

EN LO PRINCIPAL: Reclamo de Ilegalidad.- PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos.- SEGUNDO OTROSÍ: Forma especial de notificación.- TERCER OTROSÍ: Representación, patrocinio y poder.-

ILUSTRE TRIBUNAL AMBIENTAL (2º)

Alonso Varas Rogazi, chileno, casado, abogado, cédula nacional de identidad N° 16.709.688-3, en representación, según se acreditará, de **Constructora AP SpA**, Rol Único Tributario número 76.251.498-2 (denominada en lo sucesivo e indistintamente “Constructora AP”, o “Constructora”, o “Empresa”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Doctor Manuel Barros Borgoño N° 386, comuna de Providencia, a S.S.I. respetuosamente digo:

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 20.417 (en lo sucesivo “LOSMA”), y del artículo 17 N° 3 de la Ley 20.600 (en lo sucesivo “LTA”), interpongo en este acto reclamo de ilegalidad en contra de la **Resolución Exenta N° 472, de fecha 14 de marzo de 2023**, que fuera notificada mediante correo electrónico de fecha 30 de marzo de 2023, dictada por la Superintendencia del Medio Ambiente (en lo sucesivo “SMA”), representada por doña Marie Claude Plumer Bodin, en su calidad de Superintendente, ambos domiciliados para estos efectos en Teatinos 280, piso 9, comuna de Santiago, Región Metropolitana, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-148-2021, que sanciona a Constructora AP al pago de una multa ascendente a 64 UTA, solicitando desde ya que sea declarada nula, por adolecer vicios de ilegalidad, en conformidad a los argumentos de hecho y derecho que paso a exponer:

I. ADMISIBILIDAD DE LA PRESENTE RECLAMACIÓN DE ILEGALIDAD

El art. 27 LTA dispone que las reclamaciones deben cumplir una serie de requisitos que deben ser sujetos a examen de admisibilidad por este Ilustre Tribunal Ambiental. A continuación, expongo cómo la presente reclamación cumple con cada uno de ellos, y, por lo tanto, debe ser admitida a tramitación por S.S. ILUSTRE.

1. LA RECLAMACIÓN FUE INTERPUESTA DENTRO DE PLAZO

El inc. 1° del art. 56 LOSMA dispone que *“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”*.

Es de la especie que la Resolución Exenta N° 472, de fecha 14 de marzo de 2023, que fuera notificada a esta parte mediante correo electrónico de fecha 30 de marzo de 2023. El mencionado plazo es de días hábiles administrativos, en conformidad a lo dispuesto en el art. 15 de la ley 19.880. Por lo tanto, la presente reclamación ha sido presentada dentro del plazo de 15 días hábiles.

2. ESTE ILUSTRE TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS MATERIAS TRATADAS EN LA PRESENTE RECLAMACIÓN

En conformidad a lo dispuesto en el art. 17 N° 3 LTA, los Tribunales Ambientales son competentes para *“Conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente. Será competente para conocer de estas reclamaciones el Tribunal Ambiental del lugar en que se haya originado la infracción”*.

De acuerdo a lo señalado en el precitado artículo, S.S.I. es competente para conocer de la presente reclamación. Adicionalmente, la infracción que dio origen al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-148-2021 que culminó con la dictación de la Resolución Exenta N° 472, que es impugnada por la presente reclamación, ocurrió en la obra denominada *“Edificio San Diego”*, ubicada en calle San Diego N° 139, comuna de Santiago, Región Metropolitana. EN virtud del art- 5 LTA, S.S.I. es competente para conocer de la presente reclamación.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El art. 18 N° 3 LTA dispone que podrán interponer reclamaciones *“las personas naturales o jurídicas directamente afectadas por la resolución de la Superintendencia del*

Medio Ambiente". Constructora AP SpA se encuentra directamente afectada por la Resolución Exenta N° 472 de la SMA, ya que lo multa al pago de 64 UTA.

4. DEBIDA FUNDAMENTACIÓN

Tal como se explicará en detalle más adelante, la presente reclamación se encuentra debidamente fundamentada, exponiendo de manera clara los fundamentos de hecho y de derecho en los que se sustenta.

5. PETICIONES CONCRETAS

Finalmente, la presente reclamación contiene peticiones concretas, que tal como se reiterará en la parte del petitorio, consisten en solicitar a S.S. ILUSTRE que sea declare la nulidad de Resolución Exenta N° 472 dictada por la SMA, por adolecer vicios de ilegalidad.

II. ANTECEDENTES PRELIMINARES

Con el objetivo de ofrecer a S.S. ILUSTRE un contexto amplio respecto de los hechos que dieron origen al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-148-2021, que finalizó con la Resolución Exenta N° 472 que se impugna mediante este acto, paso a dar cuenta de una cronología de los acontecimientos más relevantes del caso.

1. LA OBRA "EDIFICIO SAN DIEGO"

La obra "Edificio San Diego" es un proyecto inmobiliario ubicado en calle San Diego N° 139, comuna de Santiago, Región Metropolitana, consistente en un edificio habitacional de 8 pisos de altura y 2 subterráneos.

