

At.: Sr. Eduardo Paredes Monroy, Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Causa ROL N°: D-201-2019

EN LO PRINCIPAL: Solicita la invalidación de la Resolución Exenta N° 1/ ROL D-201-2019, de 27 de noviembre de 2019; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** En subsidio, formula descargos por escrito solicitando la absolución de mi representada; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** En subsidio, solicita se aplique la menor multa; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos.

SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

Eduardo Minder Hetz, cédula nacional de identidad número [REDACTED] y Arturo Gana de Landa, cédula nacional de identidad número [REDACTED] en representación, según se acredita en el documento adjunto, de Almazara Román Díaz SpA, rol único tributario número [REDACTED], todos domiciliados para estos efectos en Avenida Alfredo Barros Errázuriz N° 1.960, piso 10, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Región Metropolitana, en expediente sancionatorio Rol D-201-2019, con respeto digo:

Que, encontrándome dentro de plazo legal, y de conformidad con lo establecido en los artículos 9, 10, 15, 17 y 53 de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA); artículo 62 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA) y vengo en solicitar la invalidación de la Resolución Exenta N° 1/ ROL D-201-2019, de 27 de noviembre de 2019 (“Formulación de Cargos”), al haber ésta omitido elementos de la esencia que hacen imposible a mi representada ejercer su derecho a defensa.

Los argumentos que se expondrán dicen relación con la falta de determinación de la causal con la que el Fiscal Instructor determinó que la presunta infracción sería catalogada como grave, lo que hace imposible para esta parte poder rebatir dicha clasificación, salvo asumiendo todas las posibles causales aplicables, lo que generaría una carga desproporcionada a mi representada, en desmedro del principio de igualdad ante la ley.

1. Formulación de Cargos y clasificación de la infracción.

Como se enunció, la Formulación de Cargos no indica el literal en virtud del cual se estima que la supuesta infracción a la norma de ruidos es una infracción grave. El Resuelvo II de dicha resolución indica literalmente: “**CLASIFICAR**, sobre la base de los antecedentes que constan al momento de la emisión del presente acto, la infracción como **grave**, en virtud del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA”

Y no hay ninguna referencia a por qué la infracción sería grave.

En este sentido, sabemos que el artículo 36 de la LOSMA establece la clasificación de las infracciones en leves, graves y gravísimas. Para determinar cuándo corresponde a cada una de éstas, el artículo se refiere a diversas causales para los casos de infracciones graves y gravísimas, ya que las leves son la regla residual.

Independiente de que la clasificación de la infracción sea preliminar, como ha indicado la SMA en diversas oportunidades, la justificación de por qué se ha determinado que una infracción es grave o gravísima DEBE ser indicada en la formulación de cargos, para

permitir al eventual infractor ejercer su derecho a defensa y presentar sus descargos conforme a lo que la SMA ha tenido en consideración. En particular considerando que la clasificación de las infracciones como graves o gravísimas, además de llevar aparejadas multas o sanciones más altas y gravosas, determina entre otras cosas el impedimento para la presentación de programas de cumplimiento en el futuro, por lo que la clasificación de dichas infracciones y su correcta motivación y justificación, no puede sino ser considerada un elemento sustancial en el acto administrativo denominado Formulación de Cargos.

A mayor abundamiento, como veremos más adelante, no queda sino concluir que el Fiscal Instructor ha omitido de manera equivocada dicha causal de clasificación, ya que de todos los ejemplos contenidos en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA) consta que, en casos de infracciones graves, se ha indicado claramente en la formulación de cargos la causal en virtud de la cual se entiende dicha gravedad (sin perjuicio de que casi el 80% de las causas por este tipo de infracciones han sido clasificadas como leves, incluso en circunstancias de actividades permanentes, como se verá más adelante).

2. El objeto del recurso de invalidación

El recurso de invalidación o potestad invalidatoria de la Administración del Estado está consagrada en el artículo 53 de la LBPA, que indica:

“La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada.

El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.”

Para que procesa este requerimiento, debe existir un acto administrativo ilegal, o en palabras del legislador, “contrario a derecho”. Al ser contrario a derecho, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que la norma se refiere a una ilegalidad en sentido amplio –antijuridicidad- y no sólo a la infracción de ley. Lo que se ha infringido en este caso son normas consagradas tanto en la Constitución Política de la República, como en la LBPA y en la LOSMA.

