

EN LO PRINCIPAL: RECLAMO DE ILEGALIDAD ARTÍCULO 56 LEY 20.417;
PRIMER OTROSÍ: ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ:**
FORMA DE NOTIFICACIÓN; **TERCER OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER

TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Rafael Castro Meza, abogado, cédula nacional de identidad número 13.3040.068-4, en representación según se acreditará en el documento adjunto en el primer otrosí, de la Constructora Fortaleza SpA, Rol único Tributario número 96.897.350-9, ambos domiciliados para estos efectos en calle Alonso de Córdova Número 5320 Oficina 1401 de la Comuna de Lo Barnechea, Región Metropolitana, titular de la faena constructiva edificio denominado “*Entre Sauces*”, a S.S. con el debido respeto digo:

Que por este acto, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”), vengo en deducir reclamo de ilegalidad en contra de la Resolución Exenta N° 744 de fecha 2 de mayo de 2023 dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente (“SMA”) en el expediente sancionatorio D-092-2022; repartición representada por la Superintendente de Medio Ambiente, doña Marie Claude Plumer Bodin, en virtud de la cual se resolvió aplicar a mi representada una multa de 85 Unidades Tributarias Anuales (UTA), por el supuesto hecho infraccional consistente en “*la obtención, con fecha 19 de julio de 2019, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 70 dB(A); con fecha 19 de agosto de 2019, de un NPC de 70 dB(A); con fecha 26 de diciembre de 2019, de NPC de 62 dB(A), 60 dB(A), 59 dB(A); con fecha 27 de diciembre de 2019, de NPC 63 dB(A), 56 db(A), 61 dB(A); y con fecha 30 de diciembre de 2019, de NPC de 60 dB(A) y 56 dB(A), todas las mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa y en receptores sensibles ubicados en Zona I*”, solicitando que esta se enmiende conforme a derecho, y en definitiva, se revoque la resolución recurrida, dejando sin efecto la multa o bien sustituyendo la multa o bien sustituyendo la sanción de multa por la de amonestación o rebajándose el monto de la multa impuesta al mínimo legal, conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen:

I.- ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Constructora Fortaleza SpA en adelante “Fortaleza”, es una empresa del giro de su denominación que ha tenido a cargo, hasta su conclusión el Edificio con destino Habitacional denominado “ENTRE SAUCES”, en adelante la “Obra” o el “proyecto”, ubicado en Pedro

Jesús Rodríguez N° 400, comuna de Lo Barnechea, Región Metropolitana.

- Según da cuenta el expediente administrativo sancionatorio, con fecha 10 de mayo de 2019 y con ocasión de una denuncia interpuesta por Hernán Cabo Vega y María Eugenia Ibáñez Romagnoli, la obra fue objeto de una fiscalización. Consta en el reporte técnico, que los días 19 de julio y 19 de agosto de 2019, personal técnico de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana se constituyó en domicilio próximo a esta actividad con el objetivo de realizar acciones de fiscalización ambiental relacionadas con medición de ruidos de la fuente emisora.

Fecha de la medición	Receptor	Horario de medición	Condición	NPC dB(A)	Ruido de Fondo dB(A)	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
19 de julio de 2019	1A	Diurno	Externa	70	No afecta	I	55	15	Supera
19 de agosto de 2019	1B	Diurno	Externa	70	No afecta	I	55	15	Supera

- Con fecha 9 de diciembre de 2019 por medio de Resolución Exenta N° 1747 la Superintendencia requirió información a Constructora Fortaleza SpA, dando un plazo de 15 días hábiles para remitir.
- Posteriormente, con fechas 26, 27 y 30 de diciembre de 2019, como consta en Informe SRU-308 presentado por el titular, se presentó un inspector ambiental de la empresa CESMEC y se constituyó en tres domicilios cercanos a la unidad fiscalizable para medir ruidos.
- En el reporte, particularmente en la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó según el fiscalizador un incumplimiento al Decreto Supremo N° 38/11 del Ministerio del Medio Ambiente (“D.S. N° 38/11”), ya que la medición realizada desde el Receptor N° 1A, Receptor N°18, Receptor N° R1, Receptor N° R2 y Receptor N° R3, en las fechas y condiciones que se detallarán, durante el horario diurno, registraron excedencias conforme al siguiente detalle:

Fecha de la medición	Receptor	Horario de medición	Condición	NPC dB(A)	Ruido de Fondo dB(A)	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
19-07-2019	1	Diurno	Externa	70	No afecta	I	55	15	Supera
19-08-2019	1	Diurno	Externa	70	No afecta	I	55	15	Supera
26-12-2019	R1	Diurno	Externa	62	49	I	55	7	Supera
26-12-2019	R2	Diurno	Externa	60	49	I	55	5	Supera
26-12-2019	R3	Diurno	Externa	59	49	I	55	4	Supera
27-12-2019	R1	Diurno	Externa	63	49	I	55	8	Supera
27-12-2019	R2	Diurno	Externa	56	49	I	55	1	Supera
27-12-2019	R3	Diurno	Externa	61	49	I	55	6	Supera
30-12-2019	R1	Diurno	Externa	60	49	I	55	5	Supera
30-12-2019	R3	Diurno	Externa	56	49	I	55	1	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2019-1916-XIII-NE.