El Edificio San Diego fue recibido como obra nueva mediante la Recepción Definitiva total de Obras de Edificación que consta del Certificado número treinta y tres, emitido por la DOM Santiago, con fecha siete de abril del año dos mil veintidós.

Respecto de la materialidad del Edificio San Diego, que señalar que el esqueleto edificio está compuesto por hormigón armado, revestido con sistema Eifs

(polietileno expandido de alta densidad de 20 kg/m³, más malla de fibra de vidrio, más revoque) y pintura de terminación. Los vanos están estructurados con ventanales de PVC más termopaneles (dos vidrios de 6mm separados por 6 mm entre ellos, formando la capa de aire).

2. EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL D-148-2021

a) Fiscalización

Con fecha 12 de enero de 2021, un funcionario de la SMA realizó una fiscalización de emisión de ruidos respecto de la obra Edificio San Diego, antes individualizado, registrando un Nivel de Presión Sonora Corregido de 78 dB(A), en horario diurno, en lugar ubicado en Zona III, sobrepasando los límites establecidos en el DS 38/2011 por 13 dB(A).

Con ocasión de dicha fiscalización, la SMA emitió Resolución Exenta N° 119, de fecha 21 de enero de 2021, en la que ordenó medidas provisionales pre-procedimentales a Constructora AP.

b) Formulación de cargos

Por Res. Ex. N° 1 de fecha 25 de junio de 2021, la SMA formuló cargos a Constructora AP SpA por una eventual infracción al art. 35 letra h) LOSMA, por incumplimiento en normas de emisión, en conformidad al siguiente recuadro:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma de Emisión				
1	La obtención, con fecha 12 de enero de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 72 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona III.	<p>D.S. 38/2011 MMA, Título IV, artículo 7:</p> <p><i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">Zona</th> <th style="text-align: center;">De 7 a 21 horas</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">III</td> <td style="text-align: center;">65</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 7 a 21 horas	III	65
Zona	De 7 a 21 horas					
III	65					

Los hechos, se explican en los siguientes recuadros:

Tabla N° 2: Evaluación de medición de ruido en Receptor N° 1

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor N° 1	Diurno	78	No afecta	III	65	13	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2021-68-XIII-NE.

Tabla N° 3: Evaluación de medición de ruido en Receptor SD2

Receptor	Horario de medición	NPC [dB(A)]	Ruido de Fondo [dB(A)]	Zona DS N°38/11	Límite [dB(A)]	Excedencia [dB(A)]	Estado
Receptor SD2	Diurno	72	No afecta	III	65	7	Supera

Fuente: Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2021-175-XIII-MP.

La eventual infracción fue clasificada como **LEVE**, en conformidad a lo dispuesto en el art. 36 LOSMA.

Sin perjuicio de lo anterior, mediante Resolución Exenta N° 119 de fecha 21 de enero de 2021, la SMA ordenó una serie de medidas provisionales pre-procedimentales, con ocasión de la fiscalización realizada con fecha 12 de enero de 2021.

c) Programa de cumplimiento

También por Res. Ex N° 1 de fecha 25 de junio de 2021, la SMA informó a la Constructora su derecho a presentar un programa de cumplimiento, el que fue acompañado mediante presentación de fecha 02 de enero de 2022.

Por Res. Ex. N° 2 de fecha 17 de agosto de 2022, la SMA resolvió rechazar el programa de cumplimiento, por supuestamente no satisfacer los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.

d) Resolución Exenta N° 472

Finalmente, mediante Resolución Exenta N° 472 de fecha 14 de marzo de 2023, la SMA resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-148-2021, resolviendo en definitiva:

- i. Tener por probado el hecho en que se funda la formulación de cargos, es decir, que se tuvo por constatada, con fecha 12 de enero de 2021, un Nivel de Presión Sonora Corregido de 78 dB(A), en horario diurno, en lugar ubicado en Zona III, sobrepasando los límites establecidos en el DS 38/2011 por 13 dB(A) (Considerando 34.).
- ii. Clasificar la infracción como leve (Considerandos 35. al 38. inclusive).

- iii. Que el supuesto beneficio económico obtenido con motivo de la infracción asciende a 24,2 UTA (Considerandos 41. al 51. inclusive).
- iv. Que la infracción efectivamente ha generado un riesgo a la salud de carácter medio (Considerandos 52. al 65. inclusive).
- v. Que el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción asciende a 1150 personas (Considerandos 66. al 75. inclusive).
- vi. En definitiva, aplicar a Constructora AP SpA una multa de 64 UTA.

III. VICIOS DE ILEGALIDAD EN LOS QUE INCURRE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 472 SMA

A continuación, pasaré a explicar los diversos vicios de ilegalidad en los que incurre la Resolución Exenta N° 472 que en este acto se impugna, y que en definitiva sirven, cada uno de ellos por separado, para que S.S. ILUSTRE acceda a la solicitud de esta parte de dejar sin efecto la mencionada resolución.

1. INDEBIDA FUNDAMENTACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Una de las ilegalidades en las que incurre la SMA en la dictación de la resolución impugnada, es la total ausencia de motivación al momento de determinar la sanción cursada en contra de Constructor AP.

