

EN LO PRINCIPAL: Interpone recurso de reposición. **PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos. **SEGUNDO OTROSÍ:** Solicitud que indica. **TERCER OTROSÍ:** Notificación. **CUARTO OTROSÍ:** Téngase Presente.

SRA. MARIE CLAUDE PLUMER BODIN
SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE

Eduardo Nestler Geauer, en representación - según se ha acreditado en el procedimiento de autos - de constructora BESALCO DESARROLLOS INMOBILIARIOS S.A., Rol único Tributario N°79.853.280-4, ambos domiciliados para estos efectos en Calle Ebro N°2705, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, a UD. respetuosamente exponemos:

Que, a través de esta presentación y encontrándonos dentro de plazo, venimos en interponer recurso de reposición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley N°20.417 Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LO-SMA"), en contra de la Resolución Exenta N°2136 de fecha 12 de noviembre de 2024 ("resolución sancionatoria") dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA") – notificada a esta parte, mediante correo electrónico de fecha 21 de noviembre de 2024 – que resuelve el procedimiento sancionatorio rol D-053-2023.

El presente recurso, entonces, se interpone con el fin de solicitar a esta autoridad que deje sin efecto la resolución impugnada y absuelva a mi representada de los cargos formulados, por haber operado la institución de la pérdida de eficacia del procedimiento administrativo sancionador.

En el improbable caso de no acogerse la solicitud anterior, solicitamos se sirva dejar sin efecto la resolución impugnada, dictando una nueva resolución enmendando los vicios identificados, absolviendo a esta parte de los cargos formulados o, imponiendo la sanción de amonestación por escrito o la menor multa que en derecho corresponda. Lo anterior, en base a los antecedentes de hecho y derecho que se exponen a continuación:

I. SOBRE LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN DENTRO DE PLAZO

1. El inciso primero del artículo 55 de la LO-SMA, establece que, *“[e]n contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución”*.
2. La resolución Exenta N°2136 de 12 de noviembre de 2024 de la SMA, resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-053-2023, estableciendo una sanción de multa de cincuenta y tres unidades tributarias anuales (53 UTA), fue notificada a esta parte, mediante correo electrónico, de fecha 21 de noviembre de 2024, a las 18:12 horas.
3. Debido a lo anterior, el plazo para la interposición del recurso de reposición regulado en el artículo 55 ya referido, vence el día jueves 28 de noviembre de 2024, razón por la cual, el presente recurso es interpuesto dentro de plazo.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

4. Con fecha 8 de junio de 2021, la SMA recibió una denuncia de la Sra. Gloria María Veas Valdivia, por presuntos ruidos molestos asociados a las actividades desarrolladas por la faena constructiva del edificio denominado “Edificio Las Acacias La Florida” cuya titularidad corresponde a mi representada. Estos ruidos provendrían de actividades de corte de material, martillazos, movimiento de fierro, caída de material y desbaste con rotomartillo. A esta denuncia, se le asignó el ID 1015-XIII-2021.
5. Luego, con fecha 06 de julio de 2021, funcionarios de la SMA realizaron una actividad de inspección ambiental, consistente en una medición de los niveles de presión sonora en el receptor denominado N°EA1 y otra en el receptor denominado N°EA2. Los resultados de la actividad de inspección ambiental fueron recogidos en el Informe de Fiscalización DFZ-2021-2213-XIII-NE, en el cual se habría constatado una superación 13 [dB(A)] medidos en el receptor N°EA2. Cabe destacar que, en el acta, se indicó por mi representada que la principal fuente de emisión de ruido constatada en terreno provenía del uso del ducto de basura (“shaft”).

6. Con fecha 14 de marzo de 2023,¹ mediante R.E. N°1/Rol D-053-2023 – habiendo transcurrido más de 19 meses completos desde la inspección ambiental – la SMA resolvió formular cargos en contra de mi representada, por la obtención, con fecha 6 de julio de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 78 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición externa y en un receptor sensible ubicado en Zona III, clasificando la infracción como leve, en virtud de lo establecido en el numeral 3 del artículo 39 de la LO-SMA.

7. Con fecha 24 de abril de 2023, dentro de plazo, se presentó un Programa de Cumplimiento, en los términos establecidos en el artículo 42 de la LO-SMA, proponiendo acciones integrales, eficaces y verificables, tendientes a reducir los niveles de emisión de ruido desde la faena constructiva a niveles menores a los límites establecidos en el D.S. N°38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente que establece la Norma de Emisión de Ruidos generados por fuentes que indica (“D.S. N°38/2011”). Las acciones propuestas se detallan a continuación:

Tabla N°1: Acciones propuestas en el Programa de Cumplimiento.

N°1	ACCIONES PROPUESTAS
1	<p>Sistema de aislación acústica por ducto <i>shaft</i> y reubicación de ducto de torre B:</p> <p>Para el sistema de aislación acústica se utilizó un recubrimiento con lana mineral y malla <i>raschel</i>, mientras que el cambio de ubicación de sistema de ductos para manejo de materiales se contempló hasta el término de la obra gruesa (agosto de 2021).</p>
2	<p>Mantenimiento de zonas de escombros despejadas y aseadas:</p> <p>La acción contempla el mantenimiento de áreas de descarga de ducto de basura despejadas y aseadas, evitando que materiales o residuos de mayor tamaño sean arrojados por el ducto de basura. Se considera el aseo con personal de obra durante todas las jornadas de trabajo, humectación y retiro de materiales. Se</p>

¹ No obstante, que, en la individualización de la resolución, se indica como fecha de emisión el 14 de marzo de 2022.

	realiza capacitación y educación al personal que desempeña este tipo de tarea, incluyendo supervisores de los pisos correspondientes.
3	Descarga de material a través de montacargas: Mediante esta acción se busca evitar el uso de ducto de basura, y adicionalmente, se realizan traslados con sacos de escombros para mejorar el manejo adecuado de materiales.
4	Confección de Biombo para fuentes fijas: Se confecciona un cierre acústico para grupo electrógeno (fuente fija de ruido) con materiales de placa OSB, vulcometal, metal estructural y lana mineral.
5	Medida ingenieril disco de corte para sierra circular insonoros/broca SDS plus: Se compra de disco especial carburo de alta durabilidad con biselado alterno y broca SDS plus. Compra de diferentes elementos que mitigan los niveles de emisiones de ruido en fuentes móviles de obra principalmente equipos y herramientas tales como: Cinceladores y Sierra Circular. Recomendación designada por mutual de seguridad según informe cuantitativo de ruido.
6	Taller de enfierradura uso de esmeril angular: Se reubica la instalación de patio de enfierradura y uso de esmeril angular en sector distante a vecinos y vías de tránsito públicas, con cierre perimetral de muro de albañería y cierres en tabiquería vulcometal y placa OSB.
7	Reemplazo de martillo de disparo de alto impacto por pistola de fijación de aire comprimido GX 3.
8	Sistema de perforación y cinceladores SDS brocas de perforación rápidas.