En primer lugar, se infringen los derechos fundamentales establecidos en los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En efecto, la omisión a la referencia infringe el **artículo 19 N° 2, sobre Igualdad ante la Ley**. Como se ha indicado, mi representada tiene el derecho a defenderse en las mismas condiciones en que lo tendría cualquier presunto infractor de normas cuya fiscalización es ejercida por la SMA. La no determinación de la causal por la cual se considera que la infracción es grave, impide dicha defensa, o la hace muchísimo más gravosa que para un tercero a quien por hechos similares, se le indica con precisión el por qué su falta es clasificada como grave.

La poca claridad del acto administrativo haría que, en la presentación de descargos, se evaluarán cada una de las causales para descartarlas una a una. Como se ha indicado, del total de causas revisadas en el SNIFA, en los casos de infracciones graves para la industria inmobiliaria, todas las formulaciones contenían la especificación de por qué dicha infracción era grave; sin perjuicio de que, como se revisará en los descargos presentados en subsidio, la enorme mayoría de estas infracciones han sido clasificadas como leves por parte de la SMA.

Asimismo, se vulnera la ganancia establecida en el **artículo 19 N° 3, sobre el derecho a defensa**, ya que no es posible esgrimir argumentos que releven de responsabilidad a mi representada, o al menos aminoren el rango de sanciones asociadas, si es que no está a

disposición, en la resolución que formula los cargos, la causal de imputación de dicha gravedad.

En un sentido similar a los ya indicados a propósito de la infracción a las normas constitucionales, se ha infringido el principio de contradictoriedad contenido en el artículo 10 de la LBPA, que exige un trato igualitario entre interesados.

En conclusión, dichas infracciones legales dejan de manifiesto como la falta del elemento de justificación de la gravedad de la infracción en la Formulación de Cargos hace que este acto administrativo sea contrario a derecho y deba ser invalidado por la SMA.

3. Casos recientes que demuestran que las formulaciones de cargos deben contener la determinación de la causal imputable a la clasificación de la infracción, aunque ésta sea preliminar.

Finalmente, y con el objeto de dejar de pleno manifiesto lo anteriormente indicado, a continuación, se indican los procedimientos sancionatorios llevados a cabo por la SMA, relativos a infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos para la industria inmobiliaria y de construcción, con la indicación expresa en las formulaciones de cargos respectivas de las causales asignadas a la gravedad de la infracción:

Desde el año 2013, se han llevado por la SMA a nivel nacional un total de 38 casos relacionados a infracción del D.S N°38 en proyectos inmobiliarios y de construcción. De ellos, sólo ocho han sido considerados como infracciones graves, correspondientes a un 21% de los casos. A su vez, todas estas formulaciones fundamentan dicha clasificación, señalando el literal respectivo del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA. Dichos casos corresponden a los siguientes:

1. Rol D-200-2019, seguido contra Inversiones e Inmobiliaria INMO Ltda.
2. Rol D-197-2019, seguido contra Constructora e Inversiones Ltda.
3. Rol D-201-2019, seguido contra Almazara Román Díaz SpA.
4. Rol D-157-2019, seguido contra FLESAN S.A.
5. Rol D-144-2019, seguido contra Constructora e Inmobiliaria SANTAFE S.A.
6. Rol D-152-2019, seguido contra Consorcio ICAGAL LYD S.A.
7. Rol D-085-2016, seguido contra Constructora e Inmobiliaria Esperanza S.A.
8. Rol D-071-2016, seguido contra Constructora VAIN Ltda.

Asimismo, todos los otros procedimientos sancionatorios fueron consideradas como leves en virtud de la letra h) artículo 35 Ley 20.417, demostrando así que ésta es la regla general. En efecto, esta clasificación corresponde a 30 casos, es decir 79% de estos. Como ejemplo de ello, pueden señalarse los cinco casos más recientes:

1. Rol D-167-2019, seguido contra Constructora San Vicente SpA.
2. Rol D-171-2019, seguido contra Constructora Ingevec S.A.
3. Rol D-137-2019, seguido contra Comunidad Edificio Kennedy.
4. Rol D-133-2019, seguido contra Empresa Constructora SIGRO S.A.
5. Rol D-101-2019, seguido contra Larraín Prieto Risopatrón S.A.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se solicita se deje sin efecto la Formulación de Cargos y, en consecuencia, el presente procedimiento administrativo sancionador, por carecer el acto administrativo impugnado de la referencia a la causal que estimó el Fiscal Instructor para determinar que la infracción en este caso tenía carácter de grave, imposibilitando el derecho a defensa e infringiendo la igualdad ante la ley, en virtud de los principios de contradictoriedad, impugnabilidad, debido proceso e igualdad ante la ley, establecidos en la Constitución Política de la República y la LBPA.