Si bien la SMA expresamente señala en el considerando N° 38 de la resolución impugnada que, *“de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la LOSMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”*, **nada dice respecto de la motivación en la que fundamenta la decisión de preferir cursar una multa pecuniaria por sobre la amonestación por escrito.** No obstante que se trata de una facultad discrecional de la SMA determinar el tipo de sanción que cursará, también es cierto que el ejercicio de una facultad discrecional siempre debe encontrarse debidamente motivado, lo que no ocurre en el caso de autos. En este sentido, la motivación debe ser expresa, y no es suficiente que se trate de una mera deducción de las demás consideraciones.

En este orden de ideas, resultan aplicables las normas contenidas en el art. 11 inc. 2° y en el art. 41 inc. 4° de la Ley 19.880, cuyo tenor literal, en lo pertinente, es el siguiente:

“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

“Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

Al respecto, este Ilustre Tribunal ha señalado con anterioridad que “[...] todo acto administrativo debe ser fundado, debiendo cumplir con las exigencias establecidas en los artículos 11 inciso 2 y 41 inciso 4 de la Ley N° 19.880 y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, administrativa y judicial, pues de lo contrario deviene en arbitraria, debiendo en consecuencia ser anulada”¹.

También, en particular respecto a la obligación de la SMA de motivar la decisión de elegir una sanción pecuniaria por sobre una que no lo es, en especial respecto de infracciones que han sido catalogadas como leves, este Ilustre Tribunal ha resuelto que “la definición de la sanción aplicable corresponde a un proceso que se construye sobre la base del principio de proporcionalidad, sobre el cual, a su vez, derivan los criterios del artículo 40 de la LOSMA. Además, tanto la ponderación de dichos criterios como la elección de la sanción corresponde a una determinación discrecional de la autoridad. Sobre la base de lo expuesto, y considerando el deber general de fundamentación de los actos administrativos, no cabe sino concluir que el Superintendente, al aplicar una sanción (pecuniaria o no pecuniaria), debe realizar un ejercicio motivado de las razones que lo llevaron a escogerla”².

Luego, en la misma Sentencia antes citada, este Ilustre Tribunal ahonda en el razonamiento de motivar la elección de la sanción, concluyendo que “considerando el deber de fundamentación en la determinación de la sanción ya expuesto (...), la resolución reclamada debió haber realizado un ejercicio motivado de las razones que la llevaron a no considerar la aplicación de una sanción no pecuniaria (amonestación). Por consiguiente, se colige que la resolución sancionatoria carece de una debida fundamentación y, por tanto, la sanción resulta desproporcionada. Que, así las cosas, este Tribunal estima que el vicio constatado en la determinación de la sanción resulta esencial por cuanto recae sobre su fundamentación, en cuanto a motivar las razones que la llevaron a

¹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 32-2015, de 25 de mayo de 2015, c. 16.

² Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 326-2022, de 06 de septiembre de 2022, c. 17.

*aplicar, en este caso particular, una sanción pecuniaria omitiendo un examen de la conveniencia o no de adoptar una sanción no pecuniaria de amonestación*³.

2. ERRÓNEA PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 LOSMA Y VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En el presente acápite explicaré una serie de vicios de ilegalidad en los que ha incurrido la SMA al momento de ponderar las circunstancias del art. 40 LOSMA, los que se explicarán en detalle a continuación.

a) **Omisión del ejercicio motivado de las razones que permiten arribar a la multa específica de 64 UTA en contra de Constructora AP SpA**

En primer término, la SMA, mediante la Resolución Exenta N° 472 resuelve aplicar a Constructora AP SpA una sanción consistente en una multa de 64 UTA. Como ya se explicó con antelación, la SMA no ofrece fundamento alguno por el que decide preferir sancionar con una multa y no con una amonestación. De la misma manera, la SMA no ofrece motivación alguna, con excepción de sus razonamientos sobre el supuesto beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, para entender cómo arribó al monto exacto de 64 UTA para la aplicación de la multa.

Al ponderar las circunstancias del art. 40 LOSMA, la SMA sólo explicita el efecto que tiene la aplicación del criterio del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en la determinación final de la sanción en el caso concreto de autos, asignándole un valor monetario de 24,2 UTA. Sin embargo, nada dice respecto del valor ponderado de las demás circunstancias, esto es, de los componentes de afectación consistentes en el valor de seriedad, los factores de disminución y los factores de aumento. Con la omisión de esta información, **existe un vacío para la evaluación de proporcionalidad de la multa**, ya que hay una ponderación de 39,8 UTA (la diferencia entre el valor total de la multa -64 UTA- y la única circunstancia del art. 40 LOSMA a la que se le asignó un valor monetario, que es el beneficio económico de 24,2 UTA), que corresponde a la valoración de los diversos componentes de afectación.

³ Op. Cit., cc. 25 y 26.

