
Comuna: Providencia	
Titular de la unidad fiscalizable: Inmobiliaria e Inversiones LTO S.A.	RUT o RUN: 76.301.952-7
Domicilio titular: Luis Thayer Ojeda N°596, Providencia, RM	Correo electrónico: _____
	Teléfono: _____

Al margen de que la SMA no ha formulado cargo ni aplicado sanción alguna contra dicha sociedad (Inmobiliaria e Inversiones LTO S.A.), lo cierto es que **no puede sancionarse a Constructora M3 por un hecho ajeno que, por lo**

mismo, no le ha sido imputado -tampoco podría imputársele un hecho ajeno- por la SMA en el curso el presente procedimiento administrativo.

Desde luego, formular cargos y sancionar a Constructora M3 por un hecho ajeno constituye una evidente infracción (que no admite graduaciones) del *principio de culpabilidad*, cuya aplicación al procedimiento administrativo sancionatorio de autos no admite duda alguna, de acuerdo con el criterio ampliamente seguido por la jurisprudencia:

“Cuadragésimo primero. Que, a juicio de este Tribunal, en el ámbito administrativo sancionador se aplica el principio de culpabilidad, lo que se traduce en que sólo podrá sancionarse al infractor que ha actuado en forma dolosa o culposa”².

Desde luego, y por obvio que resulte decirlo, Constructora M3 no ha actuado ni menos tiene intervención ni dolosa ni culposa en relación con el hecho -ajeno- acaecido el 6 de diciembre de 2018 y que -reitero- la propia SMA ha imputado (en el expediente de Fiscalización citado *supra*) al tercero Inmobiliaria e Inversiones LTO S.A.

2. LA SMA ATRIBUYE AL ACTA DE INSPECCIÓN DE LA I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA RESPECTO DEL HECHO OCURRIDO EL 6 DE DICIEMBRE DE 2018 UN VALOR PROBATORIO QUE NO TIENE.

La REX N° 1018 confiere el valor de presunción legal de verdad a los hechos consignados en el Acta de Inspección emanada del Departamento de Salud Ambiental de la I. Municipalidad de Providencia (suscrita por el funcionario Sr. Daniel Arenas) de 6 de diciembre de 2018, trasladando sobre Constructora M3 - inversión de la carga de la prueba mediante- el peso de desvirtuar los hechos consignados en dicha Acta Municipal.

En efecto, en su párrafo 72 la REX N° 1018 señala:

72. En consecuencia, en relación a la medición efectuada por la I. Municipalidad de Providencia-validada por esta Superintendencia-, el día 06 de diciembre de 2018, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 80 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medidos desde el receptor “1”, y la medición efectuada por esta Superintendencia, el día 11 de enero de 2019, que arrojó los niveles de presión sonora corregidos de 71 dB(A), en horario diurno, en condición externa, medidos desde el punto de medición del receptor “LTO1”, ambos ubicados en calle Luis Thayer Ojeda N° 610, depto. 602, comuna de Providencia, región metropolitana de Santiago, homologable a la Zona II de la norma de emisión de ruidos; se concluye que ambas fueron efectuadas dando cumplimiento a la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011, y no fueron desvirtuadas durante el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

² Sentencia dictada por el Segundo Tribunal ambiental en causa Rol R-38-2014

Sin embargo, la conclusión adoptada es completamente errónea, al menos tratándose de los hechos de 6 de diciembre de 2018 consignados en el Acta Municipal de la misma fecha:

1) Primero, porque al funcionario suscriptor del Acta Municipal de 6 de diciembre de 2018 (Sr. Daniel Arenas) no le resulta aplicable el artículo 51 inciso segundo de la LOSMA (en relación con su artículo 8) que dispone: *“los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de **ministro de fe**, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el **valor probatorio señalado en el artículo 8º**, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*.