Fuente: elaboración propia.

8. Luego, con fecha 18 de julio de 2023, mediante R.E. N°2 / Rol D-053-2023, la SMA resolvió rechazar el programa de cumplimiento presentado por mi representada, arguyendo que las acciones presentadas por el titular en el PdC no cumplirían los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad, en atención a las supuestas deficiencias que se resumen y clasifican a continuación:

Falta de Medidas de Mitigación Directa:

- Las acciones N°2 y N°3 fueron descartadas porque corresponderían a actividades de gestión propias del rubro de la empresa y no a medidas de mitigación directa. Carecerían de pruebas que acrediten su eficacia para garantizar el cumplimiento de los límites establecidos en la norma de emisión de ruido.

Ineficacia de las Medidas Propuestas:

- La acción N°4 (confección de un biombo) no contaría con refuerzo acústico en su cara superior, lo que permitiría la propagación del ruido. Además, no se habría podido acreditar que se ejecutara tras la medición de ruido debido a facturas aparentemente ilegibles y falta de documentación adecuada.
- Las acciones N° 5, N° 7 y N° 8 (adquisición y uso de equipos como discos de corte y sistemas de perforación) no demostrarían, mediante informes técnicos o fichas específicas, la reducción eficaz de las emisiones de ruido. Incluso, algunos documentos presentados no serían coincidentes con los equipos mencionados en el PdC.
- La acción N° 6 (reubicación del taller de corte y uso de esmeril angular) no habría sido acreditada con pruebas suficientes, como fotografías georreferenciadas o facturas claras que confirmaran su implementación posterior a las mediciones.

Falta de Mitigación en Equipos Identificados:

- No se habría propuesto ninguna medida para mitigar el ruido generado por la bomba de hormigonado, a pesar de que estaría identificado como una fuente de ruido relevante.

Documentación Deficiente:

- La documentación presentada, como facturas y contratos, sería ilegible, de modo que no permitirían verificar la ejecución de ciertas acciones ni asociarlas al período posterior a las mediciones de ruido.

Incompleto Abordaje de las Fuentes de Emisión:

- Las acciones no lograrían abarcar todas las fuentes de ruido detectadas, lo que imposibilitaría garantizar el retorno al cumplimiento de la normativa.

Incumplimiento del criterio de verificabilidad:

- No se daría cumplimiento al criterio de verificabilidad, debido a que la documentación presentada por el titular consistente en las facturas N°46406; N°18217632; y la factura asociada a la empresa Volcán, serían ilegibles.
 - Por su parte, las facturas N°364515; N°18217632 y la orden de compra N°218-2163, darían cuenta de la compra de materiales con anterioridad a las mediciones de ruido.
 - Asimismo, los costos asociados a las acciones propuestas tendrían que estar debidamente correlacionados con estas, excluyendo aquellos propios del giro de la empresa que no estén vinculados al incumplimiento. Además, las medidas propuestas deberían incluir todas las acciones relevantes, como el biombo acústico, para ser consideradas en el análisis.
9. Luego, con fecha 22 de abril de 2024, el titular ingresó un escrito a la SMA acompañando un informe elaborado por la ETFA Acustec,² emitido el 19 de abril de 2024, el cual entrega los resultados de las predicciones de niveles de presión sonora y su evaluación realizada de acuerdo con el D.S. N°38/2011 para la etapa de construcción del proyecto inmobiliario “Edificio Las Acacias”.

Los resultados obtenidos del modelo de predicción sonora arrojaron que los límites máximos establecidos por la norma se cumplen respecto de todos los receptores sensibles, tal como se muestra en la tabla siguiente:³

² Código ETFA: 059-01.

³ Informe de Inspección Ambiental. Predicción de niveles de ruido - Decreto Supremo N°38/2011 MMA. Elaborado por ETFA Acustec con fecha 19 de abril de 2024.

Figura N°1. Resultados modelación Acustec

Tabla 18. Evaluación de los niveles de ruido proyectados a cada receptor.

Receptor N°	NPS proyectado [dBA]	Zona DS N°38/11	Periodo (Diurno / Nocturno)	Límite [dBA]	Estado (Supera / No Supera)
1	63	III	Diurno	65	No Supera
2	65	III	Diurno	65	No Supera
3	62	III	Diurno	65	No Supera
4	64	III	Diurno	65	No Supera
5	64	III	Diurno	65	No Supera

Fuente: informe Acustec – 19 de abril de 2024.

10. Finalmente, con fecha 12 de noviembre de 2024 la SMA dictó la Resolución Exenta N°2134, notificada el 21 de noviembre de 2024, por la cual la SMA resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-053-2023, seguido en contra de mi representada producto de *“La obtención, con fecha 6 de julio de 2021, de un Nivel de **Presión Sonora Corregido (NPC) de 78 dB(A)**, medición efectuada en horario diurno, en condición externa y en un receptor sensible ubicado en Zona III”*. Este hecho infraccional implicaría un incumplimiento del D.S. N°38/2011 y se identificaría con el tipo establecido en la letra h) del artículo 35 de la LOSMA, a saber, el incumplimiento de una norma de emisión.

11. Respecto de la clasificación de la infracción de acuerdo con el artículo 36 de la LOSMA, esta fue considerada como “leve” considerando que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo, estableciendo una sanción de multa equivalente a 53 UTA.

12. En los apartados siguientes, se procederá a exponer los argumentos que sustentan la presentación del presente recurso.

III. SOBRE LA IMPOSIBILIDAD MATERIAL DE CONTINUAR CON EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE AUTOS

13. Nuestra Excma. Corte Suprema, en diversos fallos ha transitado desde la figura del “decaimiento del procedimiento administrativo sancionador”, hacia la construcción de una nueva figura, denominada la “imposibilidad material de continuar con el

procedimiento administrativo”, vicio que incide en la ineficacia del procedimiento administrativo, el cual esta parte estima, se configura en autos.

14. La figura de la imposibilidad material nace de una interpretación armónica y sistematizada que la Corte Suprema ha construido sobre el artículo 27 de la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (“Ley N°19.880” o “LBPA”), el cual resulta aplicable supletoriamente al procedimiento administrativo de autos, según lo establece el propio inciso tercero del artículo 1 y el artículo 2 de dicha Ley.