Al respecto, cabe hacer presente que la SMA ha elaborado las denominadas Bases Metodológicas para la determinación de las sanciones por infracción a norma ambiental. En dichas Bases se encuentra la siguiente ecuación, que es la fórmula para determinar el valor de una multa:

Figura 3.1: Esquema metodológico general para la determinación de sanciones pecuniarias

$$\text{SANCIÓN} = \text{BENEFICIO ECONÓMICO (BE)} + \text{COMPONENTE DE AFECTACIÓN (CA)}$$

DONDE:

$$\text{BE} = \text{BE por Costos Retrasados o Evitados} + \text{BE por Ganancias Anticipadas o Adicionales}$$

$$\text{CA} = \left(\text{Valor de Seriedad (VS)} \times \left(1 + \sum (\text{Factores de Incremento}) - \sum (\text{Factores de Disminución}) \right) \right) \times \text{Factor de Tamaño Económico}$$

$$\text{VS} = \text{Función} \left(\text{Seriedad de la infracción} \right)$$

De la simple lectura de la formula transcrita, es posible colegir que no sólo se debe asignar un valor específico al beneficio económico para determinar el total de la multa a cursar, sino que **se debe asignar un valor a cada componente de afectación, lo que no ocurre en la resolución que se impugna.**

Sobre la relación entre las Bases Metodológicas y la obligación de motivar una resolución que contiene una multa pecuniaria, este Ilustre Tribunal ha razonado que “en relación al estándar de fundamentación de las sanciones pecuniarias, la SMA ha elaborado las denominadas Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que “(...) proporcionan una referencia útil de principios, criterios y conceptos estandarizados aplicables en el contexto de las matemáticas financieras y de la sanción administrativa; contribuyendo a modular los márgenes de discrecionalidad de la SMA y a reforzar el control de la debida fundamentación de la resolución reclamada, constituyendo de esta manera, una garantía para el administrado (...)” (Segundo Tribunal Ambiental, Rol R-208-2019, de 14 de abril de 2021, c. 14; en el mismo sentido la sentencia Rol R N° 196-2018 de 1° de junio de 2020, c.27). A su vez, su implementación “(...) trae consecuencias directas en la revisión judicial del acto administrativo sancionador dictado por la SMA, aumentando la intensidad de control del Tribunal Ambiental en la reclamación respectiva (Ibid. p. 393), puesto que el estándar de fundamentación en la determinación de la sanción no es el de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos, sino el conjunto de reglas y operaciones dispuestas en

aquellas (Ibid. J.). De esta manera, fue expresado que “(...) El Tribunal no puede sino concluir que la SMA debe fundamentar sus actuaciones, en este caso, la determinación de las sanciones y sus modificaciones, conforme a lo dispuesto en sus Bases Metodológicas, lo cual debe aparecer debidamente motivado en la resolución respectiva” (Segundo Tribunal Ambiental, Rol N° 174-2018, de 29 de abril de 2020, c. 87 y 88)⁴.

Luego, en la misma Sentencia, este Ilustre Tribunal explica en términos concretos las consecuencias de motivar una sanción en las Bases Metodológicas: “Que, de esta forma, en materia de sanciones pecuniarias, la SMA debe realizar un ejercicio motivado de las razones que la permiten arribar a la sanción específica, explicitando el efecto que tiene la aplicación de cada uno de los criterios o factores en la determinación de la sanción en el caso concreto”⁵.

¿Cuál es la forma de explicitar el efecto que tiene la aplicación de los criterios o factores contenidos en las Bases Metodológicas en la determinación de la multa de 64 UTA cursada en contra de Constructora AP SpA, en la Resolución Exenta N° 472? La verdad, es que sólo se explicita el efecto en el cálculo del supuesto beneficio económico, y hay una omisión total de motivación explícita respecto del efecto concreto de los criterios o factores para la determinación de los componentes de afectación, y, por lo tanto, no existe motivación para el establecimiento de la multa concreta de 64 UTA.

Que, en esta misma línea de razonamiento, este Ilustre Tribunal ha explicado que la falta de motivación debida en la ponderación de las circunstancias del art. 40 LOSMA, por omitir los criterios contenidos en las Bases Metodológicas, deviene en una vulneración al principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas: “Al respecto, fue posible observar que la Guía de la SMA se refiere explícitamente a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la naturaleza de la infracción y el daño causado, señalando que “[e]l principio de proporcionalidad en materia administrativa sancionatoria exige que la sanción se ajuste a la entidad y cuantía que ha tenido la infracción. [...] En el ámbito ambiental este principio implica que la sanción debe tener en consideración la naturaleza del incumplimiento y sus consecuencias. Esto exige valorar elementos tales como el objetivo y relevancia de la norma infringida, las características del incumplimiento

⁴ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 224-2019, de 17 de junio de 2021, c. 7.

⁵ Op. Cit. c. 12.

y los eventuales efectos negativos generados por la infracción. Todos estos elementos deben ser ponderados al momento de decidir la específica sanción que debe ser aplicada, ya que de ese modo el infractor será hecho responsable de manera adecuada por el efectivo perjuicio generado. El principio de proporcionalidad opera también como una limitación a la discrecionalidad que tiene la administración en la decisión sobre la sanción específica a ser aplicada. En este sentido, la sanción no puede exceder la ponderación que se realice de las circunstancias que han sido descritas previamente", (Guía de la SMA, Ed. 2017 actualizada, p. 28). En efecto, a juicio del Tribunal, y habida cuenta de los vicios en la motivación detectados, respecto de la ponderación del 'beneficio económico obtenido' y de 'todo otro criterio relevante para la determinación de la sanción', y por las consideraciones previamente expuestas se acogerá parcialmente la reclamación por falta de proporcionalidad y de debida motivación en la ponderación de las circunstancias de los literales c) e i) del artículo 40 LOSMA conforme a lo previamente expuesto"⁶.

