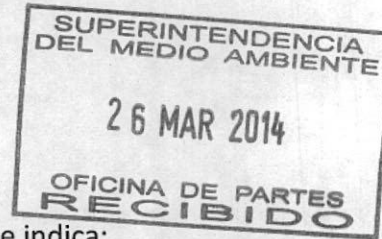


Expediente D - 01 - 2014

Fiscal Instructor: Sra.(ita) Andrea Reyes Blanco.



Formula descargos en procedimiento sancionatorio que indica;

SEÑOR

SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE

Nicolás Eyzaguirre Besa y José Domingo Ilharreborde Castro, abogados, ambos en representación de **Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A.**, en autos sobre proceso administrativo sancionatorio iniciado por Ordinario U.I.P.S N°135, de fecha 3 de Febrero de 2014 (la Formulación de Cargos), expediente D - 01 - 2014, al Señor Superintendente del Medio Ambiente respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) contestamos los cargos formulados solicitando que, en definitiva, se absuelva de todos ellos a Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. (la Sociedad), por las consideraciones que se expresan a continuación.

I. ANTECEDENTES GENERALES

El proyecto "Autopista Troncal Sur" (el Proyecto) tiene por objeto la construcción y operación de una autopista de carácter urbano, la cual permitirá presentar una alternativa al congestionado Camino Troncal que conectaba las localidades de Olmué, Limache, Villa Alemana y Quilpué con Viña del Mar.

El Proyecto fue aprobado ambientalmente a través de la Resolución de Calificación Ambiental N°467, dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la V Región, con fecha 6 de Septiembre de 2000 ("RCA N°467").

En Noviembre de ese mismo año, con el objetivo de introducir una serie de mejoras al Proyecto, se presentó la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) denominada "Modificación del Proyecto Autopista Troncal Sur: Variante Marga Marga". Esta DIA tenía

por objeto modificar el trazado original del Proyecto, principalmente en el tramo que se ubica entre el km. 99.8 y el km. 107.5, lo cual presentaba una serie de ventajas comparativas, ya que entre otras cosas: mejoraba la capacidad y nivel de servicio de la autopista; disminuía considerablemente la superficie a expropiar; **y reducía el área de intervención del Jardín Botánico a solo 1,3 hectáreas.** Dicha DIA fue aprobada ambientalmente mediante la Resolución de Calificación Ambiental N°635, dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la V Región, con fecha 29 de Noviembre de 2000 ("RCA N°635").

II. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO INICIADO EN CONTRA DE SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTAS DEL PACIFICO S.A.

Con fecha 23 de Julio de 2013, mediante la recepción del Ordinario N° 289 de la Secretaría Regional Ministerial del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) tomó conocimiento de la denuncia efectuada por la Fundación Jardín Botánico Nacional de Viña del Mar (Jardín Botánico), en contra de nuestra representada.

En razón de esta denuncia, la Unidad de Instrucción de Procedimientos Sancionatorios de la SMA ("UIPS") inició una investigación con el objeto de recabar mayores antecedentes al respecto. Con fecha 3 de Febrero de 2014, el Fiscal Instructor del Procedimiento Sancionatorio, Gerardo Ramírez González, dio inicio a este procedimiento sancionatorio mediante el Ordinario N° 135 de la UIPS (Ord N° 135), en contra de nuestra representada, formulando un cargo por haber infringido la obligación de instalar pantallas acústicas en la zona del Jardín Botánico.

A continuación, se describe la infracción que fue incluida en la Formulación de Cargos de autos, indicando de manera detallada los fundamentos que se deben tener en consideración para dejar sin efecto el cargo formulado, debiendo éste ser rechazado.

III. HECHO QUE SE ESTIMA CONSTITUTIVO DE INFRACCION A LA RCA

El Considerando 15.1 de la Formulación de Cargos señala que la infracción cometida por nuestra representada consistiría en:

“El incumplimiento de las obligaciones contenidas en el considerando 7.1, literal A.4.2 de la RCA 467/200, referidas la construcción de obras de mitigación de ruido en ZONA Jardín Botánico (ZRIF 1.8)”¹

En este sentido, y tal como se explicó anteriormente, el Proyecto cuenta con dos RCAs: la RCA N°467 de Septiembre del 2000 y la RCA N°635 de Noviembre del mismo año. Esta última RCA tenía por objeto principalmente optimizar el trazado de la autopista entre el km. 99.8 y el 107.5, lugar dónde se encuentra la ZRIF1 8, es decir, el Jardín Botánico. Una de las ventajas que presentaba esta variación del trazado correspondía a la disminución en la intervención del Jardín Botánico, a 1.3 hectáreas (zona de conexión vía Las Palmas).