15. A mayor abundamiento, el artículo 27 de la LBPA establece que “[s]alvo 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**” (énfasis añadido). Sobre esta disposición y teniendo presentes las características y dificultades que vienen aparejadas con la función administrativa de los Órganos de la Administración del Estado, es que la Corte Suprema, ha establecido que operaría la figura de la imposibilidad material, entendida como el vicio que subyace a aquellos procedimientos administrativos que extiende de manera excesiva e injustificada del plazo de 6 meses establecido en el artículo 27 en comento, tornándolos en ilegales. Así, la Corte ha establecido, a modo de contexto que “*el cumplimiento del señalado término de seis meses, si bien no será suficiente por sí sólo para determinar una pérdida de eficacia del procedimiento, **marca un hito a partir del cual podrá examinarse la razonabilidad y justificación de su extensión temporal, a la luz de los principios que deben regir la actuación administrativa, obligatorios para la Administración y que, además, tienen expresa consagración legislativa***” (énfasis añadido).⁴

16. Para dotar de límites a esta figura, la Corte Suprema, ha establecido que:

“Ante la claridad del artículo 27, en cuanto ordena que la duración del procedimiento no podrá exceder de seis meses contados desde su iniciación y hasta la decisión final

⁴ Corte Suprema. Rol 152.161-2022 de 06 de septiembre de 2023. C. 6°. También, Corte Suprema Rol N°152.161-2022 de 6 de septiembre de 2023 c. sexto y Rol N° 14.298-2021, de 13 de mayo de 2021, c. 7 y 9.

(...)”⁵, ha sostenido que “(...) la superación irracional e injustificada del plazo antes indicado deriva en la imposibilidad material para continuar el procedimiento, **al concurrir una causal sobreviniente consistente en, precisamente, la expiración del plazo legal, unido a la superación de todo límite de razonabilidad**” (énfasis añadido).⁶ Al respecto, ha afirmado el máximo tribunal que “aun cuando el término del artículo 27 ya citado se aplica con matices a la Administración “por cuanto no basta para la ineficacia del procedimiento su sólo transcurso, sino también un análisis adicional de razonabilidad o justificación del exceso”, ello no puede significar que el administrado **quede entregado al arbitrio del órgano en cuanto a la duración del proceso**” (énfasis añadido).⁷

17. De lo enunciado, se colige, en línea con lo resuelto también por nuestros Tribunales Ambientales, que para que el procedimiento administrativo sancionador pierda su eficacia, debieran concurrir dos supuestos, a saber; (i) el transcurso de más de 6 meses (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la LBPA), y; (ii) que dicha demora carezca de razonabilidad y justificación⁸.

18. A continuación, se abordará cada uno de los elementos necesarios para configuración de la figura de la pérdida de eficacia del procedimiento administrativo.

a. Transcurso de un periodo de tiempo superior a seis meses.

19. Tal como se desprende los hechos descritos en el presente recurso, desde que se lleva a cabo la inspección ambiental, el 06 de julio de 2021, hasta que se formulan cargos, con fecha 14 de marzo de 2023, transcurrió un periodo de tiempo equivalente a 20 meses y 7 días aproximadamente. A su vez, entre la presentación del Programa de Cumplimiento y la resolución sancionatoria transcurrieron 18 meses y 24 días adicionales, por lo que el procedimiento se extendió en más de 39 meses y un día aproximadamente.

20. Lo anterior, se grafica en la siguiente figura:

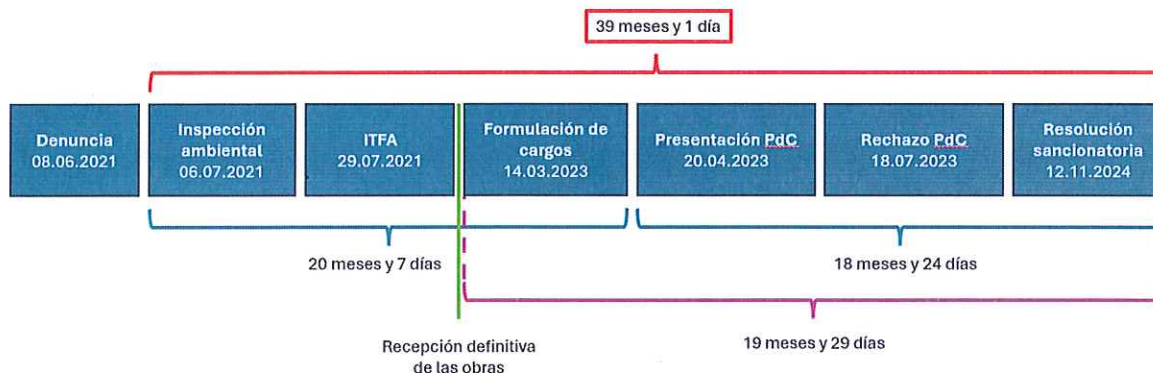
⁵ Corte Suprema. Rol 152.161-2022 de 06 de septiembre de 2023. C. 6°.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-405-2023 de 24 de mayo de 2023. C. 53°.

Figura N°2: Duración del procedimiento administrativo sancionador.



Fuente: elaboración propia.

21. De lo anteriormente expuesto, no cabe ninguna duda que el procedimiento de autos excedió con creces el plazo de 6 meses establecido por el artículo 27 de la Ley N°19.880, es más, sólo contando desde la instrucción formal del procedimiento administrativo (formulación de cargos), se superó en más de 3 veces el plazo en comento y en 6.5 veces, si computamos el plazo a contar de la inspección ambiental.

22. Al respecto, cabe destacar que, en casos como el de autos, en que el inicio del procedimiento administrativo sancionador tiene como antecedente una denuncia, en el entendimiento de la jurisprudencia del 2° Tribunal Ambiental, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un régimen especial. Al respecto, la judicatura ha sido clara en establecer que “(...) la relevancia del ITFA en el sancionatorio ambiental es prominente - dado el carácter técnico que subyace a la mayoría de las infracciones ambientales-, erigiéndose éste como un antecedente fundamental para **verificar los hechos denunciados y sustentar, en consecuencia, la formulación de cargos**” (énfasis añadido).⁹

23. Agrega que “(...) si bien se ha entendido que el procedimiento administrativo sancionador se inicia formalmente con la formulación de cargos, es decir, a partir de la etapa de instrucción del citado procedimiento, **lo cierto es que antes de ello existe una etapa de**

⁹ Segundo Tribunal Ambiental. Rol R-405-2023 de 24 de mayo de 2023 C. 23°.