Entendiendo que el término "valorar" significa asignar un valor, es de toda lógica esperar que cada una de las circunstancias del art. 40 LOSMA sea debidamente valorada para efectos de determinar el monto de la multa sancionada. Este ejercicio de valoración, que debe ser suficientemente motivado, no sólo sirve para establecer la responsabilidad del infractor, sino también como límite a la discrecionalidad de la SMA, y en definitiva, como indicador de la proporcionalidad de la multa. Sin embargo, como extensamente se ha expuesto, en la resolución impugnada se omite completamente este ejercicio respecto de los componentes de afectación, siendo imposible controlar si la fórmula para el cálculo de la multa fue aplicada de manera correcta, lo que, en definitiva, imposibilita el control a la actividad discrecional de la SMA.

b) Errónea determinación del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción

Sin perjuicio del vicio antes mencionado, la Resolución Exenta N° 472 adolece de errores en la determinación del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, y, por lo tanto, errores en la base para el cálculo de la multa cursada en contra de Constructora AP.

⁶ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 172-2018, de 06 de noviembre de 2019, c. 72 y 73.

En primer término, la tabla de escenario de cumplimiento, que se encuentra en el considerando 42. de la resolución, contiene una serie de medidas o acciones en las que la Constructora si incurrió para la mitigación de ruidos, pero, que por exigencia del Plan de Cumplimiento, no se pudieron hacer presente en dicha oportunidad, ya que uno de los requisitos de dicho plan es que se trate de gasto incurridos con ocasión del procedimiento administrativo sancionador en curso.

En este orden de ideas, la SMA indicó, erróneamente, que la Constructora no habría incurrido en costos de mitigación ambiental, previos al acta de inspección ambiental del 12 de enero de 2021 y a la Res. Ex. N°119 de fecha 21 de enero de 2021. Sin embargo, y tal como se constató en los antecedentes entregados al SMA en respuesta de fecha 12 de febrero de 2021 a la Res. Ex. N°119, la Constructora informó a la SMA que se realizaron los trabajos de mejoras al cierre de vano, paneles y biombos acústicos existentes (se adjuntaron órdenes de compra del año 2020), tal como lo instruyó la empresa técnica de fiscalización ambiental (ETFA), y que se construyó un nuevo taller acústicos (se adjuntaron las órdenes de compra 2021). Efectivamente la Constructora incurrió en costos post visita de ETFA, pero estos obedecen a mejoras al sistema de mitigación de ruido implementado (mejorar sellos de uniones de paneles acústico, biombos de doble cara de OSB, etc.).

En la “Tabla 6” del considerando 42., la SMA cuantifica costos, supuestamente no incurridos por Constructora AP, relativos a la Instalación de pantalla acústica de 3 metros de alto en el perímetro de la obra. Cabe señalar que esta partida nunca fue cuestionada, sea por inexistencia o por su configuración. Expuesto lo anterior, se adjunta respaldos que si fue instalada y visada en obra por el SEREMI de Medio Ambiente en el año 2021.

Expuesto lo anterior, se anexa tabla que determina los costos incurridos por Constructora antes de la fiscalización.

ID	MEDIDAS	COSTO REAL INCURRIDO
1	SEREMI en visita realizada el 02 julio 2021 (ver punto 6), da cuenta de la existencia de pantalla perimetral de una altura 5 metros (presente durante todo el proceso constructivo) como da cuenta esta misma acta.	\$ 15.132.326
2	La obra conto desde un principio con biombos acusticos, sellado de Vanos e instalación de pantallas acústicas, tal como fue informados en los adjuntos en Res. Ex. N°119/2021 (fotografías y Orden de compra N° 1027 ; 958 y 899)	\$ 15.069.138
COSTO REAL INCURRIDO \$		30.201.464

Los detalles de ambas partidas de presupuesto son los siguientes:

01.1.	Costos de materiales cierre acústico perimetral. (valores netos).	
-	Placas OSB + madera pino bruto	= \$ 1.615.300 (OC N°16-895).
-	Malla <u>raschel</u> + Lana MINERAL	= \$ 114.285 (OC N°16-821).
-	Acero estructural	= \$ 5.181.241 (OC N°16-896).
01.2.	Costos de mano de obra cierre acústico perimetral. (valores netos).	
-	MO especializado	= 12 Carpinteros x 9 días x \$5.075/hora x 9 <u>hr</u> /día = \$ 4.932.900
-	MO Apoyo	= 8 Jornales x 9 días x \$5.075/hora x 9 <u>hr</u> /día = \$ 3.288.600
COSTO CIERRE PERIMETRAL ACUSTICO _____		\$ 15.132.326
01.1.	Costos de materiales cierre acústico perimetral. (valores netos).	
-	Placas OSB	= \$ 0 (OC no informada).
-	Bisagra, tornillos, disco corte	= \$ 38.075 (OC N°16-958).
-	Perfil tabiques + Lana mineral	= \$ 6.809.563 (OC N°16-899).
01.2.	Costos de mano de obra cierre acústico perimetral. (valores netos).	
-	MO especializado	= 4 Carpinteros x 12 días x \$5.075/hora x 9 <u>hr</u> /día = \$ 2.192.400
-	MO Apoyo	= 2 Jornales x 12 días x \$5.075/hora x 9 <u>hr</u> /día = \$ 1.096.200
COSTO INVERSIÓN CONTROL DE RUIDOS _____		\$ 15.069.138

