

RESUELVE PRESENTACIÓN QUE INDICA

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1613

Santiago, 20 DIC 2018

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 20.417, que dispone la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA); en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (Ley N° 19.880); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA); la Resolución Exenta RA 119123/58/2017, del 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento de Rubén Verdugo Castillo en el cargo de jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; el orden de subrogación legal establecido en los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 18.834, que fija el Estatuto Administrativo; en el Decreto Supremo 38, del 11 de noviembre del 2011, de Ministerio de Medio Ambiente, que establece la norma de emisión de ruidos generados por fuentes que indica (D.S. N° 38); en el expediente administrativo sancionador Rol D-035-2017 de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes generales

1° A través de Res. Ex. N° 1/Rol D-035-2017, de fecha 14 de junio de 2017, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-035-2017, mediante la formulación de cargos en contra de Newin Deportes y Recreación SpA, en su calidad de titular del establecimiento "Todo es Cancha", por el hecho infraccional consistente en la obtención con fecha 7 de julio de 2014, de un nivel de presión sonora corregido (NPC) de 59 dB (A), en horario nocturno, condición externa, medido en un receptor sensible ubicado en zona II.

2° Mediante resolución exenta N° 349 del 23 de marzo de 2018 ("Res. Ex. N° 349"), se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio referido en el considerando anterior, sancionando a Newin Deportes y Recreación SpA, con una multa de quince unidades tributarias anuales (15 UTA).

3° En cuanto a la notificación de la Res. Ex. N° 349, ésta fue enviada mediante carta certificada a la dirección del titular, siendo recepcionada en la

oficina de San Pedro de La Paz de Correos de Chile el 31 de mayo de 2018 y entregado el envío el 23 de junio de 2018, según consta en la hoja de seguimiento de Correos de Chile, cuyo número de envío es el 1180667249109.

4° No obstante, en atención al tiempo transcurrido desde la emisión de la citada resolución, para efectos de asegurar su efectivo conocimiento, esta Superintendencia, con fecha 20 de junio de 2018 notificó personalmente al titular, conforme el artículo 46 inciso 3 de la Ley N° 19.880, entregando copia íntegra de la citada resolución en el domicilio de Newin Deportes y Recreación SpA, ubicado en calle Pucará N°2145, Andalué, comuna de San Pedro de la Paz, región del Biobío, tal como consta en la respectiva acta de notificación.

5° Con fecha 29 de junio de 2018, el Sr. Patricio Mendoza Prado, acreditando actuar en representación de Newin Deportes y Recreación SpA (en adelante, "titular" o "recurrente"), presentó ante esta Superintendencia un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 349, fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que ahí se indican.

II. Admisibilidad del recurso de reposición interpuesto por la recurrente

6° El recurrente en su presentación indica estar dentro del plazo legal para interponer el recurso, para lo cual considera la fecha de entrega material de la carta certificada con la Res. Ex. N° 349, vale decir, el 23 de junio de 2018.

7° Sin embargo, tal como se señaló en el considerando 4° de esta resolución, atendido que la Res. Ex. N° 349 fue notificada válidamente, de forma personal, con fecha 20 de junio de 2018, el plazo para interponer el recurso de reposición ante esta Superintendencia venció el 27 de junio de 2018. En consecuencia, atendido que el titular presentó el recurso con fecha 29 de junio de 2018, conforme el artículo 55 de la LOSMA, debe concluirse que éste ha sido interpuesto fuera del plazo legal.

8° Por lo tanto, cabe concluir que la reposición interpuesta por el Sr. Patricio Mendoza Prado, en representación de Newin Deportes y Recreación SpA, debe ser declarada inadmisibile por haber sido presentada fuera del plazo legal.

9° No obstante lo anteriormente señalado, de igual manera, esta Superintendencia estima conveniente pronunciarse respecto a las alegaciones formuladas por la parte recurrente.

III. Análisis de las alegaciones formuladas por la recurrente

III.1 Alegación consistente en que la SMA sustenta la formulación de cargos en un informe emitido por la empresa Ingeniería y Construcción Acústica SpA, suscrito por Alejandro Monsalve Millar.

10° El recurrente indica que la medición de ruidos realizada el 7 de julio de 2014, aportada por la parte denunciante, no cuenta con las certificaciones exigibles conforme a la legislación vigente. Asimismo, señala que la SMA no efectuó fiscalizaciones en terreno ni practicó nuevas mediciones y que únicamente se limitó a emitir un Informe de Fiscalización Ambiental.