*iniciación en la que el régimen de denuncia del sancionatorio ambiental tiene ciertas particularidades como forma de dar origen al procedimiento” (énfasis añadido).*¹⁰

24. Concluye al efecto que “(...) el hito fundamental a partir del cual una demora injustificada y carente de razonabilidad puede generar la ineficacia del sancionatorio ambiental, **no es necesariamente la formulación de cargos, que corresponde al momento en que se inicia formalmente el sancionatorio ambiental;** sino que ello puede presentarse a partir del momento en que se configura el deber de la SMA de iniciar el procedimiento sancionatorio, con independencia del hecho que se entienda que éste inicia formalmente con la etapa de instrucción” y, que, “en el régimen especial de denuncia del sancionatorio ambiental, **el mencionado deber se configurará cuando las acciones de fiscalización den cuenta de la seriedad y mérito de los hechos denunciados, lo que se concreta en el ITFA**” (énfasis añadido).¹¹

25. Dado lo anterior, como ya fue enunciado, no cabe duda alguna de que se excedió con creces el plazo de 6 meses establecido en la LBPA, en cualquier caso.

b. Ausencia de razonabilidad y justificación

26. Habiéndose establecido que nuestra judicatura ambiental ha afirmado “que el plazo de inactividad que eventualmente puede incidir en la eficacia del sancionatorio ambiental se empieza a contar **desde que nace el deber de iniciar dicho procedimiento, es decir, desde que se emite el ITFA, que verifique la seriedad los hechos denunciados, y no necesariamente desde el inicio formal del sancionatorio ambiental con la formulación de cargos**” (énfasis añadido)¹², corresponde analizar si existía en el caso de autos, alguna justificación o razón suficiente que justifique el retraso de la SMA en el instrucción del procedimiento administrativo.

27. De los antecedentes disponibles en el expediente sancionatorio, el que, de acuerdo con lo establecido en el inciso cuarto del artículo 16 bis de la LBPA, debe registrar y conservar

¹⁰ Ibid. C. 24º

¹¹ Ibid. C. 29º.

¹² Ibid. C. 38º.

íntegramente, y en orden sucesivo en el expediente, todas las actuaciones del procedimiento, garantizando su fidelidad, preservación y la reproducción de su contenido – idea que es reforzada en el inciso tercero y sexto del artículo 18 de la propia LBPA – **no existe ningún antecedente que dé cuenta de que la SMA haya realizado gestión útil alguna entre el 29 de julio de 2021** (fecha en que el IFA DFZ-2021-2213-XIII-NE fue recibido por el Departamento de Sanción y Cumplimiento) **y el 14 de marzo de 2023**, fecha en que la SMA resolvió formular cargos a esta parte, pese a haber transcurrido más de 19 meses.

28. Por lo que, al no existir ninguna gestión útil que conste en el expediente administrativo que contiene el procedimiento administrativo sancionador, es posible afirmar que tampoco existe una razón suficiente que justifique el retraso en que esta autoridad incurrió entre la elaboración del IFA y la formulación de cargos.
29. Cabe destacar que también existió un periodo de tiempo excesivo (mayor a 6 meses) entre que esta parte presentó el Programa de Cumplimiento y el término del presente procedimiento administrativo sancionador mediante la resolución que por el presente recurso se impugna, equivalente a más de 18 meses.
30. Que la dilación innecesaria e injustificada implica una **vulneración a los principios de celeridad, eficiencia y eficacia**, que son obligatorios para la SMA. Esto incidió directamente en el adecuado desarrollo del procedimiento sancionatorio, ya que, entre otras cosas, **la presentación del Programa de Cumplimiento, instrumento cuyo objetivo es precisamente incentivar al cumplimiento de la norma de ruidos, se hizo cuando el proyecto ya se encontraba finalizado**, puesto que la formulación de cargos fue considerablemente posterior a la finalización de las obras. De esta forma, su elaboración no contemplaba la posibilidad de comprometer acciones coetáneas con la construcción del proyecto, lo que sin lugar a duda es consecuencia de la dilación en la formulación de cargos de la SMA.
31. En este contexto, el excesivo e injustificado transcurso del tiempo hace que la formulación de cargos y la posterior sanción resulten inútiles e ilegítimos, vulnerando el deber de la Administración de llevar a cabo un procedimiento racional y justo.

32. A modo de conclusión, esta parte estima que se presentan todos los elementos para configurar la pérdida de eficacia del procedimiento administrativo, debido a la imposibilidad material de continuar con el procedimiento administrativo sancionador, al haber transcurrido más de 6 meses sea que se compute dicho plazo desde la emisión del IFA o bien desde la formulación de cargos, sin existir una justificación o razón suficiente que habilite su superación, por lo que, como se indicará más adelante, se solicitará a esta autoridad declararla y dejar sin efecto el procedimiento de autos.

IV. SOBRE LA INADECUADA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LO-SMA EN LA DETERMINACIÓN DE LA MULTA

33. En esta sección se abordarán las circunstancias establecidas en el artículo 40° de la LO-SMA, las cuales la SMA se encuentra obligada a observar y ponderar fundadamente para determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponde aplicar.

Para efectos del análisis que se presentará a continuación, se ha tenido en especial consideración, lo establecido en el documento “Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales (diciembre 2017)” (“Bases Metodológicas”).

4.1. ARTÍCULO 40 LITERAL C) DE LA LO-SMA: BENEFICIO ECONÓMICO OBTENIDO CON MOTIVO DE LA INFRACCIÓN

4.1.1. EXCLUSIÓN DE INSTALACIÓN DE BARRERAS ACÚSTICAS EN ESCENARIO DE CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO.

34. De acuerdo con las Bases Metodológicas *“el beneficio económico obtenido por la infracción equivale al valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella”*. Por ello, es que, para la determinación de esta circunstancia, se proyectan dos escenarios, uno hipotético (escenario de cumplimiento) y uno cierto (escenario de incumplimiento). Así, en términos generales, para determinar el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción se realiza un

ejercicio comparativo entre ambos escenarios, y, sobre ello, se estima el costo de cumplir con la normativa ambiental.

