

**ORDENA MEDIDAS PROVISIONALES
PROCEDIMENTALES QUE INDICA A PARRILLAS
AMANCAY**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 421

Santiago,

05 MAR 2020

VISTOS:

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, "LOSMA"); en la Ley N°19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales; en el Decreto Supremo N°40, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado con fecha 12 de agosto de 2013, que fija el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "D.S. N°40/2012 MMA"); 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°18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo; en el Decreto con Fuerza de Ley N°3/2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N°119123/129/2019, que nombra en el cargo de Fiscal a don Emanuel Ibarra Soto; en la Resolución Exenta N°424, de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija la organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en las Resoluciones Exentas N°559, de 14 de mayo de 2018, N°438, de 28 de marzo de 2019, y N°1619, de 21 de noviembre de 2019, que modifican la resolución exenta N°424, de 2017; en el Decreto N°31, de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que Nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán, en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N°334, de 20 de abril de 2017 que Aprueba actualización de instructivo para la tramitación de las medidas urgentes y transitorias y provisionales dispuestas en los artículos 3 letra g) y h) y 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N°38 de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que Establece Norma de Emisión de Ruidos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N°38/2011 MMA"); 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° La Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), corresponde a un servicio público creado para ejecutar, organizar y coordinar la fiscalización y seguimiento de los instrumentos de carácter ambiental, así como imponer sanciones en caso que se constaten infracciones a éstas.

2° Dentro de las competencias de la SMA, se encuentra la posibilidad de dictar medidas provisionales con el objetivo de evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 48 de la LOSMA y el artículo 32 de la Ley N°19.880.

3° Por otra parte, el D.S. N°38/2011 MMA, establece los niveles máximos permisibles de presión sonora corregido a los que se puede exponer a la población, así como los instrumentos y procedimientos de medición para la obtención del mismo. En el artículo 20 de aquél cuerpo normativo, se indica que la fiscalización de su cumplimiento corresponderá a la SMA.

4° En aplicación de esta normativa, con fecha 28 de enero de 2020, y mediante el memorándum D.S.C. N°121, de fecha 25 de febrero de 2020, el jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento, solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales en contra del restaurant Parrillas Amancay, (desde ahora, e indistintamente, “el restaurant” o “la fuente emisora”), fundando su solicitud en los hechos y antecedentes que se expondrán en la presente resolución.

I. **ANTECEDENTES GENERALES DEL PROYECTO OBJETO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES**

5° Las medidas provisionales que se dictan en este acto tienen el carácter de procedimentales y recaen sobre restaurant Parrillas Amancay, ubicado en Avenida Los Pajaritos N° 3151, comuna de Maipú, región Metropolitana.

6° Las actividades realizadas al interior de la instalación lo convierten en una fuente emisora según lo dispuesto en los numerales 2° y 13°, del artículo 6, del D.S. N°38/2011 MMA, toda vez que -en forma adicional a dar los servicios propios de un restaurant- en el establecimiento se presentan bandas en vivo, y además se utiliza música envasada.

II. **ANTECEDENTES DE LAS DENUNCIAS POR RUIDOS, LAS PRESENTACIONES ANEXAS Y LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

7° Los días 17 de noviembre de 2017 y 17 de agosto de 2018, esta superintendencia recibió dos presentaciones en contra de la individualizada fuente emisora, las que fueron identificadas con los ID 358-RM-2017 y 340-XIII-2018. La primera fue entregada por doña Constanza Lagos Araya y la segunda fue derivada mediante Ord. N° 38/2018, de 8 de agosto de 2018, de la Municipalidad de Maipú, cuyo objeto fue informar de la denuncia realizada por doña Nicole Gutiérrez Candia. Estas presentaciones señalaron posibles incumplimientos a la norma de emisión contenida en el D.S. N°38/2011 MMA que habrían sido realizados por el restaurant.

