

EIS

**RECHAZA APERTURA DE TÉRMINO PROBATORIO Y
RECEPCIÓN DE TESTIMONIAL**

RES. EX. N° 7 / ROL D-022-2019

Santiago, 04 de diciembre de 2020

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “la LO-SMA”); en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 1076, de fecha 26 de junio de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

1. Que, por medio de la Res. Ex. N° 1/Rol D-022-2019, de fecha 08 de marzo de 2019, la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia”) procedió a formular cargos en contra de Constructora M3 S.A. (en adelante, “el titular”), titular de la faena “Construcción Edificio LTO”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LO-SMA.
2. Que, con fecha 29 de marzo de 2019 y dentro del plazo legal, se presentó un Programa de Cumplimiento a nombre del titular, proponiéndose medidas para cumplir con la normativa infringida.
3. Que, mediante la Res. Ex. N° 4/Rol D-022-2019, de fecha 24 de julio de 2019, esta Superintendencia aprobó el Programa de Cumplimiento presentado por el titular con correcciones de oficio, por aplicación de los principios de celeridad, conclusivo y de no formalización, consagrados en los arts. 7°, 8° y 13 de la ley N° 19.880, respectivamente.
4. Que, mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-022-2019, de fecha 09 de septiembre de 2020, esta Superintendencia decretó la ejecución insatisfactoria del referido programa de cumplimiento y dispuso el reinicio del procedimiento sancionatorio.
5. Que, con fecha 30 de septiembre de 2020 y estando dentro de plazo, el titular presentó descargos en el presente procedimiento sancionatorio, solicitando la absolución respecto al cargo formulado y, en subsidio, la aplicación de la sanción en su rango mínimo legal.
6. Que, en el segundo otrosí de su presentación, el titular solicitó, entre otros, la apertura de un término probatorio, ofreciendo los siguientes testigos:

Rafael Camps Torre de Mer, Patricio Garay Espejo y Cristián Pérez Gómez; sin señalar de qué modo la prueba testimonial ofrecida resultaba de utilidad para la resolución del presente procedimiento sancionatorio, al ser de tal generalidad e imprecisión que no fue posible para esta Fiscal Instructora ponderar de qué forma se podía cumplir con los requisitos de pertinencia y conducencia establecidos en el art. 50 de la LO-SMA¹.

7. Que, por lo anterior y mediante el resuelvo "II" de la Res. Ex. N° 6/Rol D-022-2019, de fecha 03 de noviembre de 2020, previo a resolver sobre la diligencia es que se requirió al titular para que precisase y explicitase dichos medios, señalando el objeto o punto que pretendía abordar con cada testigo ofrecido, de manera de poder evaluar la pertinencia y conducencia de lo solicitado. Al efecto, se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles contados desde la respectiva notificación.

8. Que la antedicha resolución fue notificada mediante carta certificada de conformidad con el art. 46 de la ley N° 19.880, siendo recepcionada por la respectiva Oficina de Correos de la comuna de Las Condes con fecha 11 de noviembre de 2020, según código de seguimiento 1176274489311.

9. Que, estando fuera del plazo otorgado, con fecha 24 de noviembre de 2020 el titular ingresó vía Oficina de Partes virtual un escrito, mediante el cual pretendió dar cumplimiento a lo ordenado por la Res. Ex. N° 6/Rol D-022-2019. Al respecto, reduciendo el número de testigos ofrecidos a dos, expuso lo siguiente:

9.1. Para el testigo Camps Torre de Mer, "[d]ar cuenta de la inmediata paralización de las obras solicitadas por el SMA, apenas se decretó la Instrucción de autoridad, poniéndose a disposición inmediata de ella [...] de la mayor expedición en la búsqueda de soluciones, cumpliendo todos los tiempos impuestos por la SMA, sujetándose en todo a los procedimientos determinados por la autoridad [...] de la composición y erogación efectiva de los costos directos implicados en gastos asociados al plan, y de la ejecución efectiva de las obras propuestas y aprobadas. En términos de adquisición de materiales, subcontratos de ejecución, personal, aún a coste [sic] del encarecimiento sustantivo de la obra por tiempos muertos e inversiones asociadas [...] de los costos indirectos asociados al plan, como costos por paralización, merma en los trabajos, atrasos [...] de la especial atención y relación con la interesada denunciante, de modo de dar solución pronta a su situación [...] de la contratación de asesoría experta para abordar de la mejor forma la comprensión y el cumplimiento de las disposiciones de la autoridad, allegando de esta forma recursos específicos para mejor cumplimiento [...] el déficit en el flujo de información y antecedentes no representa, sin embargo, incumplimientos efectivos toda vez que en el hecho el programa se ejecutó en la forma";

9.2. Y para el testigo Garay Espejo, "comprender de mejor manera la situación de hecho y el alcance de los descargos relacionados con la toma de mediciones y sus circunstancias o condiciones, desviaciones, inexactitudes estimadas, rangos, información de campo, etcétera, así como también dará noticia detallada de toda la actividad desplegada por esta parte a objeto de dar cumplimiento efectivo al plan de cumplimiento aprobado; especialmente en cuanto a la efectiva ejecución de las medidas proyectadas, propuestas y aprobadas por Vuestra autoridad [...] De igual forma, permitirá establecer: [...] Pronta solicitud de asesoría por parte de M3, concretamente a partir del mismo día que se notificaron las medidas de autoridad [...] Como [sic] se llegó al plan presentado, analizando -entre otros aspectos- las diversas variables de la cercanía de la obra con otros vecinos, tipo de construcción, fenómenos físicos asociados, etcétera [...]"

