

En lo principal: presenta descargo; **en el otrosí:** acompaña documentos.

Superintendencia de Medio Ambiente
Sra. Fiscal Instructora Monserrat Estruch Ferma

Germán Ovalle Madrid, en representación de Constructora e Inversiones Vital S.p.A., R.U.T. N°79.877.450-6, titular de la unidad fiscalizable "De la Barra N° 30", ambos domiciliados para estos efectos en Av. Los Conquistadores N°1.700, oficina 6-A, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago, en estos autos en procedimiento administrativo sancionatorio instruido a esta empresa mediante la Resolución Exenta N°1 de fecha 21 de julio de 2022, expediente Rol **D-143-2021**, a la S.F.I. respetuosamente digo:

Que, encontrándome dentro de plazo legal, y de conformidad con los artículos 47 y siguientes de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), vengo en formular descargos respecto al hecho infraccional contenido en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-143-2022, de fecha 21 de julio de 2022 de esta Superintendencia del Medio Ambiente, ya que éste se dio en el contexto de la construcción de una obra que actualmente se encuentra finalizada.

A continuación, presentamos los acápites del presente escrito:

- I. Sobre el hecho infraccional
- II. Sobre Programa de Cumplimiento rechazado
- III. Sobre la situación económica y capacidad de pago de Constructora e Inversiones Vital S.p.A.
- IV. Conclusiones

I

Sobre el hecho infraccional

Constructora e Inversiones Vital S.p.A es titular -para los efectos del presente procedimiento sancionatorio-- de la obra de construcción ubicada en la calle Eduardo de la Barra N°1.445, comuna de Providencia, Región Metropolitana (En adelante el "Proyecto" o bien la "Obra"), la obra se ejecutó entre el mes de enero del año 2019 y marzo del año 2021. A partir de una denuncia realizada por un particular el **26 de noviembre de 2020**, en **febrero de 2021** la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental de la SMA derivó a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe de Fiscalización DFZ-2021-73-XIII-NE, el cual contiene el acta de inspección ambiental de fecha **5 de enero de 2021**.

Según consta en dicho informe, durante **enero de 2021** un fiscalizador se constituyó en el domicilio del denunciante a fin de efectuar la respectiva actividad de fiscalización ambiental.

Con base en los datos obtenidos por dicha fiscalización, el **21 de julio de 2022**, mediante la Resolución N°1/2022 la SMA formula cargos a la empresa. El hecho constitutivo de infracción consiste en: *“La obtención, con fecha 5 de enero de 2021, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 74 db, medición realizada en horario diurno, en condición interna con una ventana abierta y en un receptor sensible ubicado en Zona II”*.

Lo anterior resulta en un incumplimiento a lo establecido en el artículo séptimo del Decreto Supremo N° 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente que indica:

“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentra el receptor, no podrán exceder los valores de la tabla N° 1”:

ZONA	De 7 a 21 horas dB(A)
II	60

De acuerdo con el acta de fiscalización, el hecho constatado consiste en el registro de: *“los niveles de presión sonora producto del **funcionamiento de la actividad, entre éstas camión en movimiento y martillazos, entre otros**”*.

A mayor ahondamiento, el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental DFZ-2021-73-XIII-NE de FEBRERO 2021 indica a su vez que: *“(...) **el ruido medido correspondió a máquina soldadora, golpes a latas y asfáltadora, martillazos y maquinaria en movimiento (...)**”*.

Desde ya hacemos presente que el hecho constatado en la visita inspectiva correspondió a una situación particular e infortunada, que se verificó en forma puntual, y no refleja el estándar de emisión de ruidos existente al interior y hacia el exterior de la Obra, así como tampoco logra reflejar los esfuerzos realizados por el titular para controlar las emisiones ocasionadas el desarrollo del proyecto. El pasado 5 de enero de 2021, la obra “De la Barra N° 30” se encontraba en la “etapa de terminaciones”, la cual concluyó a principios de marzo del año 2021.

Concretamente durante la semana del cuatro al ocho de enero de 2021 se realizó el

asfaltado en la zona sur y poniente del primer piso de la obra. En específico en la zona sur del primer piso y sobre una losa de hormigón armado se realizó la labor de asfaltado utilizando para dicha actividad una asfaltadora pequeña, y a su vez en la zona poniente y directamente sobre terreno, se utilizó una asfaltadora de mayor tamaño y peso.

Junto con la actividad anterior, en esa misma semana se realizó la instalación de las rejas y portones en el primer piso. Para el desarrollo de esta actividad las principales herramientas utilizadas consistían en máquinas de soldar y martillos.

