

RECURSO DE REPOSICIÓN

SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE
FISCAL INSTRUCTOR SR. PABLO ELORRIETA ROJAS
D-018-2023

BERNARDO ROSENBERG PÉREZ, abogado, en representación de **EURO CONSTRUCTORA SpA.**, titular de la faena constructiva del edificio denominado Alameda Pastor N° 4719, en autos administrativos sancionatorios, **Rol N° D-018-2023**, a UD., con respeto digo:

Que, estando dentro de plazo y de conformidad al artículo 59 de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, vengo en interponer recurso de **reposición en contra de la Resolución Exenta N°1764 de fecha 16 de octubre de 2023**, de la Superintendencia de Medio Ambiente que resolvió procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-018-2023, seguido en contra de EURO CONSTRUCTORA SPA, titular de la faena constructiva del edificio denominado Alameda 4719- Estación Central. El presente recurso tiene por objeto se deje sin efecto la resolución impugnada, conforme a los argumentos de hecho y de derecho que a continuación expongo.

I. ANTECEDENTES PREVIOS:

Mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol D-018-2023 de 20 de enero de 2023, se dio inicio a la instrucción de un procedimiento sancionatorio Rol D-018-2023 con la formulación de cargos a Euro Constructora SpA., por el siguiente hecho infraccional:

“La obtención con fecha 24 de mayo de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido de 67 dB(A), medición realizada en condición externa; la obtención, con fecha 25 de mayo de 2021, de un NPC de 67 dB(A), 71 dB(A) y 70 dB(A), mediciones realizadas en condición externa la primera y tercera, y en condición interna con venta abierta

la segunda; y, la obtención, con fecha 26 de mayo de 2021, de un NPC de 71 dB(A), medición efectuada en condición interna con ventana abierta; todas las mediciones efectuadas en horario diurno y en receptores sensibles ubicados en Zona III.”

Por medio de la Resolución Exenta N° 1764, de 16 de octubre de 2023 se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-018-2023, sancionando a esta parte con una multa de 27 UTA , respecto al hecho infraccional señalado anteriormente, por infracción a la norma de emisión de ruidos contenida en el D.S. N°38/2011 del MMA, según lo dispuesto en el art. 35 letra h) de la LOSMA. La notificación de la referida Resolución Exenta se practicó mediante correo electrónico, siendo notificada el día 23 de octubre del presente.

II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Que, con fecha 19 de julio de 2021, la División de Fiscalización de esta Superintendencia, derivó a la División de Sanción y Cumplimiento, el informe de Fiscalización Ambiental, **DFZ-2021-1653-XIII-NE**.

Que, tal como se incorporó y se informó en su oportunidad procesal respectiva, la obra está sujeta a fiscalización de autos, obra la cual concluyó con fecha 01 de junio de 2021 (etapa de obra gruesa propiamente tal) y etapa de terminaciones con fecha 16 de junio de 2022, según Certificado de Recepción Definitiva de Obras de Edificación N° 10, de fecha 12 de abril de 2023, emitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Estación Central.

Que, con fecha 15 de febrero de 2023, esta parte a raíz de que la obra se encontraba finalizada y la imposibilidad práctica de acogerse a un Plan de Cumplimiento, toda vez que, como ya se señaló la obra se encontraba concluida, presentó escrito de descargos, en el cual dio a conocer a la SMA, una serie de medidas implementadas por mi representada para la mitigación de ruido, efectuándose una relación del cronograma de la obra, donde se señaló que se implementó lo que se detalla a continuación:

- a. Muros perimetrales como barrera en los deslindes tanto norte como sur, oriente y poniente de la obra, todos los cuales estaban conformados de doble altura compuesto por

placas OSB, lana mineral, aislante acústico y polietileno, y una cumbrera inclinada en 45° hacia el interior del recinto.

- b. Pantallas acústicas contra el perímetro de vecinos y sector para la realización de faenas de corte
- c. biombo acústico para el uso de sierra circular, esmeril y otras herramientas, el cual estaba compuesto de madera, espuma fonoabsorbente y lona, lo que permitió la absorción de hasta un 90% del ruido.
- d. Cierre acústico a la bomba de hormigonera compuesto por placas de OSB y lana mineral, aislación vertical de la misma y reubicación de la misma hacia un sector más alejado de los vecinos.
- e. Utilización de pantallas móviles para minimizar la exposición a ruido fabricadas con lana mineral acústica de 40 mm de espesor, bastidor de madera, aislapol de 50 mm de espesor y forro doble de malla raschel.
- f. Uso de señaléticas dentro de la obra que indicaban el horario de utilización de herramientas y faenas que generaban mayor ruido. (desde las 9:00 hasta 17:30 horas como límite máximo)

El costo total de la adopción de las medidas de mitigación antes indicadas, fue de \$51.428.843.-, lo cual se encuentra respaldado por las facturas acompañadas en el Anexo al escrito de descargos presentado por esta parte, de fecha 15 de febrero de 2023.

Además, se puso en conocimiento a esta Superintendencia, que mi representada tuvo contacto activo con la Comunidad y con la Municipalidad respectiva por el desarrollo de la obra, buscando mejorar la calidad de vida del sector, así como la evacuación de informes técnicos de ruidos realizados durante los meses de julio y noviembre del año 2021 por la ETFA A&M SpA., los cuales dieron cuenta del cumplimiento de la normativa de emisión de ruidos en los 7 puntos de medición a evaluar:

a. Informe de fecha 8 de julio de 2021:

Tabla 1-3 Evaluación D.S. N°38/2011 del MMA.