Al Primer Otrosí: Que, en subsidio de la solicitud de invalidación indicada en lo principal de esta presentación, y en el improbable caso que esta Superintendencia no acoja la invalidación planteada al haber omitido la Formulación de Cargos un elemento de la esencia del referido acto administrativo; vengo en formular descargos respecto a los presuntos hechos infraccionales contenidos en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-201-2019, de fecha 27 de noviembre de 2019, de conformidad con los artículos 47 y siguientes de la LOSMA, dentro del plazo legal otorgado al efecto.

Los descargos se basan fundamentalmente en que los cargos se dan en el contexto de la construcción de una obra que actualmente se encuentra finalizada por lo que mi representada se vio impedida de presentar un Programa de Cumplimiento. Es por esta razón que solicito tener presente en los descargos de esta parte, y para su consideración en la resolución que en derecho esta Superintendencia adopte, las circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que al efecto se aportan, solicitando, en definitiva, y en su mérito, absolver totalmente a mi representada.

Los hechos materia de este proceso sancionatorio, los cargos presentados, así como los antecedentes y circunstancias de hecho y de derecho que rodean los mismos, como las consideraciones ambientales y de fondo que se solicitan tener presente para resolver, se presentan a continuación.

I. Antecedentes Generales.

Almazara Román Díaz SpA es una compañía inmobiliaria creada para el desarrollo del edificio Almazara Román Díaz 1155.

Dada la fecha de inicio del procedimiento sancionatorio, no es posible implementar en la actualidad nuevas medidas de mitigación para dar cumplimiento a la Norma de Emisión de Ruidos, aprobada mediante Decreto Supremo N° 38/2011, del Ministerio del Medio Ambiente (“Norma de Emisión de Ruidos”), ya que se encuentran concluidas las labores de construcción y la obra cuenta con una recepción definitiva aprobada mediante Resolución Dirección de Obras Municipales N° 391/19, de fecha 30 de diciembre de 2019] [y la obra ha ingresado una solicitud de recepción definitiva, ingresada con fecha 16 de diciembre de 2019 bajo el N°2470 ante el Departamento de Edificación de la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Providencia.

Sin embargo, ello no obsta a que Almazara Román Díaz SpA haya realizado todos los esfuerzos posibles por mantener una buena relación con los vecinos del sector junto con procurar tomar los resguardos necesarios para evitar una superación de la Norma de Emisión de Ruidos como se indicará a continuación.

II. Hecho sancionado: Infracción a la Norma de Emisión de Ruidos.

El hecho considerado para la formulación cargos consiste en la obtención, con fecha 16 de enero de 2019, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 75 dB(A), medición efectuada en horario diurno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona II; la obtención, con fecha 8 de marzo de 2019, de NPC de 65 dB(A), 77 dB(A) y 71 dB(A), mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zonas II y III; la obtención, con fecha 11 de marzo de 2019, de NPC de 73 dB(A), 68 dB(A) y 74 dB(A), mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zonas II y III; y la obtención, con fecha 12 de marzo de 2019, de NPC de 62 dB(A), 64 dB(A) y 66 dB(A), mediciones efectuadas en horario diurno, en condición externa, en receptores sensibles ubicados en Zonas II y III.

Lo anterior, con ocasión de denuncias realizadas por los vecinos del sector, que dieron origen a la fiscalización de la Municipalidad de Providencia, el día 16 de enero de 2019, que consta en el expediente DFZ-2019-190-XIII-NE de la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”), en que se realizaron mediciones de los niveles de ruido asociados a la Obra, desde el punto de origen en el antejardín del edificio ubicado calle Román Díaz N° 1180.