No le resulta aplicable debido a que dicho funcionario no tiene el carácter de ministro de fe; de hecho, de conformidad con la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, sólo el secretario municipal tiene dicha función conforme dispone su artículo 20:

Artículo 20.- La Secretaría Municipal estará a cargo de un secretario municipal que tendrá las siguientes funciones:

b) Desempeñarse como ministro de fe en todas las actuaciones municipales, y

Por lo mismo (ausencia de calidad de ministro de fe), el Acta Municipal de 6 de diciembre de 2018 -los hechos consignados en ella por el referido funcionario- **no gozan de la presunción legal dispuesta en el artículo 8 inciso segundo de la LOSMA.**

2) Segundo, porque el artículo 8 inciso segundo de la LOSMA confiere el carácter de ministro de fe sólo al **personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador** y únicamente respecto de *“los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización”*.

La misma disposición legal dispone la consecuencia que se sigue del cumplimiento de tales requisitos: *“Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”*.

Sobre esta materia, por ejemplo, el Segundo Tribunal Ambiental resolvió en la Sentencia dictada en autos Rol R-23-2013: *“Cuarto. Que consta en los antecedentes del proceso, que las actividades de inspección llevadas a cabo los días 22 y 23 de mayo de 2013, fueron realizadas por el fiscalizador de la SMA señor Boris Cerda Pavés; que los hechos constatados se encuentran perfectamente detallados en su respectiva acta; y que estos fueron formalizados en el informe de fiscalización DF2-2013-549-XIII-Rivadeneira Colombara Zegers y Cía. Ltda.-Inmobiliaria Altué S.A. De acuerdo a lo anterior, no hay motivos*

formales que puedan privar a los hechos constatados por el fiscalizador del valor probatorio al que se refiere el artículo 8° inciso 2° de la Ley Orgánica de la SMA”.

En consecuencia, y sin perjuicio de que, según se dijo *supra* el hecho de 6 de diciembre de 2018 **no es imputable** a Constructora M3 sino a un tercero, lo cierto es que en estos autos no existe ningún Acta de Fiscalización que cumpla con los requisitos del artículo 8 inciso segundo de la LOSMA respecto de los hechos de 6 de diciembre de 2018; desde luego el Acta Municipal de 6 de diciembre de 2018 no cumple dichos requisitos y, por ende, no goza de la presunción legal de los artículos 51 y 8 de la LOSMA, recayendo sobre la SMA la carga de probar tales hechos.

3. LA SMA ESTÁ IMPEDIDA DE SANCIONAR A CONSTRUCTORA M3 POR LOS HECHOS DE 6 DE DICIEMBRE DE 2018

De conformidad con lo expuesto en los acápites II. y III. precedentes, resulta manifiesta la improcedencia de formular cargos y menos aún de aplicar sanción alguna contra Constructora M3 en relación con los hechos de 6 de diciembre de 2018, por lo que esta parte debe ser absuelta de la imputación fundada en tales hechos.

Con todo, conforme veremos a continuación, concurren en estos autos otras circunstancias que justifican la absolución de Constructora M3 de todos los cargos formulados en su contra o, al menos, la aplicación de una sanción pecuniaria de una entidad muy inferior a la fijada por la REX N° 1018.

4. LA SANCIÓN APLICADA POR LA REX N° 1018 VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA.

Sobre este importante principio que rige en materia de procedimiento administrativo sancionador, el profesor Osorio señala que *“el principio de proporcionalidad o de "prohibición de exceso" se refiere a que debe existir una relación de **razonabilidad entre el hecho sancionado por la Administración y la cuantía o gravedad de la sanción que ésta deba aplicar**”*³.

Pues bien, en estos autos administrativos la SMA infringe dicho *principio de proporcionalidad*, toda vez que la sanción aplicada por la REX N° 1018 -ni más ni menos que 178 UTA- no resulta razonable a la luz de las características del

³ OSORIO VARGAS, CRISTÓBAL, “Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General”, 2° edición, p. 111

hecho sancionado en relación con las circunstancias previstas en el artículo 40 de la LOSMA el cual dispone:

“Artículo 40.- Para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- 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 señalado en la letra r) del artículo 3°.*
- 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”.*

Pues bien, la REX N° 1018 ponderó la aplicación de las circunstancias referidas, determinando en consecuencia el monto de la multa impuesta, en los siguientes términos:

1) Tratándose de la circunstancia prevista en el artículo 40 letra a)

La REX N° 1018 expresamente concluyó (párrafo 104) que *“en el presente caso, no existen antecedentes que permitan configurar la generación de un daño producto de la infracción”.*

Sobre el riesgo que pudo haber causado la presunta infracción en el párrafo 115 concluyó que *“efectivamente se ha generado un riesgo a la salud, aunque no de carácter significativo...”*. Es decir, la propia SMA califica dicho riesgo como de una entidad menor.