Por último, se ejecutaron también las acciones típicas de una faena en la etapa de “terminaciones interiores” tales como la aplicación de pinturas, la realización de un aseo fino y el levantamiento de observaciones menores.

Para la realización de las labores identificadas se contempló el uso de las siguientes maquinarias:

- asfaltadora pequeña, denominada placa compactadora que se abastece con asfalta manualmente botado al piso con carretillas, en la zona de adelante del edificio, única que pudo haber sido levemente oída
- asfaltadora de mayor tamaño, denominada rodillo, en la zona posterior o sur
- máquina de soldar
- martillos de uso humano para labores de hojalatería para terminaciones pendientes

Como podemos apreciar, estas actividades son consistentes con la información levantada en el acta de fiscalización, donde se identificaron como fuentes de ruido una máquina soldadora, golpes a latas, asfaltadora, martillazos y maquinaria en movimiento.

Esta situación puntual, como ya se ha remarcado consistió en una situación particular, en donde por un periodo breve coincidieron el uso de una asfaltadora de gran tamaño, una de menor tamaño y el uso de martillos en la instalación de los portones.

Para acreditar lo anterior, adjuntamos en este escrito copia de la Orden de compra N°192-915 y Factura Electrónica N° 76035 que acreditan los servicios de asfaltos utilizados en dicho periodo.

Con base en lo anterior, podemos señalar que, la etapa de obras o terminaciones finas inicia el 28 de octubre del año 2019 y concluye la primera semana de marzo de 2021. Ante esta situación es posible agregar que la infracción ha sido clasificada como leve y en este caso, 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.

Por otra parte, en este caso específico, la empresa no ha obtenido un beneficio económico por la infracción; por el contrario, en la implementación de medidas de mitigación al ruido emitido en las faenas constructivas, Constructora e Inversiones Vital S.p.A. ha incurrido en altos costos cuya suma total asciende —a los menos— a **\$187.510.287**.

Por último, recalamos que Constructora e Inversiones Vital S.p.A. siempre ha actuado sin intencionalidad de infringir la Norma de Emisión de Ruidos. Esto se advierte del actuar de la Constructora, que ha colaborado con el SMA, manifestando una clara intención de cumplir con la normativa infringida.

II

Sobre el programa de cumplimiento rechazado

Con fecha 24 de agosto del presente año, la empresa presentó a esta Superintendencia un Programa de Cumplimiento el cual fue rechazado por la Resolución Exenta N° 2 de fecha noviembre de 2022 y notificada a esta parte el pasado 3 de noviembre de 2022.

Como se puede apreciar, la Resolución N° 2 rechaza el Programa de Cumplimiento presentado, indicando que este no cumpliría con los requisitos de eficacia por las siguientes razones:

i. *“Considerando 17°: Que, conforme a los considerandos anteriores la Acción N° 1 y Acción N° 2 del programa de cumplimiento no cumplen con el criterio de eficacia, atendidas que dichas medidas fueron ejecutadas con anterioridad a la fiscalización realizada por funcionarios de esta Superintendencia con fecha 5 de enero de 2021”.*

ii. *“Considerando 10°: (...) no es posible identificar en la Acción N° 3 y Acción N° 4 del programa de cumplimiento propuesto por la titular, toda vez que estas corresponden a acciones asociadas al avance natural del proyecto inmobiliario y sus etapas, más no medidas que tengan por propósito hacerse cargo de la infracción imputada en autos, por lo que no pueden ser consideradas como medidas de mitigación de ruido”.*

Respecto del criterio de integridad la SMA plantea que: *“en lo que se refiere al aspecto cuantitativo, se estima que la titular da cumplimiento a este criterio, proponiendo*

acciones para la totalidad de cargos que, en este caso, corresponde solo a uno".¹ Luego y sobre el criterio de verificabilidad esta institución no se manifiesta².

Ante esta situación, la empresa quisiera recalcar que al momento de la formulación de cargos como a la fecha de presentación del Programa de Cumplimiento, la obra de construcción se encontraba totalmente terminada (desde marzo de 2021). Considerando la fecha de término de la construcción, no nos fue posible proponer ni implementar nuevas medidas a las ya adoptadas durante la ejecución de las obras de construcción del Proyecto. Se debe considerar que la obra "Edificio DE LA BARRA N° 30" se encuentra totalmente finalizada, contando con la recepción de obras municipales por parte de la Municipalidad de Providencia el pasado 15 de Abril de 2021.

En mayor detalle podemos presentar a esta Superintendencia la siguiente secuencia cronológica sobre la construcción y terminación del proyecto "Edificio De la Barra N° 30":

- Con fecha 29 de enero de 2019 se inician las labores de construcción del edificio.
- La etapa de Obra Gruesa inicia el 03 de junio del año 2019 y concluye el 30 de diciembre del año 2019
- La etapa posterior de obras o terminaciones finas inicia el 28 de octubre del año 2019 y concluye, restricciones de la pandemia por Covid-19 mediante, la primera semana de marzo de 2021.
- La primera semana de marzo del año 2021 se termina de realizar trabajos en el edificio y se inician las gestiones para la obtención de la Recepción Final de Obras.
- Con fecha 15 de Abril de 2021 se obtiene la Resolución N°7921 Recepción Final de Obras por parte de la Ilustre Municipalidad de Providencia.

Ante esta situación, debemos indicar que, al momento de la formulación de los cargos y presentación del Plan de Cumplimiento, la obra de construcción se encontraba totalmente terminada y el edificio se hallaba habitado. Esta situación impidió la ejecución de medidas adicionales que pudieran satisfacer de mejor manera el criterio de eficacia considerado como incumplido por esta Superintendencia.

Lo anterior, se traduce en una especie de estado de indefensión del titular, ya que no existiría una posibilidad real por parte de la empresa para presentar un Programa de

¹ Considerando N°11 Resolución Exenta N°2.

² Considerando N°20°: "Que, de acuerdo con lo analizado en los acápite anteriores, dado que el PdC no cumpliría con los requisitos de eficacia en ninguna de las acciones propuestas, no resulta necesario analizar el criterio de verificabilidad en este caso". -

Cumplimiento que cumpliera con los requisitos de integridad, eficacia y verificabilidad.

A su vez, el hecho de que existieran periodos de tiempo extremadamente largos entre los actos de fiscalización y formulación de cargos —considerando que el acta de inspección ambiental es de fecha **5 de enero de 2021** y luego con fecha **21 de julio de 2022**, mediante la Resolución N° 1/2022 la SMA formula cargos a la empresa— no permitió que en este caso se pudieran presentar acciones nuevas por parte de la empresa en un Programa de Cumplimiento, aun cuando existiera la posibilidad de presentar dicho programa.

La situación descrita ha sido reconocida en nuestra jurisprudencia, y hacemos presente con especial énfasis las consideraciones planteadas por la Ministra señora Sfeir, integrante del Segundo Tribunal Ambiental, que en la sentencia de causa Rol R-278-2021 expresa lo siguiente:

“(...) 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”.

La sentencia continúa explayándose en esta materia, al señalar que:

“(...) 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”.

Cabe señalar que, en el caso de la sentencia citada anteriormente, los plazos en el proceso sancionatorio que derivó en la reclamación analizar por el Tribunal son bastante similares a lo ocurrido en el caso de la obra “De la Barra N° 30”. En el ejemplo mencionado, la fiscalización se produjo el 21 de enero de 2019 y la formulación de cargos el 23 de abril de 2020 concluyendo la construcción de la obra en marzo de 2020, es decir, transcurrieron 16 meses entre ambos actos del proceso sancionatorio. En el caso de la obra “De la Barra N° 30”, entre la fiscalización e inspección en terreno y la formulación de cargos transcurrieron cerca de 18 meses.

Ante esta situación, concordamos con el criterio expuesto por el Tribunal Ambiental

por el cual refiere que:

“(...) 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.

Esta situación iría en contra del fin perseguido por la figura del Programa de Cumplimiento, el cual de acuerdo con el marco legal vigente permite al infractor proponer un programa de cumplimiento solo una vez que la SMA le ha notificado la decisión de iniciar 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”⁴.

Sobre la base de estas consideraciones, podemos concluir que, al formular cargos a una obra de construcción, luego de haber transcurrido un excesivo lapso de tiempo, sitúa al infractor en una posición de indefensión, ya que no poder proponer nuevas o adicionales acciones de mitigación de ruido, más aún, en un caso como el de marras que, desde la recepción final de la obra (15 de abril de 2021) hasta la formulación de cargos, transcurrieron más de dos meses.

³ 2° Tribunal Ambiental, sentencia causa Rol R-278-2021, considerando segundo, consideraciones Ministra Sfeir,.-

⁴ Ibidem. -

Por estas razones solicitamos a esta Superintendencia de Medio Ambiente re-evaluar los criterios aplicables para el PDC presentado y tener en consideración la situación de indefensión e imposibilidad a la que se ve enfrentada mi representada al momento de determinar si debe existir una sanción en este caso.

A continuación, también presentamos las siguientes opiniones sobre las acciones del Programa de Cumplimiento presentado:

Respecto de las acciones N° 1 y 2, es decir, “Barrera acústica perimetral” y “Silenciadores acústicos”, ambas medidas se implementaron con anterioridad a la fiscalización, pero se mantuvieron en aplicación luego de este acto, y tomando en consideración que la obra ya se encontraba terminada al momento de la formulación de cargos, el hecho de que dichas acciones hayan sido mantenidas desde el periodo de la fiscalización hasta un periodo posterior, permitirían que, en este caso, puedan ser presentadas como acciones válidas para un Programa de Cumplimiento.

Por otra parte, las acciones N° 3 y 4 — Recubrimiento con materiales absorbentes: Tabiques y shaft e Instalación de Termopanel— no consisten en meras acciones asociadas al avance natural del proyecto inmobiliario y sus etapas, sino que corresponden a acciones realizadas que cumplen con el objetivo de mitigar los ruidos de la etapa de terminaciones finas de la obra fiscalizada.

De todas formas, y en el improbable caso en que esta Superintendencia dictamine la aplicación de una sanción pecuniaria, se solicita que los gastos incurridos por Constructora e Inversiones Vital S.p.A., en las medidas establecidas en el Programa de Cumplimiento, a los menos \$**187.510.287** pesos chileno, sean consideradas y deducidas en el monto de la multa.

III

Sobre la situación económica y capacidad de pago de Constructora e Inversiones Vital S.p.A.

Como es de público conocimiento, la industria de la construcción se ha visto muy afectada durante los últimos años. Las razones de lo anterior son variadas, identificándose entre otras la pandemia, el alza de los costos de materiales y la situación económica actual del país, y en general, de nivel mundial y Constructora e Inversiones Vital S.p.A. no se ha visto indiferente ante esta grave situación.

A su vez debemos recordar que la capacidad de pago “tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo con las reglas generales, la cual, normalmente, no es conocida por la SMA de forma previa a la determinación de sanciones. Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultades financieras, la cual es ponderada por la SMA para evaluar la pertinencia de la aplicación de esta circunstancia”.⁵ (Lo destacada es nuestro).

En el caso de mi representada, cualquier alteración en su delicada situación patrimonial pone en riesgo 1353 puestos de trabajado directos y 984 puestos de trabajo de subcontratos, lo que pedimos considerar al momento de fallar la causa.

IV **Conclusiones**

Dados los antecedentes expuestos y desarrollados en esta presentación, arribamos a las siguientes conclusiones:

- El hecho infraccional que da origen a este proceso sancionatorio consistió en la superación de la norma de emisión lo que a su vez fue una situación particular, en donde por un periodo breve coincidieron el uso de una asfaltadora de gran tamaño, una de menor tamaño y el uso de martillos en la instalación de los portones y debe mantener su clasificación como infracción leve.
- La infracción en este caso no ha ocasionado riesgo o 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.
- La empresa no ha obtenido un beneficio económico con la infracción.
- Constructora e Inversiones Vital S.p.A. siempre ha actuado sin intencionalidad de infringir la Norma de Emisión de Ruidos, como se puede advertir del actuar de colaborando siempre con la SMA.
- Debido al extenso periodo de tiempo existente entre la fiscalización de la obra y la

⁵ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones, aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85 de 2017

formulación de cargos, Constructora e Inversiones Vital S.p.A. se vio impedida de tener una posibilidad real de poder presentar un programa de cumplimiento mediante el cual implementar medidas nuevas o adicionales.

- Las acciones presentadas en el programa de cumplimiento y debido a la situación en que se encontraba la obra -con recepción final y habitantes- cumplirían con el objeto de un PDC.
- Los gastos incurridos por la empresa en las medidas establecidas en el Programa de Cumplimiento deben ser considerados y deducidos en el caso de aplicación de una multa.
- La difícil situación económica del país y en especial del rubro de la construcción ha afectado la capacidad de pago de Constructora e Inversiones Vital S.p.A.

Por tanto,

A la S.F.I. respetuosamente pido: tener por presente las 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.

Otrosí: que, por este acto vengo en reiterar los documentos acompañados en el PDC:

- Orden de compra N°192-915
- Factura Electrónica N° 76035

Por tanto, solicito tener por acompañados los documentos antes individualizados y que acreditan lo indicado en lo principal de esta presentación.

Germán Ovalle  Firmado digitalmente por Germán Ovalle
Fecha: 2022.11.14 12:46:39 -03'00'