Luego de la fiscalización realizada por la Municipalidad de Providencia, mediante Resolución Exenta N° 187, de fecha 6 de febrero de 2019, esta Superintendencia requirió información a Almazara Román Díaz SpA asociada a la emisión de ruidos de la Obra, instruyendo la forma y modo de presentación de los antecedentes. Dentro los antecedentes solicitados por la SMA a mi representada, se encuentran: (i) información sobre la etapa de construcción en que se encontraba la Obra; (ii) las medidas de control de ruido asociadas a las faenas de la Obra; y, (iii) la solicitud de medición de ruidos emitidos en la Obra, en 2 días distintos, durante el periodo diurno (entre 7:00 a 21:00 horas), en 3 puntos de medición diferentes que presenten la situación **más desfavorable de exposición al ruido**, realizado por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (“ETFA”) con las debidas competencias, junto con la ficha técnica del equipo de medición de ruidos utilizado, con su debida certificación de calibración periódica vigente (del sonómetro y del calibrador).

Mi representada cumplió en tiempo y forma con todos y cada uno de los requerimientos indicados a través de la Resolución Exenta N°187, encargando el informe técnico correspondiente y remitiendo a la SMA toda la información requerida, según consta en la carta de fecha 20 de marzo de 2019, que se acompaña al presente documento.

El desglose del informe técnico y del cumplimiento de las indicaciones efectuadas por la SMA, se detalla en el literal c. del numeral III siguiente.

Cabe destacar que las obras gruesas de la construcción se dieron por finalizadas con fecha 13 de marzo de 2019, con lo que se agotó la fuente de gran parte de los ruidos que normalmente están asociados a una faena constructiva, y que provienen principalmente del movimiento de camiones, gritos de maestros, vaciado, traslado colocación y/o vibrado de hormigón, etc.

Al iniciar la construcción de los trabajos de fachada, y como muestra de su compromiso por cumplir con las disposiciones contenidas en la Norma de Emisión de Ruidos, mi representada tomó medidas de mitigación de posibles ruidos molestos a los vecinos en la forma de cierres de protección a los andamios. Se acompañan al presente documento fotografías que dan cuenta de la implementación de dicha medida.

Adicionalmente, otra de las medidas implementadas con el fin de mitigar posibles ruidos molestos, fue la reducción de la jornada de trabajos de fachada, pasando a ser de lunes a viernes de 9:00 a 13:00 horas y de 14:00 a 18:00 horas. Cabe destacar que los horarios de obra son superiores a ellos, por lo que la implementación de esta medida demuestra un claro compromiso de mi representada para con la calidad de vida de los vecinos del sector y en lo que respecta al cumplimiento de la normativa de emisión de ruidos.

Así es posible concluir que los ruidos generados a partir de la construcción de las obras gruesas de la Obra corresponden a aquellos que normalmente ocurren durante un trabajo de construcción de este tipo. Tras la fiscalización por parte de la SMA, mi representada tomó los debidos resguardos para las obras restantes en la fachada de la edificación, considerando las necesidades de los vecinos del sector.

III. Implementación de medidas para dar cumplimiento a la Norma de Emisión de Ruidos.

Como se adelantaba, dadas las condiciones particulares de emplazamiento de la Obra en un barrio residencial, mi representada tuvo especialmente presente el cumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos durante el transcurso de las Obras. Ello queda demostrado con las diversas medidas que fueron implementadas desde los inicios de la construcción y a lo largo de la misma, como pasa a detallarse a continuación:

a. Comunicación con vecinos y Municipalidad: Dentro del compromiso de mi representada para generar la menor cantidad posible de molestias a quienes viven y trabajan en la cercanía de sus obras además de contribuir positivamente en su bienestar y calidad de vida, se estila hacer envío de comunicaciones a los vecinos que puedan verse afectados, comunicando las fechas relevantes del cronograma de las obras.

Con fecha 15 de abril de 2019, mi representada envió cartas a todos los vecinos del sector, comunicando el término de la obra gruesa, recalcando la disminución significativa en el tránsito de camiones de hormigón, y, por ende, los ruidos generados por los camiones y la maquinaria necesaria para realizar la obra gruesa. Asimismo, se indica en la misma carta, que se redujeron los horarios de trabajo en la fachada del edificio, realizándose desde las 9:00 hasta las 13:00 horas, y luego desde las 14:00 hasta las 18:00 horas. Lo anterior, con el fin de que estuviesen informados sobre la etapa de construcción y avance de la Obra, acción que manifiesta en forma expresa el espíritu de diálogo de mi representada para con los vecinos.