Tal como se mencionó, los detalles que respaldan estos gastos fueron debidamente acompañados a la SMA con ocasión de respuesta a la Res. Ex. N°119 de fecha 21 de enero de 2021. Al considerar estos gastos en los que efectivamente incurrió la Constructora, y que la SMA contaba como antecedentes, la base de cálculo del beneficio económico se vería afectada, disminuyendo en favor de Constructora AP, por lo que su omisión es un perjuicio reparable únicamente con la nulidad de la resolución que se impugna.

Al respecto, la Excelentísima Corte Suprema ha fallado que *“a propósito del principio de conservación del acto administrativo (...) la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido en forma reiterada que revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, ella sólo será procedente si el vicio es grave y esencial (...). Efectivamente, no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad sino cuando dicha anomalía conculque las garantías de los administrados”*⁷.

En segundo término, el considerando 49. menciona que se aplicó una tasa de descuento del 6,9% del beneficio económico, considerando como fecha de pago de la multa el día 21 de marzo de 2023, estimada en base a información de referencia del rubro Inmobiliaria/Construcción. Sin embargo, la SMA no ofrece fuente alguna que permita verificar que el valor de descuento es el que efectivamente corresponde, por lo que no es posible constatar la veracidad del factor aplicado.

c) Errónea determinación del riesgo generado a la salud

Uno de los componentes de afectación es la importancia del daño causado o del peligro ocasionado a propósito de la infracción. La SMA expresamente reconoce en el considerando 54. que no existen antecedentes en el expediente administrativo que permitan confirmar la producción de daño con motivo de la infracción. Luego, la SMA argumenta que, no obstante lo anterior, si se habría producido peligro de riesgo a la salud. Sin embargo, la misma SMA señala que la infracción se trata de un único evento, catalogada como una infracción leve, lo que, en virtud de la teoría de los actos propios, no puede ser desconocido en sus propias consideraciones y caer en una contradicción. Al efecto, este Ilustre Tribunal ha resuelto que *“la SMA modificó la clasificación de la infracción de grave a leve debido a que estimó que el riesgo a la salud de la población identificado no era significativo, y lo estimó como tal al momento de ponderar la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA (fs. 196 y 203, expediente sancionatorio). A juicio de este Tribunal, la circunstancia señalada permite desprender que, para los efectos de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, esta consideración se asimila a la circunstancia favorable relativa a la no generación de un riesgo al medio ambiente y/o a la salud de las personas, para los efectos de la imposición de una sanción no pecuniaria, tal como es la amonestación por escrito. Así por lo demás se desprende de diversa jurisprudencia*

⁷ Sentencia de la Corte Suprema, de 10 de diciembre de 2014, Rol de ingreso N° 16.706-2014, considerando décimo sexto.

administrativa de la SMA en materia de ruido (Cfr. Roles procedimientos sancionatorios SMA: D-039-2015, c. 115; D-003- 2015, c. 101; D-035-2016, c. 45 y 58; D-042-2018, c. 50 y 77; D-059-2018, c. 82; D-051-2019, c. 85; D-165-2019, c. 74; D- 019-2019, c. 91; D-018-2020, c. 81; D-135-2020, c. 72; D-029- 2021, c. 102). Por ello, este Tribunal estima que concurre la circunstancia favorable relacionada con “si la infracción no ha constatado riesgo ni afectación al medio ambiente ni a la salud de las personas” (Bases Metodológicas de la SMA, p. 85)”⁸.

d) Errores en la ecuación para el cálculo de personas afectadas

En primer lugar, la SMA en sus considerandos 70. y 71. indica la fórmula que fue utilizada para determinar el número de personas afectadas considerando el máximo registro del nivel de intensidad de 78 dB(A), obtenido desde el receptor sensible el día de la fiscalización, el 12 de enero de 2021.

La ecuación es la siguiente: $L_p = L_x - 20 \log (r/r_x) - F_a (\Delta L)$

Esta fórmula es utilizada para determinar a qué distancia (r), el nivel de intensidad da cumplimiento a la norma (65 dB). De dicha fórmula, se desprende que nivel de intensidad sonora decrece a medida que aumenta la distancia desde la fuente. Sin embargo, la SMA, al utilizar el mayor valor obtenido de nivel de intensidad de 78 dB(A), no considera que entre la fuente de emisión de la onda sonora y el punto más alejado ($L_p=65$ dB) existen edificaciones contiguas, que atenúan la intensidad de la onda sonora, producto de la absorción y pérdida de energía por transmisión. Cabe señalar que la absorción acústica (absorción del sonido) es la denominación común para referirnos a la capacidad que poseen todos los materiales para absorber una porción de la energía de las ondas sonoras cuando éstas inciden sobre ellos, reduciendo así la cantidad de energía sonora que es reflejada por el material. En este sentido, hago presente a S.S. ILUSTRE que la SMA no informa cuál es el valor de la distancia (rx) entre la fuente emisora y el receptor con lectura de nivel de intensidad sonora de 78 dB, para efectos de considerarlo en la ecuación.