¹ Según reza el art. 50 de la LO-SMA, "Recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan [...] En todo caso, se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el presunto infractor en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes. En caso contrario, las rechazará mediante resolución motivada".

Como [sic] o por qué causa apreciables, una primera medición municipal es tan diferente a la registrada por el Organismo experto autorizado como el SMA [...] Dar cuenta de la información de campo acerca de la efectiva implementación del plan diseñado y propuesto con su intervención, medidas desarrolladas o ejecutadas por M3, efecto de las mismas, entre otros aspectos relevantes para esta defensa”.

10. Que cabe tener en consideración que esta Superintendencia debe ejercer sus facultades sancionadoras siguiendo un cierto camino o iter. Como ha tenido la oportunidad de señalar el Segundo Tribunal Ambiental², *“la LOSMA dispone, en su título III, el proceso de etapas sucesivas que conduce a la determinación de una sanción. Este se inicia con la determinación de la infracción, según el catálogo de infracciones contenido en el artículo 35 de la LOSMA. De esa forma, la SMA define en primer término si el hecho, acto u omisión de que se trate es tipificado en alguno de los numerales de dicho artículo. De ser una infracción de su competencia, será necesario, en segundo término, clasificarla, como leve, grave o gravísima, dependiendo de determinados efectos o características descritos en forma exclusiva en el artículo 36 de dicha ley. Una vez clasificada la infracción, la autoridad sancionadora deberá aplicar las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA”*.

11. Que la antedicha idea ha sido desarrollada en profundidad por las *Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales – Actualización* (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobadas mediante la Resolución Exenta N° 85, de fecha 22 de enero de 2018. En efecto, *“[d]e acuerdo al artículo 35 de la LO-SMA, si el hecho, acto u omisión constituye una infracción de competencia de la SMA, ésta debe ser clasificada como gravísima, grave o leve, según la concurrencia de ciertos elementos que describe el artículo 36 de la ley. Una vez clasificada la infracción, se ponderan cada una de las circunstancias del artículo 40 para la determinación de la sanción que en específico corresponde imponer, de acuerdo a los tipos de sanciones aplicables y los rangos de multa establecidos en los artículos 38 y 39, respectivamente”*³.

12. Que, de esta guisa, la determinación de toda sanción de carácter ambiental requerirá siempre el tránsito por tres etapas previas y sucesivas: primero, el dilucidar si el hecho imputado constituye o no una infracción de competencia de esta SMA, sobre la base del catálogo taxativo contenido en el art. 35 de la LO-SMA; luego, el dilucidar la clasificación de la infracción ya configurada como gravísima, grave o leve, en función de la verificación o ausencia de alguno de los elementos o características del art. 36 de la LO-SMA; y, por último, la ponderación de todas y cada una de las circunstancias del art. 40⁴ de la LO-SMA, que permitirán arribar a la sanción específica.

13. Que, en este sentido, resulta forzoso que una óptima defensa del titular en contra de quien se hayan formulado cargos aborde, tanto en la forma como en el fondo, todas o alguna de estas etapas de configuración de la infracción, de su clasificación y de ponderación de circunstancias del art. 40. Defensa que no se agota solamente en los descargos, sino que también implica toda otra presentación complementaria –como resulta ser la producida por el titular con fecha 24 de noviembre de 2020, merced de lo resuelto en la Res. Ex. N° 6/Rol D-

² *Agrícola el Sol de Copiapó Limitada y otra en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente*. Sentencia de fecha 29 de enero de 2016, recaída en causa rol R-48-2014, cons. 25.

³ Bases Metodológicas, p. 17.

⁴ A saber, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma, la conducta anterior del infractor, la capacidad económica del infractor, el cumplimiento del programa señalado en la letra “r” del artículo 3° de la LO-SMA, el detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado y todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción. Estos últimos, según las Bases Metodológicas, consisten en la cooperación en la investigación y/o el procedimiento, la adopción de medidas correctivas, la presentación de una autodenuncia y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

022-2019-. *Mutatis mutandis*, la pertinencia y conducencia de toda diligencia probatoria solicitada por el titular en el ejercicio de sus derechos, debe analizarse en función de todas o alguna de las tres etapas de determinación de la sanción específica.

