

Santiago, a veinticuatro de febrero de dos mil veintidós.

VISTOS:

El 10 de febrero de 2021, el abogado señor Guillermo Bofill Ferretti, actuando en representación de la empresa "Bersa Kennedy S.A." (en adelante también "el reclamante" o la "empresa"), interpuso una reclamación del artículo 17 N°3 de la Ley N° 20.600 que Crea los Tribunales Ambientales (en adelante, "Ley N° 20.600"), en contra de la Resolución Exenta N° 115, de 21 de enero de 2021 (en adelante, "resolución reclamada", o "Resolución Exenta N° 115/2021") de la Superintendencia del Medio Ambiente (también e indistintamente "la reclamada" o "la SMA"), que sancionó a la empresa con 23 Unidades Tributarias Anuales (en adelante, "UTA").

La reclamación fue admitida a trámite el 17 de febrero de 2021 asignándosele el Rol R N° 278-2021.

I. Antecedentes de la reclamación

Bersa Kennedy S.A., según consta en el expediente sancionatorio Rol D-048-2020, es una empresa constructora a cargo, hasta su conclusión, de la faena de construcción "Edificio Vista Los Andes Lote C", ubicado en Avenida Manquehue Norte N° 966, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago (en adelante "Región Metropolitana"). Dicho establecimiento corresponde a una "Fuente Emisora de Ruidos", por tratarse de una "faena constructiva", conforme lo dispuesto en el artículo 6° numerales 12 y 13 del Decreto Supremo N° 38, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica, Elaborada a Partir de la Revisión del Decreto N° 146, de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante "D.S. N° 38/2011").

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

El 13 de diciembre de 2018, la SMA recibió una denuncia en la que se da cuenta de ruidos molestos generados por la faena de construcción del "Edificio Vista Los Andes Lote C".

Por medio del Ordinario N° 3223, de 17 de diciembre de 2018, la SMA informó al denunciante haber tomado conocimiento de su denuncia.

El 21 de enero de 2019, un fiscalizador de la Secretaría Regional Ministerial (en adelante, "SEREMI") de Salud de la Región Metropolitana, concurrió al domicilio del denunciante a realizar una actividad de fiscalización ambiental. Según se detalla en la "Ficha de Medición de Ruido" a fojas 19 y siguientes, se realizó una medición de ruido en el receptor N°1 (domicilio del denunciante), en condición interna, durante horario diurno, la cual consignó un incumplimiento del D.S. N°38/2011 registrando una excedencia de 7 dB en zona III, conforme al artículo 7 de la referida norma de emisión. Tanto lo consignado en el acta de inspección ambiental de 21 de enero de 2019 como lo detallado en la "Ficha de Información de Ruido" fue incorporado en el denominado expediente de fiscalización DFZ-2019-265-XIII-NE.

El 23 de abril de 2020, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-048-2020, la SMA formuló cargos en contra de la empresa, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 h) y 49 de la Ley Orgánica de la SMA, por el incumplimiento al D.S. N° 38/2011, debido al registro, con fecha 21 de enero de 2019, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 72 dB(A) en horario diurno medidos en el receptor N°1, ubicado en una zona urbana con nivel máximo permisible para zona III de 65 dB(A) en dicho horario. De conformidad al numeral 3 del artículo 36 de la Ley Orgánica de la SMA, la infracción fue clasificada como leve.

El 25 de mayo de 2020, el reclamante presentó sus descargos ante la SMA.

El 10 de diciembre de 2020, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 2/ Rol D-048-2929, la que tuvo por presentado el escrito de

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

descargos; resolvió solicitudes del reclamante y reiteró el requerimiento de información efectuado en la formulación de cargos.

El 17 y 18 de diciembre de 2020, el reclamante remitió presentaciones a la Superintendencia acompañando una serie de documentos, parte de los cuales daban respuesta al requerimiento de información formulado mediante Resuelvo VIII de la Res. Ex. N°1/Rol D-048-2020 y reiterado en Resuelvo XII de la Res. Ex. N°2/Rol D-048-2020.

El 21 de enero de 2021, la SMA dictó la Resolución Exenta N° 115/2021, que resolvió el procedimiento sancionatorio contra la empresa, multándola con 23 UTA, por infracción al D.S. N°38/2011.

II. Del proceso de reclamación judicial

A fojas 193, el abogado señor Guillermo Bofill Ferretti, actuando en representación de Bersa Kennedy S.A., interpuso reclamación ante el Tribunal, de conformidad al artículo 17 N°3 de la Ley N° 20.600, en contra de la Resolución Exenta N° 115/2021 de dicho servicio, que sancionó a la empresa con 23 UTA, solicitando que se declare la ilegalidad de la resolución impugnada, y que se sustituya la sanción de multa por amonestación por escrito o, en subsidio, se rebaje la cuantía de la multa a 1 UTA o lo que este Tribunal estime conforme a derecho, con costas.

A fojas 208, el Tribunal admitió a trámite la reclamación y ordenó informar a la reclamada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.600.

A fojas 448, la reclamada evacuó el informe respectivo, solicitando al Tribunal tenerlo por evacuado en tiempo y forma y rechazar la reclamación judicial. A fojas 457, el Tribunal tuvo por evacuado el informe dentro de plazo.

A fojas 458, la causa quedó en relación, fijándose como fecha para su vista el 19 de agosto de 2021, a las 10:00 horas.

A fojas 463, el reclamante presentó un escrito solicitando tener presente las consideraciones que indica.

La vista de la causa se llevó a cabo el 19 de agosto de 2021, con la concurrencia del abogado Guillermo Bofill Ferretti, por el reclamante y el abogado Juan de Dios Montero Fermandois, por la reclamada.

A fojas 477, la causa quedó en estado de acuerdo.

A fojas 478, se dejó constancia de la realización de la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

Primero. Que, la reclamación interpuesta por el abogado señor Guillermo Bofill Ferretti, en representación de Bersa Kennedy S.A., en contra de la Resolución Exenta N° 115, del Superintendente del Medio Ambiente, que sancionó a la empresa con 23 UTA, se funda en que el procedimiento sancionatorio incoado contra ella habría adolecido de vicios, atendido que la SMA no le habría notificado la actividad de medición de ruidos y que dicho órgano se habría tomado un tiempo excesivo en iniciar el procedimiento sancionatorio, lo cual le habría impedido presentar un Programa de Cumplimiento (también e indistintamente "PdC") afectando su derecho de defensa. Señala que la demora en el inicio del procedimiento de sanción derivaría en un eventual decaimiento de este.

Asimismo, expone que para efectos de la determinación de la sanción, no habría sido considerado un informe de medición de ruido presentado durante el curso del procedimiento sancionatorio y que habría una errónea ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, en específico respecto al beneficio económico; el daño o

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

peligro ocasionado; el número de personas cuya salud pudo afectarse; y la intencionalidad en la comisión de la infracción; la capacidad económica. Además, sostiene que también habría una infracción al principio de proporcionalidad.

Segundo. Que, la reclamada evacúa su informe desestimando las alegaciones del reclamante señalando que no existiría una exigencia legal que le obligue a notificar al sujeto regulado previo a realizar una medición de ruidos, así como tampoco un derecho del fiscalizado de presenciar dicha actividad de inspección ambiental, ya que ello podría poner en riesgo el éxito de la etapa de investigación de los hechos, la que requiere de un escenario lo más real posible para no obstruir el correcto ejercicio de la potestad fiscalizadora de la SMA. Hace presente que, sin perjuicio de ello, el mismo día de la fiscalización, esto es, 21 de enero de 2019, funcionarios de la SEREMI de Salud que realizaron la medición, le hicieron entrega al titular de la faena de construcción del acta de inspección ambiental, de la misma fecha, y en la cual constan los resultados de la referida actividad de fiscalización.

En relación con la posibilidad de presentar un PdC, la SMA informa que concedió un plazo al reclamante para tal efecto, pero este se abstuvo de hacerlo, por lo que no podría aducir la privación de un derecho que no ejerció.

En cuanto a las alegaciones referidas a la vulneración del principio de celeridad atendido el tiempo transcurrido entre la actividad de fiscalización y la formulación de cargos y, junto con ello, al cuestionamiento relativo al supuesto decaimiento del procedimiento administrativo, la reclamada sostiene que no se cumplirían los criterios desarrollados por la jurisprudencia para configurarlo, y que entre la formulación de cargos, de 23 de abril de 2020, hasta la dictación de la resolución sancionatoria, de 21 de enero de 2021, "no transcurrió ni siquiera un año".

En lo relativo a la determinación de la sanción, expone que la medición de ruido que la empresa habría presentado durante el

curso del procedimiento sancionatorio no habría sido realizada por una empresa autorizada como Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (en adelante, "ETFA"). De igual manera, sostiene que todas las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA habrían sido correctamente ponderadas para efectos de la determinación de la sanción, de manera que la multa aplicada sería proporcional.

Tercero. Que, atendidas las alegaciones del reclamante, y las defensas de la reclamada, el desarrollo de esta parte considerativa abordará las siguientes materias:

- I. Sobre la exigencia ambiental aplicable al reclamante
- II. Sobre la falta de notificación de la actividad de medición de ruidos
- III. Sobre la existencia de una dilación indebida en el actuar de la reclamada
- IV. Sobre la imposibilidad de presentar un programa de cumplimiento
- V. Sobre la errónea ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA y la vulneración al principio de proporcionalidad
- VI. Conclusión general

I. Sobre la exigencia ambiental aplicable al reclamante

Cuarto. Que, para efectos de comprender adecuadamente la presente controversia, este Tribunal considera indispensable referirse preliminarmente a la exigencia que resulta aplicable al reclamante y que fue objeto de fiscalización por parte de la Autoridad Sanitaria, encomendada por la Superintendencia del Medio Ambiente. Al respecto, como consta del expediente sancionatorio acompañado en autos, con fecha 21 de enero de 2019, la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana realizó mediciones en horario diurno en receptor correspondiente al domicilio del denunciante. El instrumento fiscalizado correspondió al D.S. N° 38/2011, como consta del acta de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

inspección ambiental, de la formulación de cargos y de la resolución reclamada.