2) Tratándose de la circunstancia prevista en el artículo 40 letra b)

La REX N° 1018 concluyó (párrafo 124) que “*el número de personas que se estimó como potencialmente afectadas por la fuente emisora, que habitan en el buffer identificado como AI, es de 2.317 personas*”.

Sin embargo, dicha conclusión se sustenta en la aplicación de una fórmula matemática descrita en el párrafo 119 de la REX N° 1018, pero que constituye una ponderación extremadamente abstracta del potencial de afectación, sobre todo considerando que la determinación del radio del Área de Influencia (párrafo 118) de 189 metros se sustenta (párrafo 121) en los hechos ocurridos el 6 de diciembre de 2018 (presión sonora medida supuestamente en 80 dB) hechos que, se insiste, no pueden ser considerados en estos autos por las razones expuestas *supra*.

A mayor abundamiento, la adecuada determinación del “número de personas cuya salud pudo afectarse” requería el pronunciamiento, es decir, un informe, de la autoridad sanitaria atendidas sus competencias técnicas, lo que no se hizo en estos autos administrativos. Este criterio ha sido sostenido por el profesor Osorio Vargas:

“la Superintendencia del Medio Ambiente en la tramitación de un procedimiento sancionador, para determinar la cuantía de sanción administrativa, debe considerar “el número de personas cuya salud pudo afectarse”, de conformidad a la letra b) del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, para poder completar aquel antecedente será fundamental un informe de la autoridad sanitaria, considerando su competencia en materias vinculadas a la salud de las personas”⁴.

Cabe añadir que en estos autos administrativos se constata tan sólo una denuncia, formulada por doña Kristel Hernández quien, además, envió a Constructora M3 un correo electrónico de fecha 28 de septiembre de 2020 en el que reconoció la rapidez y efectividad de las medidas adoptadas en orden a disminuir el ruido, agradeciendo la preocupación por su bienestar exhibida por la empresa; si bien dicho correo electrónico fue acompañado en el escrito de “descargos” de este parte, este **fue completamente soslayado por la SMA**.

3) Tratándose de la circunstancia prevista en el artículo 40 letra c)

De acuerdo con la REX N° 1018 (párrafos 96 a 99) el “beneficio económico” obtenido por Constructora M3 es exiguo (apenas 0,2 UTA) y, por lo mismo, ratifica el carácter desproporcionado de la multa fijada en 178 UTA, es decir, 890 veces el supuesto beneficio económico ponderado en 0,2 UTA.

⁴ OSORIO VARGAS, CRISTÓBAL, ob. Cit., p. 435.

4) En relación con la circunstancia prevista en el artículo 40 letra d)

No es efectivo lo señalado por la REX N° 1018 (párrafo 141) en orden a que *“los actos del infractor reflejan una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma”* derechamente no guarda relación con las actuaciones llevadas a cabo por Constructora M3 durante el curso del este procedimiento administrativo.

De hecho, basta constatar la importante cantidad de gestiones y gastos incurridos a propósito del PDC presentado oportunamente a la SMA para constatar los ingentes esfuerzos realizados por Constructora M3 para poder mejorar sus estándares de cumplimiento normativo; así consta por ejemplo en los Informes parciales y en el Informe Final relativos al PDC presentado por esta parte ante la SMA.

5) En relación con la circunstancia prevista en el artículo 40 letra e)

En este punto resulta suficiente señalar que la REX N° 1018 estima la efectiva concurrencia de esta circunstancia (párrafo 148): *“en consonancia con lo alegado por la empresa, no constan en el presente procedimiento sancionatorio antecedentes que permitan descartar una conducta irreprochable anterior, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a la infracción a verificada”*.