Punto	NPS Promedio dB(A)	NPC dB(A)*	NPC Máximo permitido dB(A)	Evaluación según D.S 38/2011 MMA
1	65	Medición Nula	65	No Supera
2	63	61	65	No Supera
3	63	61	65	No Supera
4	60	65	65	No Supera
5	61	Medición Nula	65	No Supera
6	65	Medición Nula	65	No Supera
7	65	Medición Nula	65	No Supera

Fuente: Elaborado por ETFA-Ruido SpA.

*Valor aproximado al entero más cercano de acuerdo con lo establecido en el D.S. 38/2011 del MMA, Artículo 18 b).

De la tabla anterior se puede observar que de la evaluación de ruido según la metodología del D.S. N°38/2011 del MMA, no se supera el nivel máximo permitido en la totalidad de los puntos de medición evaluados.

b. Informe de fecha 25 de noviembre de 2021:

Tabla 1-3 Evaluación D.S. N°38/2011 del MMA.

Punto	NPS Promedio dB(A)	NPC dB(A)*	NPC Máximo permitido dB(A)	Evaluación según D.S 38/2011 MMA
1	65	Medición Nula	65	No Supera
2	60	Medición Nula	65	No Supera
3	60	Medición Nula	65	No Supera
4	59	64	65	No Supera
5	62	Medición Nula	65	No Supera
6	64	Medición Nula	65	No Supera
7	64	Medición Nula	65	No Supera

Fuente: Elaborado por ETFA-Ruido SpA.

*Valor aproximado al entero más cercano de acuerdo con lo establecido en el D.S. 38/2011 del MMA, Artículo 18 b).

De la tabla anterior se puede observar que de la evaluación de ruido según la metodología del D.S. N°38/2011 del MMA, no supera el nivel máximo permitido en todos los puntos evaluados.

Que, esta parte arguyó la imposibilidad de presentar un P.D.C., debido a que la obra estructuralmente se encontraba terminada, estando pendiente únicamente el proceso de recepción por parte de la Dirección de Obras Municipales de Estación Central, lo que evidentemente impedía a esta parte realizar medidas adicionales a las señaladas en el párrafo anterior, o de georreferenciar las imágenes acompañadas - exigencia solicitada únicamente por esta Superintendencia - para acreditar la realización de las medidas implementadas, las que efectivamente no se encontraban georreferenciadas, pero el conjunto y paquetes de medidas desarrolladas por mi representada, dan cuenta de la efectividad de la realización de las medidas, es más si no se hubieran realizado dichas medidas, las denuncias habrían continuado, cosa que no ocurrió.

Resulta ser este último punto en especial relevante, puesto que la Resolución Sancionatoria en su Capítulo VI, sobre ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, señala que al no presentar las imágenes georreferenciadas, no se permite acreditar la implementación de medidas en la unidad fiscalizable, lo que a juicio de esta parte constituye una exigencia desmedida y desproporcionada, en razón de existir los suficientes medios para probar la implementación de las medidas señaladas en el escrito de descargo presentado y en las continuas diligencias aportadas por esta parte.

A mayor abundamiento, la SMA, en su análisis respectivo sobre la situación indicada, para proceder a la aplicación y fundamentación de la sanción de multa en contra de mi representada, fue razonada en base a la sentencia Rol N° 340-2022 del Segundo Tribunal Ambiental. Sin embargo, dicha sentencia es de fecha 16 de marzo de 2023 y, por ende, posterior a la fecha de formulación de cargos que efectuó la SMA, con fecha 20 de enero de 2023, no siendo extensible dicha sentencia ya que los supuestos son diversos y su fundamentación aplicable a este caso en concreto debe ser diversa; y, además, por un principio de temporalidad del derecho. Por el contrario, en causa **Rol N° R-278-2021, sentencia de fecha 24 de febrero de 2022, la Ministra señora Sfeir, fundamenta de la siguiente manera:**

*“1° Que, en cuanto a la falta de oportunidad de la época de la formulación de cargos, **atendido el tiempo transcurrido entre el acto de fiscalización y la formulación de cargos, tal dilación incidió en la posibilidad real de la empresa reclamante de poder presentar un programa de cumplimiento.***

*2° Que, en efecto, **resulta forzado pretender que el infractor tuvo la oportunidad de presentar un programa de cumplimiento, en circunstancias que la faena constructiva se contraba concluida y no existían, por tanto, medidas a implementar.** Acusar que pudo aportar medidas correctivas previamente a la formulación de cargos resulta igualmente ilusorio, pues la mera recepción de un acta de inspección no constituye emplazamiento ni reproche.*

*3° Que, en el caso de autos, el acta de inspección no entrega información alguna que pudiera dar indicios que de se constató una excedencia a la norma, limitándose a señalar en la sección 6 “Hechos constatados y/o actividades realizadas”, que “Los resultados de las actividades de fiscalización ambiental realizadas serán informados a la SMA para su evaluación y resolución”, sin efectuar referencia alguna a los resultados de la medición ni a la excedencia que se habría verificado, **ni constando en autos que se ha hecho entrega igualmente de la***

“Ficha de información de medición de ruido”, documento en el cual se registra, entre otros antecedentes, el nivel de excedencia a la norma de ruido.