Quinto. Que, el D.S. N° 38/2011 es el resultado del proceso de revisión de la norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas, normativa contenida en el D.S. N° 146/1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la que mantuvo su vigencia hasta la entrada en vigor de la actual norma de emisión, lo que ocurrió dos años después de la publicación en el Diario Oficial del D.S N° 38/2011, esto es, el 12 de junio de 2014. La revisión de la norma de emisión se tradujo, entre otras modificaciones, en el establecimiento de "límites más estrictos tanto para el período nocturno, como para las zonas rurales", como lo indica el preámbulo del decreto. Sin embargo, tratándose de los límites diurnos, esto es, período "de 7 a 21 horas", la norma mantiene idénticos niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos (NPC) en db(A), como se aprecia en los artículos 7° del D.S N° 38/2011 y 4° del D.S. N° 146/1997, los que presentan las tablas que se reproducen a continuación:

Tabla N° 1, artículo 7° del D.S. N°38/2011

Tabla N° 1 Niveles Máximos Permisibles De Presión Sonora Corregidos (Npc) En db(A)		
	de 7 a 21 horas	de 21 a 7 horas
Zona I	55	45
Zona II	60	45
Zona III	65	50
Zona IV	70	70

artículo 4° del D.S. N°146/1997

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Niveles Máximos Permisibles de
Presión
Sonora Corregidos (NPC) en dB (A)

Lento

	de 7 a 21 Hrs.	de 21 a 7 Hrs.
Zona I	55	45
Zona II	60	50
Zona III	65	55
Zona IV	70	70

Sexto. Que, como lo menciona el reclamante en sus descargos, la faena constructiva en cuestión forma parte del "Proyecto Inmobiliario Edificios Manquehue-Kennedy", cuya Declaración de Impacto Ambiental fue calificada favorablemente mediante Resolución de Calificación Ambiental N° 769/2009, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana de Santiago (en adelante, "RCA N° 769/2009"), esto es, bajo la vigencia del D.S. N° 146/1997. No obstante, habiéndose mantenido en el D.S. N° 38/2011 los mismos límites diurnos aplicables a esta faena constructiva, las medidas evaluadas y aprobadas en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental responden al mismo estándar de protección de la salud de la población que en la actual norma de emisión.

Séptimo. Que, entre las medidas contempladas por el considerando 5.2.1 de la RCA N° 769/2009, para la etapa de construcción, se encuentra la exigencia de desarrollar las faenas de construcción en horario diurno (de 07:00 a 21:00 horas); implementación de barreras perimetrales herméticas de 3.6 metros de altura; prohibición del uso de bocinas en el ingreso de camiones al recinto; medidas asociadas a la operación de camiones mixer; utilización de barreras o pantallas acústicas modulares portátiles para faenas de corte de material y rompimiento de hormigón en altura, entre otras. Asimismo, se exige la implementación de un plan de seguimiento respecto del cumplimiento de los niveles de ruido, considerando 5 puntos receptores mínimos, efectuando mediciones con frecuencia quincenal que serían acompañadas de un informe

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

técnico y de un informe consolidado mensual que se exige mantener en las dependencias administrativas de la obra.

Octavo. Que, en consecuencia, la faena constructiva materia de autos contaba con una serie de exigencias que fueron definidas en el marco de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental para dar cumplimiento al nivel máximo permisible de presión sonora corregido (NPC) en db(A) aplicable a la Zona III que, en horario diurno, es el mismo que exige el D.S. N° 38/2011. No obstante, no consta en autos que la Superintendencia haya considerado la implementación de estas condiciones previo a efectuar el reproche que desembocó en el acto reclamado. La resolución sancionatoria se limitó a resolver en base a la superación del límite normativo, sin ponderar en modo alguno si las medidas previstas para tales efectos en la resolución de calificación ambiental correspondiente habían sido implementadas conforme a lo autorizado, cuestión que a juicio de este Tribunal incide en el análisis de proporcionalidad de la multa impuesta, según se analizará.

II. Sobre la falta de notificación de la actividad de medición de ruido

Noveno. Que, respecto a las alegaciones del reclamante, en primer término, esta sostiene que, en la actividad de medición de ruido realizada el 21 de enero de 2019, la empresa no habría sido informada ni estuvo presente en la misma, por lo que no sería válida. Estima que tal diligencia debió informársele con el objeto de poder observar sus resultados, adoptar las medidas para evitar infringir la norma de emisión y presentar un PdC oportuno al momento en que fueran formulados los cargos. Indica que la empresa habría tomado conocimiento de los resultados de la fiscalización "después de 1 año y casi 4 meses desde la medición" (*sic*), mediante la notificación de la formulación de cargos, fecha en la cual la obra ya había finalizado su construcción.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Décimo. Que, a su turno, la reclamada expresa que no existiría exigencia legal que le obligue a notificar previo a realizar una actividad de fiscalización, ni un derecho para el interesado de presenciarse. Indica que la fiscalización debe ejecutarse contemplando *"el escenario más real posible"*, citando, en apoyo de su alegación, el numeral 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que autorizaría la causal de secreto o reserva *"cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido"*. Añade que el mismo día que se realizó la diligencia cuestionada, se hizo entrega al encargado de la faena constructiva de copia del acta de inspección ambiental, que registra los resultados de la medición efectuada, destacando que los hechos constatados por un ministro de fe gozan de una presunción de veracidad.

Undécimo. Que, conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la SMA, dicha institución cuenta con amplias facultades para ejercer sus actividades de fiscalización. Tales atribuciones se encuentran orientadas a verificar el estado y circunstancias de la actividad que está siendo fiscalizada, lo que incluye la verificación del cumplimiento de normas de emisión, como lo es el D.S. N° 38/2011, así como de las resoluciones de calificación ambiental, instrumentos de carácter ambiental de competencia de la Superintendencia conforme al artículo 3° letras a) y m) de su estatuto orgánico.

Duodécimo. Que, la actividad de fiscalización constituye un acto de verificación y constatación del estado de cumplimiento de una exigencia aplicable mediante la cual la entidad fiscalizadora, a través del personal habilitado al efecto, establece en forma directa la existencia de una determinada situación de hecho. Es una actividad privativa del órgano fiscalizador y no puede ser interferida por el fiscalizado. No es presupuesto de esta actividad el aviso previo, ni la presencia del sujeto fiscalizado durante el transcurso de la misma. El artículo 28 de la Ley Orgánica de la SMA se limita a disponer el deber de informar al sujeto fiscalizado de la materia específica objeto de la fiscalización

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

y de dejar copia íntegra del acta levantada, lo que efectivamente ocurrió en autos, dado que, tras la medición en el receptor identificado, el funcionario fiscalizador concurrió hasta las dependencias de la faena constructiva, entregando copia del acta de inspección ambiental, la que establece el hecho de haberse realizado la medición a partir de una denuncia, pese a que en la misma no constan los resultados de dicha diligencia.

Decimotercero. Que, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto de la posibilidad del regulado de asistir a una actividad de fiscalización en relación con la norma de emisión de ruido, señalando que "*(...) no es presupuesto de legalidad de la fiscalización, y, en particular, de la medición de ruido, la asistencia a ella del fiscalizado o sus representantes. Por el contrario, como bien señala la Superintendencia, la noticia anticipada de la actividad de fiscalización podría poner en riesgo el éxito de la misma. Por lo tanto, es posible afirmar que la fiscalización que realiza la Superintendencia del Medio Ambiente debe, en principio, llevarse a cabo sin previo aviso (...)*" (Tribunal Ambiental, Rol R N° 13-2013, de 17 de enero de 2014, c. 9).

Decimocuarto. Que, asimismo, conforme al artículo 8° de la Ley Orgánica de la SMA, el personal de la Superintendencia que se encuentre habilitado como fiscalizador tiene el carácter de ministro de fe respecto de los hechos constitutivos de infracciones y que sean consignados en el acta de fiscalización. El mismo carácter tiene, conforme al artículo 156 del Código Sanitario, el personal fiscalizador de la SEREMI de Salud, órgano encomendado por la SMA para la ejecución de actividades subprogramadas de fiscalización ambiental.

Decimoquinto. Que, a mayor abundamiento, en el acta de inspección ambiental acompañada a fojas 17, en el apartado 1.7 "Antecedentes", consta el nombre del encargado de la faena constructiva, indicando datos de contacto (correo electrónico y teléfono). De igual manera, en acápite 7 de la referida acta se indica que "*El Encargado o Responsable de la Actividad,*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Proyecto o Fuente Fiscalizada acogió copia del Acta" (sic), constando firma ilegible al pie.

Decimosexto. Que, conforme a lo expuesto, se concluye que la SMA no tiene un deber de notificar y/o comunicar anticipadamente al responsable de la unidad fiscalizable respecto de las actividades de fiscalización, ni es requisito de validez su presencia en la misma. Por lo demás, en este caso, se entregó a la empresa copia del acta de fiscalización, en cumplimiento de la exigencia establecida en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la SMA. De esta manera, la alegación será rechazada.