Atendida esta modificación de trazado, resultaba necesario modificar el compromiso de instalar las pantallas acústicas contempladas en la RCA N°467, ya que producto de este cambio, la autopista no pasaría por el lugar específico en que se contemplaba la instalación de las pantallas. En efecto, durante la evaluación ambiental original, que dio lugar a la dictación de la RCA N°467, se estableció la obligación de instalar pantallas acústicas desde el km 106.2 al 107.9, en ambos lados de la autopista, ya que ésta atravesaba el sector del Jardín Botánico, lo cual fue modificado en virtud de la RCA N° 635.

IV. LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN LA FORMULACIÓN DE CARGOS SE ENCONTRARÍA PRESCRITA Y LA SMA CARECE DE COMPETENCIA PARA FISCALIZAR SU CUMPLIMIENTO.

La fase de construcción del Proyecto, para los sectores A (km 0+000 al 55+000) y B (Km 55+000 al 109+600), se inició en agosto de 1999 y tomó alrededor de 36 meses, por lo tanto la fase de operación comenzó en agosto de 2002. Para los sectores C (km 87+200 al 107+500), la fase de construcción del Proyecto se inició en enero de 1999 y tomó

¹ El considerando 7.1, literal A.4.2 de la RCA N°467 establece que: *“Se construirán barreras acústicas, de tipo absorbentes, para proteger así los sitios considerados como sensibles a un impacto por ruido. Dichas barreras deberán proveer una atenuación no inferior a 25 dB hasta la fachada de las casa, para evitar el impacto producto del aumento del nivel de ruido de fondo. Esta medida deberá ser aplicada en las siguientes zonas de riesgo: ZRIF1. 8 (ambos lados).*

En Addendum N° 1 se indica que estas barreras se ubicarán entre 10 y 50 m de la fachada del punto de impacto. Estas barreras tendrán una altura promedio de 3 m, una densidad superficial de 20 kg/m² y una pérdida de transmisión mínima de 20 dB(A). Sin perjuicio de lo señalado el titular se ha comprometido a contratar una empresa especializada en el tema ruido con el fin de diseñar las barreras acústicas de acuerdo a cada punto en particular en donde se implementará esta medida. Los antecedentes preliminares de este estudio será presentado a la autoridad ambiental (COREMA V Región) 30 días después de obtenida la Resolución de Calificación Ambiental.”

alrededor de 42 meses, por lo tanto, en estos sectores la fase de operación comenzó en junio de 2003.

Como ya se señaló anteriormente, la Formulación de Cargos establece que la disposición de la RCA N°467 que habría sido infringido por mi representada sería el considerando 7.1 literal A.4.2., el cual establece ciertas medidas que debían adoptarse en la **Etapa de Operación** del Proyecto. De esta forma, la infracción que se le imputa a mi representada se habría cometido el día en que comenzó a operar el Proyecto sin que se hubieran construido las pantallas en la zona del Jardín Botánico, esto es en el año 2003.

Como la SMA bien podrá apreciar, la prescripción de una acción para imponer una sanción comienza a contarse justamente desde el día en que es posible imponer esa sanción, es decir desde que se comete la infracción. En este caso específico, atendido que la obligación era tener construidas ciertas pantallas para una etapa específica del Proyecto, es evidente que desde el momento en que se inició la etapa de operación y mi representada no tenía construidas las pantallas, comenzó a correr necesariamente la prescripción, por la sencilla razón que desde ese mismo día mi representada podría haber sido sancionada por dicha infracción.

Una interpretación distinta de la anterior atentaría contra la finalidad básica de la prescripción, ya que su objeto es precisamente consolidar las situaciones jurídicas afianzadas por el transcurso del tiempo y sancionar la inactividad del titular de la acción para exigir el cumplimiento o sancionar por la infracción. Es por ello que la prescripción comienza a correr naturalmente desde que es posible exigir ese cumplimiento o sanción. Si el plazo de prescripción no comenzara a correr mientras se mantuviere la situación de incumplimiento o infracción, la prescripción carecería de toda efectividad.