6. Con fecha 31 de diciembre de 2019 la Superintendencia recibió carta conductora enviada por mi representada que evacuaba la información solicitada. Se indicó que se habían tomado las medidas de mitigación correspondientes al cierre de equipos eléctricos, implementado biombos móviles y una mejora en el cierre perimetral de la obra. Además, señaló que existía otra faena constructiva cercana que estaba contribuyendo a las altas emisiones de ruido. En dicha carta, se acompañan fotografías fechadas y georeferenciadas que daban cuenta de las medidas de mitigación de ruido realizadas y un informe de medición de ruidos efectuado por la empresa ETFA CESMEC.
7. Con fecha 2 de mayo de 2022, mediante Memorandum DSC N° 229/2022, la jefatura de la división de sanción y cumplimiento de la Superintendencia de Medio Ambiente nombró como Fiscal Instructora a Stefanie Hopfner Asmussen y como suplente a Felipe García Huneus.
8. El día 12 de mayo de 2022, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-092-2022, la Fiscal resolvió formular cargos en contra de mi representada por infracción al D.S. N° 38/11, clasificándose como leve en virtud del artículo 26 de la LOSMA.

9. El día 19 de mayo de 2022 se notificó personalmente a mi representada de dicha resolución, esto es, **a 2 años 9 meses de practicado el reporte técnico que daría cuenta de la supuesta infracción al D.S. N° 38/11.**
10. Con fecha 1 de junio de 2022, Bernardo Aguilera Garrido, en representación de Constructora Fortaleza SpA, solicitó asistencia para el cumplimiento a la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), la que se llevó a cabo telemáticamente el día 3 de junio del mismo año y con fecha 8 de junio de 2022, mi representada presentó programa de cumplimiento.
11. Con fecha 5 de septiembre de 2022, mediante Resolución Exenta N° 2/Rol D-092-2022, la Superintendencia del Medio Ambiente rechazó el programa de cumplimiento *“por no haber dado cumplimiento de forma copulativa con los tres criterios de aprobación requeridos por la Superintendencia, cumpliendo, por el contrario, únicamente y habida consideración de las precisiones expuestas con el criterio de integridad, en su aspecto cuantitativo, tal como ya se ha expuesto en el presente acto administrativo.”*
12. El día 22 de septiembre de 2022 esta parte presentó sus descargos a los cargos formulados en su contra, dando cuenta de la imposibilidad implementar en dicha etapa, nuevas medidas de mitigación para dar cumplimiento a la Norma de Emisión de Ruidos, aprobada mediante Decreto Supremo No 38/2011, del Ministerio del Medio Ambiente (“Norma de Emisión de Ruidos”), ya que se encontraban concluidas las labores de construcción y la obra se encontraba con Recepción de Obras definitiva, que consta en certificado No 049/2022 otorgado por parte de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Lo Barnechea con fecha 4 de mayo de 2022.
13. El día 3 de mayo de 2023 Constructora Fortaleza SpA fue notificada vía correo electrónico de la Resolución Exenta N° 744 de fecha 2 de mayo de 2023 dictada en este procedimiento, en virtud de la cual se impuso a mi representada una multa de 85 UTA por haber incumplido con el D.S. N°38/2011.

II.- RECURSO DE RECLAMACIÓN Y PLAZO PARA SU INTERPOSICIÓN

A fin de determinar la procedencia del recurso y su presentación dentro de plazo, cabe señalar que el inciso primero del artículo 56 de la LOSMA establece:

“Los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación, ante el Tribunal Ambiental.”

Que, mi representado fue notificado de la Resolución Sancionatoria el día 3 de mayo de 2023.

Por lo tanto, procediendo el recurso de reclamación contra las resoluciones sancionatorias dictadas por la SMA y siendo el plazo para su interposición de 15 días hábiles, interpongo el presente recurso en tiempo y forma, conforme a lo preceptuado por la normativa aplicable.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN INFORMAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Tal como informan los principios del derecho administrativo el actuar de la administración se encuentra sujeto a la eficiencia, eficacia y celeridad de los procedimientos. Sin embargo, en este procedimiento hubo una tardanza de 33 meses en formular cargos, lesionando dichos principios que guían a la administración.

Sumado a lo anterior, en el presente caso también se infringió el principio de debido proceso de orden constitucional, puesto que, para sujetarse a un procedimiento racional y justo se requiere lo siguiente:

- a) Haber tomado conocimiento oportuno de la fiscalización,
- b) Haber podido tener la posibilidad de ejercer oportunamente los derechos que concede la LOSMA.

Así las cosas, los cargos debieron haber sido formulados en un tiempo racional y prudente, para no dejar en la indefensión a esta parte, puesto que la oportunidad en el actuar de la administración debe conciliarse con un procedimiento que atienda a las particularidades del caso concreto, para garantizar la defensa del presunto infractor en todos los espacios del procedimiento y sin dilaciones indebidas.

1.1. Vulneración al principio de celeridad por dilación indebida.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 7° de la Ley 19.880, y establece que los procedimientos deben ser impulsados de oficio en todos sus trámites, debiendo actuar los órganos de la Administración del Estado por propia iniciativa en la iniciación y prosecución de un procedimiento. En el presente caso es relevante tener presente que el fiscalizador emitió Informe de fiscalización en enero de 2020 y, con fecha 19 de mayo de 2022, es decir, a más de 2 años y 3 meses, se notificó a mi representada de los cargos formulados por RES. EX. N° 1/ ROL D-092-2022 de fecha 12 de mayo de 2023.