4° Que, de esta manera, el titular de la faena fiscalizada que recibió el acta de inspección no tuvo como anticipar que la Superintendencia dirigiría una imputación en su contra. **Una formulación de cargos oportuna hubiese posibilitado al infractor proponer e implementar medidas en la construcción de la obra, que permitieran dar cumplimiento a los límites del D.S. N 38/2011, y con ello hacer efectiva la opción que el artículo 42 de la Ley Orgánica de la SMA otorga a los infractores”**

5° Que, el marco legal vigente permite al infractor proponer un programa de cumplimiento solo una vez que la SMA le ha notificado la decisión de dar inicio a un procedimiento sancionatorio. Esta salida alternativa, a disposición de todos los infractores que no presenten impedimentos de conformidad al artículo 42 de la Ley Orgánica de la SMA, forma parte del derecho de defensa, pues permite al sujeto regulado evitar la aplicación de una sanción mediante la adopción de medidas correctivas que sean aprobadas por la autoridad. **Una vez iniciado el procedimiento sancionatorio, la mera concesión de plazo para presentar un programa de cumplimiento inoportuno por causa atribuible a la autoridad no satisface el estándar de actuación exigible a la misma y afecta el derecho de defensa del infractor, que forma parte de la garantía de un racional y justo procedimiento, exigencia plenamente aplicable al procedimiento sancionatorio regulado por la Ley N° 20.417. Así al impedir en los hechos el acceso efectivo a esta salida alternativa del procedimiento, se vicia de manera esencial la validez del acto impugnado”**

6° Que, asimismo, resulta pertinente relevar que la SMA también incurrió a una indebida dilación en el tratamiento de una denuncia. **Lo anterior, porque aun cuando se realizó la inspección encomendada y oportunamente diligencia por la Autoridad Sanitaria, esta no resultó en la apertura de un procedimiento de sanción sino catorce después de recibidos todos los antecedentes, ya concluida la fase de constitución y con ello, agotada la posibilidad de que se adoptaran medidas correctivas que hubieren permitido abordar los ruidos que afectaron al denunciante. Se vulnera así el derecho del denunciante a obtener una respuesta no solo formal, sino que sustantiva respecto a las emisiones de ruido objeto de su denuncia.”**

Así las cosas, la SMA, señaló que, esta parte pudo igualmente haber presentado las acciones ejercidas como medidas de mitigación de ruido, sin embargo, esta parte efectivamente lo realizó, poniendo en conocimiento a esta Superintendencia de ello.

Que pese a la imposibilidad existente para implementar **más acciones de mitigación de ruido por razones fácticas** y no por mera voluntad o desidia de mi representado, quien efectivamente presentó las medidas de mitigación y los medios de verificación tales como órdenes de compra, facturas, guías de despacho, documentación, entre otros.

Adicionalmente, mi representada, tal como se indicó en el escrito de descargos, no solo demostró que se adoptaron medidas con la finalidad de cumplir con la normativa ambiental, sino que además mantuvo comunicación constante y participación activa con la comunidad afectada, en pos de reparar el mal producido por la contaminación acústica, lo cual no fue valorado por el órgano al momento de efectuar la evaluación, ponderación y posterior análisis en la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, infringiendo con ello la verificabilidad de las medidas y la ponderación de las mismas

Por último, es necesario señalar que mi representada mantiene una causa con la Superintendencia, Rol Procedimiento Sancionatorio D-132-2022, en la cual se presentó un PDC., el cual fue aprobado por esta SMA, lo que hace patente el apego que tiene mi representada con la normativa ambiental, su cumplimiento y desarrollo en armonía con la normativa legal junto a su correlativo compromiso de reducir las emisiones acústicas, con miras al bienestar de la comunidad aledaña. Lo anterior, es de suma importancia, pues además de gozar con una irreprochable conducta anterior, tal como lo expresó la Resolución Sancionatoria, mi representada también demostró su constante deseo y capacidad de ajustarse a la normativa vigente y una colaboración durante todo el proceso, tal cual como se da cuenta a continuación.

III. PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA BASES METODOLÓGICAS PARA LA DETERMINACIÓN DE SANCIONES AMBIENTALES

Que, es menester tener presente que nos encontramos frente a un procedimiento administrativo sancionatorio, el cual tiene por objeto utilizar las administraciones públicas para ejercer su potestad sancionadora; procedimiento que tiene garantías de las que forman parte del debido proceso reconocido en el sistema constitucional chileno.

Esta potestad sancionatoria, al ser una manifestación del ius puniendi, - y según lo razonado por parte mayoritaria de la doctrina y del propio Tribunal Constitucional chileno - se deben aplicar al

procedimiento por medio del cual se decretan, las garantías penales sustantivas que reconoce el sistema constitucional chileno.¹ Lo anterior, queda fundamentado igualmente, por mandato del artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución política de la República (en adelante CPR) en relación al artículo 5 inciso segundo del mismo cuerpo legal, que señala que dicho procedimiento deberá respetar siempre las garantías del debido proceso.

Por lo demás, existen exigencias normativas y razones lógicas para hacer aplicable a esa actividad administrativa las garantías de un procedimiento racional y justo², debido a que el artículo 19 N° 3 inciso 6° CPR hace aplicable la garantía de racionalidad y justicia no al proceso, sino a todo procedimiento e investigación.

Pues bien, tal como se señaló anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y parte importante de la Doctrina nacional señala que sí deben aplicarse al procedimiento sancionatorio de la Administración las mismas garantías penales, aunque, siguiendo la jurisprudencia del TC, con matices.³

Para ello, es preciso tener presente que nuestra Constitución Política de la República reconoce, además del derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos (art, 19 N° 3 inciso 6°), el derecho a la defensa técnica (art. 19 N° 3 inciso 2°), el derecho a un juez natural o a un tribunal ordinario predeterminado por la ley (art. 19 N°3 inciso 5° CPR) y, de manera indirecta, el derecho de presunción de inocencia, desde el momento que la Constitución prohíbe que la ley pueda presumir de derecho la responsabilidad penal (art. 19 N°3 inciso 7°)⁴

Derecho a la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador

En España, en materia de procedimiento administrativo sancionador, en relación con la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración en el procedimiento sancionatorio

¹ Boettiger Philipps, C. “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (2009), pág. 587.

² Van Weezel, A. “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo” (2017), pág. 1040. En igual sentido, una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como sostienen Boettiger (2009), 587 y ss; Navarro 2004, 106; Morales 2021, 190.

³ Iberoamericana de Energía Ibener S.A. con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2006). Vergara 2004, 139.

⁴ Cordero Quinzacara, Eduardo (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho chileno. Revista de Derecho (Valparaíso) XLII (primer semestre), pág. 433.

toda la carga de la prueba en relación a dar por acreditados los hechos denunciados y la responsabilidad del acusado en ellos, como si de un proceso penal se tratase.⁵

En Chile, Vergara Blanco señala que ella rige tanto para la responsabilidad penal como para todo tipo de responsabilidad, con especial mención de la responsabilidad sancionatoria administrativa.⁶ Ello en razón de que solamente sobre la base de pruebas efectivas, y cuyo aporte está a cargo de quien acusa, podrá alguien ser acusado y sancionado. Cordero Quinzacara⁷ hace suya la posición del Tribunal Constitucional (Rol N° 1518-10⁸), en el sentido que la presunción de inocencia tiene plena aplicación en el procedimiento administrativo sancionador, derecho que no solo emana de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal y la consagración de la dignidad de la persona como valor supremo, sino también del derecho de defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional. Ese trato inocente debe darse durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad.

Asimismo, la Excelentísima Corte Suprema ha manifestado una doctrina clara en orden a poner de cargo de la Administración acusadora rendir la prueba en el procedimiento, prueba que deberá versar sobre el hecho constitutivo de infracción administrativa, el resultado que haya ocasionado, la causalidad existente entre ambos y la participación del acusado (por ejemplo, causa Rol N° 38.817-2017 ECS).

Ahora bien, en el caso de marras, mi representada ha sido tratada como culpable desde un inicio del procedimiento administrativo, toda vez que pese a la abundante prueba que ha acompañado con tal de demostrar su voluntad y sus acciones en las mitigaciones de ruidos respectivas,, esta Superintendencia desestimó la prueba, por el simple hecho de que las imágenes no habían georreferenciadas, siendo que en el procedimiento se acompañaron órdenes de compra, facturas, guías de despacho, entre otros documentos que acreditan por sí solo la ocurrencia de la inversión para la mitigación de ruido. Siendo la exigencia de la georreferencia de un estándar mayor que esta parte pudo realizar, toda vez que tal como se ha señalado en reiteradas ocasiones, la infraestructura de la obra en cuestión al momento de la formulación de cargos, ya estaba terminada.

⁵ Suay Rincón, J. (1989). Sanciones administrativas. Publicaciones del Real Colegio de España.

⁶ Vergara Blanco, Alejandro (2004). Esquema de los principios del Derecho Administrativo sancionador. Revista de Derecho (Coquimbo) 11 (2), pág. 145.

⁷ Cordero Quinzacara, Eduardo (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho chileno. Revista de Derecho (Valparaíso) XLII (primer semestre), pág. 434.

⁸ En mismo sentido, STC Rol N° 2381/2013.

Lo señalado anteriormente, generó a esta parte una imposibilidad práctica de georreferenciar imágenes de hechos ya realizados o de realizar mayores medidas a las presentadas, si es que la obra ya estaba terminada y, por ende, también cualquier excedencia que un hecho puntual pudo provocar en su momento.

Por último, en su Resolución Sancionatoria, la S.M.A., valorando las circunstancias del artículo 40 LOSMA, en factores de incremento a considerar, clasifica que mi representada actuó con intencionalidad en la comisión de la infracción, sin demostrar con pruebas concretas dicha supuesta intencionalidad, más aún, yerra la S.M.A., al señalar en sus factores de disminución en las medidas correctivas, que no concurren, puesto que a criterio del ente sancionador *“las facturas acompañadas por el titular dan cuenta de la implementación de medidas anteriores a la infracción”*.

Lo anterior, no es efectivo, ya que la misma **Tabla 7**, de la resolución impugnada por la presente vía señala:

Tabla 7. Costos incurridos por motivo de la infracción en escenario de incumplimiento¹³

Medida	Costo (sin IVA)		Fecha o periodo en que se incurre en el costo	Documento respaldo
	Unidad	Monto		
Cierre acústico adicional	\$	6.326.050	22-04-2022	Factura N° 182 acompañada en descargos
Cierre acústico adicional	\$	199.500	05-08-2022	Factura N° 185 acompañada en descargos
Medición y medidas de control de ruido Empresa JyP Ltda.	\$	582.985	23-12-2021	Factura N° 140 acompañada en descargos
Medición de Ruido ETFA A&M SpA	\$	429.753	06-12-2021	Factura N° 288 acompañada en descargos
Medición de Ruido ETFA A&M SpA	\$	416.486	22-07-2021	Factura N° 230 acompañada en descargos
Medición de Ruido ETFA A&M SpA	\$	829.385	21-06-2021	Factura N° 206, acompañada en descargos
Costo total incurrido	\$	8.784.159		

En ese orden de ideas, recordemos que la infracción fue constatada como ya se señaló, con fecha 19 de julio de 2021, la División de Fiscalización de esta Superintendencia, derivó a la División de Sanción y Cumplimiento, el informe de Fiscalización Ambiental, **DFZ-2021-1653-XIII-NE** y las facturas y medidas señaladas son con posterioridad a la fecha señalada.