III. Sobre la existencia de una dilación indebida en el actuar de la reclamada

Decimoséptimo. Que, el reclamante estima que habría transcurrido un tiempo excesivo entre la actividad de medición realizada por la SMA y el inicio del procedimiento sancionatorio, lo cual, a su juicio, habría provocado una vulneración de sus derechos como sujeto fiscalizado. Argumenta que, en los hechos, se le habría impedido presentar un PdC, pues, al tiempo de la formulación de cargos, la faena constructiva se encontraba terminada. Así, sostiene que se evidenciaría una etapa del procedimiento administrativo, el periodo de instrucción, en los hechos extemporánea, que superaría los plazos dispuestos en la Ley, superando incluso *"el límite de tiempo razonable y prudente atendido el bien jurídico que se le ha encomendado proteger a la SMA, sin hacer referencia en caso alguno a alguna situación de caso fortuito o fuerza mayor para justificar la tardanza en la aplicación de la sanción"*.

Agrega que, producto del excesivo tiempo entre la iniciación del procedimiento y la instrucción de este, habría un cambio de circunstancias fácticas que motivaron la formulación de cargos: los ruidos que originaron la infracción habrían cesado al concluir las obras de edificación. Así, estima que tanto el transcurso del tiempo fuera del plazo legal, y el cambio de

circunstancias fácticas, habrían dado lugar a la figura del decaimiento del procedimiento administrativo, de manera que el acto de formulación de cargos sería ineficaz, tornándose además abiertamente inútil e ilegítimo. A su juicio, ello vulneró su derecho a defensa y atentó contra la garantía del debido proceso administrativo y la obligación de sustanciar un procedimiento racional y justo, así como los principios de celeridad, certeza jurídica y eficiencia establecidos 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 adelante, "Ley N° 19.880"), lo que le habría provocado grave perjuicio, a saber, se le impidió presentar un PdC oportuno, situándolo en una posición desventajosa.

Decimoctavo. Que, por su parte, la reclamada expresa respecto a la vulneración al principio de celeridad, que para la Administración los plazos no son fatales. Así, estima que para establecer cuándo existe una dilación excesiva del procedimiento administrativo, se debería atender al plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos según dispone el artículo 53 de la Ley N° 19.880, de manera que, si transcurre un plazo superior a dos años entre el inicio del procedimiento sancionatorio hasta su término, de manera injustificada, se produciría la figura del decaimiento del procedimiento administrativo, atendido que este perdería su eficacia. De esta manera, la reclamada destaca que entre la formulación de cargos hasta la dictación de la resolución sancionatoria *"no transcurrió ni siquiera un año"* por lo que no se estaría ante dicho caso. Agrega que la formulación de cargos habría sido realizada cumpliendo los plazos establecidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la SMA, siendo la prescripción la vía para dilucidar una eventual dilación excesiva en la formulación de cargos.

Decimonoveno. Que, una serie de disposiciones de la Ley Orgánica de la SMA permiten concluir que el procedimiento administrativo sancionador se entiende iniciado con el acto administrativo que formula cargos al regulado y no meramente

con la entrega de la copia del acta de inspección ambiental, a saber, (i) el artículo 47, en cuanto dispone que la denuncia podrá originar un procedimiento sancionatorio si, a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente, y en caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización, y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá su archivo por resolución fundada; (ii) el artículo 37, en cuanto establece que el plazo de prescripción de tres años de las infracciones se interrumpe con la formulación de cargos; (iii) el artículo 42, en cuanto expresa que, una vez iniciado el procedimiento, el regulado podrá presentar un PdC desde el "acto que lo incoa".

Vigésimo. Que, en este sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la fecha que marca el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio en materia ambiental, en los siguientes términos: *"Que, en consecuencia, sin necesidad de analizar la procedencia o aplicabilidad del decaimiento del procedimiento - o del acto - como sanción de ineficacia al contencioso administrativo sancionador retardado, para resolver el asunto controvertido, conviene recordar que ya esta Corte Suprema se ha pronunciado en ocasiones anteriores en el sentido que la fecha que marca el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, en materia ambiental, es la época de la resolución que formula cargos (Considerando décimo noveno Rol CS N°38.340-2016) de tal suerte que siendo ello contrario a lo alegado por el reclamante y coincidente con los resuelto por los sentenciadores, debe concluirse que la alegación de decaimiento fue correctamente desestimada"* (Corte Suprema. Rol N° 34.496-2021, de 26 de enero de 2022, c. 9) (destacado del Tribunal).

Vigésimo primero. Que, de esta manera, la formulación de cargos marca el hito de inicio del procedimiento administrativo sancionatorio, siendo las actividades previas a su inicio, como en el caso de autos, la medición de los niveles de presión sonora en el domicilio del receptor, la manera de verificar los hechos informados en la respectiva denuncia y así permitir un ejercicio eficiente de las potestades de la Administración,

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

determinando, eventualmente, la procedencia o no de iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

Vigésimo segundo. Que, por otra parte, ha sido sostenido reiteradamente por la Corte Suprema que el plazo de seis meses contenido en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 no constituye un plazo fatal y que, a lo sumo, podría dar origen a eventuales responsabilidades administrativas (Roles N° 7248-2009; 289-2012; 8413-2012; 4817-2012; 66661-2014).

Vigésimo tercero. Que, en lo que respecta al decaimiento del procedimiento sancionatorio, la doctrina ha expresado que el decaimiento del acto *"concorre en aquellos casos en que han desaparecido los supuestos fácticos o jurídicos que se tuvieron en cuenta para la dictación del mismo"* (BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. 3° Ed. Santiago: Thomson Reuters, 2014, p. 173).

Vigésimo cuarto. Que, la Corte Suprema se ha referido a los requisitos de configuración del decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio expresando que: *"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53, inciso primero, de la Ley N° 19.880, el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años. De ello se sigue que resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce la ineficacia del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica [...] entonces, el plazo razonable de conclusión del procedimiento administrativo sancionatorio en el presente caso no es otro que el de dos años"* (Corte Suprema, Rol N° 14.298-2021, de 13 de mayo de 2021, cc. 7 y 8). De la lectura de la sentencia, se sigue que

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

para que se configure el decaimiento del procedimiento, la Administración debe dejar transcurrir un plazo de 2 años de manera injustificada y/o negligente entre el inicio y el término del procedimiento administrativo sancionatorio.

Vigésimo quinto. Que, en el caso concreto, en cuanto al curso del procedimiento en sede administrativa, en lo pertinente, se puede dar cuenta de lo siguiente: i) el día 21 de enero de 2019, se realizó actividad de medición de ruido y se hizo entrega del acta de inspección ambiental a personal de la empresa; ii) el 11 de febrero de 2019 la SEREMI de Salud remitió los resultados de la actividad de medición a la SMA, a través de Ord. N° 906/2019, lo que fue recibido el 14 de febrero del mismo año; iii) el 7 de abril de 2020 la SMA dispuso, por medio de la Resolución Exenta N° 575/2020, como medida provisional la suspensión de los procedimientos administrativos sancionatorios entre el 8 y el 30 de abril de 2020; iv) el 23 de abril de 2020, y mediante Resolución Exenta N° 1/D-48-2020, la SMA formuló cargos contra la empresa; v) el 29 de abril del mismo año se notificó dicha resolución mediante carta certificada. En la misma, se le indicó que tendría un plazo de 10 días hábiles para presentar un PdC y 15 días hábiles para formular sus descargos, otorgando ampliación de oficio; vi) el 25 de mayo de 2020, el titular de la faena de construcción presentó sus descargos y acompañó una serie de documentos; vii) el 10 de diciembre de 2020, mediante Resolución Exenta N° 2/Rol D-048-2020, la SMA tuvo por presentados los descargos del titular de la faena fiscalizada; viii) con fecha 21 de enero de 2021, mediante Resolución Exenta N° 115, la SMA decidió sancionar a Bersa Kennedy S.A. con una multa de 23 UTA.

Vigésimo sexto. Que, entonces, para efectos de resolver la alegación relativa al decaimiento del procedimiento sancionatorio, se observa que desde que se inicia dicho procedimiento con la dictación de la resolución que formula cargos hasta que se emite la resolución sancionatoria, transcurrieron poco menos de 9 meses, lo que no constituye un plazo excesivo para efectos de la tramitación de un

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

procedimiento de tal naturaleza. Por otra parte, debe ser considerado que los plazos para la Administración no son fatales.

Vigésimo séptimo. Que, en conclusión, de los antecedentes expuestos, no consta que haya existido alguna etapa desde el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio que haya sido extemporánea de manera que haya infringido el principio de celeridad, o bien, que haya transcurrido un plazo excesivo que haya tornado el procedimiento en ineficaz. En consecuencia, las alegaciones del reclamante serán rechazadas en esta parte.

IV. Sobre la imposibilidad de presentar un programa de cumplimiento

Vigésimo octavo. Que, adicionalmente, el reclamante sostiene que, debido a la demora en que habría incurrido la SMA al formular cargos, se le habría privado de la posibilidad de presentar un PdC, por cuanto la faena constructiva se encontraba finalizada. Producto de lo anterior, se le habría limitado su derecho a defensa y vulnerado la garantía del debido proceso.