A mayor abundamiento, es dable decir que el procedimiento administrativo inició el día 10 de mayo de 2019 cuando la SMA recibió las denuncias de los vecinos. Lo anterior, es acorde con lo dispuesto en el inciso primero y segundo del artículo 47 de la LOSMA, que establece:

“El procedimiento administrativo sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia.”

Se iniciará de oficio cuando la Superintendencia tome conocimiento, por cualquier medio, de hechos que pudieran ser constitutivos de alguna infracción de su competencia. Se iniciará a petición del órgano sectorial, por su parte, cuando tome conocimiento de los informes expedidos por los organismos y servicios con competencia en materia de fiscalización ambiental, los que deberán ser adecuados de conformidad a lo establecido en esta ley y contener en especial la descripción de las inspecciones, mediciones y análisis efectuados así como sugerir las medidas provisionales que sean pertinentes decretar.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo antes señalado, entre la inspección realizada el 19 de julio de 2022 y la fecha en que fue designado el Fiscal Instructor el 2 de mayo de 2022 transcurrieron casi tres años, lo que importó que los cargos formulados no fueran oportunos ni eficaces, por cuanto mi representada tomó conocimiento del procedimiento una vez transcurridos casi 36 meses, espacio de tiempo durante el cual la obra ya había sido concluída y recepcionada. Lo anterior se evidencia mediante certificado de recepción definitiva de obras de edificación N° 049/2022 otorgado por parte de la Dirección de Obras de la Municipalidad de Lo Barnechea con fecha 4 de mayo de 2022. Lo anterior, da cuenta de que al momento de formularse los cargos por la SMA, ya se había terminado todo tipo de construcción del proyecto.

La Corte Suprema en causa ROL 23.056-2018, se pronuncia al respecto en un caso similar, señalando que “[..] en la especie no existe una coincidencia entre el inicio del procedimiento sancionatorio y la formulación de cargos, toda vez que este se inicia con la emisión del informe de fecha 23 de diciembre de 2015 [informe de verificación de Cumplimiento N° 80/2015], que es recepcionado por la autoridad, el que da certeza respecto de los antecedentes que sirven a la formulación de cargos [...] De lo contrario, quedaría entregado al arbitrio de la autoridad la determinación del inicio del cómputo del plazo de decaimiento, quien podría dilatar a su arbitrio la formulación de cargos, en circunstancias que contaba con todos los antecedentes que le obligaban a actuar[...]”.¹ En el caso que atañe a mi representada, la SMA emitió Informe técnico de fiscalización ambiental en enero del año 2020, es decir, contaba con toda la información necesaria para formular cargos más de dos años antes de realizarlo.

A este respecto se ha pronunciado también la Contraloría General de la República, mediante dictamen N° 75745 del año 2016, dando cuenta que, si bien la LOSMA no regula un plazo para iniciar el procedimiento sancionatorio, no se pueden desconocer los principios que rigen el actuar de la Administración, ni los efectos que su tardanza puede ocasionar, arguyendo que:

“[...] al tenor del citado artículo 47, inciso final, en caso de una denuncia, ésta puede originar un procedimiento sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera existiere el mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma resolución fundada, notificando de ello al interesado. En este contexto normativo, se advierte que, ante una denuncia interpuesta ante la SMA, ésta tiene cierto margen de acción para definir si desarrolla o no determinadas actividades fiscalizadoras, como asimismo para discernir si da o no inicio a un procedimiento sancionatorio, decisión que, en todo caso, debe ser motivada (aplica dictamen N° 4547 de 2015). Luego, es necesario indicar que si bien la normativa que regula la materia no contempla un determinado término para decidir el inicio de un procedimiento sancionatorio, dicha entidad no puede desconocer los principios que rigen el actuar de la Administración ni los efectos que su tardanza puede ocasionar. En este sentido, es menester tener en cuenta que la SMA, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, se encuentra en el deber de respetar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa

¹ Corte Suprema, causa Rol N° 23.056-2018 de 26 de marzo de 2019.

en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites como también la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos, todo ello en concordancia con lo establecido en los artículos 3° incisos segundo, y 8° de la ley N° 18.575.”²

2.- LOS PLAZOS VERIFICADOS EN ESTE PROCEDIMIENTO EXCEDIERON CON CRECES LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY N° 19.880 SOBRE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, LA QUE SE APLICA DE MANERA SUBSIDIARIA A LA LOSMA DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 62 DE ÉSTA ÚLTIMA

En efecto, mientras que el artículo 62 de la LOSMA señala que *“en todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la ley N° 19.880”*, el artículo 27 de la Ley N° 19.880 dispone que *“salvo caso fortuito o fuerza mayor el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su incitación hasta la fecha en que se emita la decisión final”*. No obstante, la Resolución recurrida hace referencia a la ocurrencia de algún evento que constituya caso fortuito o fuerza mayor, y que justifique la demora de casi tres años de sustanciación de este procedimiento.

La gravedad de esta situación se evidencia aún más, en virtud del Resumen Ejecutivo del Informe Final N° 280 de 2020 del Departamento de Medio Ambiente, Obras Públicas y Empresas, Unidad de Medio Ambiente de la Contraloría General de la República³, en el marco de Investigación realizada con el objeto de determinar responsabilidades administrativas por el atraso o falta de gestiones relacionados con denuncias ingresadas al Sistema de Gestión de Denuncias de la SMA entre el 1° de enero de 2016 y el 31 de mayo de 2019.