Principio de proporcionalidad

Del análisis realizado por esta Superintendencia para la determinación de la sanción impuesta, necesariamente esta parte concluye que la multa resulta desproporcionada y carente de una correcta ponderación de la realidad, en atención a los argumentos que se han señalado anteriormente y que también de aquellos que procederé a detallar a continuación.

La SMA, no justifica la elección de la sanción debido a que se le impuso una multa de 27 UTA a pesar de haber cumplido con los estándares en materia de salud y seguridad. Más aún, esta no se condice con la entidad de la infracción, considerando especialmente el rango de sanciones aplicables dentro de las cuales, expresamente se contempla la amonestación por escrito.

Sobre la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, y con el objeto de adecuar la sanción al caso concreto, el legislador indica que se deberán ponderar las circunstancias del artículo en cuestión, el que considera los siguientes criterios:

- 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

En primer lugar, se debe tener en cuenta que la SMA, en la resolución impugnada sólo determina que la infracción se considerará leve, como se concluye del considerando 8° y 35°, ante lo cual el artículo 39 literal c) señala expresamente que estas infracciones podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales, lo que queda de manifiesto en el considerando 37° de la antedicha resolución sancionatoria.

Tabla 3. Formulación de cargos

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Clasificación				
1	La obtención, con fecha 24 de mayo de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido de 67 dB(A) , medición realizada en condición externa; la obtención, con fecha 25 de mayo de 2021, de un NPC de 67 dB(A) , 71 dB(A) y 70 dB(A) , mediciones realizadas en condición externa la primera y tercera, y en condición interna con ventana abierta la segunda; y, la obtención, con fecha 26 de mayo de 2021, de un NPC de 71 dB(A) , medición efectuada en condición interna con ventana abierta; todas las mediciones efectuadas en horario diurno y en receptores sensibles ubicados en Zona III.	<p>D.S. N° 38/2011 MMA, 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>Extracto Tabla N° 1. Art. 7° D.S. N° 38/2011</p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 7 a 21 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>III</td> <td>65</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]	III	65	Leve, conforme al numeral 3 del artículo 36 LOSMA.
Zona	De 7 a 21 horas [dB(A)]						
III	65						

Ante ello, la autoridad al realizar la calificación de los hechos como una infracción de carácter leve, la ley ofrece 2 alternativas: una amonestación por escrito o multa. Empero, en la misma **resolución sancionatoria no se detalló cuáles fueron las razones por las que la SMA, estimó que debía sancionarse con multa y desechar la amonestación por escrito**, es más, **no señala la forma en que se determinó el monto de la multa aplicable.**

De la propia lectura de la resolución sancionatoria, no resulta posible concluir el porqué se opta por la multa excluyendo la amonestación por escrito, tampoco se indica cómo se arribó al monto de la multa considerando la existencia de la Guía metodológica de determinación de sanciones del año 2017, capítulo 3.2 y de la existencia de tan sólo un cargo.

Al efecto, en Sentencia R-326-2022 del Segundo Tribunal Ambiental, en su considerando Noveno señala:

“Que, en el contexto de la LOSMA, se debe tener presente que la letra o) del artículo 3° establece que corresponderá a la SMA la atribución de “[...] Imponer sanciones de conformidad a lo señalado en la presente ley”. Al respecto,

dicha atribución se relaciona con la potestad sancionadora que detenta la Administración la cual se define como “[...] el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas” (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. 3ed., Santiago: Thomson REUTERS, 2014, p. 326).

Agrega en el considerando Décimo:

“Que, en los artículos 35 y 36 del referido cuerpo normativo se expresa que: “[...] Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones [...] Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionatoria [...] las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves”.”

En lo que respecta al proceso de determinación de la sanción aplicable, el mismo Tribunal Ambiental señala lo siguiente en el considerando Undécimo:

“Que, además, conforme a sus artículos 36 a 40, el Superintendente, para ejercer sus facultades sancionadoras requiere de una serie de etapas (regladas y discrecionales) para efectos de determinar la sanción aplicable. Así, en primer término, resulta necesario realizar una identificación de la infracción, relacionando los hechos con el ‘tipo infraccional’. En segundo término, en consideración a los efectos o circunstancias de los hechos, actos u omisiones, se deberá clasificar la gravedad de la infracción. En tercer término, una vez calificada su gravedad, se deben considerar los tipos de sanción que contempla la LOSMA en relación con los rangos de sanción aplicables de acuerdo con la calificación de gravedad atribuida. Sobre el particular, la LOSMA contempla sanciones de tipo pecuniarias, como lo es el caso de la multa, y aquellas de naturaleza no pecuniaria, las que corresponden a la revocación de la resolución de calificación ambiental (en adelante, ‘RCA’), la clausura (temporal o definitiva) y la amonestación por escrito.”