De esta forma, necesariamente debe concluirse que, entre la fecha en que se habría cometido la infracción (año 2003) y la fecha en que se formularon los cargos (3 de Febrero de 2014), han transcurrido más de 10 años, encontrándose por lo mismo, largamente prescrita la acción de cualquier ente fiscalizador para exigir el cumplimiento de dicha medida.

En efecto, como ha resuelto la Contraloría General de la República (CGR), hasta antes de la dictación de la Ley 20.417 debía aplicarse el plazo de prescripción de 6 meses que establece el Código Penal para las faltas. Este criterio ya fue aplicado por la CGR respecto de un caso muy similar al de autos, en que se estaba denunciando el

incumplimiento de ciertas obligaciones establecidas en una Resolución de Calificación Ambiental (Dictamen N°60.556 de 2012²), en el que se concluye que:

“(...) en cuanto a que en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, no habiendo regulación específica sobre la materia, resulta necesario aplicar las normas sobre prescripción del derecho penal, pues tanto este último, como el derecho administrativo sancionador, son manifestaciones del ius puniendi que ejerce el Estado. Asimismo, y en razón de la naturaleza de las infracciones administrativas de la especie, la regla aplicable es la prevista en los artículos 94 y 95 del Código Penal respecto de las faltas, en virtud de lo cual la acción se extingue en el plazo de seis meses contado desde el día en que se hubiere cometido el ilícito.” (el destacado es nuestro)

Por estas consideraciones, siguiendo el criterio establecido por la CGR, necesariamente debe llegarse a la conclusión que la acción para ejercer la potestad sancionatoria en este caso se encuentra largamente prescrita, ya que el ilícito necesariamente se habría cometido el día en que comenzó la etapa de operación del Proyecto y las pantallas acústicas no estaban construidas.

A mayor abundamiento, y suponiendo la existencia de la infracción de autos, la Superintendencia carecería de competencia para conocer de ella. Lo anterior, se desprende conforme al artículo 9° transitorio³ de la Ley 20.417, al establecer que las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia entraron en vigencia el 28 de diciembre de 2012, por lo que a todas luces, es incompetente para conocer de infracciones cometidas con anterioridad a esa fecha, lo que ocurre en la especie.

V. ERROR EN LA FORMULACION DE CARGOS

En subsidio de las alegaciones anteriores, y para el evento de que la SMA considerase que, a pesar de la fecha en que se habrían cometido la infracción, ella no se encuentra prescrita y que sí cuenta con facultades para fiscalizar su cumplimiento, resulta

² Criterio que se reitera en los dictámenes N° 15.335/2011 y N° 13.479/2012 de la CGR.

³ Artículo 9° transitorio Ley N° 20.417: “Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3º, y III del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental.”

necesario invalidar la Formulación de Cargos por haberse cometido un error al individualizar cuál habría sido la medida supuestamente infringida por mi representada.

Como ya se ha venido adelantado, existe un evidente error en la Formulación de Cargos, ya que atendido el cambio de trazado que se contemplaba en la RCA N°635, la autopista no pasaría por el sector del Jardín Botánico donde la RCA N°467 contemplaba la instalación de las pantallas acústicas.

En efecto, en la DIA que dio lugar a la dictación de la RCA N°635, se describía detalladamente cuál sería la medida que se implementaría en el nuevo trazado de la autopista para mitigar los efectos del ruido en el sector del Jardín Botánico de Viña del Mar. El Capítulo 2.2.10.3 de la DIA señala:

*“[...] Tomando como referencia los resultados obtenidos de la evaluación de los niveles de ruido producto de la operación del proyecto vial, no se estima necesario efectuar medidas de mitigación específicas a lo largo del trazado. Sin perjuicio de lo anterior, **el Proyecto contempla efectuar medidas de atenuación del nivel sonoro frente al Jardín Botánico, pese a que los niveles proyectados no exceden el límite establecido por la Norma Suiza 814.41 en este tramo.***

*“[...] Por lo tanto, **se instalará una pantalla acústica al costado Norte de la pista, lo más próxima a ella, incrementando su efectividad de atenuación. La pantalla tendrá como mínimo 2 metros de altura, la que será de muro opaco o del tipo Metacrilato o Policarbonato (tipo translucido). La longitud de la pantalla será de 700 metros, desde el Km. 104.200 al Km. 104.900.**”* (el destacado es nuestro)