35. Al respecto, en el considerando 29 de la resolución sancionatoria, la SMA señala que “(...) *la barrera acústica perimetral no fue considerada en este caso debido a que el titular acreditó su instalación con motivo del inicio de la faena constructiva, con anterioridad al hecho infraccional, lo cual se verifica en el Anexo 6 de la documentación adjunta en su PDC. Por lo tanto, su implementación no da cuenta de una medida capaz de mitigar la superación constatada*” (énfasis añadido).
36. Se estima que la SMA incurre en error al excluir del escenario de costos incurridos por motivo de la infracción, en un escenario de incumplimiento, la inversión asociada a la implementación de la barrera acústica perimetral, toda vez que, para la determinación de este escenario, la SMA debe considerar todas las medidas efectivamente ejecutadas por mi representada para lograr el escenario de cumplimiento normativo.
37. A mayor abundamiento, dadas las características del contaminante y su dispersión en la atmósfera, la implementación oportuna de las barreras acústicas redujo el nivel de ruido que los receptores sensibles recibían. Si bien, de acuerdo con la inspección ambiental realizada en junio de 2021, no se lograron mantener los niveles de ruido bajo los límites establecidos en el D.S. N°38/2011, resulta evidente que sin la implementación de las barreras acústicas la superación habría sido mayor. Lo anterior dado que las medidas de mitigación de ruido funcionan de forma acumulativa, es decir, mientras más y mejores sean, mayor será la reducción y efectividad de estas, en directa proporción a la cantidad y calidad de las propias medidas. En otras palabras, lo expuesto implica una disminución proporcional de los niveles de ruido en función de la cantidad y características de las medidas de mitigación.
38. Dado lo anterior, resulta contrario a toda lógica que dicha medida no sea considerada para la estimación de la inversión en que mi representada incurrió para su implementación, en el escenario de incumplimiento, ya que está fuera de discusión la idoneidad de la medida

para el control de emisiones de ruido, no obstante que esta, por sí sola, no haya sido totalmente eficaz para cumplir con los límites del D.S. N°38/2011.

39. Por otro lado, no es posible obviar que la propia autoridad, en la tabla N°6 de la resolución sancionatoria, reconoce como medida idónea para el escenario de cumplimiento la instalación de barreras acústicas, asignándole un valor de \$9.542.220 en la estimación del costo total en que debió ser incurrido. En consecuencia, la SMA en su resolución sancionatoria incurre en un error lógico en desmedro de mi representada, consistente en asignar un alto valor a una idéntica medida para determinar los costos de un escenario de cumplimiento (caso hipotético), y no considerando la implementación de dicha medida para estimar los costos incurridos por mi representada en el escenario de incumplimiento (escenario real).
40. Esto acarrea un doble efecto en la determinación del beneficio económico presuntamente generado con ocasión de la infracción, y es que se adiciona en el escenario hipotético de cumplimiento, el valor de una medida, que pese a encontrarse implementada, no es considerada en el escenario de incumplimiento construido, por ende se genera un aumento en el valor de lo que debió incurrirse, por un lado y una disminución en lo que efectivamente se incurrió, lo carece de toda razonabilidad y por ende vicia la resolución sancionatoria.
41. En este orden de ideas, de haberse considerado el costo incurrido para la implementación de la medida de instalación de barreras acústicas, dichos costos ascenderían a \$7.897.781,¹³ en lugar de los \$1.125.050 estimados por la SMA, reduciéndose considerablemente el beneficio económico asociado a la infracción.
42. Cabe precisar que en términos de temporalidad, para la construcción del escenario de incumplimiento, la autoridad debió considerar todas las medidas que fueron efectivamente implementadas, en la medida en que éstas tengan por objeto mitigar directamente los efectos adversos asociados a la infracción, en este caso la emisión de

¹³ Dado que el valor acreditado en el contexto de la presentación del Programa de Cumplimiento de los costos de esta acción asciende a \$6.772.731.

ruido, con independencia de si ésta fue implementada con posterioridad o anterioridad a la constatación del hecho infraccional, considerando especialmente que las medidas de mitigación de ruido operan, como ya ha sido expuesto, de forma acumulativa.

43. En su defecto, si la SMA decide no incluir dentro de la estimación de costos del escenario de incumplimiento la adquisición e implementación de las barreras acústicas, la SMA debió haber descontado la medida equivalente para la determinación del escenario de cumplimiento.
44. En misma circunstancia se encuentra la construcción de un taller de corte para el uso de herramientas, el cual se acreditó ante esta autoridad en la presentación del Programa de Cumplimiento, fue construido y que incluso, para aumentar la eficacia de dicha medida, fue reubicado, para alejarlo de los receptores sensibles y reduciendo así el nivel de ruido que estos recibían. Como se detallará más adelante, no puede obviarse la idoneidad de esta medida, considerando que la nueva ubicación del taller de corte, lo posicionó entre el receptor y la obra, por lo que la propagación del ruido se interrumpió por la propia estructura del edificio en construcción.

4.1.2. NO CONSIDERACIÓN EN LA ESTIMACIÓN DEL BENEFICIO ECONÓMICO DE MEDIDAS EFECTIVAMENTE IMPLEMENTADAS

45. La SMA en su considerando 33, indica respecto del recubrimiento con lana mineral y mallas *raschel* utilizadas en el ducto o *shaft* de la Torre B, indica que “(...) *no fue posible considerar los costos asociados debido a la ilegibilidad de la documentación presentada en el PdC o bien, debido a que dichos documentos son anteriores al hecho infraccional*”.
46. Al respecto, cabe considerar que aspectos formales como la ilegibilidad de un documento, son posibles de subsanar mediante solicitudes de información adicional o aclaraciones posteriores, contando la SMA con las facultades para ello, por lo que era esperable, que la SMA previo a la determinación de la multa, solicitare a mi representada dicha información.

47. No obstante, para subsanar el problema identificado por la autoridad en esta presentación, copia de Factura Electrónica N°364515, por la Compra de malla *raschel*, que permiten subsanar el problema de “ilegibilidad” de los antecedentes presentados en el marco del PdC.

48. En relación con la afirmación esbozada por la SMA en el considerando 34 de la resolución sancionatoria, adjunto en el presente recurso, en el Anexo, se acompañan medios de verificación que dan cuenta del efectivo desembolso de dinero asociado a la implementación de la medida de compra de brocas SDS Plus mientras permanecía la faena en labores constructivas, para que sean considerados por la SMA en una nueva estimación de costos para efectos de la determinación del beneficio económicos asociado a la infracción, esta vez, conforme a derecho.

4.1.3. ALCANCE TEMPORAL DE MODELACIÓN DE ESTIMACIÓN DE BENEFICIO POR COSTOS RETRASADOS

49. La SMA en sus Bases Metodológicas, define el beneficio por costos retrasados como “(...) *el beneficio asociado al hecho de incurrir en **costos vinculados al cumplimiento de las exigencias legales con posterioridad al momento en que la normativa lo requería o al momento en que, de haber sido incurridos, la infracción podría haberse evitado. En general, se asocia al retraso en la realización de inversiones o costos no recurrentes necesarios para el cumplimiento***” (énfasis añadido).

50. Al respecto, se observa que la SMA incurre en un error al establecer, en el considerando 36 de la resolución sancionatoria, como término del periodo para la modelación del beneficio económico por costos retrasados, el 14 de diciembre, fecha estimada de pago de la multa, en la medida en que “el momento en que, de haber sido incurrido (en el gasto), la infracción podría haberse evitado”, corresponde al cese de las actividades generadoras de la emisión de ruido, la cual se encuentra acreditada en autos.