Se acompañan a la presente las cartas que dan cuenta de este hecho.

b. Implementación de protecciones a los andamios como barrera de mitigación de ruido: En relación con el punto anterior, antes de dar inicio a los trabajos de fachada de la Obra en marzo de 2019, optó por instalar protecciones a los andamios utilizados en los trabajos de fachada, con el fin de aminorar los posibles ruidos que normalmente se pueden generar durante un trabajo de construcción de este tipo.

El hecho de que mi representada haya optado, desde un inicio, por instalar protecciones de este tipo, da cuenta de su compromiso no solo por cumplir con la Norma de Emisión de Ruidos, sino que además de generar el menor impacto posible a los vecinos del sector.

Adjunto al presente escrito se acompañan fotos de las protecciones exteriores implementadas.

c. Elaboración de informe técnico para verificar mitigación: Como muestra del compromiso por parte de mi representada por asegurar el debido cumplimiento de la Norma de Emisión de Ruidos en sus faenas constructivas, luego del requerimiento realizado por la SMA en febrero de 2019, conforme a lo descrito en el numeral II precedente, se encargó la ejecución de un informe técnico a la empresa Asesorías, Proyectos y Servicios Acústicos Acustec Limitada (“Acustec”), Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental, cumpliendo en tiempo y forma, de acuerdo con los requerimientos de la SMA.

Lo anterior demuestra el espíritu colaborativo por parte de Almazara Román Díaz Spa. Este informe tuvo un valor de \$1.322.731.

El informe en cuestión, denominado RT N°080472019_Mar2019_vA fue emitido por Acustec con fecha 13 de marzo de 2019, cumpliendo con todas las indicaciones técnicas ordenadas por la SMA. Mi representada envió copia del informe a la SMA, según consta en la carta de fecha 20 de marzo de 2019, que se acompaña a la presente.

El informe cumplió con las indicaciones señaladas por la SMA en su Resolución Exenta N°187 de fecha 6 de febrero de 2019, a saber:

1) **Mediciones:** las mediciones se efectuaron en tres días distintos, a saber: 8 de marzo de 2019; 11 de marzo de 2019 y 12 de marzo de 2019. Todas las mediciones se realizaron en periodo diurno (7:00 a 21:00 horas), en el momento y condición de mayor exposición al ruido, de conformidad al artículo 16 del DS N°38/11 MMA.

2) **Puntos de medición:** el informe debía considerar al menos tres puntos de medición que representaran la situación más desfavorable de exposición al ruido, de conformidad al artículo 16 del DS N°38/11 MMA. Los puntos de medición del informe de Acustec estaban ubicados en: (i) Elena Blanco N° 956, Providencia; (ii) Román Díaz N° 1180, Providencia; y (iii) Av. Francisco Bilbao N° 985, Providencia.

3) **Profesional a cargo:** el informe debía ser realizado por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFAs) con las debidas competencias. La empresa Acustec cuenta con dicha calidad, contando con el Código ETFAs 059-01 otorgado mediante Resolución Exenta N°726 emitida con fecha 15 de junio de 2019 por la SMA.

4) **Certificaciones de equipo:** la SMA solicitó que se acompañara copia de la ficha técnica del equipo sonómetro y del calibrador utilizados para realizar las mediciones, con su debida certificación de calibración periódica vigente. Dicha información, emitida por el Laboratorio de Calibración Acústica del Instituto de Salud Pública de Chile con fecha 13 de marzo de 2019, se acompañó al informe.

En este sentido, es importante relevar el hecho que mi representada se vio impedida de presentar un Programa de Cumplimiento, ya que uno de los requisitos para lo anterior era adoptar medidas de manera posterior a la fiscalización, como se señalará más adelante.

IV. **Sobre la clasificación de la infracción conforme al artículo 36 de la LOSMA**

La formulación de cargos dispuso en el resuelto II, calificar preliminarmente la infracción del cargo en cuestión como grave, en virtud del artículo 36, N° 2 de la LOSMA, sin especificar la causal específica contenida en los literales de dicho numeral. Sin embargo, dicha calificación de gravedad carece de sustento jurídico y fáctico y, por tanto, debe ser desestimada.

Al respecto, el artículo 36, N° 2, de la LOSMA, señala lo siguiente: “*Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:*

- a) *Hayan causado daño ambiental, susceptible de reparación.*
- b) *Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población.*
- c) *Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.*
- d) *Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, si no están comprendidos en los supuestos de la letra f) del número anterior.*
- e) *Incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.*
- f) *Conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia.*
- g) *Constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla.*
- h) *Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo.*
- i) *Se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización.”*

Cabe hacer presente que la SMA en su Formulación de Cargos no hizo ni el más mínimo análisis de subsunción en lo que se refiere a la aplicabilidad de esta circunstancia calificante, sino que simplemente se limitó a proponer la gravedad sin fundamento alguno, lo que quedó de manifiesto al no invocar ningún literal del artículo ya citado. Al respecto, damos por reproducidos los argumentos invocados en lo principal de la presentación, con respecto a la solicitud de invalidación del acto administrativo Formulación de Cargos, al omitir este elemento sustancial para ejercer un derecho a defensa.

En virtud de lo anterior, la clasificación asignada a la supuesta infracción como grave es infundada debe dejarse sin efecto, atendida a que la SMA no incluyó en la Formulación de Cargos el literal supuestamente causante de tal gravedad, lo que de suyo impide una defensa adecuada de dicha decisión.

La SMA tiene la carga de aportar las razones para la calificación de gravedad. Por su parte, a mi representada, Almazara Román Díaz SpA, no le corresponde adivinar los posibles argumentos de una resolución sancionatoria administrativa, sino que tiene la carga de pronunciarse respecto a lo razonado, aunque sea preliminarmente, por la SMA en la Formulación de Cargos. En el caso particular, la SMA no proporcionó razones de ningún tipo, ni siquiera ideas sucintas, para configurar la gravedad en base a los elementos descritos en la LOSMA y, por ende, debe desestimarse la calificación de grave de la supuesta infracción.

Por otra parte, y sin perjuicio de la falta de fundamentación previamente referida, es preciso indicar que, en todo caso, la clasificación como “grave” de la supuesta infracción es del todo desproporcionada ya que la superación de la norma en este caso (fase de construcción de un edificio), no se condicen con ninguno de los supuestos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA.

Como se indicó anteriormente, de la jurisprudencia administrativa emanada de la SMA, en materia de infracción a la Norma de Emisión de Ruidos, por parte de la industria inmobiliaria de y de la construcción, el 79% de los hechos infraccionales fue catalogado como leve. A mayor abundamiento, en casos previos llevados por la SMA, en unidades fiscalizables asociadas a bares, restaurantes o karaokes, que desarrollan una actividad **permanente y nocturna**, la mayoría de las clasificaciones también ha sido leve.

El desarrollo de la fase de construcción de un proyecto inmobiliario, acotado a un periodo determinado (de duración 18 meses), en horario diurno, y con todas las medidas indicadas previamente, está muy lejos de generar los efectos indicados en el numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA.

Por lo tanto, al no configurarse ninguno de los supuestos indicados en el artículo citado, corresponde aplicar, a lo sumo, la normal residual dispuesta en el N° 3 del artículo 36 de la LOSMA, que establece lo siguiente: “*Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.*”

Por lo tanto, cabe solicitar que se recalifique el hecho considerado, como una infracción leve, en vez de una infracción grave.

V. Imposibilidad de presentar un Programa de Cumplimiento

Como se indicaba precedentemente, es importante relevar el hecho que mi representada se vio impedida de presentar un Programa de Cumplimiento, ya que uno de los requisitos para lo anterior, es que el supuesto infractor a la Norma de Emisión de Ruidos haya adoptado medidas de mitigación con posterioridad a la fiscalización ambiental.

En la especie, la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio en contra de mi representada, recibida con fecha 2 de diciembre de 2019, fue posterior a la construcción de la Obra, como consta en la solicitud de recepción definitiva, ingresada con fecha 16 de diciembre de 2019. Dado lo anterior, resulta imposible presentar un Programa de Cumplimiento, que, conforme a lo indicado por la Superintendencia del Medio Ambiente en la formulación de cargos, es uno de los mecanismos de acción que se podían presentar para evitar la aplicación de sanciones y cumplir con la norma infringida.

Las ventajas que conllevan tanto la presentación de un Programa de Cumplimiento por un supuesto infractor a la Norma de Emisión de Ruidos, como el cumplimiento efectivo del mismo dentro de los plazos establecidos y con los resultados prometidos, son evidentes y muestran el interés del ente regulador para que se restablezca el cumplimiento ambiental. Es por esto, que los efectos de un Programa de Cumplimiento son favorecedores a los fiscalizados, ya que se busca que se suspenda y eventualmente se termine el procedimiento administrativo sancionatorio en su contra mediante la implementación de acciones que lleven al cumplimiento de una meta, cual es, el cumplimiento de la norma supuestamente infringida.