Vigésimo noveno. Que, a su turno, la reclamada sostiene que, habiéndole concedido un plazo al reclamante para que pudiera presentar un PdC, este no lo hizo, por lo que no podría sostener la privación de un derecho que no ejerció. De igual modo, expresa que el reclamante podría haber solicitado una reunión de asistencia al cumplimiento de manera de orientar su presentación. Tampoco podría afirmar que recién habría tomado conocimiento del procedimiento sancionatorio seguido en su contra con la notificación de la formulación de cargos, atendido que le fue entregada el acta referida el mismo día que fue realizada la medición de ruidos. En este sentido indica que *"la empresa no sólo contó con la oportunidad procesal para presentar un PdC, sino que, asimismo, con la oportunidad material de hacerlo, por cuanto estaba en conocimiento de la infracción, y existían medidas que podrían haber sido incorporadas en un PdC"*.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Trigésimo. Que, del examen del expediente administrativo, resulta que en la formulación de cargos se indicó al regulado la posibilidad de presentar un PdC o descargos; incluso, la misma resolución amplió de oficio el plazo para presentar tal instrumento de incentivo al cumplimiento. En este sentido, si bien, por la naturaleza de las obras, estas se encontraban concluidas, ello no implica necesariamente que el reclamante se viera impedido de presentar acciones que hayan sido ejecutadas. Como se ha señalado, en este caso, la faena constructiva se encuentra asociada a la RCA N° 769/2009, la que en su considerando 5.2.1 contempla una serie de medidas para hacerse cargo del impacto de ruido, lo que incluye la ejecución de mediciones periódicas, acciones que podrían haber sido presentadas en el marco de un programa de cumplimiento. De esta forma, este Tribunal constata que el solo hecho de haberse notificado la resolución de formulación de cargos con posterioridad al término de la etapa de construcción de la obra no impide por sí misma la presentación de un PdC, especialmente considerando que este instrumento de incentivo al cumplimiento admite la incorporación de obras o acciones ya ejecutadas.

Trigésimo primero. Que, asimismo, con ocasión del inicio de la etapa de instrucción del procedimiento sancionatorio y pendiente el plazo para presentar un programa de cumplimiento, el artículo 3° letra u) de la Ley Orgánica de la SMA dispone que es atribución de la institución fiscalizadora "*Proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de planes de cumplimiento (...)*". En la especie, el reclamante de autos no agotó la posibilidad de obtener asistencia al cumplimiento, a través de la solicitud de una reunión con la SMA, pudiendo hacerlo.

Trigésimo segundo. Que, sin que obste a lo expresado, a partir de las alegaciones y defensas planteadas, este Tribunal estima necesario pronunciarse respecto al estándar del debido proceso, que alcanza el ejercicio del *ius puniendi* estatal en sede administrativa y conlleva a la exigencia de observar las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre este aspecto, como se ha señalado, "[e]l procedimiento

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

administrativo sancionador debe satisfacer la garantía de un justo y racional procedimiento, lo que exige que aquél consulte una serie de derechos y garantías para el perseguido en dicha sede, insertos en el concepto del debido proceso [...]" (ROMÁN, Cristián. "El Debido Procedimiento Administrativo Sancionador". Revista de Derecho Público, 2009, núm. 71, pp. 201-202).

Trigésimo tercero. Que, en cuanto al contenido del estándar del debido proceso, ha sido expresado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que este incluye la posibilidad de formular alegaciones; discutir lo expresado por la Administración; presentar prueba e impugnarla; conocer el plazo de la resolución final, y en su caso, poder impugnarla. Asimismo, el estándar constitucional del debido proceso se cumplirá cuando el afectado pueda ejercer efectivamente su derecho a defensa (Tribunal Constitucional, Rol N° 1413, c.27 y 48).

Trigésimo cuarto. Que, en el caso objeto de la presente reclamación, la SMA estimó como suficiente para arribar al convencimiento de que debía formular cargos en contra del sujeto fiscalizado, el acta de fiscalización y la ficha de medición de ruido con los resultados de la excedencia en la medición practicada por la SEREMI de Salud respectiva.

La diligencia fue realizada el 21 de enero de 2019 por la SEREMI de Salud y el acta más la ficha de medición de ruido fueron recibidas por la Superintendencia del Medio Ambiente el 14 de febrero del mismo año, a través de Ord. N° 906/2019, de la Autoridad Sanitaria. Mientras el Ord. N° 48, de 07 de enero de 2019, de la SMA, que encomienda la actividad de fiscalización, solicita a la SEREMI de Salud que *"en la medida que sean ejecutadas las acciones de fiscalización, remita a la brevedad posible a esta Superintendencia los antecedentes recabados en las actividades realizadas"*, la respuesta contenida en el Ord. N° 906/2019 expresa que *"para optimizar los plazos se procede a confeccionar este documento que, si bien no da respuesta a todos los casos incluidos en el oficio que encomendó dichas acciones, sólo incluye aquellos en los*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

que se dan por finalizadas las acciones de fiscalización”, incorporando dentro de estos últimos el caso de autos.

Como se aprecia, entre la encomendación de la actividad de fiscalización y la respuesta del órgano subprogramado transcurrieron 38 días, y 24 días entre la fiscalización y la recepción de los resultados por parte de la Superintendencia.

Trigésimo quinto. Que, la fase de construcción de este tipo de proyectos es, por su naturaleza, acotada. Según consta en el expediente judicial, el reclamante acompañó una “solicitud de recepción definitiva de obras de edificación” de obra nueva emanada de “Inmobiliaria Vista Kennedy SpA”, de fecha 8 de mayo de 2020, de manera que cuando se inició el procedimiento sancionatorio las posibilidades de implementar nuevas acciones de control de ruido en la faena constructiva resultaban inconducentes. Así, en la medida que la institución fiscalizadora decidió impulsar un procedimiento sancionatorio en contra de el reclamante a partir de la denuncia recibida, resulta difícil comprender por qué esperó catorce meses para concretarlo, máxime cuando no consta antecedente alguno en autos que permita justificar tal retraso. Ello, en circunstancias que no puede escapar al entendimiento de la reclamada la naturaleza transitoria de la actividad que constituye la fuente de este tipo de impacto ambiental, donde resulta indispensable actuar con celeridad y eficiencia, de manera de asegurar la debida protección de la salud de la población, permitiendo la adopción de medidas correctivas en forma oportuna.

Trigésimo sexto. Que, habiéndose verificado la excedencia del límite normativo aplicable al ruido en enero de 2019, más de un año antes de que se formularan cargos, y sin perjuicio del plazo de prescripción de tres años que establece el artículo 37 de la Ley Orgánica de la SMA, una dilación excesiva en el inicio de la etapa de instrucción en este tipo de casos podría llegar a vulnerar las normas de debido proceso, en particular, en cuanto tal dilación puede hacer inviable en la práctica el uso del programa de cumplimiento, y con ello,

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

privando de forma injustificada del ejercicio legítimo de un derecho que la propia ley le otorga al presunto infractor. Lo anterior, considerando que, si el proyecto no hubiese contemplado medidas asociadas a una resolución de calificación ambiental -como sí ocurre en este caso-, efectivamente se hubiese imposibilitado al titular de la faena de construcción de presentar un programa de cumplimiento.

Trigésimo séptimo. Que, de esta forma, debe ser atendido que la formulación de cargos otorgó, al menos de manera formal, la posibilidad al titular de la faena fiscalizada de presentar un PdC. Así, la empresa pudo haber optado por esta alternativa, proponiendo acciones ya ejecutadas en cumplimiento de la RCA N° 769/2009, de manera que, en definitiva, el legítimo ejercicio del derecho a presentar un PdC no se vio afectado en este caso particular. Además, se verifica que el titular de la faena de construcción tampoco agotó las posibilidades de reunión de asistencia al cumplimiento (letra u) artículo 3 Ley Orgánica de la SMA) pudiendo hacerlo, de manera que, por todo lo anterior, la alegación será rechazada.

V. Sobre la errónea ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA y la vulneración al principio de proporcionalidad

Trigésimo octavo. Que, el reclamante formula una serie de alegaciones relacionadas con las circunstancias que deben ser consideradas en la determinación de la sanción aplicable, en conformidad al artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA, en lo que respecta al daño o peligro ocasionado; sobre el número de personas cuya salud pudo afectarse; sobre la intencionalidad en la comisión de la infracción; sobre el beneficio económico; sobre la capacidad económica, y finalmente, acusa una vulneración del principio de proporcionalidad.

a. Sobre el daño o peligro ocasionado

Trigésimo noveno. Que, en relación con esta circunstancia, el reclamante estima que la resolución sancionatoria no

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

acreditó un daño al medio ambiente ni una afectación a la salud de las personas lo cual debió haber influido en la ponderación y aplicación de la sanción. En cuanto al riesgo ocasionado producto de la infracción, expone que el nivel de ruido que dio origen a la formulación de cargos sería inferior al producido por autobuses, cuyo nivel de emisión sonora oscilaría entre 73 y 80 dB, de forma permanente. Además, asevera que en el caso del titular de la faena constructiva la excedencia habría sido constatada en una sola ocasión. Igualmente, expone que el nivel de ruidos emitidos por la obra sería inferior al que se encuentran expuestos normalmente los habitantes de la ciudad de Santiago.

Cuadragésimo. Que, a su turno, la reclamada sostiene que el ruido de fondo sí habría sido considerado al momento de realizar la medición de ruidos, constándose así 62 dB(A), en contraposición a los 72 dB(A) en la fuente emisora, registrándose una excedencia de 7 dB(A), por sobre el límite de la norma (65 dB (A)).

Cuadragésimo primero. Que, respecto al daño o peligro ocasionado, la alegación formulada por el reclamante, más que orientarse a desestimar la ocurrencia del riesgo constatado con motivo de la infracción a la norma de emisión de ruido, se limita a realizar una comparación, en términos genéricos, respecto del nivel de ruido constatado con ruidos del transporte público y del nivel de ruidos a los que están expuestos los habitantes de Santiago. En la especie, se realizó medición del ruido de fondo, conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del D.S. N° 38/2011, la que arrojó una diferencia aritmética de 10 db(A) entre el ruido de fondo [62 db(A)] y el nivel de presión sonora obtenido de la emisión de la fuente emisora de ruido [72 db(A)], como se verifica de la ficha de evaluación de niveles de ruido que forma parte integrante del acta de inspección ambiental. No correspondía, entonces, corrección por ruido de fondo, de acuerdo con la Tabla N°2 de la disposición citada, que define que ante una diferencia de diez o más decibeles A, no procede tal ajuste. En consecuencia, a este respecto, la alegación será desestimada.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

b. Sobre el número de personas cuya salud pudo afectarse

Cuadragésimo segundo. Que, en cuanto al número de personas potencialmente afectadas por la infracción, el reclamante indica que la estimación realizada por la SMA es "poco realista", por cuanto el "área de incidencia" del ruido se limitaría al centro comercial Parque Arauco, el Colegio San Pedro Nolasco, el Colegio Alemán de Santiago, el Parque Araucano y el Parque Juan Pablo II, debiendo considerarse que en el sector existe una gran emisión de ruido debido al tránsito vehicular y de peatones. Agrega que los colegios mencionados no habrían estado funcionando el día de la medición de ruido; que el radio informado abarcaría dos parques públicos que tendrían baja afluencia durante los días de semana, considerando que la medición de ruido habría sido efectuada el día lunes, y que las obras de construcción serían fuentes dinámicas de ruido, por lo que no correspondería asumir que los ruidos se mantuvieron de manera constante por todo el tiempo de duración de la obra.

Cuadragésimo tercero. Que, por su parte, la reclamada expresa que se habría establecido el número de personas potencialmente afectadas atendiendo a la población censada del último censo en el 2017, de manera que quedarían excluidos los colegios o parques, extractando el procedimiento realizado en la resolución reclamada.

Cuadragésimo cuarto. Que, para ponderar tal circunstancia, la SMA consideró lo siguiente: i) el número de habitantes potencialmente afectados por los ruidos emitidos, confeccionando un Área de Influencia (en adelante, "AI") al respecto; y ii) la información del censo 2017 (Memoria Censo 2017 del Instituto Nacional de Estadísticas, junio 2018). Al respecto, la SMA adopta un método teórico-empírico, que determina un AI (radio) ajustada por factores de atenuación en orden a aumentar la representatividad del número de personas, a partir de la práctica institucional de la Superintendencia. Para efectos de definir el número total de personas existentes dentro del radio del AI, este se entre cruza con la información

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

de la cobertura georreferenciada de las manzanas censales del Censo 2017, conforme se presenta, a continuación, en la Figura N°1:

Figura N° 1: Determinación de población existente en el AI de acuerdo a distribución según manzanas censales.



Fuente: Elaboración propia en base a software QGIS 3.16.1 e información georreferenciada del Censo 2017.

Fuente: Considerando N°104, Resolución Exenta N°115/2021 que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-048-2020

Cuadragésimo quinto. Que, la alegación del reclamante se dirige a cuestionar la metodología de estimación del número de personas afectadas. Las consideraciones efectuadas por la actora en nada desvirtúan la aproximación metodológica empleada por la institución fiscalizadora, pues se limitan a enunciar circunstancias genéricas (funcionamiento de establecimientos educacionales cercanos; concurrencia a parques; día de la semana) que no aportan elementos de juicio para la determinación de la sanción. Así, habiéndose considerado la información del Censo 2017, realizado el miércoles 19 de abril de dicho año, el que fue declarado feriado nacional, el hecho de haberse efectuado la medición el día lunes y el funcionamiento regular de los colegios o parques pierde relevancia para estos efectos. Por tanto, sobre este punto, la alegación será igualmente desestimada.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

c. De la intencionalidad en la comisión de la infracción y sobre la falta de consideración de informe de ruido presentado durante el curso del procedimiento sancionatorio

Cuadragésimo sexto. Que, en lo que respecta a la intencionalidad en la comisión de la infracción, el reclamante alega que la SMA presume la intencionalidad de la empresa por el solo hecho de estar ligada al rubro de la construcción y que no habría antecedentes en el procedimiento administrativo que le permitan llegar a esa conclusión. Añade que el hecho de que la empresa pueda tener conocimiento de la norma de emisión de ruido y las consecuencias derivadas en caso de su contravención, no implica necesariamente que esta haya actuado intencionalmente, o bien que "aceptó el daño que su incumplimiento podría generar".

Agrega que, "lejos de tener la intención de incumplir la norma de emisión de ruidos", durante el desarrollo de la obra habría implementado medidas para dar efectivo cumplimiento a esta, incluyendo un muro perimetral como barrera de mitigación de ruido; pantallas acústicas, y un galpón acústico, así como la implementación de un monitoreo acústico permanente (mensual) de las emisiones de ruido emanadas de la obra. Sobre este último aspecto, sostiene que presentó a la SMA un monitoreo acústico que comprendería los meses de enero, febrero y marzo de 2019, realizado por la empresa "Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica SpA". Afirma que la empresa contratada habría sido autorizada como ETFA, según resoluciones exentas que acompaña, pese a lo cual la SMA habría descartado el referido informe.

Cuadragésimo séptimo. Que, la reclamada, por su parte, junto con afirmar que la actora corresponde a un sujeto calificado y que en tal carácter habría incurrido en la infracción estando en conocimiento de la antijuridicidad de los hechos, sostiene que las resoluciones que el reclamante expone como autorización y renovación en calidad de ETFA a la empresa Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica, "*dicen relación con la autorización a Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos Acustec Limitada*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

para actuar como ETFA, y no a la empresa Control Acústico Gerard Ingeniería Acústica SpA". Adicionalmente, según indicó la resolución reclamada, la primera medición del informe habría sido efectuada el 29 de enero de 2019 y no el 21 del mismo mes, fecha en la cual fue realizada la actividad de fiscalización.

Cuadragésimo octavo. Que, en el caso concreto, consta que en el escrito de descargos, se acompañó un documento denominado "Informe de Evaluación de Ruido Según D.S. N°38/2011 del Ministerio del Medio Ambiente" relacionado al "Proyecto Inmobiliario Edificios Manquehue-Kennedy". Dicho informe fue elaborado por la empresa "Gerard Ingeniería Acústica SpA" y comprende periodos de medición de 29 de enero de 2019; 7 de febrero de 2019; 26 de febrero de 2019; 15 de marzo de 2019; y 29 de marzo de 2019.

Cuadragésimo noveno. Que, el informe referido expresa que "Para dar cumplimiento a lo estipulado en el D.S. 38/2011 del MMA, el titular del proyecto, a través de su intermediario Gerard Ingeniería Acústica SpA., solicitó la realización del monitoreo de ruido (...) a la empresa "Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos ACUSTEC Ltda.", la cual se encuentra autorizada como ETFA desde el 15 de junio de 2018". Agrega en Tabla 7: Instrumental utilizado y personal a cargo de las mediciones, la individualización del inspector a cargo con su número de inscripción y código de la ETFA (059-01), correspondiente a la mencionada empresa 'Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos ACUSTEC Limitada', la que efectivamente se encuentra autorizada por la SMA como ETFA, según las resoluciones acompañadas en autos.

Quincuagésimo. Que, el artículo 21 del D.S. N°38/2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento de Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente, exige a los sujetos fiscalizados contratar a estas entidades para la realización de mediciones, análisis, incluido los muestreos, necesarios para dar cumplimiento a una normativa ambiental. En este contexto, es perfectamente válido que, en el marco de un procedimiento sancionatorio, el presunto infractor presente un

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

informe elaborado sobre la base de mediciones realizadas por una ETFA y cuyos resultados sean presentados y discutidos por una entidad que no revista tal carácter, en la medida que el informe cumpla con los parámetros de la instrucción general contenida en la Resolución Exenta N°223/2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Quincuagésimo primero. Que, de este modo, en cuanto al informe de ruido presentado durante el curso del procedimiento sancionatorio, la medición fue ejecutada por la empresa 'Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos ACUSTEC Ltda.', que se encuentra acreditada como ETFA, tal como lo demuestran la Resolución Exenta N° 726/2018 y la Resolución Exenta N° 953/2020, ambas de la SMA, acompañadas por el reclamante. Adicionalmente, debió haber sido considerado en el marco del procedimiento de sanción que tales mediciones emanaban de las obligaciones de monitoreo acústico establecidas en la RCA N° 769/2009, cuyas exigencias fueron definidas para dar cumplimiento al nivel máximo permisible de presión sonora corregido (NPC) en db(A) aplicable a la fecha para horario diurno, que es el mismo que exige actualmente el D.S. N° 38/2011, como fue subrayado precedentemente.

Quincuagésimo segundo. Que, sobre la base de lo expuesto, y para efectos de la ponderación de la circunstancia en análisis, si bien en la resolución sancionatoria el Superintendente reconoció al titular de la faena constructiva como sujeto calificado para el análisis de la circunstancia intencionalidad, omitió las consideraciones relativas al hecho que el proyecto se encuentra sujeto a una RCA que contempla medidas para hacerse cargo del impacto acústico generado por la obra, así como el monitoreo del cumplimiento de la norma de emisión de ruido, lo que incluye haber ponderado, dentro de esta circunstancia, el informe de medición de ruido presentado durante el curso del procedimiento administrativo sancionatorio. Resulta especialmente relevante el hecho que las mediciones fueron efectivamente ejecutadas por una ETFA y que estas no registraron excedencia al D.S. N° 38/2011. Ello, en circunstancias que el acta de inspección recibida tras la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

medición no contiene mención a la excedencia que la Autoridad Sanitaria habría registrado y que transcurrió más de un año hasta que se notificara una formulación de cargos.