8° Por su lado, y atendiendo a los requerimientos individualizados, funcionarios fiscalizadores de la Secretaría Regional Ministerial de Salud Metropolitana se constituyeron el 18 de febrero de 2018, a las 2:15 horas, en el domicilio ubicado en Pasaje Adonay N°3129, comuna de Maipú; y los días 30 de septiembre de 2018, a las 2:48 horas, y 6 de noviembre de 2018, a las 1:53 horas, en el domicilio ubicado en pasaje Adonay N°3140, comuna de Maipú. El objeto de aquellas actividades fue realizar mediciones de ruido de acuerdo a las disposiciones del D.S. N°38/2011 MMA. La referida actividad consta en las Actas de Inspección Ambiental respectiva, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman los reportes técnicos.

9° Dichos informes de fiscalización precisan que los receptores antes indicados se encuentran ubicados en la denominada zona ZH-4, del Plan Regulador de la comuna de Maipú, homologable a una Zona II del D.S. N°38/2011 MMA. Igualmente dan cuenta de que las mediciones llevadas a cabo fueron realizadas en periodo nocturno, la primera en un punto de medición externo, y la segunda en uno interno, con la ventana cerrada.

10° El resultado obtenido de dichas actividades -luego de realizadas las correcciones que establecen los artículos 18 y 19 de la norma citada- arrojó los siguientes resultados, respecto del nivel de presión sonora corregido (en adelante, "NPC"), concluyéndose que, en virtud de los límites máximos establecidos para esa zona por la tabla N°1 contenida en el artículo 7 del D.S. N°38/2011 MMA, existiría superación de la norma de emisión.

Receptor	NPC [dBA]	Ruido de Fondo [dBA]	Zona DS N°38	Periodo	Límite [dBA]	Estado
1 (18/02/18)	55	No afecta	II	Nocturno	45	Supera
2 (30/09/18)	59	No afecta	II	Nocturno	45	Supera
2 (06/11/18)	59	No afecta	II	Nocturno	45	Supera

11° En razón de los informes de fiscalización que dieron cuenta de los mencionados incumplimientos, y a través de la resolución exenta N°1/ROL D-056-2019, de fecha 20 de junio de 2019, se dio origen a un procedimiento administrativo sancionatorio en contra del titular de la fuente emisora, Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada.

12° En este contexto, con fecha 28 de febrero de 2020, y mediante el memorándum D.S.C. N°121, el jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la dictación de medidas provisionales.

III. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES

13° De los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N°19.880, se desprende que los requisitos que se deben configurar para que esta Superintendencia del Medio Ambiente ordene medidas provisionales son: i) la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas (*periculum in mora*); ii) la presentación de una solicitud fundada que dé cuenta de la infracción cometida (*fumus bonis iuris*); y iii) que las medidas ordenadas sean proporcionales, velando por que no causen perjuicios de difícil reparación o violen derechos amparados por las leyes.

14° En cuanto la existencia de un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, la jurisprudencia ha señalado que "*riesgo y daño inminente, para efectos de la adopción de las medidas provisionales, son expresiones en efecto intercambiables, pues se trata de un escenario todavía no concretado o no del todo*"¹. Asimismo, que "*la expresión "daño inminente" utilizada para el precepto, a la luz de la naturaleza cautelar de las medidas provisionales, se identifica más bien con un riesgo ambiental, constituyendo una de las expresiones del principio precautorio*"²

¹ Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia Rol R-44-2014, de 4 de diciembre de 2015, considerando 56°

² Corte Suprema. Sentencia Rol 61.291, de 24 de abril de 2017, considerando 14°

15° Por otro lado, y de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), los principales efectos sobre la salud de las personas expuestas a contaminación acústica, según se indica en el documento *"Night Noise Guidelines for Europe"* (2009), son fatiga, desempeño cognitivo disminuido, depresión, aumento de incidencia de enfermedades virales, accidentes, diabetes, obesidad y enfermedades cardiovasculares³. De igual manera, enuncia que, si bien no resulta posible determinar una directa relación causal entre la exposición al ruido y el desarrollo de enfermedades psiquiátricas, si parecería llevar a un incremento en las mismas, cuando la exposición ocurre a niveles muy elevados⁴. Finalmente, el documento concluye que si esta exposición supera los 55 dBA en horario nocturno, existe un riesgo para la salud pública de la población en general, haciendo hincapié en que el peligro es mayor cuando se trata con población vulnerable, refiriéndose a niños, ancianos y enfermos crónicos⁵.