51. A mayor abundamiento, es un hecho conocido por la autoridad y acreditado durante la instrucción del presente procedimiento administrativo sancionador, que el término de la obra y por ende necesariamente de la emisión de ruido asociada a la construcción de la

obra gruesa se verificó, en un escenario conservador, el 14 de noviembre de 2022. Ello, se constata en el Certificado de Recepción Definitiva de Obras de Edificación N°676, de 14 de noviembre de 2022, emitido por la Dirección de Obras Municipales de la I. Municipalidad de La Florida, el que se acompaña también en esta presentación.

52. Por las razones expuestas, no era necesario construir un escenario “estimado conservador”, toda vez que existían antecedentes para constatar que el costo retrasado dejó de computarse el 14 de noviembre de 2022, por lo que la modelación del beneficio económico debió considerar hasta dicha fecha y no el 14 de diciembre de 2024, como en ocurrió en autos. Este vicio incidió en la determinación de la multa, por lo que generó un perjuicio a mi representada y, en consecuencia, se solicitará que se enmiende conforme a derecho.

4.2. ARTÍCULO 40 LITERAL I) DE LA LO-SMA: IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS

53. En la Tabla 5 de la resolución sancionatoria, particularmente en el análisis de los factores de disminución, la SMA aborda en el contexto del literal i) del artículo 40 de la LO-SMA, la implementación de medidas correctivas.

54. Al respecto, se indica que dicha circunstancia sólo **concurriría parcialmente**, realizando a grandes rasgos una evaluación que se resume a continuación:

Tabal N°3: Resumen ponderación de medidas correctivas.

#	ACCIÓN O MEDIDA	PONDERACIÓN EFECTUADA POR LA SMA
1	Cobertura de <i>shaft</i> de caída de escombros	La medida es parcialmente idónea y eficaz respecto a dicho tipo de ruido dentro de la faena. Corresponderían a medidas de mera gestión propias del rubro, que no son idóneas ni efectivas para la mitigación de ruidos y que, además carecen de medios de verificación que permitan dar cuenta de la temporalidad o de su implementación, por lo que no serán consideradas como medidas correctivas.
2	Mantenimiento de zonas de carga de zona de escombros	
3	Descarga de material de pisos a través de montacargas	
4	Re-instrucción al personal sobre medida de control para atenuar los ruidos emitidos por el <i>shaft</i> de basura	

5	Confección de biombo para fuentes fijas	El titular no acompañó medios de verificación que acrediten que dicha medida haya sido instalada con posterioridad al hecho infraccional.
6	Reubicación de taller de corte y uso de esmeril angular	
7	Uso de discos y brocas especiales, cinceladores y sierra circular, y reemplazo de martillo de disparo de alto impacto por una pistola de fijación de aire comprimido	<p>No se acompañan antecedentes suficientes para considerar que estas permiten disminuir las emisiones generadas.</p> <p>No se acompañó como medio de verificación órdenes de compra que no resultan suficientes para acreditar que la empresa efectivamente haya adquirido y utilizado las herramientas que señala impactarían de esa manera en las emisiones.</p>
8	Modelación de ruido de 22 de abril de 2024	El informe presenta errores metodológicos, como la configuración de datos de entrada, que impide que se pueda replicar el modelo y llegar al mismo resultado.

Fuente: elaboración propia en base a resolución sancionatoria.

55. En relación con el N°1 de la Tabla N°3, la SMA no entrega mayores antecedentes respecto de porqué se calificó la acción como parcialmente eficaz. Lo anterior impide que esta parte pueda presentar antecedentes o razones que permitan desvirtuar dicha afirmación. Lo anterior supone un vicio del acto en términos de motivación de este al no explicitarse las razones que fundan la decisión de la autoridad.

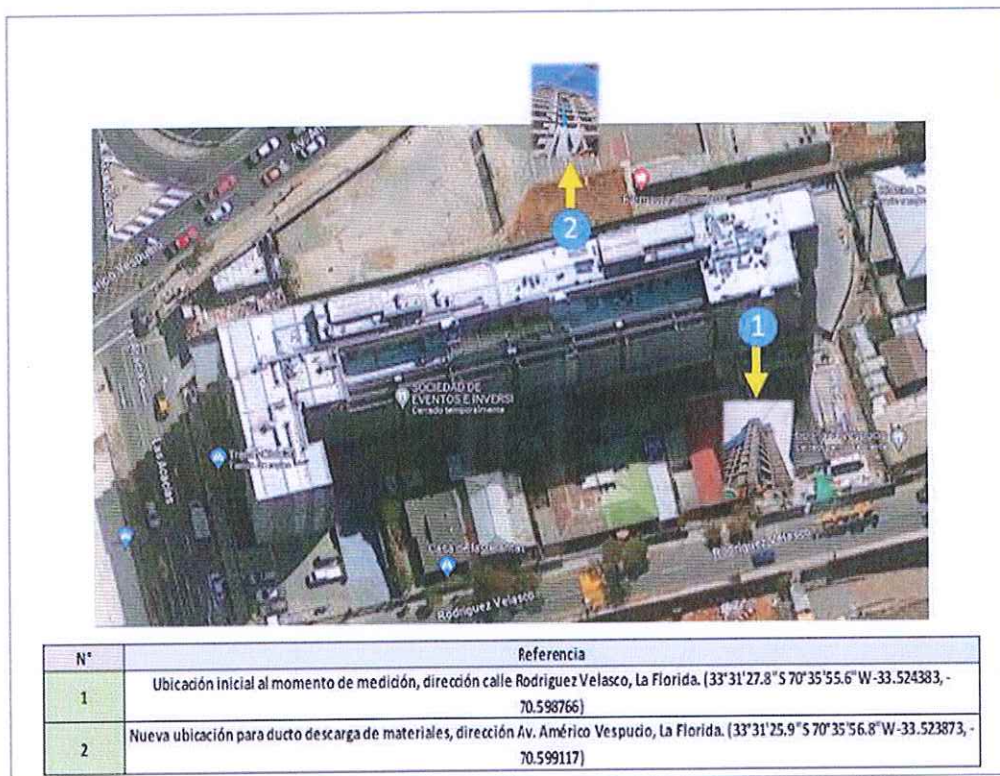
56. No obstante lo anterior, no cabe duda, que la medida aporó a las reducciones de emisiones de ruido provenientes de dicha fuente, ya que es una práctica habitual en el rubro de la construcción el uso de este tipo de materiales para reducir las emisiones de ruido, lo que ha sido constatado en diversos procedimientos sancionatorios instruidos por esta SMA.