6) En relación con la circunstancia prevista en el artículo 40 letra f)

En materia de **capacidad económica** del presunto infractor es menester señalar que la propia REX N° 1018 reconoce (párrafo 150) que la capacidad de pago de la empresa *“normalmente no es conocida por esta superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones”*. Y agrega que *“este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que **tome conocimiento** de las sanciones respectivas, debiendo proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas”*.

Por lo mismo, habiendo tomado conocimiento recientemente de la sanción de 178 UTA dispuesta por Ud. en la REX N° 1018 es que se ha hecho evidente la absoluta desproporción entre la capacidad de pago de Constructora M3 y el monto de dicha sanción. Es decir, derechamente Constructora M3 no cuenta con capacidad financiera para pagar la referida multa (de allí arranca la desproporción).

En un otrosí de este recurso de reposición se acompañan distintos documentos de carácter financiero y contable que dan cuenta de la imposibilidad de pagar la multa impuesta por Ud. en la REX N° 1018. Veamos:

- 1) Balance al 31 de diciembre de 2019, da cuenta de un resultado correspondiente a una **ganancia** de \$44.077.030.
- 2) Balance al 31 de diciembre de 2020, da cuenta de una **ganancia** de \$62.030.533.
- 3) Pre-Balance al mes de septiembre de 2021, da cuenta de una **pérdida** por \$50.850.757

En definitiva, el resultado obtenido por Constructora M3 durante los últimos 3 ejercicios comerciales (años 2019, 2020 y 2021) corresponde a una **ganancia anual promedio de \$18.418.935**, variable que por sí sola da cuenta que Constructora M3 carece de capacidad de pago de la multa fijada en la REX N° 1018 por 178 UTA.

A mayor abundamiento el Sr. Superintendente podrá advertir que la determinación de la capacidad de pago derivada de la situación financiera de Constructora M3 se configura teniendo en consideración no sólo el monto de ventas anuales que efectúe, **sino también descontando los gastos, costos y pérdidas en el desarrollo de su giro.**

Y es a partir de esta capacidad de pago real que se debe determinar el monto -y proporcionalidad- de la multa aplicada por la SMA.

4) En relación con la circunstancia prevista en el artículo 40 letra g)

Según consta en su Resolución Exenta N° 1018, de un total de 10 acciones de mitigación comprometidas en el Programa de Cumplimiento (“PDC”) la SMA declaró **cumplidas** un total de 8 (acciones números 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 y 9).

A su vez, declaró **cumplidas parcialmente** a 2 de tales acciones de mitigación, correspondientes a los números 3 y 10 del “PDC”. Sin embargo, no es efectivo que éstas últimas acciones de mitigación hayan sido cumplidas sólo de un modo parcial como concluye la REX N° 1018 en la tabla contenida en su párrafo 163. Por el contrario, dichas acciones fueron íntegramente cumplidas según se expuso en el escrito de “descargos” presentado por esta parte, cuyos términos doy por reproducidos en esta parte en lo relativo a las acciones de mitigación números 3 y 10.

En todo caso, la propia REX N° 1018 concluyó (párrafo 164) que **“el grado de incumplimiento de dichas acciones es bajo, motivo por el cual el incremento de la sanción original, producido por le incumplimiento de estas acciones, es menor”**.

Al margen de la declaración de “menor entidad” de los cumplimientos parciales de apenas 2 de un total de 10 acciones de mitigación comprometidas en

el PDC, la desproporcionalidad de la sanción aplicada por la REX N° 1018 también se manifiesta a partir del hecho que, tal como ha sido establecida, resulta imposible conocer cuál es el monto exacto de la multa sobre la base del cual se aplica el agravamiento derivado del supuesto incumplimiento del PDC, según lo contemplado en el artículo 42 inciso quinto de la Ley 20.417 que dispone:

“Dicho procedimiento se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia”.

Es decir, al tenor de la REX N° 1018 es imposible saber si la multa 178 UTA dispuesta por la SMA ya contiene el incremento derivado del pretendido incumplimiento del PDC y, en caso afirmativo, a cuánto ascendería el monto de la multa impuesta.