Unido a lo anterior, es que la autoridad de la SMA, debe ponderar las circunstancias que indica el artículo 40 de la LOSMA. Asimismo, expresa que la ponderación que realice debe siempre *“ser realizada sobre la base del principio de proporcionalidad, imperante en el ámbito del ejercicio del ius puniendi estatal (Cfr. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 17.736, de 13 de diciembre de 2016, c. 15). En efecto, la doctrina ha señalado que la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA derivan de este principio, por cuanto la proporcionalidad se relaciona con que la sanción impuesta guarde coherencia con la entidad de la infracción, lo cual exige que esta sea adecuada al caso concreto. De esta manera, se ha sostenido que el principio*

citado “[...] consiste en que la sanción que se va a aplicar producto de una infracción sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción. Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, 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” (BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Fundamentos de Derecho Ambiental. 1ed Ed., Valparaíso: Editorial Universitaria de Valparaíso, 2014, p. 493) (destacado del Tribunal). De ahí que la sanción se ‘modele’ al caso concreto mediante la ponderación de estos criterios.”

Posteriormente, en el mismo fallo, el Tribunal Ambiental discurre sobre la importancia que reviste la Guía de Bases Metodológicas para el establecimiento de sanciones administrativas, señalando en el considerando Decimocuarto *“Que, en esta línea, las Bases Metodológicas de la SMA, junto con establecer lineamientos para la aplicación de los criterios del artículo 40 de la LOSMA, se posicionan como “[...]una herramienta analítica que ha contribuido a dar coherencia, consistencia y proporcionalidad en la fundamentación de las sanciones [...]”*(Numeral 3 de la parte considerativa de la Resolución Exenta N° 585, que ‘Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización, de la Superintendencia del Medio Ambiente y Revoca Resolución que indica’ de la Superintendencia del Medio Ambiente). *Por ello, tanto las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, como las Bases Metodológicas de la SMA establecen un estándar de actuación de la Superintendencia en cuanto a la elección de la sanción aplicable.”*

En efecto, el mismo Tribunal en Sentencia Rol R- 195-2018 de fecha 4 de septiembre de 2020, reconoce que la ponderación de las circunstancias corresponde a un ejercicio de la potestad discrecional que posee la SMA, **pero que debe ser ejercida en todo caso fundadamente.**

Finalmente, el considerando Decimoséptimo del Segundo Tribunal Ambiental en R- 326-202 concluye *“Que, por consiguiente, este Tribunal estima que la **definición de la sanción aplicable corresponde a un proceso que se construye sobre la base del principio de proporcionalidad, sobre el cual, a su vez, derivan los criterios del artículo 40 de la LOSMA.** Además, tanto la ponderación de dichos criterios como la elección de la sanción corresponde a una determinación discrecional de la autoridad. Sobre la base de lo expuesto, y considerando el deber general de fundamentación de los actos administrativos, no cabe sino concluir que el Superintendente, al aplicar una sanción (pecuniaria o no pecuniaria), debe realizar un ejercicio motivado de las razones que lo llevaron a escogerla (Cfr. Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 224-2020, de 17 de junio de 2021, cc. 12 y 13).”*

Cabe destacar por último y no menos importante, las circunstancias de disminución que mi representada reunía para la determinación de la sanción aplicable, y respecto de las cuales no se tuvo fundamentación detallada respecto a su consideración y ponderación por parte de esta SMA.

- a) **Cooperación eficaz:** La resolución sancionatoria señala que sí concurre toda vez que esta parte respondió la totalidad de la información requerida mediante las Resoluciones Exentas SMA N°303/2021 y 1012/2021, así como todos los ordinales del Resuelvo IX. de la Resolución Exenta N° 1 D- 018-2023.

- b) **Irreprochable conducta anterior:** A juicio de la SMA concurre, en cuanto no existen antecedentes que permitan sostener infracción anterior al D.S. N°38/2011 MMA en la unidad fiscalizable.

- c) **Medidas correctivas:** A criterio de esta S.M.A., no concurre pues no se demostró la aplicación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos adoptadas de manera voluntaria, como lo señala la siguiente tabla contenida en la resolución impugnada:

Medidas correctivas (letra i)	<p>No concurre, pues no se demostró la aplicación de medidas de naturaleza mitigatoria de ruidos adoptadas de manera voluntaria. En efecto, las medidas que presentó el titular corresponden a aquellas contempladas en la RCA N° 313/ 2017, que calificó ambientalmente el proyecto "Edificio Alameda 4719", cuyo cumplimiento es obligatorio⁶.</p> <p>Además, las facturas acompañadas por el titular dan cuenta de la implementación de medidas anteriores a la comisión de la infracción. Finalmente, las fotos que se acompañaron en el procedimiento no se encuentran fechadas ni georreferenciadas, por lo que no permiten acreditar la implementación de medidas en la unidad fiscalizable con posterioridad al hecho constitutivo de infracción.</p>
-------------------------------	---

Tal como se señaló por esta parte en su escrito de descargos presentado ante esta SMA, la adopción de medidas correctivas por parte de Euro Constructora SpA. no fue posible ya que a la fecha de la formulación de cargos la obra ya se encontraba finalizada, hecho que fue acreditado a través del respectivo certificado de recepción definitiva de obras de edificación, de fecha 12 de abril de 2023, emitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Estación Central, por tanto se torna lógicamente imposible la aplicación de medidas mitigatorias de ruidos ex post. Sin embargo, y tal como es reconocido expresamente por esta Superintendente, de las facturas y órdenes de compra que acompañó esta parte en su oportunidad, si da cuenta de la implementación de medidas anteriores a la comisión de la infracción y durante el transcurso de la obra, las que fueron

paradójicamente desechadas simplemente, por cuanto las fotografías que se acompañaron dando cuenta de la infraestructura construída no se encontraban georreferenciadas ni fechadas, no obstante a las facturas acompañadas fueron posterior a la sanción, como señalamos en el párrafo respectivo *supra*.