57. En relación con los puntos N°2, 3 y 4, se comparte parcialmente con la autoridad que particularmente los puntos N°2 y 4 podrían considerarse como medidas de gestión propias del rubro. Ello, no obstante, no permite desvirtuar que sean medidas tendientes a mejorar

los procesos que se desarrollan en el marco de la actividad constructiva, para reducir las emisiones de ruido.

58. Ahora bien, en relación con el punto N°3, esta parte presenta diferencias con la ponderación que realiza la SMA. En particular, corresponde a una medida eficaz para reducir las emisiones de ruido de una de las principales fuentes que fueron indicadas tanto en la denuncia, como por mi representada, tal como consta en la propia acta de inspección ambiental de 6 de julio de 2021, en concreto la caída de material del *shaft*. En este sentido, el reemplazo del *shaft*, por el retiro de basura mediante sistema monta cargas, es una medida idónea para reducir las emisiones de ruido, al eliminarse los ruidos de “caída de material” y el ruido proveniente de la descarga de escombros a través del *shaft*. A ello se suma que transitoriamente, el *shaft* fue trasladado para alejar dicha fuente de ruido, lo más posible de los receptores sensibles, cuestión que no fue considerada por la SMA como medida correctiva.

Figura N°3: Nueva ubicación de *shaft*.



Fuente: Programa de Cumplimiento BESALCO.

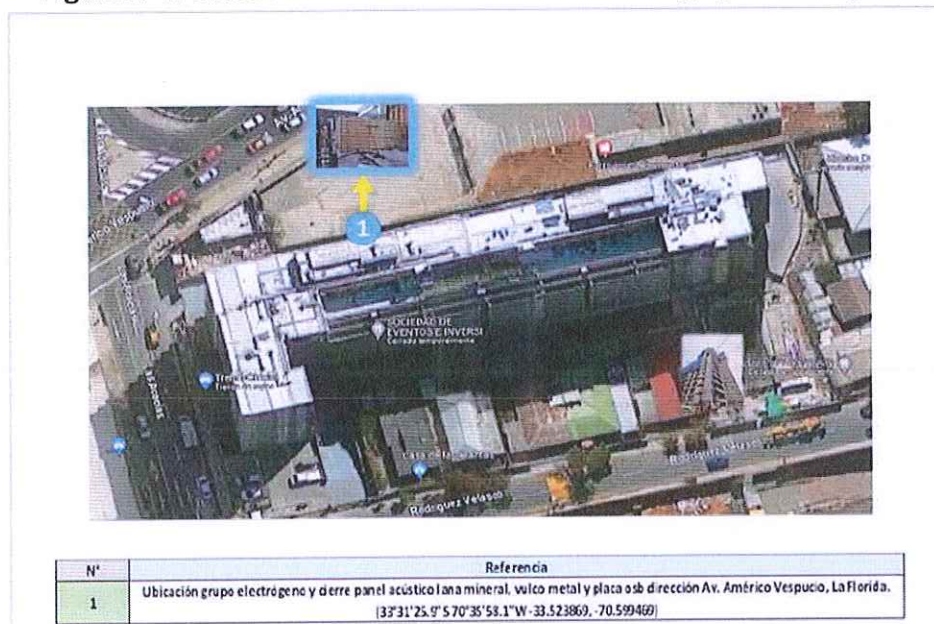
Figura N°4: Ubicación de montacargas.



Fuente: Programa de Cumplimiento BESALCO.

59. En cuanto al punto N°5 y 6, esta parte no coincide con la ponderación de la evaluación de la medida correctiva, en tanto, respecto del punto N°5, se acreditó, mediante registros fotográficos, la construcción de cierres acústicos o biombos para el grupo electrógeno, con materiales que permiten mitigar las emisiones de ruido (placa OSB, Vulcometal y lana mineral).

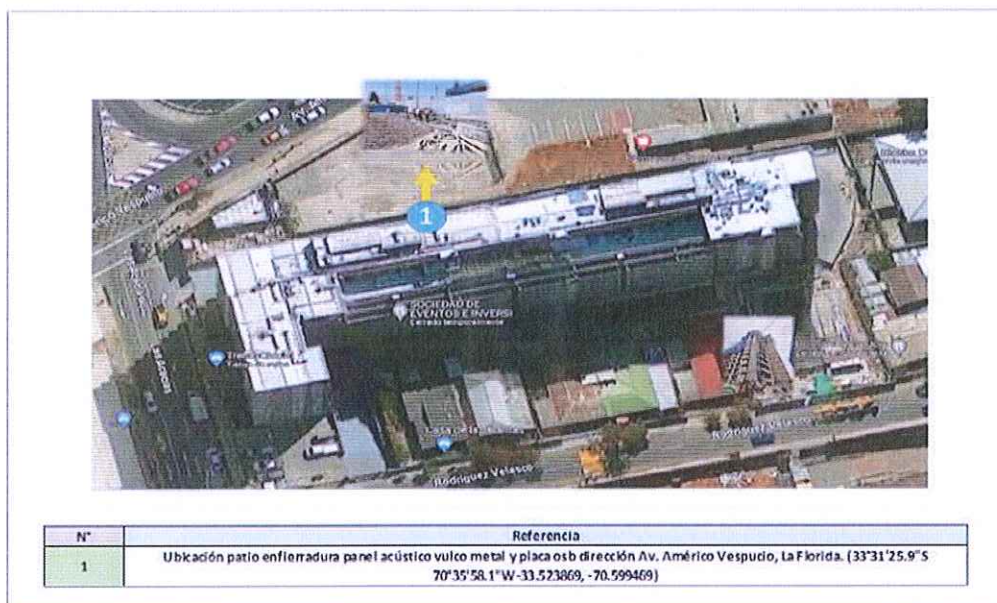
Figura N°5: Ubicación e instalación de biombos en grupo electrógeno.



Fuente: Programa de Cumplimiento BESALCO.

60. Para el caso del punto N°6, al igual que como fue indicado para el *shaft*, el taller de corte y uso de esmeril fue reubicado para alejarlo de los receptores sensibles, por lo que también constituye una medida eficaz para reducir el ruido al que se encontraban expuestos los receptores sensibles. Lo anterior se aprecia en la siguiente figura.

Figura N°6: Nueva ubicación de taller de corte y uso de esmeril.



Fuente: Programa de Cumplimiento BESALCO.

61. En relación con el punto N°7, se acompañan órdenes de compra asociadas a la adquisición de discos insonoros para cierra circular y brocas SDS, a saber, órdenes de compra números 218-2709 de fecha 19 de julio de 2021, 218-2890 de fecha 23 de agosto de 2021, 21-4268 de fecha 07 de septiembre de 2022, 218-3493 de fecha 15 de diciembre de 2021 y 218-3684 de fecha 02 de febrero de 2022 con sus correspondientes facturas electrónicas y guías de despacho. Para acreditar su idoneidad se adjuntaron especificaciones técnicas en el Anexo 4 del PdC, que explican las características y la aptitud de disminución del ruido o vibración que posee cada uno.