14. Que, sin embargo, en la presentación del titular – que, por lo demás, ha sido extemporánea– se echa en falta en general una precisión acerca de las etapas de este proceso de determinación de sanciones con respecto a las cuales pretende rendir la prueba testimonial solicitada. Al contrario, y según lo expuesto pormenorizadamente en el considerando 9 de la presente resolución, resulta confuso dilucidar cómo los puntos enunciados dicen relación ya sea con la configuración de la infracción imputada, con su clasificación o bien con alguna de las circunstancias del art. 40 de la LO-SMA.

15. Que, ahora bien, esta deficiencia resultaría aparentemente subsanada con lo consignado en el párrafo “7.” de la presentación, según la cual “[e]n síntesis, la prueba testimonial propuesta y ajustada según requerimiento de la Res. Ex. N°6 notificada, tiene por objeto se nos permita evidenciar el efectivo cumplimiento de los aspectos cuestionados del Plan de Cumplimiento ejecutado por M3 y que han podido no documentarse a cabalidad en el informe de cumplimiento, tales como errores en testimonios fotográficos, referenciamientos de lugar, verdadera cantidad de insumos y materiales adquiridos para cumplir las necesidades del plan, efectiva ejecución de obras consideradas, entre otros aspectos”. En otras palabras, cabría entender que la prueba testimonial solicitada apuntaría a la ponderación del grado de cumplimiento del instrumento declarado insatisfactoriamente ejecutado mediante la Res. Ex. N° 5/Rol D-022-2019, en tanto circunstancia del art. 40 de la LO-SMA.

16. Que, en tal entendido y sin poderse soslayar que el titular no cumplió lo ordenado por la Res. Ex. N° 6/Rol D-022-2019 dentro de plazo –lo que es de suyo motivo suficiente para rechazar las diligencias solicitadas–, aún así resulta manifiestamente innecesario⁵, teniendo en cuenta que Constructora M3 S.A. ya ha acompañado en sus descargos el documento “Informe de revisión de Plan de Cumplimiento”, documento de 272 páginas mediante el cual se pretende aportar un detallado recuento acerca del grado de cumplimiento de las acciones del programa de cumplimiento y que será debidamente analizado en el dictamen a ser próximamente expedido.

17. Que mención aparte amerita uno de los puntos sobre los que se ofrece la declaración testimonial del Sr. Garay Espejo, según el cual “[...] *por qué causa apreciables, una primera medición municipal es tan diferente a la registrada por el Organismo experto autorizado como el SMA*”. A este respecto, cabe traer a colación que el titular, en el punto “II.2.1.2.” de sus descargos –pp. 24 y ss.–, pretende cuestionar la eficacia probatoria de los resultados de la medición efectuada por parte de la I. Municipalidad de Providencia con fecha 06 de diciembre de 2018 y que conforman el primer subhecho del cargo único formulado mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-022-2019.

18. Que, en este sentido y sin que con ello se adelante pronunciamiento alguno acerca de la resolución del presente sancionatorio, cabe anticipar que dichas alegaciones apuntan a la forma del procedimiento de medición empleado, sobre la base de un examen documental del contenido de dicha medición, vertido desde luego en los insumos generados en el seno del mismo. Nuevamente, resulta manifiestamente innecesario contar con el testimonio del Sr. Garay Espejo en relación a la defensa específicamente desplegada sobre el particular, siendo

⁵ El inciso final del artículo 35 de la ley N° 19.880 establece que el instructor de un procedimiento administrativo sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando estas últimas sean manifiestamente improcedentes o innecesarias; debiendo, en todo caso, fundar dicha decisión.

que esta alegación es de tipo formal y se sustenta en el examen de piezas ya agregadas al expediente⁶.

19. Que, conforme a todo lo razonado precedentemente, se rechazarán la apertura de un término probatorio y la recepción de las diligencias probatorias solicitadas por el titular, según lo que se resuelve a continuación.

RESUELVO:

I. **RECHAZAR** la apertura de un término probatorio y subsecuente recepción de prueba testimonial, solicitado en el segundo otrosí del escrito de descargos de Constructora M3 S.A., de fecha 30 de septiembre de 2020.

II. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a don Jaime Ríos Vermehren, representante de la Constructora M3 S.A., con domicilio en calle Nevería N° 4.600, oficina 11, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

Asimismo, notificar por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a doña Kristel Daniela Hernández Schurch, con domicilio en calle Luis Thayer Ojeda N° 610, depto. 602, comuna de Providencia, Región Metropolitana.

Leslie Cannoni Mandujano
Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

FCR

Carta certificada:

- Jaime Ríos Vermehren, representante Constructora M3 S.A., Nevería N° 4600., of. 11, Las Condes, RM
- Kristel Hernández Schurch, Luis Thayer Ojeda N° 610, depto. 602, Providencia, RM

C.C.

- Oficina Regional RM, SMA

Rol D-022-2019

⁶ Valga tener presente que, de conformidad con las Bases Metodológicas, puede considerarse como un factor de aumento del componente de afectación y, por ende, de aumento de la sanción final, la "falta de cooperación", la que, entre otros, consiste en acciones en las cuales el infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria.