

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO
POR CONSTRUCTORA ALMAHUE S.A.**

RES. EX. N° 4 / ROL D-123-2023

Santiago, 6 de febrero de 2024

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que Establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LOSMA”); en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 38, de 11 de noviembre de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, “D.S. N° 38/2011 MMA”); en la Resolución Exenta N° 52, de 12 de enero de 2024, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA 119123/152/2023, de 30 de octubre de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Nombra Jefatura de División de Sanción y Cumplimiento; en la Resolución Exenta N° 1.270, de 3 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Guía para la Presentación de un Programa de Cumplimiento, Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos (en adelante, “Guía PdC”); en la Resolución Exenta N° 349, de 22 de febrero de 2023, que Fija las reglas de funcionamiento de Oficina de partes y Oficina de transparencia y participación ciudadana de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Res. Ex. N° 349/2023”); y, en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

**I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO
SANCIONATORIO ROL D-123-2023**

1. Con fecha 29 de mayo de 2023, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-123-2023, con la formulación de cargos a Constructora Almahue S.A. (en adelante, “el titular”), titular de la faena constructiva denominada “Edificio Lyon las Violetas”, ubicada en la comuna de Providencia, Región Metropolitana, en virtud de una infracción tipificada en el artículo 35 letra h) de la LOSMA, en cuanto al incumplimiento de normas de emisión. Dicha resolución fue notificada mediante carta certificada al titular, la cual fue recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Las Condes con fecha 31 de mayo de 2023.



2. Con fecha 22 de junio de 2023, Darío Ovalle Irrarrázaval y Carolina Vega Llodrá, en representación del titular, presentaron un programa de cumplimiento, en conjunto con antecedentes anexos.

3. Mediante la Resolución Exenta N° 2/ Rol D-123-2023, de fecha 11 de septiembre de 2023, se rechazó el programa de cumplimiento presentado y se tuvieron presente: (i) los antecedentes acompañados; (ii) el poder de representación de Darío Ovalle Irrarrázaval y Carolina Vega Llodrá respecto de la titular; y (iii) las casillas de correo electrónico informados para próximas notificaciones. Dicha resolución fue notificada mediante correo electrónico al titular, con fecha 11 de septiembre de 2023, tal como consta en el expediente del procedimiento.

4. Con fecha 20 de septiembre de 2023, Darío Ovalle Irrarrázaval y Carolina Vega Llodrá, en representación de Constructora Almahue S.A., presentaron un recurso de reposición en contra de la mencionada Res. Ex. N° 2 / Rol D-123-2023, solicitando, además suspensión del plazo para deducir descargos. Dicho recurso se tuvo por interpuesto mediante Res. Ex. N° 3 / Rol D-123-2023, de 20 de septiembre de 2023, la cual fue notificada con misma fecha al titular. Además, se acogió la solicitud de suspensión de los efectos de la Res. Ex. N° 2 / Rol D-123-2023, y se tuvieron por acompañados los documentos adjuntos al recurso de reposición.

II. RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO POR CONSTRUCTORA ALMAHUE S.A.

A. Solicitudes incorporadas en el recurso de reposición presentado y análisis

5. En concreto, el titular solicita que se deje sin efecto la Resolución Exenta N° 2 / Rol D-123-2023, procediéndose por parte de este Servicio a: (i) aprobar el PdC presentado con fecha 22 de junio de 2023; (ii) en subsidio, dejar sin efecto la Res. Ex. N° 2 / Rol D-123-2023, retrotrayéndose el procedimiento para que se formulen observaciones para que estas puedan ser subsanadas y/o incorporadas; (iii) en subsidio de lo anterior, dejar sin efecto la Res. Ex. N° 2 / Rol D-123-2023, aprobando el PDC refundido que acompaña en conjunto con su recurso, o bien, formularle observaciones al mismo.

6. Dichas peticiones concretas se basan en que, a juicio del titular, el PDC rechazado cumpliría con los requisitos de aprobación. Además, alegan un supuesto incumplimiento del deber de asistencia que rige a esta Superintendencia, acompañando, en el siguiente acápite de su presentación, un PDC reforzado. Dichas alegaciones se expondrán con mayor detalle a continuación, con el respectivo análisis de cada una de ellas:

A.1. *El PDC cumpliría con los criterios de integridad, eficacia y verificabilidad.*



7. Sobre este respecto, el titular señala que el PdC se cuestionaría solo en parte, al estimarse que este cumpliría con el criterio de integridad, mas no de eficacia ni verificabilidad.