62. Finalmente, respecto del punto N°8, la SMA no entrega mayores antecedentes respecto de los errores metodológicos, concretamente en los datos de entrada que impidieron a la autoridad replicar el modelo. Lo anterior impide que esta parte pueda presentar

antecedentes o razones que permitan desvirtuar dicha afirmación. Lo anterior supone un vicio del acto en términos de motivación de este al no explicitarse las razones que fundan la decisión de la autoridad, generando indefensión.

63. A modo de conclusión, esta parte estima que la SMA yerra al descartar las medidas correctivas implementadas de plano, pudiendo tomar una postura que, en base a razones suficientes, estime que la medida es parcialmente eficaz, más no descartarlas de plano. Entonces, por las razones expuestas en los párrafos anteriores, se solicitará a esta autoridad que enmiende la resolución, conforme a derecho, ponderando adecuadamente las medidas implementadas, como medidas correctivas.

64. Cabe hacer presente, que particularmente, en relación con los antecedentes acompañados en relación con la adopción oportuna de medidas correctivas, se solicita a esta SMA que también sean consideradas para efectos de una nueva estimación del beneficio económico asociado a la infracción, por las razones ya expuestas en la sección 4.1 del presente recurso.

POR TANTO,

A Ud. respetuosamente pedimos, en consideración a los antecedentes de hecho y derecho expuestos y, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 la Ley N°20.417 y demás normativa aplicable, tener por interpuesto el recurso de reposición en tiempo y forma, acogerlo, dejando sin efecto la resolución impugnada y procediendo con la dictación de una nueva resolución que declare la ineficacia del procedimiento administrativo sancionador, absolviendo a mi representada de los cargos formulados, por las razones expuestas en el presente recurso.

En el improbable caso que no sea acogida la alegación referida la pérdida de eficacia del procedimiento administrativo de autos, pedimos a Ud. que se deje sin efecto la resolución impugnada y se proceda a dictar una nueva resolución que subsane los vicios expuestos en el presente recurso, absolviendo a esta parte de los cargos formulados o, que en su defecto

imponga la sanción de amonestación por escrito o la menor multa que en derecho corresponda.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a Ud. tener por acompañados a esta presentación los siguientes documentos:

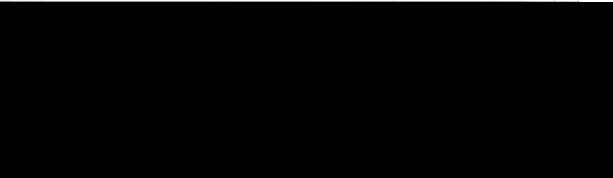
1. Orden de compra N°218-2163 de fecha 04/03/2021 emitida por Besalco;
2. Factura Electrónica N°364515 de fecha 21/04/2021 emitida por comercial Francisco todo Ltda.;
3. Orden de compra N°218-2205 de fecha 15/03/2021 emitida por Besalco;
4. Factura Electrónica N°18217632 de fecha 31/03/2021 emitida por Construmart S.A.;
5. Guía de Despacho electrónica N°218960 de fecha 22/03/2021 emitida por Aislantes Volcán S.A.;
6. Orden de Compra N°218-2709 de fecha 19/07/2021 emitida por Beslaco;
7. Orden de Compra N°218-2890 de fecha 23/08/2021 emitida por Besalco;
8. Factura Electrónica N°145958 de fecha 26/08/2021 emitida por Ferretería Nueva Ltda;
9. Guía de Despacho Electrónica N°48718 de fecha 24/08/2021 emitida por Ferretería Nueva Ltda.
10. Orden de Compra N°218-4268 de fecha 07/09/2022 emitida por Besalco;
11. Factura electrónica N°105962 de fecha 07/09/2022 emitido por Comercial Alexander Limitada;
12. Guía de Despacho Electrónica N°46167 emitida por Comercial Alexander Limitada;
13. Orden de Compra N°218-3493 de fecha 15/12/2021 emitida por Besalco;
14. Factura Electrónica N°95388 de fecha 16/12/2021 emitida por Comercial Alexander Limitada;
15. Guía de Despacho Electrónica N°32052 de fecha 16/12/2021 emitida por Comercial Alexander Limitada;
16. Orden de Compra N°218-3684 de fecha 02/02/2022 emitida por Besalco;
17. Factura Electrónica N°97172 de fecha 04/02/2022 emitida por Comercial Alexander Limitada;
18. Guía de Despacho Electrónica N°33779 de fecha 02/02/2022 emitida por Comercial Alexander Limitada;

19. Proyecto Cierre Acústico Obra Las Acacias emitido por Néstor Plaza con fecha 21/01/2019;
20. Contrato N°218-34/2020 Proyecto: Faena 218 Edificio Las Acacias Etapa 1 Subcontrato de Arriendo entre Constructora Besalco Ltda. y LEMACO SpA de fecha 17/04/2020;
21. Certificado de Recepción Definitiva de Obras de Edificación N°676 de fecha 14/11/2022 emitida por la Dirección De Obras Municipales de La Florida.

En caso de presentarse cualquier inconveniente con la descarga o disponibilidad de los archivos, solicitamos a Ud. contactarse con Martín Benavides o Ignacio Troncoso, mediante los siguientes correos electrónicos: mbenavides@smartcompliance.cl o itroncoso@smartcompliance.cl.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a Ud. que tenga a bien en comunicar a la Tesorería General de la República, sobre la interposición del presente recurso de reposición, para efectos de que se suspenda el cobro de la multa hasta que la resolución sancionatoria se encuentre firme.

TERCER OTROSÍ: Solicito a Ud. que tenga a bien que, para efectos de la notificación de los actos que dicte esta autoridad en el contexto de la resolución del presente recurso de reposición, se remitan las copias de estos a las siguientes personas;

Raimundo Pérez	
Sebastián Rebolledo	
Martín Benavides	
Ignacio Troncoso	

CUARTO OTROSÍ: Solicito a Ud. que tenga presente que nos reservamos el derecho a aportar nuevos antecedentes y a realizar futuras alegaciones en los términos establecidos en los artículos 10 y 17 de la Ley N°19.880.



Eduardo Nestler Gebauer

p.p. BESALCO DESARROLLOS INMOBILIARIOS S.A

LINK DE ACCESO A ANEXOS:

<https://we.tl/t-mtRE2xPOMe>