En suma, esta parte estima que la resolución sancionatoria no pondera adecuadamente los factores de disminución y no expresa la forma en que éstos interactúan con las circunstancias que indica el artículo 40 de la LOSMA, yerro que incide fundamentalmente en la determinación de la entidad y la cuantía de la sanción aplicada.

Tal como lo señala el autor Jorge Bermúdez en su obra *Fundamentos de Derecho Ambiental* “ Si bien la LOSMA establece un catálogo de criterios de ponderación de las sanciones, 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”

Así las cosas, agrega que “en definitiva, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho administrativo que se extiende a todas las áreas de la actuación de la Administración. Por tanto, debe ser el primer principio que debe considerar en todo procedimiento administrativo sancionador por parte de la SMA y deberá ser considerado dentro de los demás criterios a que se refiere el art. 40 letra i) LOSMA.”

Asimismo, el autor destaca que la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de potestad sancionadora, trae como principales consecuencias las siguientes:

- El principio opera sobre elementos reglados del acto administrativo, por tanto constituye una primera vía para el control de tales elementos presentes en toda actuación administrativa, incluyendo el aspecto reglado de la discrecionalidad.
- La aplicación de este principio obliga a encontrar una única solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que tiene la Administración. (tal como sucede en el caso de marras con la sanción aplicada a mi representada)

- La potestad sancionadora debe ponderar la entidad de la infracción y a la gravedad de la sanción que le corresponde como retribución.
- La potestad sancionadora de la Administración debe ejercerse ponderando las circunstancias concurrentes, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Las sanciones deben determinarse para el caso, en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho.

Principio de verificabilidad y Principio de eficacia

Cómo es posible apreciar, el presente recurso discurre en mayor medida sobre la imposibilidad que tuvo Euro Constructora SpA. de adoptar medidas de mitigación, por cuanto la faena ya se encontraba terminada, aun así tanto antes como después de la fiscalización (y mediante medidas adicionales), mi representada realizó todas las acciones tendientes a mitigar la emisión de ruidos a fin de cumplir con la normativa.

La misma resolución sancionatoria en el considerando 32º expresa que este “titular no se ha visto impedido ni limitado en su derecho a presentar un programa de cumplimiento, ya que este pudo presentar como acciones ya ejecutadas todas aquellas medidas de mitigación que efectuó con posterioridad a la constatación de la infracción. Sin embargo, si analizamos dicho considerando, más allá de las medidas implementadas por esta parte y cuyo medio de verificación fue desechado sin mayor explicación por la SMA, las medidas que hubiese podido proponer la Superintendencia adolecen de falta de oportunidad ya que la formulación de cargos se notificó con fecha 25 de enero de 2023, en circunstancias que las obras a que dieron lugar a la infracción finalizaron el día 01 de junio del año 2021, por tanto las medidas propuestas devienen en estériles, ya que no se cumpliría el objetivo primordial de asegurar el cumplimiento futuro de la normativa ambiental.

Principio de Celeridad y Decaimiento del Acto Administrativo

Que, en cuanto al tiempo transcurrido desde que la SMA recibe conforme el acta de inspección ambiental, de fecha julio de 2021 y sus resultados constatando la infracción al D.S. N° 38/2011

hasta la formulación de cargos de fecha 20 de enero de 2023, incurre en una vulneración al principio de celeridad del acto administrativo. Toda vez que, desde ese momento esta Superintendencia contaba con la información suficiente para iniciar el procedimiento sancionatorio y, pese a ello, incurrió en una demora de 18 meses, no existiendo fundamentación que permita explicar dicha demora.

Así lo ha entendido el Ministro señor López, en causa **Rol N° R-278-2021**, Sentencia de fecha 24 de febrero de 2022, del 2° Tribunal Ambiental, quien señala:

“Por cuanto, a su juicio, en el caso concreto y sólo para efectos de contabilizar el plazo para la configuración del decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio referido en estos autos, este último se entendió iniciado desde que la SMA recibe conforme el acta de inspección ambiental y sus resultados constatando la infracción al D.S. N° 38/2011. Lo anterior, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1° Que, la Administración desarrolla diversas actividades para satisfacer el interés público, comprendiendo dentro de estas, la actividad de policía, que busca mantener el orden público imponiendo conductas a los particulares en relación con las exigencias de interés general. En este sentido, la Administración cuenta con una potestad sancionadora, la cual le permitirá imponer sanciones por transgresiones al ordenamiento jurídico, las que se encuentran tipificadas con anterioridad como infracciones administrativas.⁹

2° Que, a causa de lo anterior, la Administración al tomar conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de una infracción administrativa, de acuerdo con las facultades que detente y al tipo de procedimiento, tendrá que activar su potestad sancionadora y poner en conocimiento al regulado sobre los hechos que configuren la contravención.

3° Que, en este contexto, la forma en que la Administración hará efectiva la responsabilidad del presunto infractor será mediante un procedimiento administrativo sancionador sobre la base del debido proceso.¹⁰ Así, el inicio de dicho procedimiento determinará la oportunidad del presunto infractor de esgrimir defensas y aportar pruebas. Por lo cual, reviste capital importancia el momento en que se entiende iniciado tal procedimiento.

⁹ Cfr. Bermúdez, J. “Fundamento y Límites de la Potestad Sancionadora Administrativa en Materia Ambiental” Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. (2013), pág. 426 y siguientes.