5. LA REX N° 1018 INFRINGE EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

Sobre esta materia el profesor don Jorge Bermúdez señala que *“las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones. En este sentido, es razonable entender que las **actuaciones precedentes de la Administración** pueden generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes”.* Como concepto jurídico puede entenderse al principio de protección de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*) como el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que como ha venido actuando de una determinada manera, lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares”⁵

En el caso de estos autos administrativos la REX N° 1018, particularmente el monto de la multa dispuesta por su intermedio, infringe el principio de confianza legítima habida cuenta de que existen diversos precedentes en que la propia SMA, enfrentada a casos similares al de Constructora M3, e incluso tratándose de infracciones **graves**, ha dispuesto la aplicación de multas de una cuantía muy inferior, respetando el *principio de proporcionalidad*. Así, por ejemplo, encontramos los siguientes casos:

<i>Rol</i>	<i>Unidad Fiscalizable</i>	<i>Incumplimiento</i>	<i>Clasificación</i>	<i>Monto</i>
------------	----------------------------	-----------------------	----------------------	--------------

⁵ BERMÚDEZ SOTO, JORGE, “Derecho Administrativo General”, p. 110.

<i>Expediente</i>		<i>normas de emisión Artículo 35 letra h) LOSMA Nivel de presión sonora</i>	<i>Artículo 36 LOSMA</i>	<i>sanción</i>
D-152-2019	Construcción Apart Hotel Santa Magdalena	81dB	Grave	13 UTA
D-165-2020	Obras de demolición calle Suecia 136	74 dB	Leve	35 UTA
D-006-2019	Obras de demolición calle General Holley 2315	95 dB	Grave	22 UTA
D-046-2021	Edificio Holanda 100	71 dB	Leve	1 UTA
D-053-2021	Edificio Las Violetas	72 dB	Leve	34 UTA
D-120-2020	Obras de demolición calle Holanda 279	71 dB	Leve	36 UTA
D-017-2021	Edificio Plaza Dinamarca	60 dB y 59 dB	Leve	5.3 UTA
D-005-2018	Construcción obra Darío Urzúa	74 dB	Leve	12 UTA

En consecuencia, es menester que la SMA en el evento que se rechace la absolución de esta parte y aún de considerársele como infractora, reduzca el monto de la sanción pecuniaria de manera sustancial. En caso contrario derechamente se estaría infringiendo también el derecho a la igualdad ante la Ley previsto en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República toda vez que, para casos similares relativos a la infracción de normas de emisión de ruido, se estaría se estarían aplicando multa muy disímiles en su cuantía, incluso tratándose de infracciones **graves** y de unidades fiscalizables que ni siquiera presentaron un Plan de Cumplimiento como hizo en su oportunidad Constructora M3.

POR TANTO,

SOLICITO AL SEÑOR SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE, declarar la caducidad del presente procedimiento administrativo sancionador Rol D-022-2019, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito, incluyendo las Resoluciones Exentas N° 1 y N° 1018.

En subsidio, solicito a Ud. tener por interpuesto recurso de reposición contra la Resolución Exenta N° 1018 de fecha 6 de mayo de 2021, en virtud de la cual dispuso aplicar a Constructora M3 S.A. una sanción consistente en multa de 178 Unidades Tributarias Anuales, admitirlo a tramitación y, acogiendo el presente recurso de reposición, dejar sin efecto la Resolución Exenta que se repone y en su lugar resolver:

- 1) Absolver a Constructora M3 de los cargos formulados en su contra por la SMA en estos autos administrativos.
- 2) En subsidio, aplicar una sanción pecuniaria que no exceda de 1 Unidad Tributaria Anual o el monto que estime pertinente de conformidad con el mérito de los presentes autos administrativos.

OTROSÍ: solicito a Ud. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1) Balance General de Constructora M3 al 31 de diciembre de 2019.
- 2) Balance General de Constructora M3 al 31 de diciembre de 2020.
- 3) Pre Balance de Constructora M3 al mes de septiembre de 2021.



JAIME RÍOS VERMEHREN