8. En primer lugar, señala una falta de ponderación racional de los criterios de aprobación, y falta de motivación del acto administrativo. Indica que el rechazo del PdC se debería a que las acciones comprometidas en el Programa habrían comenzado su ejecución de manera previa a la última constatación del hecho infraccional, argumentando a continuación que sería política de la empresa ejecutar acciones en cada una de las faenas para mitigar los ruidos provenientes de la misma, y que los materiales adquiridos con anterioridad se deberían, a su juicio, a una operación diligente de la constructora. Hace referencia a la naturaleza móvil de las barreras, pudiendo haber adquirido los materiales con anterioridad y trasladarlas de acuerdo a las necesidades de la faena. En cuanto a la falta de georreferenciación de las fotografías, considera que la ubicación se podría deducir a través de la observación del entorno y emplazamiento de la faena, lo cual, según indica, se podría cotejar con el plano acompañado al PdC. Sin perjuicio de lo anterior, acompaña un PdC reforzado donde se adiciona georreferenciación a las fotografías.

9. Agrega que no se habrían ponderado correctamente los elementos técnicos de la medición realizada por una empresa no acreditada como ETFA ante la SMA, la cual arrojaría, a su juicio, un retorno al cumplimiento ambiental. En seguida, señala que las declaraciones juradas sobre las medidas implementadas, emitidas por trabajadores de la faena, tendrían por objeto confirmar lo implementado, a falta de otros medios de verificación. A continuación, el titular argumenta la falta de proporcionalidad de la decisión de rechazar el PdC, a ser, a su juicio, suficientes las medidas para cumplir con los criterios exigidos. Señala que habría tomado medidas que harían inidónea la sanción, y que existiría una medición a su juicio "técnicamente incuestionable". También indica que no existe gravedad alguna que justifique el rechazo del PdC, al no existir nuevas denuncias. Asevera, además, que se habría acreditado el retorno al cumplimiento, fundado en la medición realizada por una empresa no autorizada como ETFA ante esta Superintendencia.

10. Sobre los argumentos del titular, cabe tener presente que el hecho infraccional se constató aun cuando fueron implementadas (parcialmente) las medidas señaladas, desde julio de 2021. Este argumento se ve reforzado por el hecho de que las facturas de adquisición de materiales son anteriores a la última constatación del hecho infraccional, respecto de las acciones N° 1, 2 y 3, así como las acciones desagregadas como N° 4, 5 y 7. En este sentido, el rechazo del programa tiene como fundamento principal la falta de eficacia de las medidas propuestas, debido a que las superaciones a la norma de emisión de ruidos se verificaron aun habiendo sido estas implementadas. Lo anterior se ve reforzado además en el informe de fiscalización contenido en el expediente DFZ-2021-3194-XIII-NE, donde se indica -en base a respuesta del titular, de fecha 16 de noviembre de 2021 al requerimiento de información realizado por esta SMA- que la barrera acústica perimetral y la caseta para la bomba de hormigón estarían siendo construidas con placas de OSB de 9 mm -lo que no sería suficiente para cumplir con la densidad superficial necesaria de 10 kg/m², necesaria para ser considerada como una barrera acústica, según lo indicado en el mismo informe- lo que confirma la implementación de la medida en forma previa a la constatación del hecho infraccional -que consta en el señalado IFA, de noviembre de 2021-, además de presentar deficiencias en su materialidad que afectan su potencial mitigatorio. En consecuencia, aun considerando la naturaleza móvil de algunas de las medidas



indicada por el titular, y habiendo adquirido los materiales con anterioridad, no se logra acreditar una implementación efectiva que cumpla con el criterio de eficacia exigido según la normativa del ramo. Sin perjuicio de lo anterior, las fotografías fechadas y georreferenciadas de medidas ya implementadas deberían haberse presentado en conjunto con el PdC, dado que estos antecedentes se encontraban en poder del titular en su momento. Lo anterior no obsta a que las deficiencias del PdC, en base a las cuales se rechazó el mismo, se mantendrían.