¹⁰ Cfr. Celis, G. “Derecho Administrativo Sancionador” (2019), 1° Ed. Santiago: Editorial El Jurista, pág. 195.

4° *Que, en el caso del procedimiento sancionatorio contemplado en la Ley Orgánica de la SMA, el artículo 47 de dicho cuerpo normativo, expresa que el procedimiento administrativo se iniciará de oficio cuando la SMA tome conocimiento de hechos que puedan ser constitutivos de alguna infracción; a petición de un órgano sectorial en base a los informes que éstos evacuen; y por denuncia si tiene la seriedad y mérito suficiente en relación con los hechos que describen. Se puede desprender de lo expuesto, que el momento en que la Administración toma conocimiento de un hecho que revista los caracteres de una infracción, tiene relevancia para el momento en que se entiende iniciado el procedimiento sancionatorio.*

5° *Que, la Ley Orgánica de la SMA, contempla, en su artículo 35 un catálogo de infracciones administrativas. Así, la potestad sancionadora de la Administración se iniciará con una tipificación genérica de la conducta que se estima como infracción, y luego devendrá en un proceso de subsunción de esta, que tendrá por objetivo determinar si la conducta del presunto infractor se contiene dentro de aquellas tipificadas en el artículo referido, lo que dará certeza a los particulares, quienes podrán adecuar su conducta conforme a lo exigido.¹¹*

[...] 9° *Que, teniendo presente lo expuesto, en el caso que la actividad de fiscalización compruebe una superación de los límites establecidos en dicho cuerpo legal, se tendrá por configurada la infracción. Conforme a lo indicado, la resolución reclamada expone que: “En el caso concreto, el hecho infraccional sobre el cual se basa el actual procedimiento administrativo sancionador, fue constatado por fiscalizadores el día 21 de enero de 2019 [...]*

10° [...] **Según ha sido expresado, a la fecha de la formulación de cargos, la obra se encontraba terminada. [...] Tales circunstancias, desde la mirada del debido proceso, hacen que el momento en que se entiende iniciado el procedimiento sancionatorio se torne de relevancia para analizar la celeridad en el actuar del órgano persecutor.**

[...] 13° ... *La oportunidad en el actuar de la Administración debe conciliarse con un procedimiento que atienda a las particularidades del caso concreto, de manera de garantizar la defensa del presunto infractor en todos los estadios del procedimiento, lo que, por cierto, se relaciona con ser juzgado en un plazo justo y sin dilaciones indebidas.*

Así las cosas, habiendo en el caso de marras denuncias por ruidos molestos interpuestas directamente a esta Superintendencia, de fecha 05 de nov de 2020 y, posteriormente, de fecha 02 de febrero de 2021 y, finalmente, 20 de abril de 2021; habiendo además mi representada entregado

¹¹ Cfr. Tejada, P. “Discrecionalidad Administrativa en la Determinación de Sanciones Ambientales”. Revista de Derecho Ambiental. (2019), núm. 11, pág. 61 y 62.

antecedentes previo al acto de formulación de cargos y un Informe de Fiscalización de fecha julio de 2021, con antecedentes suficientes para que la SMA formulase cargos; decidió finalmente formular cargos 18 meses después del acta de inspección y más de 2 años desde la primera denuncia que se hizo en la misma Superintendencia. configurándose con ello el decaimiento del acto administrativo.

Estos plazos son del todo relevantes, por cuanto el Tribunal Ambiental se ha pronunciado en la causa **Rol N° 172-2018, de fecha 06 de noviembre de 2019**, sobre la oportunidad en que se entiende iniciado un procedimiento sancionatorio, habiendo existido denuncia por ruidos molestos, entre otros. Así luego, de extractar el artículo 21 de la Ley Orgánica de la S.M.A., que indica expresamente que el sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia, expresó que:

“[...] atendido que - tal como se expresa además en el considerando 6° de la resolución reclamada - en el presente caso el procedimiento sancionatorio se inició mediante una denuncia ciudadana [...].”

Que, cabe señalar que el actuar de la Administración debe de ser coherente con los derechos del regulado, de lo contrario, se incurre en que quede a su arbitrio el cómputo del plazo para la configuración de la figura del decaimiento administrativo, perjudicando la interpretación del plazo razonable que garantice la protección.

Así, en la Sentencia de causa **Rol N° R-278-2021, de fecha 24 de febrero de 2022, del 2° Tribunal Ambiental**, en su considerando 17° del voto del Ministro señor López, señala:

“17° Que, de esta manera, la formulación de cargos pasa a ser un acto más bien protocolar o un hito intermedio, que viene a consagrar lo ya constatado previamente por el ente fiscalizador...”

Habiéndose transcurrido en un plazo excesivo en el procedimiento, este se transforma en uno ineficaz, en atención a que fue infringido el principio de celeridad, y, además, habiendo transcurrido más de 2 años desde la primera denuncia y 18 meses desde el Acta de Inspección, se configura el decaimiento del Acto Administrativo.

POR TANTO;

SOLICITO A UD.: Tener por interpuesto recurso de reposición en contra de resolución de fecha 23 de octubre de 2023, que resolvió sancionar a mi representada al pago de una multa de veintisiete unidades tributarias anuales (27 UTA) y, en su mérito, deje sin efecto dicha resolución, sustituyendo la sanción de multa por amonestación por escrito o, en subsidio, rebaje la cuantía de la multa impuesta en diez unidades tributaria anuales (10 UTA) o lo que esta Superintendencia estime pertinente conforme a los antecedentes de hecho y de derecho expuestos en el presente escrito.