11° En relación a lo recién señalado, cabe tener en cuenta que el D.S. N° 38, no establece, en parte alguna, que sólo la SMA podrá constatar la superación de los límites de emisión en base a mediciones y reportes de medición de ruidos generados por ella misma. Esto supondría afirmar que únicamente la información generada por esta Superintendencia sería fiable y válida para confirmar una hipótesis infraccional; nada más lejano de la realidad. La lógica fiscalizadora de la LOSMA entrega un amplio margen a la SMA para que considere no sólo los antecedentes que ésta pueda recopilar o generar como relevantes para efectos de iniciar un procedimiento sancionatorio, sino también aquella presentada por los organismos sectoriales y los denunciantes.

12° En este orden de ideas, conforme el artículo 47 de la LOSMA, el procedimiento administrativo sancionatorio podría iniciarse de oficio, a petición del órgano sectorial o por denuncia. En éste último caso, la referida disposición precisa que podrá la denuncia dar inicio a dicho procedimiento si, a juicio de la SMA, está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente.

13° Por lo tanto, no es necesario que ante una denuncia, deba siempre concurrir la SMA a fiscalizar los hechos denunciados y en consecuencia, es completamente legal que este servicio, luego de validar los reportes de ruido acompañados en una denuncia, pueda dar inicio a un procedimiento sancionatorio. En consecuencia, el estándar de convicción sobre la ocurrencia o no de una hipótesis de infracción puede lograrse con todos los medios de prueba que franquea la ley, tal como lo dispone el artículo 51 de la LOSMA que indica que: “[l]os hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica”.

14° Conforme lo precedentemente señalado, esta alegación debe ser desestimada.

III.2 Alegación relativa a la implementación de medidas de mitigación

15° La empresa indica en su presentación que adoptó una serie de medidas de mitigación, distintas a las indicadas por esta Superintendencia, pero que se ajustarían a sus posibilidades, a saber:

(i) Comunicar a los usuarios la prohibición de emitir ruidos molestos y el uso de equipos musicales u otros similares en horario nocturno.

(ii) Limitación del horario de funcionamiento de 00:00 a las 23:00 hrs.

(iii) Instalación de cámaras para controlar la emisión de eventuales ruidos y para controlar el ingreso de personas al recinto, medida que se habría implementado el 16 de agosto y el 8 de septiembre de 2017.

(iv) Instrucción al personal del recinto para que identificara las personas transgresoras de las normas de funcionamiento de las instalaciones, particularmente aquellas relativas a la prohibición de emitir ruidos molestos, de manera de limitar su ingreso a las instalaciones.

(v) Instalación en lugares estratégicos de los campos deportivos letreros de distintas dimensiones con instrucciones claras sobre evitar la emisión de ruidos molestos, con fecha 28 de agosto de 2017.

16° En relación a esta alegación, por una parte, conviene insistir en que, para configurar la infracción consistente en la superación de los límites de emisión establecidos en el D.S. N° 38/2011 basta con que sólo se verifique tal hecho, conforme a la metodología y requerimientos en él señalados, independientemente de cualquier otra circunstancia asociada a la actividad o establecimiento considerada como fuente emisora. En consecuencia, la implementación de medidas de mitigación es independiente de la configuración de la infracción, circunstancia que se encuentra acreditada.

17° Por otra parte, importa destacar que las medidas de mitigación que señala la parte recurrente en su presentación constituyen medidas de mitigación de carácter de gestión y no corresponden a medidas eficaces para volver al cumplimiento del D.S. N°38/2011.

18° A mayor abundamiento, la instalación de cámaras no puede considerarse como una medida de mitigación directa para mitigar el ruido, más bien se estima que corresponde a una medida asociada al control de seguridad del establecimiento.

19° En cuanto al control de personas para minimizar la emisión de ruidos, el recurrente acompaña los siguientes antecedentes: (i) Informe de carga de ocupación Campos deportivos Andalué de fecha abril de 2013; (ii) Instructivo sobre ruidos molestos de fecha 31 de julio de 2017, firmado por Patricio Mendoza Prado; (iii) Fotografías que muestran señalética que busca minimizar la generación de ruidos molestos. Al respecto cabe hacer notar que, si bien se acompañan medios de verificación para acreditar la medida de gestión, ésta no se puede estimar acreditada fehacientemente toda vez que las fotografías de las señaléticas no están fechadas ni georreferenciadas y además, el informe de carga acompañado es de abril de

2013. Sobre la base de lo anterior, esta medida tampoco puede estimarse como medida directa para mitigar el ruido.

20° En consecuencia de lo precedentemente expuesto, esta alegación también debe ser desestimada.