El hecho de que la Superintendencia del Medio Ambiente haya creado una Guía para la Presentación de un Programa de Cumplimiento por Infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, y la acompañe a las notificaciones de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio por infracciones a la Norma de Emisión de Ruidos, es un claro indicio de que, para dicho organismo, es a lo menos deseable que los fiscalizados opten por este mecanismo y no por la formulación de descargos.

Volviendo a los hechos de la presente formulación de descargos, en la práctica mi representada se vio injustamente impedida de poder presentar un Programa de Cumplimiento, toda vez que **el inicio del procedimiento en su contra se inició una vez concluida las labores de construcción de la Obra.**

Así, es imposible presentar un Programa de Cumplimiento por dos razones: (i) al momento de notificación del procedimiento, las Obras ya se encontraban terminadas; y (ii) no se puede presentar un Programa de Cumplimiento si las obras se encuentran finalizadas, puesto que el fin de un Programa de Cumplimiento es precisamente la implementación de medidas de mitigación con posterioridad a la fiscalización.

Tal y como se ha manifestado a lo largo del presente documento, mi representada siempre ha tenido el espíritu de actuar teniendo el interés de los vecinos de los sectores aledaños a sus obras como primer foco. En la Obra de Construcción Román Díaz, esto se tuvo especialmente presente, y por lo mismo se implementaron diversas medidas, tanto al inicio de la construcción como durante el transcurso de ésta.

Sin embargo, producto del tiempo transcurrido entre la última fiscalización y el inicio del presente procedimiento administrativo sancionatorio en contra de mi representada, dicha opción es completamente inviable, lo que pone esta parte en una situación de absoluta desventaja.

VI. Conclusiones.

Dado el plazo en que se inició el procedimiento sancionatorio, que fue posterior a las labores de construcción, ya no es posible implementar medidas para mitigar la infracción. Lo anterior, no quita los esfuerzos de Almazara Román Díaz SpA de mitigar los impactos asociados a los ruidos emitidos por la construcción de la Obra ubicada en calle Román Díaz, además de procurar una buena relación con los vecinos, junto con colaborar con la SMA en los requerimientos de información contenidos en la Resolución Exenta N°187 de fecha 6 de febrero de 2019.

Los hechos constatados en las visitas inspectivas ya individualizadas corresponden a situaciones aisladas, que se verificaron en forma puntual, y que en ningún caso reflejan el estándar de emisión de ruidos existente al interior de la Obra, ni reflejan los esfuerzos realizados por Almazara Román Díaz SpA para dar solución a las posibles molestias ocasionadas por las labores de construcción que se encontraban realizando.

Todo lo anterior, se refleja y queda de manifiesto con las medidas adoptadas por Almazara Román Díaz SpA. ya individualizadas, que se implementaron durante la ejecución de la Obra, incluso estando en desconocimiento de la infracción incurrida, se evidencia la buena disposición y voluntad de mi representada.

POR TANTO, de acuerdo con los argumentos señalados en estos descargos, las circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que al efecto se aportan, en definitiva, y en su mérito, solicito a usted absolver totalmente a Almazara Román Díaz SpA.

Al Segundo Otrosí: En el improbable caso de no ser acogidos nuestros argumentos para dar lugar a la absolución de los cargos, solicitamos a usted tener presentes las siguientes circunstancias que harían aplicable la menor multa existente en la LOSMA, esto es, la amonestación por escrito, al considerarse que la referida presunta infracción es, a lo sumo, de carácter leve, y en ningún caso podría considerarse como grave, ya que no se indicaron las razones por las cuales debía ser considerada como tal, y porque, aunque se hubiesen considerado, el tipo de infracción cometida no ha sido ni puede ser considerada de gravedad al no configurarse ninguno de los literales indicados en el número 2 el artículo 36 de la LOSMA, como ya se ha indicado a lo largo de esta presentación. Lo anterior además se ve reflejado en el criterio que ha adoptado la SMA en procedimientos de infracción a la norma de emisión de ruidos, estableciendo en casi el 80 % de los casos que el tipo de infracción es leve.

En este caso, las actividades de mi representada fueron puntuales, para una fase del proyecto, en horario diurno, y se adoptaron todas las medidas necesarias para internar prevenir la infracción a la normativa ambiental.