A pesar que la formula expuesta es conocida por la física de mecánica de ondas longitudinales, la SMA en forma arbitraria maximiza los valores de niveles de

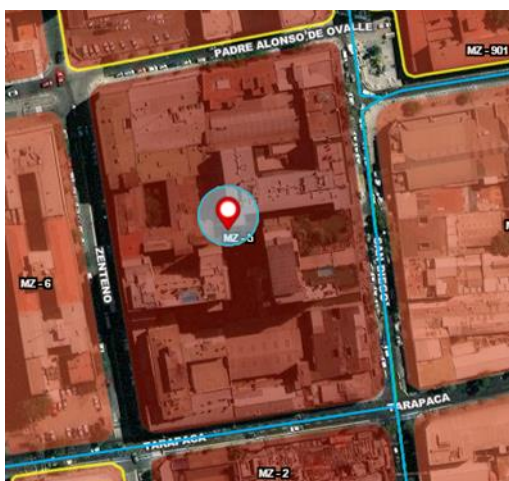
⁸ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 326-2022, de 06 de septiembre de 2022, c. 22.

intensidad sonora medidos el 12 de enero de 2021, con la aplicación de un multiplicador denominado “factor de atenuación (Fa),”, que lo define como de elaboración propia (en el considerando 30.) y no explica cómo se obtiene y cuáles son los valores que aplicó para el cálculo $r=75$ metros.

Expuesto lo anterior, se consideran las siguientes correcciones a la fórmula: i) Se elimina el efecto del Factor de atenuación $Fa=0$; ii) La ley general de la absorción establece que “la intensidad de una onda decrece exponencialmente con el espesor del medio atravesado”; y, iii) Se tiene que la distancia que cumple con lo expuesto, es justamente la distancia entre la fuente emisora y la tangente al primer elemento que intercepta, esto es $r=12,3$ metros (radio del área de influencia).

En segundo término, en los considerandos 72. y 73. de la resolución impugnada, la SMA determinó las manzanas censales y el número de personas afectadas por la excedencia de los 13 dB que el proyecto de construcción San Diego sobrepasó el nivel de presión sonora de acuerdo a la norma, utilizando valores de radio de influencia incrementados sin respaldos que validen su utilización.

En cuanto al procedimiento, en primer término, se interceptó el área de influencia AI ($r=12,3m$) en la manzana MZ-5. Como se observa en la representación gráfica siguiente, la manzana 5 es la única área influencia por el nivel de intensidad de 78 dB, tal como muestra la siguiente imagen:



frente <https://ine-chile.maps.arcgis.com/apps/webappviewer/index.html?id=bc3cfbd4feec49699c11e813ae9a629f>

En segundo lugar y expuesto lo anterior, procederemos a redefinir la tabla 9, con la utilización de radio de área de influencia determinado en punto anterior:

IDPS	ID MANZANA Censo 2017	N° PERSONAS RESIDENTES	ÁREA TOTA aprox. (m2)	ÁREA AFECTADA (m2)	% AFECTACION	PERSONAS AFECTADA
M5	13101131001005	1.393	17.040	279	1,64%	23

En base a estas consideraciones, se puede concluir que: i) Al área afectada se le descontó el 10% del área ocupada por el proyecto de construcción (1960m²x10%); ii) No se descuenta el número de habitantes censados y que ya no residen en el área del proyecto de construcción; iii) las personas potencialmente afectadas coinciden justamente con los vecinos con ubicados inmediatamente en el deslinde poniente del proyecto de construcción; y, iv) Lo anterior, es coincidente con el hecho que los reclamos o denuncias corresponde mayoritariamente a residentes de departamentos ubicados en Calle Zenteno y cuyas ventanas daban al pie del proyecto.

e) Los factores de disminución no son considerados en la determinación del *quantum* de la multa

La SMA expresamente reconoce que concurren como factores de disminución del *quantum* de la multa la cooperación eficaz de Constructora AP durante el procedimiento sancionatorio, y su irreprochable conducta anterior. Sin embargo, no explica cómo estos factores inciden en el cálculo de la multa cursada, omitiendo la ponderación de disminución aplicada, y su respectiva motivación. De lo anterior, sólo es posible concluir que, a pesar de ser reconocida la concurrencia de los mencionados factores de disminución, éstos no fueron debidamente aplicados.