11. En este sentido, si bien la falta de fecha y georreferenciación de las fotografías en su oportunidad fue uno de los argumentos para rechazar el PdC, el titular no acompaña nuevos antecedentes para dar por acreditadas las medidas supuestamente ejecutadas de manera eficaz. Así, si bien las mencionadas fotografías podrían dar cuenta que algunas de las medidas habrían sido ejecutadas en la faena constructiva, no se acompaña antecedente adicional que dé cuenta del refuerzo de las medidas implementadas en forma posterior al hecho infraccional, con el potencial mitigatorio suficiente para reducir los 18 dB(A) de excedencia constatada. De la misma forma, en relación a la naturaleza móvil de las medidas, tampoco se cuenta con antecedentes que puedan dar por acreditadas las medidas con posterioridad al hecho infraccional. Esto se ve reforzado por el hecho que, según declara el titular, la barrera acústica perimetral habría sido implementada en julio de 2021, los biombos acústicos y el biombo para la bomba de hormigón -que, como se señaló anteriormente, tienen defectos en su materialidad-, habrían sido implementados en agosto de 2021, y las barreras acústicas flexibles y el reemplazo de herramientas también en agosto de 2021. Por lo tanto, todo se habría implementado en forma posterior a la primera medición de ruido de 20 de julio de 2021, donde se constató excedencia de 18 dB(A). No obstante, en la última medición de ruidos considerada en la formulación de cargos, de 11 noviembre de 2021, se constató una excedencia de 13 dB(A), es decir, en forma posterior a la adopción de las medidas señaladas anteriormente, evidenciando que la implementación de estas no fue suficientemente eficaz.

12. De la misma forma, tal como se explicitó en la resolución de rechazo del PdC, esta Superintendencia tuvo en consideración que la medida del cierre de vanos estaría bien implementada. Sin perjuicio de ello, esta, por sí sola sería insuficiente para retornar al cumplimiento de la normativa, dadas las excedencias constatadas.

13. En cuanto a la medición por parte de una empresa no autorizada como ETFA, cabe tener presente que la medición tiene por objeto acreditar que se retornó al cumplimiento una vez ejecutadas las medidas presentadas en el PDC. En este sentido, los resultados de dicha medición no resultan determinante para acreditar el cumplimiento normativo en el marco de un PdC, si las medidas de carácter constructivo propuestas son ineficaces, más aún si la empresa a cargo de la medición no cuenta con la acreditación necesaria exigida por esta SMA.

14. Respecto de la alegación sobre una supuesta falta de proporcionalidad, cabe tener presente que en tanto no se logró acreditar un retorno al cumplimiento de la norma ambiental mediante la ejecución de las acciones propuestas, la decisión de rechazar el PDC presentado por la empresa corresponde a la consecuencia jurídica establecida en la normativa aplicable al efecto.



15. Finalmente, en lo relativo a la falta de gravedad alegada, los cargos fueron formulados como leves en la Res. Ex. N° 1 / Rol D-123-2023, lo que corresponde a la clasificación más baja posible, razón por la cual la falta de gravedad alegada carece de fundamento.

A.2. *Supuesto incumplimiento al incentivo al cumplimiento, de deber de asistencia, al debido proceso por no realizarse audiencia previa*

16. A juicio del titular, la SMA habría rechazado de plano el PdC, señalando que el deber de asistencia no solo se materializaría previo a la presentación de un PdC, sino que se mantendría a lo largo de todo el procedimiento. Además, en esta sección del recurso cuestiona el rechazo del PdC sin audiencia previa, existiendo, a su juicio un gravamen al no darse oportunidad de subsanar las medidas informadas. Al respecto, indica la calidad de acto trámite cualificado de la resolución que resuelve el PdC, lo que podría generar indefensión, toda vez que se reanuda el procedimiento sancionatorio y la eventual aplicación de multa, poniendo fin a la instancia de promoción del cumplimiento. De esta forma, a juicio del titular, se contravendría el principio de contradictoriedad, ya que, de haberse realizado audiencia previa, se habrían podido subsanar los argumentos del rechazo de PDC realizados por esta Superintendencia. Además, señalan que la dictación de cualquier acto con contenido desfavorable para un administrado requiere audiencia previa.

17. A continuación, argumenta que la dilación entre las mediciones efectuadas y la formulación de cargos impedirían el retorno al cumplimiento a su juicio, y que la resolución impugnada contravendría lo indicado en la Guía de presentación de PdC, haciendo referencia a que dicha guía contemplaría las fases de observaciones al PdC, correcciones de oficio, y que las supuestas deficiencias serían subsanables. De esta forma, sostiene que esta Superintendencia habría dejado en indefensión al titular al no permitir corregir las deficiencias del PdC. Finalmente, alegan el decaimiento, teniendo en cuenta los plazos transcurridos entre la denuncia, las mediciones, la formulación de cargos y la resolución que rechaza el PdC.