En aquel Resumen ejecutivo se indicó que se observó una gran cantidad de denuncias que tenían relación con alguna de las gestiones del artículo 47 de la LOSMA, tales como, la falta de constancia de que la SMA haya iniciado una solicitud de actividad de fiscalización ambiental, un procedimiento sancionatorio relacionado, o la disposición de su archivo por falta de mérito. Incluso se añade que:

“Asimismo, las situaciones evidenciadas se apartan de los principios de eficiencia, eficacia, control, probidad, impulsión de oficio del procedimiento y transparencia consagrados en el inciso segundo del

² Contraloría General de la República. Dictamen N° 75745 del año 2016.

³ https://www.defendamoslaciudad.cl/noticias/item/download/1131_98ef2f072a448c5f00cf6ac962748d30

artículo 3° y en los artículos 5, 8 y 13 de la Ley N° 18.575. Asimismo, lo observado no se condice con lo dispuesto en el artículo 53 de dicha ley, en cuanto a que el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro de un orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz.

*Del mismo modo, no se condicen con la observancia del principio de celeridad, referido en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, en cuanto a que el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Así también se aparta del principio conclusivo incluido en el artículo N° 8 de la ley N° 19.880, referido a que todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad y el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, conforme al cual tanto en la substanciación de sus procedimientos como en las resoluciones que adopten, han de actuar con objetividad y respetando el principio de probidad, el que junto con los principios de eficiencia y eficacia, a su vez, les imponen la obligación de emplear medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, según lo ordene el artículo 53 de la ley N° 18.575, lo que no se ha observado en la especie”.*⁴

De modo que, teniendo en cuenta todo lo señalado, se puede concluir que en el presente caso no ha existido un debido proceso, ni se han respetado los principios que informan el actuar de la Administración del Estado, lo que queda claramente de manifiesto, si consideramos que la supuesta infracción al D.S. N° 38/11, se desarrolló en una obra que finalizó con anterioridad a la formulación de cargos, cuya fiscalización se realizó 2 años 9 meses antes.

3. EL CAMBIO EN LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO DEVINO EN EL DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En relación con los puntos anteriores vinculados a la falta de debido proceso, en este caso el procedimiento administrativo ha excedido por bastante, el tiempo razonable para ser eficaz, lo que queda evidenciado por el cambio de circunstancias fácticas, entendiéndose que la formulación de cargos se efectuó ya concluida la obra, perdiéndose la eficacia que se busca a través de la normativa medioambiental e implicando el decaimiento del

⁴ Contraloría General de la República. Departamento de Medio Ambiente, Obras Públicas y Empresas Unidad de Medio Ambiente Resumen Ejecutivo Final N° 280 (2020), p. 35.

acto administrativo, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento administrativo.

La jurisprudencia de nuestro máximo tribunal se ha referido a este problema y desde el año 2021 se ha orientado a dejar de utilizar el término decaimiento administrativo y en su lugar, señalar que se trata de una imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley N° 19.880.

La Corte Suprema en casos similares se ha remitido al inciso final del artículo 14 de la Ley N° 19.880, que dispone: *“En los casos de prescripción, renuncia del derecho, abandono del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobreviniente del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”*.

Aquello, permite afirmar que ya no se observa el objeto del procedimiento, por cuanto, a la fecha de la formulación de cargos, el edificio ya se encontraba construido, desvirtuando la función preventiva de las sanciones y el objetivo de proteger la salud de la población cercana expuesta a la emisión de ruidos.

Así, la tardanza en los plazos es del todo vulneratoria e injustificada, puesto que, en primer lugar, la formulación de cargos fue casi tres años después de efectuadas las fiscalizaciones y, posteriormente, efectuada la formulación de cargos el día 12 de mayo de 2022, demoró casi un año la finalización del procedimiento, lo que permite afirmar que dicho proceso ha durado casi 5 años a la fecha, lo que supera todo límite de razonabilidad y eficacia.

La Corte Suprema, en causa ROL N° 138550-2020, ha sostenido que:

“Ante la claridad de artículo 27, en cuanto ordena que la duración del procedimiento no podrá exceder de 6 meses contados desde su iniciación y hasta la decisión final, y según fue indicado por el Ejecutivo en el Mensaje de dicho cuerpo normativo, en el sentido que el proyecto, precisamente, tiende a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que solamente generan responsabilidad administrativas su incumplimiento, entre otros aspectos, debe llevar a concluir que, en abstracto, la superación irracional e injustificada del plazo antes indicado deriva en la imposibilidad material para continuar el procedimiento, al concurrir

una causal sobreviviente consistente en, precisamente, la expiración del plazo legal, unido a la superación de todo límite de razonabilidad.”⁵

Posteriormente, en la misma sentencia, la Corte Suprema señala que el hecho de haberse sustanciado el procedimiento en un plazo mayor a seis meses, luego de estar paralizado materialmente por casi tres años implica “*declarar su imposibilidad material de continuarlo, de conformidad a lo previsto en el artículo 40 inciso segundo de la Ley 19.880. En efecto, la consecuencia jurídica no puede ser otra que el procedimiento pierda su eficacia y, por lo mismo, la sanción consiguiente, puesto que queda vacía de contenido sin fundamento jurídico que la legitime. Y es abiertamente ilegítima pues, como se expuso, son manifiestas las vulneraciones a los principios de derecho administrativo que se producen con la dilación indebida e injustificada de su conclusión.*”⁶

En el presente caso se supera con creces el tiempo razonable y prudente atendido el bien jurídico que se le encomendó proteger a la reclamada, sin que conste en el proceso ninguna situación de caso fortuito o fuerza mayor que justifique la tardanza en la aplicación de la sanción. Aquello implica que la formulación de cargos y posterior sanción, se tornen en inútiles e ilegítimos, vulnerando la obligación de la administración de sustanciar un procedimiento racional y justo, el principio de eficiencia y certeza jurídica establecido en la Ley N° 19.880.