En el mismo sentido, en el Capítulo 4 de la DIA, referente a los compromisos ambientales voluntarios del Proyecto, se vuelve a señalar:

“1.- Instalación de una pantalla acústica al costado Norte de la autopista, lo más próxima a ella, incrementando su efectividad de atenuación:

*Sin perjuicio, de que los resultados de la modelación realizada para el componente ruido, durante la operación, **no estiman necesario implementar medidas de mitigación específicas a lo largo del trazado,***

se propone la instalación de una pantalla acústica al costado Norte de la autopista, lo más próxima a ella, incrementando su efectividad de atenuación, de altura mínima de 2 metros, la que podrá ser de muro opaco o del tipo Metacrilato o Policarbonato (tipo translucido), esta última presenta características adicionales como bajo peso y fácil instalación, además de considerar el aspecto visual, tomando en cuenta que esta zona se encuentra destinada al turismo.

La longitud de la pantalla será de aprox. 700 metros, desde el Km. 104.200 al Km. 104.900.

Esto se justifica porque los niveles de ruido basales al interior del jardín botánico, colindante con el proyecto vial, presenta niveles sonoros de fondo del orden de 45 dBA, con lo cual el impacto acústico causado por la operación de la vía excederá entre 5 y 10 dBA al ruido de fondo, provocando un grado de molestia importante.

Finalmente, es importante señalar que el compromiso de instalar pantallas acústicas en el sector del Jardín Botánico fue expresamente recogido por la RCA N°635, al establecer en su Considerando 4°:

"4.- Que el Titular del Proyecto se ha comprometido a realizar los siguientes compromisos voluntarios:

"Instalación de una pantalla acústica al costado Norte de la autopista, lo más próximo a ella, incrementando su efectividad de atenuación."

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta evidente que para dar cumplimiento a la obligación de instalar pantallas acústicas en el sector del Jardín Botánico, es menester atenderse a lo que dispone la RCA N°635, y no a lo que señalaba la RCA N°467, ya que en esta última RCA se establecía un trazado diverso al que actualmente tiene la autopista, y se contemplaba, por ejemplo, atravesar el sector del Jardín Botánico, lo cual no ocurre en el actual trazado.

Es por esto, que resulta incomprensible que los cargos formulados contengan un compromiso obsoleto, y que no tiene ninguna relación con la ejecución actual del Proyecto.

Así las cosas, es de toda lógica que si esta autoridad fiscalizadora decide iniciar un proceso sancionatorio, determine de manera correcta cual es el incumplimiento que es objeto de sanción, debiendo considerar la situación actual del Proyecto y todas las RCAs que regulan la operación del Proyecto. Por lo tanto, constituye un evidente error el hecho que el Ord. N°135 haya hecho referencia a una medida mitigación que estaba contenida en la RCA N°467 y que resulta completamente inaplicable si se tiene presente el trazado actual de la autopista. Carece de toda lógica sostener lo contrario, ya que si por ejemplo, mi representada se allanara a la actual Formulación de Cargos y quisiera dar cumplimiento a la obligación consagrada en ella, se vería necesariamente obligada a construir pantallas acústicas en un sector del Jardín Botánico por donde hoy no pasa la carretera, lo cual resulta absurdo.

Es precisamente para evitar este tipo de situaciones que el artículo 49 inciso segundo de la LOSMA exige que la formulación de cargos contenga una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción, así como de la norma, medidas o condiciones eventualmente infringidas. Claramente el Ord. N°135 transgrede dicha disposición ya que se hace referencia al incumplimiento de una obligación contenida en una RCA que atendido el cambio de trazado aprobado por la RCA N°635, no resulta aplicable al Proyecto.

De la misma forma, resulta improcedente seguir adelante con la tramitación del presente procedimiento sancionatorio, ya que el artículo 54 inciso final de la LOSMA establece que ninguna persona podrá ser sancionada por hechos que no hubieran sido materia de cargos, por lo que malamente podría sancionarse a mi representada por una infracción distinta a aquella que se encuentra contenida en la Formulación de Cargos.

Por todas estas consideraciones queda de manifiesto que resulta necesario invalidar la Formulación de Cargos.

VI. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA.

Finalmente, en caso de que sean rechazadas todas las alegaciones anteriores, solicitamos se tengan presentes las siguientes consideraciones en relación a las situaciones, hechos y elementos descritos en el artículo 40 de la LOSMA para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a la infracción que se imputa a mi representada.

i. La importancia del daño causado o peligro ocasionado⁴

Tal como se ha venido exponiendo a lo largo de esta presentación, la supuesta infracción de no haber instalado las pantallas acústicas conforme lo establecido en la RCA N°467, no ha producido daño ni ha puesto en peligro el componente ambiental asociado al cumplimiento de dichas medidas, en la especie el ruido, que podría afectar al Jardín Botánico.

Lo anterior queda de manifiesto al constatar que de conformidad a la RCA N°635 se modificó el trazado de la autopista, no pasando hoy por el sector en que el considerando 7.1 literal A.4.2 de la RCA N°467 exigía que se instalaran pantallas acústicas, y por lo mismo, mal podría haber algún daño como consecuencia de no haber construido las pantallas en dicho sector.

ii. El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.⁵

Siguiendo la misma lógica anterior, resultaría ilógico pretender que la falta de las pantallas acústicas contempladas en la RCA N°467, en un sector por el que hoy no pasa la carretera, haya podido afectar la salud de alguna persona o habitante.

iii. La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.⁶

Respecto de este punto, debiéramos entender que cuando el artículo 40 de la LOSMA hace referencia a la intencionalidad, está haciendo referencia a la existencia o no de dolo, el cual se define como la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro.⁷ En el presente caso, no existe ningún tipo de antecedente que nos permitiera siquiera presumir que el supuesto incumplimiento de mi representada fue cometido con la intención positiva ya sea de infringir los considerandos de la RCA N°467 y menos aún de causar daño en la persona o propiedad de otro.

⁴ Artículo 40 letra a) de la LOSMA.

⁵ Artículo 40 letra b) de la LOSMA.

⁶ Artículo 40 letra d) de la LOSMA.

⁷ Artículo 44 Código Civil.

iv. *Conducta anterior del infractor.*⁸

En cuanto a esta circunstancia, cabe destacar que a la Sociedad no ha sido parte de ningún procedimiento sancionatorio, ya sea de carácter sectorial, o ambiental. La SMA, hasta la fecha, tampoco había recibido denuncia alguna sobre la construcción y ejecución del Proyecto. Por lo anterior, estimamos que esta circunstancia no aplica en la especie.

Habiendo establecido la falta de circunstancias establecidas en el referido artículo 40 de la LOSMA que permitan agravar la conducta de mi representada, es de considerar la evidente concurrencia de circunstancias atenuantes, que se solicita considerar en atención a lo dispuesto al literal i) del artículo en comento, el que establece: *“Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.”*. Lo que conforme a lo ya razonado por esta misma Superintendencia, en el sentido que se pueden considerar como circunstancias atenuantes.⁹

i. *Colaboración oportuna.*

Tal como consta en el expediente de este proceso, nuestra representada se ha caracterizado por mantener un comportamiento colaborador, facilitando toda la información requerida por esta Superintendencia de manera oportuna, completa y verídica.

ii. *Conducta posterior positiva.*

Es necesario tomar en consideración el comportamiento de mi representada hasta la fecha de presentación de estos descargos, en la que ha iniciado todas las gestiones posibles para instalar las pantallas acústicas dentro del menor tiempo posible, ofreciendo a esta misma autoridad, un programa de cumplimiento con dos alternativas para instalar éstas.

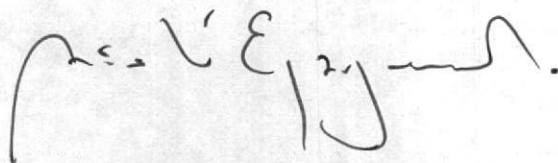
POR TANTO,

Al Señor Superintendente respetuosamente pido: tener por presentados estos descargos y, en definitiva, declarar que la infracción contenida en la Formulación de Cargos se encuentra prescrita y que la SMA carece de facultades para fiscalizar su incumplimiento.

⁸ Artículo 40 letra e) de la LOSMA.

⁹ Numeral VII, literal e), Resolución N° 477, de fecha 24 de Mayo de 2013 de la SMA.

En subsidio de lo anterior, solicitamos se sirva dejar sin efecto la Formulación de Cargos por adolecer de un evidente error, al hacer referencia a una obligación que ya no resulta aplicable al proyecto. En caso de rechazar todas las alegaciones anteriores, solicitamos se sirva ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para efectos de aplicar la menor sanción posible a mí representada.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name or set of initials.A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name or set of initials.