A juicio de este Tribunal, la omisión descrita constituye un vicio esencial del acto administrativo -y por tanto solo reparable con su declaración de nulidad-, en tanto las medidas adoptadas con ocasión del cumplimiento de la RCA inciden, claramente, en la intencionalidad en la comisión de la infracción. Por lo tanto, la resolución sancionatoria resultó contraria a derecho por carecer de una debida fundamentación, por lo que se dejará sin efecto como se indicará en lo resolutivo.

d. Sobre el beneficio económico

Quincuagésimo tercero. Que, en cuanto al beneficio económico, el reclamante expone que el Superintendente habría omitido pronunciarse respecto de información financiera -facturas y contratos de prestación de servicios-, que se encuentra acompañada en el expediente sancionatorio y que daría cuenta que la empresa habría incurrido en gastos mayores durante el desarrollo del proyecto. De esta manera, la empresa no habría tenido por objeto evitar costos para obtener un beneficio económico.

Quincuagésimo cuarto. Que, la reclamada informa que descartó facturas emitidas previo a la fecha de constatación de la infracción y que no tendrían el detalle para ser consideradas como medidas mitigatorias del hecho infraccional. Explica que sí fueron considerados los costos relacionados con el apantallamiento del perímetro de las obras con barreras acústicas efectuadas por el titular de la faena de construcción, lo cual fue avalado por las facturas electrónicas N° 20, 21, 25 y 29 acompañadas en el escrito de descargos.

Quincuagésimo quinto. Que, para la determinación del beneficio económico, entendido como el valor económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella, la reclamada ha definido

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

critérios en el documento denominado 'Guía de Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales' (SMA, 2017), que distingue así dos escenarios económicos contrapuestos: escenario de cumplimiento y escenario de incumplimiento, cuya diferencia radica en el momento en que se generan los costos o inversiones necesarios para cumplir y en la generación o no de ingresos por actividades no autorizadas.

Quincuagésimo sexto. Que, para la determinación del escenario de cumplimiento, la SMA consideró costos asociados a medidas de mitigación y acciones específicas destinadas a cumplir con los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011. Sobre el particular, la Resolución Exenta N° 115/2021 establece que se utilizaron como referencia *"medidas de mitigación directas y de carácter común en toda faena constructiva de tipo edificio, de acuerdo a los estándares aprobados en distintos Programas de Cumplimiento [...]"* (c. 74). Además, consideró que los costos de las medidas de mitigación debieron haber sido incurridos de manera previa a la fecha en que fue constada la infracción a la norma de emisión de ruido (c.75).

Quincuagésimo séptimo. Que, por otra parte, para el escenario de incumplimiento, la Superintendencia incluyó solo aquellas facturas que daban cuenta de gastos incurridos por éste en un período cercano a la infracción y cuya descripción o detalle permiten establecer que son gastos efectivamente realizados y directamente relacionados con la mitigación de ruido de la faena. En este sentido expresó que: *"[...] En relación a las medidas y costos señalados anteriormente cabe indicar que son las medidas llevadas a cabo por el titular correspondiente a la acción N° 1 del escenario de cumplimiento teórico [...]"* (c. 78). Las Tablas A y B, muestran la descripción de estos escenarios de cumplimiento establecidos por la SMA:

Tabla N° 2: Escenarios de cumplimiento e incumplimiento
considerados por la SMA para el cálculo del beneficio económico,
en el proceso sancionatorio ROL D-048-2020.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ESCENARIO CUMPLIMIENTO: (A)			ESCENARIO INCUMPLIMIENTO: (B)			
Tabla N°3: Costos de medidas que hubiesen evitado la infracción en un escenario de cumplimiento ¹⁴			Tabla N°4: Costos incurridos por motivo de la infracción en escenario de incumplimiento ¹⁴			
Medida	Costo (sin IVA)		Unidad	Monto	Referencia/Fundamento	Medida
	Unidad	Monto				
Apantallamiento del perímetro de la obra con barreras acústicas. ¹⁵	\$	7.530.000			PDC ROL D-085-2016	Facturas electrónicas N°20, 21, 25 y 29 acompañadas en los descargos
Implementación en el uso de parapetos móviles alrededor de las fuentes que generen ruido.	\$	1.140.000			PDC ROL D-085-2016	
Implementación de apantallamiento en el piso de avance de la obra	\$	7.200.000			PDC ROL D-085-2016	
Implementación de tapas acústicas para ventanas.	\$	7.200.000			PDC ROL D-085-2016	
Costo total que debió ser incurrido	\$	23.070.000				Costo total incurrido
Costo estimado \$15.000 metro lineal / 502 metros lineales obra 9 feb de 2019 (Google Earth)						¹⁴ En el caso de costos en UF, su expresión en pesos se efectúa en base al valor promedio de la UF del mes en que el costo fue incurrido.

Fuente: Considerando N°77, Resolución Exenta N°115/2021 que resuelve procedimiento administrativo sancionatorio ROL D-048-2020.

Quincuagésimo octavo. Que, en lo que respecta a la consideración de gastos incurridos por el titular de la faena de construcción en un escenario de incumplimiento, según consta en la resolución sancionatoria, la SMA no consideró todos los antecedentes presentados por la empresa, en base a los siguientes criterios: i) facturas cuya fecha de emisión es muy anterior a la constatación del hecho infraccional (21 de enero de 2019), por lo que no detentaron una naturaleza mitigatoria respecto del hecho infraccional; ii) facturas que, siendo de fecha posterior y cercana al hecho infraccional, carecen de descripción y detalle, lo que impediría relacionarlas con alguna medida de mitigación de ruido del proyecto; y iii) órdenes de compra que no se acompañaron de la factura correspondiente, lo que impidió corroborar que se haya incurrido efectivamente en el desembolso. Asimismo, según consta en la Resolución Exenta N° 2/ Rol D-048-2020, no se tuvieron por acompañados presupuestos y cotizaciones incorporados en los descargos por cuanto los mismos no constituyen prueba de haberse incurrido en gastos, ni cartas manuscritas que fueron consideradas meras declaraciones de voluntad.

Quincuagésimo noveno. Que, en lo que respecta al apantallamiento del perímetro de la obra con barreras acústicas, el reclamante acompañó facturas electrónicas que dan cuenta de haberse incurrido efectivamente en costos asociados a la implementación de la medida con anterioridad a la fecha de la constatación de la infracción; así, la factura

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

N° 20 emitida por Ingeniería y Montaje GPMIN Ltda., fechada 16 de enero de 2019, correspondiente a Estado de Pago N°1 para la partida "Cierre pantallas perimetrales, Obra: Cerro Colorado etapas 4 y 5" (fs. 258 del expediente sancionatorio), así como facturas N°s 21, 25 y 29, fechadas 29 de enero y 1° y 12 de marzo de 2019, todas asociadas a la misma partida y correspondientes a los estados de pago N°s 2, 3 y 4, respectivamente. Asimismo, consta en el expediente sancionatorio, el contrato suscrito entre Constructora Bersa CC SpA y GPMIN Ltda., asociado a la obra de construcción "Proyecto "Cerro Colorado Etapa 4 y 5", el que incluye en su Anexo N°1 el detalle de los trabajos contratados, correspondientes a la estructuración e instalación de 190 metros lineales (ml) de cierre perimetral. Al respecto, el considerando 79 de la resolución impugnada expresa que *"Las medidas previamente indicadas, si bien resultan ser eficaces, no son suficientes para mitigar la excedencia detectada en la medición referida por cuanto no abarcan la totalidad de fuentes emisoras de ruido dentro de la unidad fiscalizable y no se presentó una medición acústica realizada por una ETFA que permita concluir que dichas medidas fueron idóneas"*. A este respecto, si bien se encuentra acreditado en autos que se incurrió efectivamente en gastos para la ejecución de monitoreos por parte de una ETFA, como se analizó previamente, se tiene a la vista que el apantallamiento efectuado no consideró la totalidad del perímetro de la obra -estimado en 502 metros, según nota 17 del considerando 73 de la resolución sancionatoria-, y por tanto, la instalación de 190 metros de cierre perimetral no resultó suficiente como medida de control de las fuentes emisoras de ruido frente a los receptores expuestos dentro del AI definida. Por tanto, resulta acertada la decisión de no considerar este desembolso como gasto incurrido para efectos de comparar los escenarios de cumplimiento y de incumplimiento, como base de cálculo del beneficio económico, que fue estimado por la SMA en 1,6 UTA.

Sexagésimo. Que, considerando lo expresado, este Tribunal estima que el análisis del beneficio económico realizado por la SMA, en el procedimiento sancionatorio de autos, es

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

correcto. Lo anterior, por cuanto se ajusta a los criterios técnicos establecidos en sus Bases Metodológicas y se basa en los elementos de prueba aportados por la empresa. En particular, la SMA actúa correctamente al exigir que las facturas del titular de la faena constructiva detallen debidamente la compra realizada y que tengan una relación directa con inversiones destinadas a la mitigación de ruido en el periodo en que ocurrió la infracción. Asimismo, que las compras realizadas por el reclamante de autos deban ser acreditadas como efectivas, solo a través de facturas y no por medio de órdenes de compra, ni meros contratos de prestaciones de servicio. Finalmente, en la ponderación de los costos efectivamente incurridos por el reclamante, se tiene a la vista que la implementación del cierre perimetral de la obra fue parcial. De esta manera, la alegación será desestimada.

e. Sobre la capacidad económica

Sexagésimo primero. Que, respecto del tamaño económico, el reclamante cuestiona que el único análisis que haya efectuado la SMA sea atender a la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos en base a los montos facturados en el año tributario 2020, año comercial 2019. Argumenta que la institución fiscalizadora debió haber utilizado la información del ejercicio comercial 2020, correspondiente a la fecha de aplicación de la multa, con lo cual no se consideraron las consecuencias en los resultados de la empresa producto del estallido social vivido por el país a partir de octubre de 2019. Sostiene que solo se consideró el monto de facturación, superior a las utilidades del ejercicio y no se tomaron en cuenta pasivos contingentes de la empresa. Con respecto a la capacidad de pago, más allá de enunciarla como factor a ponderar, arguye que la SMA no hizo ningún análisis de la circunstancia. En ese ámbito, alude a la paralización de obras producto de la crisis sanitaria por COVID-19, lo que habría tenido impacto en sus ingresos.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Sexagésimo segundo. Que, a su vez, la reclamada sostiene que habría requerido en dos oportunidades información financiera a la empresa con la finalidad de determinar su tamaño económico. Por el contrario, la empresa, no obstante haberle requerido el Balance Tributario del último año (2020), habría entregado el formulario N° 22 del Servicio de Impuestos Internos, el cual daría cuenta de los impuestos anuales a la renta para el año 2019. Asimismo, sostiene que el formulario N° 22 no es un antecedente apto para establecer los ingresos anuales de la empresa, de manera que no sería suficiente para determinar su tamaño económico. En vista de lo anterior, es que la reclamada, habría utilizado la información disponible en la página web del Servicio de Impuestos Internos, aplicando un factor de disminución por el impacto de la pandemia producto del COVID-19. Para lo anterior, se habría tenido a la vista la "Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19" elaborada por la Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de Chile.

Sexagésimo tercero. 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 a 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. Para estos efectos, sobre la base de una proyección de capacidad de funcionamiento, procedió por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020 y estableció factores de ponderación para la determinación de la sanción, los que, de acuerdo con una categoría de tamaño económico del infractor, permiten disminuir la sanción a aplicar, tratándose en este caso de una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico Grande 2. Por tanto, encontrándose debidamente justificada la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

ponderación de esta circunstancia, no corresponde acoger las alegaciones del reclamante.

f. Sobre una eventual infracción al principio de proporcionalidad

Sexagésimo cuarto. Que, finalmente, respecto a la alegación de una eventual infracción al principio de proporcionalidad, el reclamante estima que la multa de 23 UTA es considerablemente mayor a la aplicada en casos similares, pues se trata de un solo cargo, por una superación solo en una ocasión del límite normativo, que no habría causado daño a la salud de las personas o al medio ambiente y que no se habría cometido la infracción intencionadamente.

Sexagésimo quinto. Que, la reclamada afirma que la sanción aplicada sería proporcional a la infracción, habiéndose dado razón de todas las circunstancias del artículo 40 de la Ley Orgánica de la SMA aplicables al caso. Añade que tales circunstancias vendrían precisamente a materializar el principio de proporcionalidad, por lo que, habiéndose efectuado la ponderación de las mismas debidamente fundamentada, no resultaría procedente alegar que la multa aplicada es desproporcionada.

Sexagésimo sexto. Que, al respecto, debe considerarse el análisis efectuado precedentemente que conduce a concluir que, en relación con la circunstancia intencionalidad, a juicio del Tribunal, la multa aplicada no es proporcional, por los fundamentos esgrimidos en los considerandos octavo, quincuagésimo primero y segundo. Respecto a las demás alegaciones a este respecto, cabe subrayar que la infracción de autos corresponde al incumplimiento de los límites establecidos en una norma de emisión cuya finalidad es proteger la salud de la población, como lo define el artículo 1° del D.S. N° 38/2011. En este sentido, resulta relevante ponderar la magnitud y el nivel de excedencia, siendo irrelevante que se haya tratado de un solo cargo o que se haya constado la infracción en una sola ocasión.

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

Sexagésimo séptimo. Que, por tanto, atendido lo razonado en cuanto a la circunstancia intencionalidad, a juicio del Tribunal, la multa aplicada no es proporcional, dado que hubo una errónea ponderación de la circunstancia d) del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, así como tampoco fue ponderado un informe de medición de ruido presentado por el reclamante, para efectos de haber analizado el conocimiento y la adopción de medidas necesarias para hacerse cargo del impacto de ruido. Por lo anterior, la presente alegación será acogida a su respecto.

VI. Conclusión General

Sexagésimo octavo. Que, en conclusión, se acogerá la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta N° 115/2021, atendido que esta adolece de falta de motivación, pues, en relación con la circunstancia intencionalidad, y frente a la existencia de una RCA asociada al proyecto que contenía obligaciones para hacerse cargo de impacto de ruido, entre las que se encontraban aquellas relacionadas al monitoreo de la norma de emisión de ruido, el Superintendente del Medio Ambiente omitió de manera ilegal tal circunstancia para efectos de la determinación de la sanción, lo que devino en que la multa aplicada no es proporcional.

POR TANTO, y TENIENDO PRESENTE, además lo dispuesto en los artículos; 17 N° 3; 18 N° 3; 30 de la Ley N° 20.600; artículos 2; 8; 16; 19; 22; 28; 29; 36; 37; 40; 42; 47; 49; 51 y 56 de la Ley Orgánica de la SMA; 27 y 53 de la Ley N° 19.880; 5; 7; 12; 13; y 20 del D.S. N° 38/2011 y en las demás disposiciones legales y reglamentarias pertinentes,

SE RESUELVE:

1. **ACOGER** la reclamación deducida por Bersa Kennedy S.A. en contra de la Resolución Exenta N° 115/2021, dictada por el Superintendente del Medio Ambiente, por carecer esta de una debida motivación, dejándola sin efecto y ordenando a la

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

reclamada dictar una nueva resolución sancionatoria que considere adecuadamente la intencionalidad del infractor, así como los restantes elementos que resulten pertinentes, conforme con lo señalado en la parte considerativa de la sentencia.

2. **No condenar en costas a la reclamada** por no haber sido totalmente vencida.

Se previene que la Ministra señora Sfeir concurre a la mayoría, sin compartir lo razonado en los considerandos trigésimo sexto y trigésimo séptimo, teniendo presente las siguientes consideraciones:

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

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

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

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

cual se registra, entre otros antecedentes, el nivel de excedencia a la norma de ruido.

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

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

6° Que, asimismo, resulta pertinente relevar que la SMA también incurrió en una indebida dilación en el tratamiento de una denuncia. Lo anterior, porque aun cuando se realizó la inspección encomendada y oportunamente diligenciada por la Autoridad Sanitaria, esta no resultó en la apertura de un procedimiento de sanción sino catorce meses después de

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

recibidos todos los antecedentes, ya concluida la fase de construcción y con ello, agotada la posibilidad de que se adoptaran medidas correctivas que hubieren permitido abordar los ruidos que afectaron al denunciante. Se vulnera así el derecho del denunciante a obtener una respuesta no solo formal, sino que sustantiva respecto a las emisiones de ruido objeto de su denuncia.

Se previene que el Ministro señor López concurre a la mayoría, sin compartir lo razonado en los considerandos décimo noveno, vigésimo, vigésimo primero y vigésimo sexto, por cuanto, a su juicio, en el caso concreto y sólo para efectos de contabilizar el plazo para la configuración del decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio referido en estos autos, este último se entendió iniciado desde que la SMA recibe conforme el acta de inspección ambiental y sus resultados constatando la infracción al D.S. N° 38/2011. Lo anterior, teniendo presente las siguientes consideraciones:

1° Que, la Administración desarrolla diversas actividades para satisfacer el interés público, comprendiendo dentro de estas, la actividad de policía, que busca mantener el orden público imponiendo conductas a los particulares en relación con las exigencias de interés general. En este sentido, la Administración cuenta con una potestad sancionadora, la cual le permitirá imponer sanciones por transgresiones al ordenamiento jurídico, las que se encuentran tipificadas con anterioridad como infracciones administrativas (Cfr. BERMÚDEZ, Jorge. *Fundamento y Límites de la Potestad Sancionadora Administrativa en Materia Ambiental*." *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*. 2013, p.426 y siguientes).

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

3° Que, en este contexto, la forma en que la Administración hará efectiva la responsabilidad del presunto infractor será mediante un procedimiento administrativo sancionador sobre la base del debido proceso (Cfr. CELIS, Gabriel. Derecho Administrativo Sancionador. 2019, 1° Ed., Santiago: Editorial El Jurista, p. 195). Así, el inicio de dicho procedimiento determinará la oportunidad del presunto infractor de esgrimir defensas y aportar pruebas. Por lo cual, reviste capital importancia el momento en que se entiende iniciado tal procedimiento.

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

5° Que, la Ley Orgánica de la SMA, contempla, en su artículo 35 un catálogo de infracciones administrativas. Así, la potestad sancionadora de la Administración se iniciará con una tipificación genérica de la conducta que se estima como infracción, y luego devendrá en un proceso de subsunción de esta, que tendrá por objetivo determinar si la conducta del presunto infractor se contiene dentro de aquellas tipificadas en el artículo referido, lo que dará certeza a los particulares, quienes podrán adecuar su conducta conforme a lo exigido (Cfr. TEJADA, Pablo. "Discrecionalidad Administrativa en la Determinación de Sanciones Ambientales". Revista de Derecho Ambiental. 2019, núm.11, p. 61 y 62).

6° Que, en la letra h) de la mentada disposición, se contempla como infracción, el incumplimiento de las normas de emisión, como lo es el D.S. N° 38/2011. Según expresan los artículos 1°, 7°, 9° 10° del mentado cuerpo legal, su objetivo se orienta a la protección de la salud de la población mediante el establecimiento de límites máximos permisibles según la zona donde se ubique el receptor del ruido y atendiendo al horario en que este sea generado.

7° Que, en línea con lo anterior, este Tribunal Ambiental ha señalado que: *"[...]se debe tener presente que los límites máximos establecidos en una norma de emisión, como son aquellos contenidos en el D.S. N° 38/2011, son aquellos que para la sociedad en su conjunto resultan ser aceptables. De ahí que la superación de alguno de sus umbrales implica la presencia de una condición de 'inaceptabilidad', sobre todo, cuando es posible deducir que dicha superación es o ha sido permanente en un periodo de tiempo"*. (Tribunal Ambiental, Rol N° 172-2018, de 6 de noviembre de 2019, c. 66).

8° Que, no se debe perder de vista, que conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica de la SMA, el personal de Superintendencia habilitado como fiscalizador, tendrá el carácter de ministro de fe respecto de los hechos que sean constitutivos de infracciones que se consignen en el cumplimiento de sus funciones y se constaten en el acta de fiscalización. A su turno, considerando que en el caso de autos la constatación de la superación de los valores de la norma fue realizada por personal de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana, el artículo 156 del Código Sanitario expresa que el funcionario que practique la inspección y levante acta de los hechos materia de la infracción tendrá la calidad de ministro de fe.

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

el día 21 de enero de enero de 2019[...]" (fs. 431 del expediente de autos) (destacado del Ministro autor de la prevención).

10° Que, como ha quedado establecido en la sentencia, la construcción de un proyecto de esta naturaleza se encuentra asociado a plazos acotados, teniendo una naturaleza esencialmente transitoria para su ejecución. Según ha sido expresado, a la fecha de la formulación de cargos, la obra se encontraba terminada. Al mismo tiempo, en caso de el proyecto no hubiese estado asociado a una RCA, se hubiese efectivamente imposibilitado al titular de la faena de construcción de hacer uso de un mecanismo expresamente contemplado en la Ley. Tales circunstancias, desde la mirada del debido proceso, hacen que el momento en que se entiende iniciado el procedimiento sancionatorio se torne de relevancia para analizar la celeridad en el actuar del órgano persecutor.

11° Que, consta en el expediente de autos, el acta de inspección de ambiental de 21 de enero de 2019, y una "Ficha de Información de Medición de Ruido" que da cuenta de la superación a la norma de emisión de ruido (fs. 44 y siguientes). De igual modo, consta que por medio del Ordinario N° 906/2019, la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana, derivó el 11 de febrero de 2019 los resultados de la actividad de fiscalización a la División de Fiscalización de la SMA. En dicho documento expresó respecto del proyecto, que la unidad fiscalizable "[...] **excede el nivel máximo permisible para dicha zona en periodo diurno**" e indicó adjuntar, entre otros antecedentes, la Ficha de Medición de Ruido y el Acta de Inspección Ambiental relacionada a la actividad de fiscalización realizada el 21 de enero de 2019 (fs. 55) (destacado del Ministro autor de la prevención).

El documento antes mencionado que involucra los antecedentes relacionados a la actividad de inspección tiene fecha de recepción conforme por parte de la SMA, el 14 de febrero de 2019 (fs. 52). Además, se contiene en el expediente de autos un comprobante de derivación que detalla los siguientes antecedentes remitidos a la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA: "Acta de Inspección" "Informe de Fiscalización

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Ambiental”, “Ordinario de Encomendación” y “Respuesta de Ordinario de Encomendación” (fs. 58).

12° Que, en línea con lo expuesto, la formulación de cargos indica que: “[...] *la Ficha de Evaluación de Niveles de Ruido, se consignó un incumplimiento a la norma de referencia contenida en el D.S. N° 38/2011 MMA*” (fs. 2). Luego se adjunta una tabla del resultado de la medición indicando como fuente “[...] *Ficha de información de medición de ruido, Informe DFZ-2019-265-XIII-NE*” (Ibid). A su vez, el “resuelvo vii” de la formulación de cargos, tuvo por incorporada la referida ficha (fs. 4). Por lo cual, la SMA tuvo conocimiento de los resultados de la actividad de fiscalización el 14 de febrero de 2019.

13° Que, en esta materia, si bien este Ministro está de acuerdo que la Administración “[...] *no ejerce de ordinario su potestad punitiva, por cuanto debe conciliar su aplicación tanto con el ejercicio de otras potestades públicas, así como también con las limitaciones propias de la organización [...], lo que repercute en que no toda infracción sea efectivamente perseguida y sancionada*” (GÓMEZ, Rosa. *Discrecionalidad y Potestad Administrativa Sancionadora: Límites y Mecanismos de Control*. 1° Ed., Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021, p. 205), la oportunidad en el actuar de la Administración debe conciliarse con un procedimiento que atienda a las particularidades del caso concreto, de manera de garantizar la defensa del presunto infractor en todos los estadios del procedimiento, lo que, por cierto, se relaciona con ser juzgado en un plazo justo y sin dilaciones indebidas.

14° Que, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la posibilidad que el hito de inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio, con etapas delimitadas, no coincida con el acto de formulación de cargos, en el siguiente sentido: “[...] *esta Corte, disiente de tal conclusión, toda vez que, sin desconocer que el procedimiento administrativo sancionatorio, efectivamente consta de etapas bien delimitadas, correspondientes a la etapa de fiscalización previa, en que la autoridad recopila antecedentes y el*

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

procedimiento sancionatorio propiamente tal, lo cierto es que el inicio, en el presente caso, no coincide exactamente con la etapa de formulación de cargos [...] consta en estos antecedentes que la fiscalización se lleva a cabo por funcionarios de la reclamada [...]. Luego de recabada la información, esta es analizada, y, como se expuso más arriba, el día 23 de diciembre del mismo año, la División de Fiscalización y Cumplimiento de la UAF emitió el Informe de Verificación de Cumplimiento N° 80/2015. Es en virtud de tal informe - que es emitido por una unidad de la misma UAF- que luego la autoridad formula cargos" (Corte Suprema, Rol N° 23.056-2018, de 26 de marzo de 2019, c. 12).

En el mismo Rol 23.056-218, se agrega que: "[...] en la especie no existe una coincidencia entre el inicio del procedimiento sancionatorio y la formulación de cargos, toda vez que éste se inicia con la emisión del informe de fecha 23 de diciembre de 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[...]” (Ibid).

15° Que, además, este Tribunal Ambiental se ha pronunciado en la causa Rol N° 172-2018 sobre la oportunidad en que se entiende iniciado un procedimiento sancionatorio, habiendo existido una denuncia por ruidos molestos y habiéndose entregado antecedentes por parte del regulado previo al acto de formulación de cargos por parte de la SMA. Así, luego de extractar el artículo 21 de la Ley Orgánica de la SMA, que indica expresamente que el sancionatorio podrá iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia, expresó que: “[...] atendido que - tal como se expresa además en el considerando 6° de la resolución reclamada - en el presente caso el procedimiento sancionatorio se inició mediante una denuncia ciudadana [...]. Por ende el informe de medición de ruidos presentado por Tur Bus el 5 de enero de 2017, lo fue

**REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL**

dentro del procedimiento sancionatorio y no en forma previa a éste [...]" (Tribunal Ambiental, Rol N° 172-2018, de 6 de noviembre de 2019, c. 65).

16° Que, por todo lo anterior, si bien existe una oportunidad en el actuar de la Administración, esta debe ser coherente con los derechos del regulado, de lo contrario, tal como indica la sentencia del máximo Tribunal, podría quedar a su arbitrio el cómputo del plazo para la configuración de la figura del decaimiento administrativo, perjudicando la interpretación del plazo razonable que garantice la protección. Por otra parte, se reconoce que existe una separación entre la función fiscalizadora y sancionadora de la SMA; sin perjuicio de lo anterior, en este caso particular, por las características del tipo infraccional y su configuración, deriva en que el procedimiento administrativo sancionador se debe entender iniciado el 14 de febrero de 2019, con la entrega del acta de inspección ambiental y sus resultados a la SMA, fecha en la cual la SMA adquirió certeza de la infracción a la norma de emisión, la que, en definitiva, sirvió de base para la formulación de cargos.

17° Que, de esta manera, la formulación de cargos pasa a ser un acto más bien protocolar o un hito intermedio, que viene a consagrar lo ya constatado previamente por el ente fiscalizador. Lo que, no obstante lo referido, nada cambia lo resuelto en la sentencia, por cuanto entre la recepción conforme del acta de inspección ambiental y sus resultados por parte de la SMA, no alcanzaron a transcurrir 2 años. Además, la SMA realizó una serie de gestiones útiles detalladas en el considerando vigésimo quinto de la presente sentencia, que dan cuenta que no transcurrió un plazo excesivo en el procedimiento que lo haga ineficaz.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

REPÚBLICA DE CHILE
SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL

Rol R N° 278-2021.

**Daniella
Sfeir
Pablo**

Firmado
digitalmente por
Daniella Sfeir
Pablo
Fecha: 2022.02.24
16:42:51 -03'00'

**Cristián
n
Delpia
no Lira**

Firmado
digitalmente
por Cristián
Delpiano Lira
Fecha:
2022.02.24
16:19:06
-03'00'

**Cristián López
Montecinos**

Firmado digitalmente
por Cristián López
Montecinos
Fecha: 2022.02.24
16:55:08 -03'00'

Pronunciada por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental integrado por el Ministro señor Cristián Delpiano Lira, la Ministra señora Daniella Sfeir Pablo y el Ministro señor Cristián López Montecinos.

Redactó la sentencia la Ministra señora Daniella Sfeir Pablo y las prevenciones sus autores.

**Leonel
Salinas
Muñoz**

Firmado digitalmente
por Leonel Salinas
Muñoz
Fecha: 2022.02.24
16:58:36 -03'00'

En Santiago, a veinticuatro de febrero de dos mil veintidós, autoriza el Secretario del Tribunal señor Leonel Salinas Muñoz, notificando por el estado diario la resolución precedente.