IV.- IMPLICANCIAS DE LA VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO

1. Vulneración a los fines del procedimiento administrativo ambiental

Dentro de los fundamentos de los procedimientos administrativos de carácter medioambiental, que son extrapolables a toda la institucionalidad ambiental se encuentra el incentivo al cumplimiento normativo, el restablecimiento del estado de las cosas o bien ejecutar las labores de mitigación para no sancionar en caso de ser posible.

Así las cosas, solo en casos de incumplimientos fundamentados o reiterados, al demostrarse una actitud inactiva, sin dar cuenta de actos tendientes al cumplimiento o de cooperar en la resolución del conflicto, el fiscalizador debería proceder a imponer una sanción ambiental. Sin embargo, en el presente caso, mi representada ha tenido una actitud de

⁵ Corte Suprema, 3 de febrero de 2022, causa ROL N° 138550-2020.

⁶ Ibid.

colaboración y entrega de información, antecedentes y circunstancias de hecho y derecho, implementando medidas de mitigación desde inicios de la construcción y durante toda la ejecución del proceso, tal como se ha señalado en los Descargos de esta parte de fecha 22 de septiembre de 2022, efectuados ante el Rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por la formulación de cargos de la SMA.

Dentro de las medidas implementadas por mi representada es dable mencionar las siguientes:

- Se contrató a la empresa Gerard Ingeniería Acústica SpA con el objetivo de evaluar los niveles de ruido de la construcción de acuerdo al Decreto Supremo N°38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente.
- Se realizaron mediciones de los niveles de ruido en cinco viviendas receptoras sensibles cercanas al proyecto, se evaluó el cumplimiento de la norma comparando las mediciones con el máximo permitido y se realizaron recomendaciones sobre medidas de control de ruido, con la finalidad de disminuir las emisiones del proyecto y dar cumplimiento pleno al D.S. N°38/2011 del MMA.
- Se realizó una Auditoría para determinar el nivel de cumplimiento del Programa Buenas Prácticas de la Cámara Chilena de la Construcción. En la auditoría se evaluó el cumplimiento del Programa Buenas Prácticas en cuatro dimensiones (Trabajadores, Medio Ambiente, Comunidad y Cliente), obteniéndose un cumplimiento del 100% en todas las dimensiones, cabe destacar que se evaluaron aspectos respecto de la emisión del ruido y el relacionamiento con las comunidades cercanas a la obra.
- Se instalaron Barreras acústicas consistentes en 15 biombos móviles replegables contruidos a partir de estructura de pino de 2x4” como bastidor cada 1,2 metros, revestido con placa de terciado marino de 18 mm revestido con lana mineral R122. Las dimensiones de los biombos son variables, dependiendo de la actividad que se requiera aislar. Con ellos se establecieron talleres y patios de corte en distintas ubicaciones a medida que la obra avanzaba en sus etapas.
- Se aumentó en altura el cierre perimetral en promedio 1,2 metros implementando una estructura a partir de perfil metálico de 40x40x2 mm y placa de terciado marino de 18 mm, sobre ella se aplicó lana mineral y malla galvanizada.
- Con motivo de la denuncia, mediante la Resolución Exenta N°1747 con fecha 9 de diciembre de 2019, la Superintendencia del Medio Ambiente hizo un requerimiento de información que incluía un reporte de mediciones de niveles de ruido elaborado por una ETFA competente autorizada. Las mediciones se realizaron bajo las condiciones solicitadas y se constató la superación del máximo permitido, sin embargo, cruzando la calle, frente a la

obra de Constructora Fortaleza SpA, también se desarrollaba una faena constructiva que, con su propia emisión de ruido, pudieron aportar en la superación del máximo permitido en la zona.

- Se mantuvo comunicación permanente con la Comunidad y en particular con los particulares denunciadores para asegurar el efectivo cumplimiento de la norma, sobre todo en circunstancias de que a partir de marzo de 2020 se decretó estado de excepción constitucional de catástrofe de calamidad pública en todo el territorio nacional, en particular en la Región Metropolitana, comenzando un período de cuarentena que obligó a la población a permanecer en sus domicilios, por lo que cualquier tipo de ruido habría sido percibido con mayor intensidad por los vecinos.

Todas las medidas realizadas a partir de las fiscalizaciones y hasta la finalización de las obras se ejecutaron con el objetivo de mitigar las emisiones de ruido que los receptores considerasen molestos o pudieran afectar su salud y de dar cumplimiento a la norma de emisión de ruido.

El Programa de Cumplimiento presentado fue rechazado en base a las siguientes consideraciones: *"que, de la información entregada por el titular, particularmente las fotografías fechadas y georreferenciadas (Anexo N° 9.5), la línea de tiempo elaborada por el propio titular (Anexo N° 10) y parte de las facturas acompañadas (Anexo N° 9.6)1, se puede concluir que las acciones N° 3, N° 4 y N° 5 enumeradas en el considerando 9° de esta resolución, han sido ejecutadas con anterioridad a las mediciones realizadas por la empresa ETFA Cesmec S.A., de fechas 26, 27 y 30 de diciembre de 2019, y que, a mayor abundamiento, las mediciones indicadas en el párrafo anterior presentaron excedencias de hasta 8 dB(A) sobre el límite permitido y fueron incluidas en la formulación de cargos de fecha 12 de mayo de 2022, por lo que las medidas presentadas no pueden considerarse como eficaces para la disminución de emisiones de ruido".*

Aquello da cuenta de una labor activa por parte del recurrente en mitigar las emisiones de ruido desde que fue informada de la fiscalización ambiental, esto es, desde mucho tiempo antes a que se formularon cargos por la Superintendencia, reflejando la actitud tendiente al cumplimiento y acorde al avance del proyecto, las que se mantuvieron hasta terminar la faena constructiva. Sin embargo, debido a que la Formulación de Cargos se realizó 8 días después de la recepción definitiva de la obra, fue imposible presentar medios verificadores que demostraran la implementación de las medidas, como fotografías georreferenciadas fechadas de manera posterior a las mediciones de la ETFA. Un reflejo de esto, es que con posterioridad a las

denuncias que produjeron las primeras fiscalizaciones, no hubo nuevas denuncias, ni procedimientos sancionatorios contra mi representada.

Por tanto, el hecho de que se haya producido una dilación indebida e injustificada en la formulación de cargos, va contra el principio de oportunidad que forma parte de los principios que informan el procedimiento sancionatorio. Puesto que, tal como señala Hunter, el Programa de Cumplimiento *“constituye la oportunidad para que el regulado elimine la desviación en el cumplimiento de la normativa ambiental, mediante un plan de acciones y metas a ejecutarse dentro de un plazo fijado por la administración”*⁷. Sin embargo, en el presente caso este programa no podría cumplir ese objetivo, puesto que, como ya se ha señalado, en dicho momento ya se encontraba finalizada hace meses la faena, por tanto, cobran gran relevancia todas las medidas de mitigación ejecutadas desde que el titular fué informado de la primera fiscalización, ya que, de lo contrario, se dejaría a esta parte en indefensión y viendo disminuido su derecho a defensa.

V.- ERROR EN LA PONDERACIÓN DE LA MULTA APLICADA

Independiente de lo antes expresado, sobre la vulneración a principios que informan la labor de la Administración, la Resolución que por este acto se recurre, aplicó una multa a mi representada considerando en los criterios principalmente una de las mediciones y, no obstante haber sido calificada la infracción como leve, la SMA determinó que la multa aplicable era de 85 UTA, equivalente en pesos al mes de mayo de 2023 a **\$64.335.480**.

La SMA incurrió en un error al examinar la concurrencia de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA, ponderando aislada y equívocamente la forma en que cada circunstancia incide para la determinación de la multa aplicada. En la Resolución se indicaron las siguientes circunstancias aplicables al caso:

a) Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción

En el presente caso, la SMA se basó en el beneficio a partir de los costos asociados a medidas de mitigación que debieron observarse por el reclamante. Resulta a lo menos cuestionable que para los cálculos su fundamento fuera un Programa de cumplimiento de otra causa, Rol D-066-2021, sin dar mayores antecedentes de cómo arriba a los costos y

⁷ Hunter, Iván. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1° semestre (2020), p. 105.

medidas que debían implementarse en el caso de Constructora Fortaleza SpA.

Sumado a lo anterior, se observa que la SMA basó el nivel de excedencia únicamente en el registro de la primera inspección ambiental, que era la más alta de 15 dB(A), pero que, posteriormente, con las medidas implementadas tuvieron una disminución considerable, llegando a ser en otras mediciones de solo 1dB(A) de excedencia, por lo tanto, podría haberse requerido una menor cantidad de medidas si se hubiese analizado el promedio de las excedencias y no solo la primera que, tal como se ha señalado, se calculó casi tres años antes de la formulación de cargos.

En el acápite de “escenario de incumplimiento”, la SMA analizó los costos en que incurrió mi representada, identificando los siguientes:

- i) Encapsulamiento de Generadores;
- ii) Biombos móviles;
- iii) cierre perimetral; y
- iv) medición de ruido realizado por la empresa CESMEC

Para ello, consideraron las siguientes facturas: Factura N° 519523, emitida por Carlos Herrera Arredondo Ltda., con fecha 11 de septiembre de 2019; Factura N° 15069186, emitida por Imperial S.A., con fecha 2 de febrero de 2020; Factura N° 17039458, emitida por Construmart S.A., con fecha 5 de noviembre de 2019; Factura N° 2755768, emitida por AUSIN Hnos S.A., con fecha 26 de diciembre de 2019; Factura N° 2714945, emitida por Austin Hnos S.A., con fecha 10 de septiembre de 2019.

Sin embargo, no consideró las facturas acompañadas en el escrito de descargos, que tenían por objetivo dar cuenta de costos asociados a reparaciones de las medidas de mitigación construidas, solo por no indicar cuáles fueron las reparaciones, ni cómo fueron ejecutadas y no incorporar medidas y georeferenciadores, sin embargo, y tal como constaba en el escrito de descargos, ello no fue posible, ya que la notificación de formulación de cargos se realizó cuando la faena constructiva ya se encontraba finalizada, siendo imposible presentar esos medios verificadores posteriores a las mediciones de la ETFA.

Por tanto, es posible distinguir una discrepancia entre los costos de medidas de mitigación soportados por la empresa y evaluados, de un total de \$11.804.570 y los efectivamente reconocidos por la SMA de un total de \$7.389.762, determinación de la SMA que fue arbitraria, puesto que se

contaba con facturas de todos los gastos que incluían una serie de medidas que no fueron contempladas.