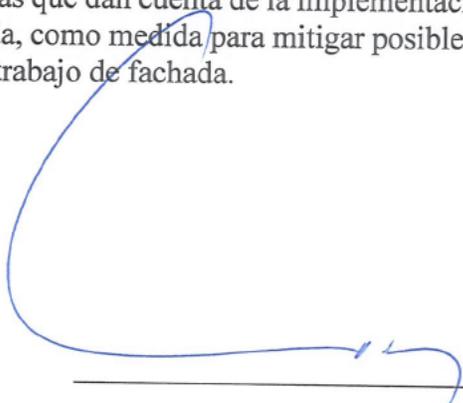
Por otra parte, de acuerdo con lo indicado en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones, aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85 de 2017, las sanciones leves pueden ser sancionadas con amonestación por escrito, con el fin de disuadir al infractor, actuando como una advertencia para que este no vuelva a incurrir en las conductas que constitutivas de infracción. En este caso, la medida de una amonestación por escrito cumpliría el fin disuasorio considerando que el tipo de incumplimiento es menor y no es posible de mitigar o remediar actualmente, dado que la obra se encuentra construida. Además, para estos efectos se hace necesario considerar los siguientes antecedentes favorables indicados en el artículo 40 de la LOSMA y en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones ya individualizada:

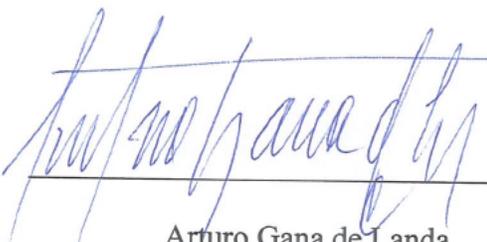
1. La infracción no ha ocasionado riesgo ni afectación al medioambiente ni a la salud de las personas, siendo la infracción a la norma de emisión de ruidos ocasionada por hechos aislados durante las labores de construcción.
2. No se ha obtenido un beneficio económico con la infracción. Por el contrario, en la implementación de medidas de mitigación al ruido emitido en las faenas constructivas (tanto antes como durante la construcción de la Obra), mi representada incurrió en costos cuya suma total asciende a más de \$8.650.000.
3. Almazara Román Díaz SpA no cuenta con una conducta anterior negativa en materia ambiental.
4. Se ha actuado sin intencionalidad de infringir la Norma de Emisión de Ruidos, como se puede advertir del actuar de Almazara Román Díaz SpA, colaborando con la SMA

y la Municipalidad de Providencia con la clara intención de cumplir con la normativa infringida.

Al Tercer Orosí: Sírvase tener por acompañado los siguientes documentos:

1. Escritura pública de fecha 10 de agosto de 2018, en la Notaría de don Andrés Rieutord Alvarado, repertorio N° [REDACTED] del mismo año que se adjunta a la presente, que acredita la personería del representante legal de Almazara Román Díaz SpA.
2. Certificado de recepción definitiva N° 391/19, de fecha 30 de diciembre de 2019 de la Municipalidad de Providencia, asociado al término de la construcción de la Obra.
3. Comprobante de ingreso de solicitud de recepción definitiva N°2470 de fecha 16 de diciembre de 2019 ante el Departamento de Edificación de la Dirección de Obras Municipales de la Ilustre Municipalidad de Providencia.
4. Informe de Evaluación Acústica, elaborado por Acustec, de fecha 13 de marzo de 2019 y su factura.
5. Copia de las cartas enviadas con fecha 15 de abril de 2019 a los vecinos del sector de la Obra informándoles sobre el término de la Obra Gruesa del edificio, y del inicio de los trabajos en fachada en un horario reducido.
6. Copia de la carta de fecha 20 de marzo de 2019 enviada por mi representada a la SMA, en donde se da cumplimiento al requerimiento de información solicitado en Resolución Exenta N°187 de fecha 6 de febrero de 2019.
7. Fotografías que dan cuenta de la implementación de cierres de protección en trabajos de fachada, como medida para mitigar posibles ruidos molestos a vecinos durante las obras de trabajo de fachada.


Eduardo Minder Hetz
p.p. ALMAZARA ROMÁN DÍAZ SPA


Arturo Gana de Landa
p.p. ALMAZARA ROMÁN DÍAZ SPA