18. Al respecto, en conjunto con la formulación de cargos, se hizo entrega de la Guía para la presentación de Programa de Cumplimiento para la norma de emisión de ruidos, así como formulario de solicitud de asistencia al cumplimiento. En estos documentos se contiene, por una parte, el formulario para presentar un PdC para la norma incumplida, así como recomendaciones de las acciones que se pueden ejecutar para mitigar los ruidos provenientes de la Unidad Fiscalizable. En este sentido, cabe relevar que el titular no solicitó reunión de asistencia. En consecuencia, la supuesta falta de colaboración recíproca alegada se debe a que la propia titular no requirió de dicha instancia, lo cual no resulta imputable a esta Superintendencia.

19. Ahora bien, en cuanto a la supuesta tardanza que alega la titular, cabe señalar que, con ocasión de la actividad de fiscalización, debidamente notificada con fecha 20 de julio de 2021, además de la información requerida sobre medidas correctivas y medición según Resolución Exenta SMA N° 2337/2021, se le puso en conocimiento de la infracción, pudiendo haber tomado más medidas o reforzando las ya



implementadas desde entonces. En este sentido, se tomaron medidas desde que se fiscalizó con fecha 20 de julio de 2021, sin embargo, la mayoría de estas fueron declaradas como ineficaces por deficiencias en la materialidad y ser anteriores a la última medición de 11 noviembre de 2021, evidenciando que no se retornó al cumplimiento de la normativa del ramo.

20. Respecto de la supuesta incongruencia entre lo establecido en la guía para presentación de PdC y lo resuelto respecto del PdC presentado, la titular cita una guía distinta a la específica para la norma de emisión de ruidos, la cual, como se señaló anteriormente, fue enviada en conjunto con la formulación de cargos. Cabe hacer presente, además, que sin perjuicio de lo indicado en la Guía para presentación de PdC de aplicación general esta Superintendencia está facultada para aprobar o rechazar programas de cumplimiento de plano, sin que se encuentre obligada a realizar rondas de observaciones previas.

A.3. *PdC reforzado y oportunidad procesal*

21. Luego, la empresa expone que en caso de que se decidiera que el programa de cumplimiento presentado no cumple con los criterios requeridos, se acompaña un nuevo programa, el cual se encontraría reforzado. El titular argumenta que se encuentra dentro de la oportunidad procesal para presentar este programa en base a que: (i) los argumentos del rechazo del PDC presentados por esta Superintendencia serían subsanables; (ii) todavía no se da término al procedimiento administrativo sancionador; (iii) existen recursos administrativos que todavía pueden ser promovidos. Agrega, que una interpretación contraria implicaría una limitación al espíritu de los mecanismos de incentivo al cumplimiento y a la naturaleza del recurso de reposición, más si considera que dichas normas deben ser interpretadas a la luz del principio *in dubio pro administrado*.

22. Al respecto, el PdC reforzado adjunto -que replica las medidas del PdC original con medios de verificación reforzados- ha sido analizado y es posible concluir que se mantienen las deficiencias del PdC anterior, esto es, que la mayor parte de las medidas fueron ejecutadas con anterioridad al hecho infraccional, lo que permite presumir fundamentalmente que las superaciones se habrían producido aun ejecutadas estas acciones. En este sentido, la acción N° 1 propuesta en el PdC reforzado, consiste en la misma barrera acústica para la bomba de hormigón y un biombo móvil para otros equipos, los cuales, como ya se señaló, no cumplen con la densidad necesaria para mitigar los ruidos emitidos desde la faena, y, además, como consta en los medios de verificación contenidos en Anexo 1.2 del PdC reforzado, se implementaron antes de la última constatación del hecho infraccional, sin que conste fotografía o medios que den cuenta de la implementación del biombo para la bomba de hormigón. Acompaña también facturas por la compra de lana mineral, utilizando OSB de 9,5 mm de espesor, con lo cual no es posible obtener la densidad requerida de 10 kg/m² para ser considerada como eficaz.

23. Respecto a la barrera acústica perimetral, se acompañan los mismos medios de verificación que en el PdC original, razón por la cual no procede considerar esta medida. Además, como se señaló anteriormente, esta barrera habría sido construida con materiales que no tienen la densidad requerida de 10 kg/m², lo que incluso se indica en el IFA DFZ-2021-3194-XIII-NE.