Además de lo anterior, ponderó costos evitados por no implementar medidas de mitigación de ruidos, debido a la imposibilidad de hacerlo por encontrarse la faena constructiva finalizada en \$36.909.828, sin embargo, no se detalla cómo arribó a dichos cálculos produciendo indefensión para esta parte, al no tener un sustento en el cual basarse para dar cuenta de un monto discrepante.

b) Componente de afectación

1. Importancia del daño causado o del peligro ocasionado

En el caso, se señaló que no se acreditó un daño en el procedimiento sancionatorio, sin embargo, afirmó que se configuró un riesgo para la salud de la población al dar por acreditada la ruta de exposición completa que incluye una fuente de ruido, un receptor cierto, un punto de exposición y un medio de desplazamiento.

No obstante, esta parte discrepa en la ponderación de la importancia de este riesgo, que alude a la magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, puesto que para su análisis sólo consideró la emisión máxima registrada de un nivel de presión sonora de 70 db(A), efectuando una inferencia de que se generó un riesgo a la salud de carácter medio, lo que es del todo sesgada y parcial, ya que no integra las otras mediciones que se efectuaron posteriormente y que disminuían considerablemente la excedencia en la emisión de ruidos, que dan cuenta de una preocupación por dar cumplimiento a la normativa, y que tal como se señaló previamente, se evidencia en el hecho de que no se emitieran nuevas denuncias en contra de mi representada. Dando cuenta de que la excedencia de 15 dB(A) solo se produjo al momento de la primera fiscalización y que, desde allí el riesgo disminuyó notoriamente y que esos hechos debieron ser considerados en la determinación de la sanción.

Además, se debe considerar que los valores no son altos, sobre todo considerando que, por ejemplo, una calle con mucho tráfico puede alcanzar los 75 db (A) al igual que los ruidos de un despertador, lavadora o batidora, por tanto, los ruidos emitidos por la obra son muy inferiores a aquellos a los que la mayoría de los habitantes de la ciudad estamos expuestos diariamente y que no son sancionables.

2. Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción

Este aspecto se encuentra estrechamente relacionado con el anterior, debido a que el cálculo de personas que podrían haber sido afectadas se realiza en base al riesgo determinado en el punto 1 anterior, que es sesgado y no contempla la regularidad de las emisiones. El cálculo se realizó considerando el máximo obtenido desde el receptor sensible el día 19 de julio de 2019, que supuestamente habría generado una excedencia de 15 dB(A), y la distancia lineal que existe entre la fuente de ruido y el receptor en donde se constató la excedencia, obteniéndose un radio de Área de Influencia aproximado de 233 metros desde la fuente emisora. Información que luego fue interceptada con la información de georreferencia de las manzanas censales del año 2017. Concluyendo que el número potencial de personas afectadas por la fuente emisora es de 481 personas.

Sin embargo, dicho cálculo es errado al considerar solo una excedencia y la de mayor envergadura, que no se condice con las mediciones posteriores, las que dan cuenta de una clara disminución en las excedencias, llegando casi a los límites permitidos.

Sumado a lo anterior, la construcción consta de diversas etapas y sus fuentes de ruidos son variables, lo que implica modificaciones tanto en las fuentes como en la ubicación, tal como se señaló en los descargos, por tanto, resulta ilegítimo solo contemplar una de las mediciones que se realizaron sin considerar las demás, ni los factores que influyen en estos proyectos, como el horario limitado de funcionamiento diario, variaciones en el número de habitantes expuestos, entendiendo que se trata de una zona residencial donde no se concentran empresas y trabajadores en el horario de funcionamiento de las faenas constructivas, entre otros factores.

Por último, es manifiesto que la incidencia en el riesgo de la población fue mucho menor a la establecida en la Resolución, puesto que durante toda la ejecución de la obra solo existió una denuncia que tuvo como consecuencia la implementación de una serie de medidas por mi representada para no afectar a la comunidad. En casos como éste, se debe tener en consideración que estos proyectos son fuentes dinámicas de ruidos, ya que involucran procesos y etapas variables, por lo que resulta errado considerar solo los ruidos medidos en julio de 2019, ya que como se puede observar en las siguientes mediciones, estos disminuyeron.

Así, la incidencia del riesgo producido por la infracción también es menor, circunstancia que la SMA no ponderó adecuadamente.

c) Intencionalidad en la comisión de la infracción

La Resolución de la SMA que determina que hubo intencionalidad en la comisión de la infracción, señalando que *“el titular puede ser considerado como sujeto calificado en el área de la construcción, ya que tiene vasta experiencia ejerciendo en dicho rubro, contando con inicio de actividades en dicho giro desde el año 1999, con una dotación de personal dependiente de 603 personas y una alta capacidad organizacional”*⁸. Sólo en base a este fundamento arguye que concurre una intencionalidad en la comisión de la infracción, sin embargo, este razonamiento es ilegal, ya que si bien mi representada puede conocer la existencia de la norma de emisión de ruidos y que sobrepasar los niveles constituye una conducta antijurídica, esto no permite concluir que tuvo una intencionalidad positiva de incumplir o que pudo representarse el daño que su cumplimiento podría producir. Sin embargo, el razonamiento de la SMA presume el dolo de mi representada, lo que se encuentra prohibido en nuestro derecho, según lo establece el artículo 1459 del Código Civil y el artículo 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución Política de la República.

No obstante, en los hechos resulta evidente que mi representada siempre ha efectuado labores activas para cumplir con el nivel exigido en las normas de emisión de ruidos, lo que se evidencia en las múltiples medidas concretas realizadas, las que se desarrollaron durante toda la ejecución del proyecto, pese, incluso a no existir una formulación de cargos por parte de la SMA. Dichas medidas contemplan tanto: Elaboración de informes técnicos para verificar la mitigación como el Estudio de Control Acústico y el Reporte Técnico ETFA CESMEC, implementación de un muro Acústico (cierre perimetral), encierro acústico (generadores), barrera acústica (biombos móviles), desarme de muro, comunicación con la comunidad, entre otros.

d) Capacidad económica del infractor

En relación con la capacidad económica de mi representada, el análisis de la SMA se relaciona con el tamaño de la empresa y su capacidad de pago. Concluyendo que se trata de una empresa de tamaño grande 2, según la clasificación efectuada por el Servicio de Impuestos Internos, en base a los montos facturados en el año tributario 2022, concluyendo que no procede la disminución de la sanción.

⁸ Superintendencia del Medio Ambiente, Resolución Exenta N° 744, 2 de mayo de 2023, p. 14.

Respecto a la capacidad económica de mi representada, la SMA considera sólo los ingresos cuando debería tomar en especial consideración las utilidades o pérdidas del ejercicio.

En el caso de Constructora Fortaleza existe un flujo importante de dinero pero no necesariamente se transforma en utilidades, menos en el rubro de la construcción donde por regla general se construye a suma alzada, es decir, por un precio único y predeterminado, asumiendo ía constructora todos los costos, gastos y riesgos hasta la entrega de un proyecto.

La multa impuesta a mi representada es excesiva y desproporcionada y no considera la delicada situación económica del sector inmobiliario.

No existe además una proporcionalidad entre la supuesta infracción y la multa cursada a Fortaleza.

La proporcionalidad, está vinculada a la debida motivación de los criterios, factores o circunstancias, mediante los cuales se ajusta la intensidad de la sanción a las características particulares de cada infractor. Dice relación con la debida correspondencia entre la infracción y la sanción, proscribiéndose las medidas innecesarias excesivas.

En definitiva, resulta claro que la SMA no tomó en consideración los factores antes indicados para los efectos de aplicar el principio de proporcionalidad a la sanción impuesta.

POR TANTO,

Por todos los argumentos y razones expuestas solicito a S.S. absolver a Constructora Fortaleza SpA del cargo que se le ha imputado, revocando la resolución recurrida, dejando en definitiva sin efecto la multa de 85 UTA.

No obstante lo antes señalado, y para el improbable caso que, Ud. estime que Constructora Fortaleza Spa si ha incurrido en una infracción, vengo en solicitar se sustituya la sanción de multa impuesta al mínimo legal.

PRIMER OTROSÍ: Vengo en acompañar los siguientes documentos:

- 1) Escritura Pública de Mandato Judicial otorgado en la notaría de Santiago de don Pedro Ricardo Reveco Hormazábal con fecha 18 de mayo de 2023, y anotado en su repertorio con el número 27.144 de 2023.

- 2) Resolución Exenta N° 1747 de fecha 9 de diciembre de 2019, en la cual la SMA requiere información a Constructora Fortaleza SpA.
- 3) Resolución Exenta N° 1/ROL D-092-2022 de fecha 12 de mayo de 2022, la cual da cuenta de la formulación de cargos de la SMA en contra de Constructora Fortaleza SpA.
- 4) Programa de cumplimiento Constructora Fortaleza SpA
- 5) RES. EX. N° 2 / ROL D-092-2022 de 5 de septiembre de 2022 que rechaza el Programa de Cumplimiento.
- 6) Escrito de descargos presentados por Constructora Fortaleza SpA con fecha 22 de septiembre de 2019 y sus anexos: Facturas, Línea de tiempo y tabiquería.
- 7) Resolución exenta N° 744 de fecha 2 de mayo de 2023, en la cual se resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-092-2022.
- 8) Certificado de recepción definitiva de obras de edificación N° 049/2022 emitido por la Ilustre Municipalidad de Lo Barnechea.
- 9) Informe Técnico de Fiscalización Ambiental Construcción Edificio entre Sauces DFZ-2019-1916-XIII-NE emitido por la SMA en enero de 2020.
- 10) Informe técnico SRU-308 emitido por la División Medio Ambiente de CESMEC en diciembre de 2019.
- 11) Auditoría N° 1 “Entre Sauces” Programa Buenas Prácticas Cámara Chilena de la Construcción, Corporación de Desarrollo tecnológico de fecha 28 de noviembre de 2019.
- 12) Informe Fotográfico presentación de información Superintendencia del Medio Ambiente emitido por Constructora Fortaleza SpA.
- 13) Acta de Inspección Ambiental SMA de fecha 19 de julio de 2019.
- 14) Acta de Inspección Ambiental SMA de fecha 19 de agosto de 2019.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito notificar a esta parte de las resoluciones dictadas en este proceso a los siguientes correos electrónicos: rafael.castro@monttgroup.com; sebastian.covarrubias@monttgroup.com y francisca.vergara@monttgroup.com

TERCER OTROSÍ: En virtud del mandato judicial conferido, acompañado en el primer otrosí de esta presentación, y en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, vengo en asumir personalmente patrocinio y poder en la presente causa.