III.3 Alegación relativa a la falta de idoneidad o ilegalidad de los medios de prueba

21° El recurrente en su presentación señala que la certificación de validez realizada por esta Superintendencia respecto del sonómetro y del calibrador acústico con los que hizo la medición, no se ajustaría a derecho. Para fundamentar su postura, hace presente que el D.S. N° 38/2011, regula el procedimiento de medición de ruidos, estableciendo el instrumental de medición que se debe utilizar, los requisitos que deben cumplir, y además que dichas circunstancias deben ser acreditadas mediante un certificado de calibración periódico vigente, el cual, conforme el artículo 6 número 5 del D.S. N° 38/2011, debe ser emitido por el Instituto de Salud Pública. Finalmente indica que, la Norma Técnica N° 165, sobre el Certificado de Calibración Periódica para Sonómetros Integradores-Promediadores y Calibradores Acústicos, en su número 3, establece que el periodo de vigencia de los certificados de calibración de los sonómetros es de dos años.

22° En este caso, en cuanto a la validez de los certificados de calibración, con fecha 11 de enero de 2016, la División de Fiscalización de la SMA, mediante Memorandum D.F.Z. N° 16, establece que son válidos para efectos del D.S. N° 38/2011, y que por tanto, pueden ser utilizados para evaluar el cumplimiento de dicha norma.

23° En relación a lo anterior, importa destacar que si bien el D.S. N° 38/2011 establece el procedimiento de medición de ruidos, el detalle de la metodología y las exigencias que debe cumplir el instrumental de medición se encuentra regulado en las normas técnicas que dicte el Ministerio de Salud. En tal sentido los artículos 6 N° 5 y 13 del D.S. N° 38/2011, que respectivamente disponen lo siguiente:

“Certificado de Calibración Periódica: Certificado para la verificación metrológica, que acredita que un instrumental de medición está conforme con los requisitos establecidos en la normativa técnica específica que le sea aplicable.

Este certificado será emitido por el Instituto de Salud Pública de Chile.”

“Las exigencias relativas a los certificados de calibración periódica, respecto a su contenido, período de vigencia, trazabilidad y otros aspectos técnicos, tanto para los sonómetros integradores-promediadores como para sus respectivos calibradores acústicos, se sujetarán a las normas técnicas que para tales efectos dicte el Ministerio de Salud”. (Énfasis agregado).

24° En cumplimiento con las referidas disposiciones, se dictó el Decreto N° 542 del Ministerio de Salud, que establece la Norma Técnica N° 165 sobre el

Certificado de Calibración Periódica para Sonómetros Integradores-Promedidores y Calibradores Acústicos (Norma Técnica N° 165), que fue modificado posteriormente, por el Decreto N° 1092. Ambos decretos entraron en vigencia el 27 de agosto de 2015, mediante su publicación en el Diario Oficial.

25° Si bien conforme el artículo 7 de la Norma Técnica N°165, el periodo de vigencia de los certificados de calibración es de dos años, atendido que el respectivo certificado corresponde a una medición realizada el 7 de julio de 2014, vale decir, de fecha anterior a la entrada en vigor de la referida norma técnica, no es exigible el periodo de dos años y por lo tanto, debe considerarse vigente el certificado de calibración.

26° En línea con lo anterior, y en relación a la alegación que formula el recurrente sobre la falta de valor del certificado de calibración debido a que éste fue emitido por una institución diferente al Instituto de Salud Pública (“ISP”), se debe tener en cuenta que, tal como se desprende del citado artículo 6 N° 5 del D.S. N° 38/2011, al ISP le corresponde emitir el respectivo certificado de calibración periódica que acredite que el instrumental de medición cumple con los requisitos especialmente establecidos en la norma técnica. Sin embargo, tal requisito sólo resulta exigible una vez entrada en vigencia la respectiva norma técnica del Ministerio de Salud. En otras palabras, al ISP le corresponde validar el procedimiento de medición que establece el D.S. N° 38/2011, certificando que el instrumental cumple con los requisitos pormenorizadamente indicados en la Norma Técnica N° 165, lo cual sólo puede entenderse exigible desde su entrada en vigencia.

27° En consecuencia, tal como se señaló anteriormente, en este caso, atendido a que la Norma Técnica N° 165 entró en vigencia el 27 de agosto del 2015, los certificados de calibración no pierden validez por el hecho de haber sido emitido por una entidad diferente al ISP, dado que los certificados asociados al instrumental con los cuales se realizó la medición que se reclama, son de fecha anterior a la entrada en vigencia de la referida norma técnica.

28° Por lo tanto, tal como lo estableció la División de Fiscalización de esta Superintendencia a través del MEMORANDUM DFZ N°16/2016, los certificados de calibración deben estimarse como válidos.

29° En definitiva, considerando que la medición de ruidos aportada por la parte denunciante es válida, debe entenderse configurado el hecho constitutivo de infracción, contenido en la citada Res. Ex. N°1/Rol D-035-2017, y en consecuencia, también debe desestimarse esta alegación.

III.4 Alegación consistente en la falta de proporcionalidad de la multa aplicada

30° La recurrente en su presentación indica que, en el evento que se rechace la petición principal consistente en dejar sin efecto la multa impuesta, solicita aplicar una amonestación por escrito o bien, reducir sustancialmente el monto de la multa aplicada. En tal sentido, el recurrente argumenta que, para la determinación de la multa aplicada mediante la Res. Ex. N° 349, se consideran diversos factores entre los cuales se encuentra el beneficio

económico obtenido, para lo cual indica que se consideró como valor de referencia la instalación de pantalla acústica con cumbrera, comprometida en el marco del programa de cumplimiento ("PdC"), aprobado en el procedimiento sancionatorio Ro D-051-2017, seguido en contra de Walmart Chile S.A., aspecto que, a su juicio, resulta desproporcionado comparando las posibilidades económica de dicha empresa versus el negocio de su representada. Asimismo, fundamenta su postura citando los siguientes procedimientos sancionatorios: (i) Rol D-003-2016, contra XYME LTDA, titular de "Pub La Cocina", al cual se le aplicó una multa de 5 UTA, y, (ii) Rol D-071-2015, contra Discotheque Palo Santo, al cual se le aplicó una multa de 1,5 UTA.

31° Al respecto, cabe hacer notar que la determinación específica de la sanción aplicada se define en función de una serie de circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA. Para tales efectos, esta Superintendencia desarrolló un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar dichas circunstancias a un caso específico, los cuales están establecidos en el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales", aprobado mediante Resolución Exenta N° 85 del 22 de enero de 2018, de esta Superintendencia, y vigente en la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-035-2017.

32° En línea con lo anterior, en relación al cálculo del beneficio económico, importa destacar que éste se determinó en base a los costos asociados a las acciones o medidas de mitigación de ruidos que, de haber sido implementadas, habrían posibilitado el cumplimiento de los límites de presión sonora establecidos en el D.S. N° 38/2011, y por tanto, evitado su incumplimiento. En tal sentido, se definió que la pantalla acústica con cumbrera representa la medida de la naturaleza mitigatoria de ruidos más recurrente e idónea para implementar en una fuente de ruidos identificada como canchas en donde se realizan actividades deportivas al aire libre, y que permite limitar la emisión de ruidos molestos hacia los receptores sensibles. Además, la determinación de dicha medida consideró que la emisión de ruidos molestos se genera debido a las actividades realizadas en dichas áreas deportivas, en horario diurno y nocturno, y también, tomando en cuenta los costos de mercado asociados a su implementación.

33° Por lo tanto, la pantalla acústica con cumbrera, como medida idónea para efectos de ponderar el beneficio económico, se definió en atención a su aptitud para disminuir el NpS y la excedencia de ruidos, considerando el tipo de instalación y sus características constructivas y no en atención a las posibilidades económicas del infractor, como indica la recurrente. En otras palabras, la lógica que se siguió para llegar a esta determinación responde a criterios de eficiencia, eficacia y a las características propias de la fuente emisora, para efectos de volver al cumplimiento normativo.

34° Por otra parte, en relación a los procedimientos sancionatorios citados por el recurrente, como se ha señalado, por una parte, cabe hacer presente que, la sanción final aplicada responde a una serie de circunstancias específicas que se determinan en función de una serie de criterios contenidos en las Bases Metodológicas y según los antecedentes del caso en particular. Por otra parte, importa tener en cuenta que los procedimientos referidos están asociados a fuentes emisoras de ruido distintas al caso en cuestión. Por lo tanto, no corresponde hacer la comparación ya que las medidas de mitigación idóneas que se consideraron son diferentes y en consecuencia, también el monto de las sanciones aplicadas.

35° En consecuencia de lo precedentemente señalado, esta alegación igualmente debe ser desestimada.

36° En virtud de todo lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Declarar inadmisibile el recurso de **reposición** interpuesto por Patricio Mendoza Prado, en representación de Newin Deportes SpA, en contra de la Resolución Exenta N° 349, del 23 de marzo de 2018, de esta Superintendencia, por los motivos expuestos en los considerandos 5 al 7 de la presente resolución, el cual por lo demás – igualmente- es improcedente por las demás materias de fondo analizadas y resueltas en el presente acto.

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta **resolución**. En contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental competente, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la presente resolución, según lo dispuesto en el artículo 56 de la LOSMA.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y **pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la presente resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa.** Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO: Notifíquese por carta certificada la presente resolución, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 46 de 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.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE.



RUBÉN VERDUGO CASTILLO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (SMA)
GOBIERNO DE CHILE



ES/MPA

Notifíquese por carta certificada:

- Sr. Patricio Mendoza Prado. Diagonal Pedro Aguirre Cerda N° 1057, piso 4°, Concepción, región del Biobío.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional del Biobío, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.

Expediente Rol N° D-035-2017