24. En cuanto a la medida N° 3 del PdC reforzado, el titular no aporta antecedentes nuevos en relación con el PdC original.

25. Respecto de la sala de corte, desagregada como Acción N° 4 en la Res. Ex. N° 2 / Rol D-123-2023, mediante el PdC reforzado se señala que esta se habría acondicionado con placas de OSB de 15 mm y lana mineral, indicando que en el Anexo 1.6 se encontrarían los medios de verificación. Sin embargo, en los documentos del mencionado anexo no se encuentran órdenes de compra ni facturas por la compra de OSB de 15 mm, razón por la cual no se puede dar por acreditada esta medida con la densidad necesaria para mitigar los ruidos provenientes de la faena.

26. Respecto de la Acción desagregada como N° 5 en la resolución que rechaza el PdC, esto es, reemplazo de herramientas, se mantienen las deficiencias ya señaladas en dicho acto administrativo, es decir, no se señalan cuáles serían las herramientas que fueron reemplazadas, solo las nuevas que serían menos ruidosas a juicio del titular. Sin perjuicio de lo anterior, se acompañan las fichas técnicas de las nuevas herramientas, mas no de las antiguas supuestamente reemplazadas, lo que permitiría evaluar un estimado de emisiones de las antiguas herramientas, y cuanto podrían mitigarse con el reemplazo de las mismas

27. Finalmente, respecto del cierre de vanos, esta medida ya fue considerada como correctamente orientada para mitigar parte de los ruidos provenientes de la faena, sin perjuicio que por sí sola carece del potencial de retornar al cumplimiento de la normativa, dada la máxima excedencia constatada de 18 dB(A).

28. En consecuencia, analizado el PdC reforzado conforme a la normativa que regula la materia, se mantienen las razones por las cuales mediante la Res. Ex. N° 2/ Rol D-123-2023 se declaró el rechazo del PdC, al no cumplir con los criterios de eficacia y verificabilidad.

29. Finalmente, la información entregada por el titular en su recurso era presumiblemente conocida al momento de la presentación del PDC, por lo que esta debió ser evacuada en la oportunidad procesal correspondiente.

B. DECISIÓN EN RELACIÓN CON EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR CONSTRUCTORA ALMAHUE S.A.

30. Que, como se desprende de lo indicado en el título A del presente acto, las alegaciones esgrimidas por parte Constructora Almahue S.A. en contra de la resolución reclamada, no logran desvirtuar el análisis de los criterios de aprobación del artículo 9 del Reglamento, el cual derivó en la decisión de rechazar el programa presentado.

31. Que, asimismo, corresponde desestimar cada una de las alegaciones planteadas, por los motivos indicados en la misma sección.



32. Que, por tanto, no es posible acceder a lo solicitado en lo principal del escrito de fecha 20 de septiembre de 2023, no siendo el programa de cumplimiento presentado por Constructora Almahue S.A. susceptible de ser aprobado. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de reposición interpuesto por el titular, y levantar la suspensión decretada.

RESUELVO:

I. RECHAZAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN presentado por Constructora Almahue S.A., con fecha 20 de septiembre de 2023, en contra de la Res. Ex. N° 2 / Rol D-123-2023 por la cual se rechazó el programa de cumplimiento presentado, por las razones expuestas en la Sección A de la parte considerativa de la presente resolución.

II. LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DECRETADA mediante Res. Ex. N°3 / Rol D-123-2023, de fecha 20 de septiembre de 2023.

III. TENER PRESENTE QUE CUENTA CON UN PLAZO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES PARA LA PRESENTACIÓN DE UN ESCRITO DE DESCARGOS desde la notificación de la presente resolución.

IV. NOTIFICAR POR CORREO ELECTRÓNICO, o por otro de los medios que establece la Ley N° 19.880, a Constructora Almahue S.A., a la casilla de correos respectiva.

Asimismo, notificar por correo electrónico, o por otro de los medios que establece la Ley N° 19.880, al interesado en el presente procedimiento.



Daniel Garcés Paredes
Jefatura - División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

AMB/NTR/PER

Correo Electrónico:

- Darío Ovalle Irrázaval, en representación de Constructora Almahue S.A., a la casilla electrónica: [REDACTED].
- Francisco Rojas Reyes, a la casilla electrónica: [REDACTED].

C.C.:

- Oficina Regional Metropolitana, SMA.

Rol D-123-2023