Al respecto, este Ilustre Tribunal ha sostenido que *“es posible concluir que la SMA incurrió en una infracción a lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la LOSMA previamente citados, pues al omitir considerar el Informe de medición de ruidos como ‘cooperación eficaz’ en cuanto factor de disminución del monto de la sanción en aplicación de la circunstancia contenida en el literal i) del artículo 40 de la LOSMA, dicha omisión le ocasionó a la reclamante un claro y evidente perjuicio que sólo puede ser subsanado mediante la anulación del acto”*⁹.

En definitiva, la omisión de la valoración de un factor de ajuste de disminución significa una afectación directa a las garantías de Constructora AP, afectando su patrimonio mediante la no disminución de una multa cursada en su contra, lo que sólo puede ser subsanado con la anulación del acto impugnado.

f) Errores en la determinación del tamaño económico de Constructora AP SpA

⁹ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, Rol R N° 172-2018, de 06 de noviembre de 2019, c. 68.

La SMA, en la tabla contenida en el considerando 40., se limita a calificar a Constructora AP SpA como una empresa de tamaño económico GRANDE 2, con los siguientes argumentos: *“De conformidad a la información auto declarada del SII del año tributario 2022 (correspondiente al año comercial 2021), titular corresponde a la categoría de tamaño económico GRANDE 2”, sin ofrecer mayores argumentos, ni cómo dicha clasificación impacta en la determinación de la multa.*

Sin embargo, en consideración a que la infracción ocurrió el día 12 de enero de 2021, de manera arbitraria no se consideró, para este caso particular, una circunstancia extraordinaria que sí fue considerada para otras empresas infractoras de norma de emisión de ruido que pertenecen al rubro de la construcción, en fecha similar: el impacto del Covid 19 en la industria. De ello hay constancia en la Sentencia Rol R-278-2021 de este Ilustre Tribunal, en cuyo considerando sexagésimo tercero se lee: *“Que, sobre la capacidad económica, no consta en el expediente de autos que el titular de la faena de construcción haya acompañado antecedentes que dieran cuenta de su situación financiera específica y permitiesen considerar de forma excepcional un ajuste a esta circunstancia, definida primeramente partir del tamaño económico de la empresa, informado por el Servicio de Impuestos Internos. A pesar de ello, respecto de la capacidad de pago, el Superintendente ponderó las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de COVID-19, y tuvo presente el impacto económico al afectarse el funcionamiento regular de las empresas”.*

Que, es de público conocimiento, que la industria de la construcción aún no ha logrado una total recuperación por el aumento de costos que significó la pandemia, y que por la permanencia de los motivos que llevaron a aplicar un factor de disminución a la categoría de tamaño económico, ésta debió ser nuevamente considerada, so pena de incurrir en una discriminación arbitraria, por tratarse de un infractor en similares circunstancias.

POR TANTO, en conformidad a lo expuesto y normas citadas y aplicables,

PIDO A S.S. ILUSTRE, se sirva tener por interpuesto el presente reclamo de ilegalidad, admitirlo a tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, dejando sin efecto la Resolución Exenta N° 472, de fecha 14 de marzo de 2023, anulando la multa de 64 UTA cursada en contra de Constructora AP SpA.

PRIMER OTROSÍ: Pido a S.S. ILUSTRE, tener por acompañados, con citación los siguientes documentos:

1. Escritura pública de fecha 18 de mayo de 2018, otorgada en la Notaría de Santiago de don René Benavente Cash, en la que consta el poder de representación y mandato judicial con el que actúo en autos.
2. Resolución Exenta N° 472, de fecha 14 de marzo de 2023, que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-148-2021.
3. Correo electrónico de fecha 30 de marzo de 2023, mediante el cual SMA notifica la Resolución Exenta N° 472.
4. Resolución Exenta N° 119 de fecha 21 de enero de 2021.
5. Carta conductora de fecha 12 de febrero de 2021, mediante la cual se acompañó informe de medición de ruidos EFTA.
6. Acta de inspección ambiental de la SMA, de fecha 09 de marzo de 2021, en la que consta cumplimiento de norma de emisión DS 38/2011 en obra Edificio San Diego.
7. Informe técnico de verificación de medidas de control de ruido EFTA, de fecha 08 de febrero de 2021, en cuyas conclusiones se sostiene que *“Los resultados de la medición efectuadas, muestran que los niveles de presión sonora corregidos medidos, No Superan los niveles máximos permitidos por el D.S. N° 38/11 del MMA”*.
8. Res. Ex. N° 1 de fecha 25 de junio de 2021.
9. Res. Ex. N° 2 de fecha 17 de agosto de 2022.

SEGUNDO OTROSÍ: Pido a S.S. ILUSTRE tener presente que para efecto de practicar notificaciones por medio de correo electrónico en el presente procedimiento, vengo a indicar la casilla avaras@ileben.cl para tales efectos.-

TERCER OTROSÍ: Solicito a US. tener presente que mi facultad para representar a Constructora AP SpA consta en escritura pública con firma electrónica de fecha 18 de mayo del año 2018, otorgada en la Notaría de Santiago de don René Benavente Cash, de la que acompaño copia, con citación, en el primer otrosí de esta presentación. Así mismo, pido a S.S. ILUSTRE tener presente que en mi calidad de abogado habilitado, asumiré personalmente la representación de Constructora AP SpA en el presente procedimiento.-