16° En cuanto al segundo requisito mencionado -es decir, que la solicitud realizada dé cuenta de la comisión de una infracción- resulta de toda lógica remitirse a las actividades de fiscalización que fueron relatadas en el apartado II de esta resolución, las que dan cuenta de que la fuente denunciada superó los límites permitidos por la norma de emisión contenida en el D.S. N°38/2011 MMA, instrumento de carácter ambiental cuya fiscalización fue encomendada a la Superintendencia del Medio Ambiente.

17° Es del caso destacar que el estándar probatorio exigido para ordenar medidas provisionales, según ha señalado la jurisprudencia⁶, no es el mismo que el aquél aplicable a una resolución de término, que impone algún tipo de sanción. Así las cosas, no se requiere la plena probanza y acreditación de los hechos ilícitos -lo que es propio de la resolución de fondo propiamente sancionadora- sino la fundada probabilidad de estos, basada en datos concretos y expresados, sin que ello presuponga infracción del principio de presunción de inocencia.

No obstante lo anterior, la calidad de ministro de fe que inviste al personal que realizó las actividades de fiscalización, así como el apego a los procedimientos que define el D.S. N°38/2011 MMA, dotan a las Actas de Inspección Ambiental de un grado de certeza tal, que prácticamente no dejan margen de duda respecto de la comisión de las infracciones que ellas declaran.

18° Con todo, y en directa aplicación de los conceptos planteados precedentemente al caso de marras, resulta enteramente plausible declarar la existencia de un riesgo para la salud de la población que habita en torno a la fuente de ruido ya individualizada, en observancia de los resultados obtenidos en las actividades de fiscalización realizadas respecto de la misma. Dichas mediciones concluyeron que hubo una superación de los límites definidos por la norma de emisión, alcanzando los 56 dBA en horario nocturno, sobrepasando con creces el límite establecido por una norma cuyo único objetivo, expresado en su artículo 1°, es *"proteger la salud de la comunidad mediante el establecimiento de niveles máximos de emisión de ruido"*.

³ World Health Organization. *"Night Noise Guidelines for Europe"* (2009), p. 42

⁴ World Health Organization, Ob.Cit. p. 93

⁵ World Health Organization, Ob.Cit. p. 109

⁶ Segundo Tribunal Ambiental. Sentencia Rol R-44-2014, de 4 de diciembre de 2015, considerando 53°

19° En último lugar, y en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas ordenadas, la doctrina ha señalado que, existiendo la posibilidad de que la dictación de medidas provisionales incidan sobre derechos fundamentales del sujeto fiscalizado, es necesario que la autoridad administrativa decrete la medida menos intrusiva para estos derechos posiblemente afectados⁷.

Para determinar la proporcionalidad de las medidas a ser dictadas, es menester visibilizar el conflicto de derechos que en el caso en concreto se da: por un lado se tiene el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el derecho a la protección de la salud, consagrados en los numerales 8 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; y por el otro, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, que enuncia el numeral 21 del ya citado artículo 19 de la carta fundamental. Para dar solución al enfrentamiento aquí descrito, viene al caso ponderar los derechos en tensión, a fin de brindar una respuesta que permita la mayor manifestación de los mismos, sin afectarlos en su núcleo normativo.

Con esto en consideración, el derecho a la salud establece la obligación de tutelar el acceso a las acciones de protección y recuperación de la salud. Como fue ya descrito anteriormente, la exposición a contaminación acústica en los niveles que fueron registrados por las actividades de fiscalización realizadas, produce un daño a la salud de la población, obligando al Estado a orientar su actuar de forma de minimizar situaciones que pongan aquél bien en peligro, o impidan que aquellos aquejados por alguna enfermedad, puedan recobrar un estado saludable.

Por su lado, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, mandata a que el Estado vele por la no afectación del derecho, así como por la preservación de la naturaleza. Con este fin, el constituyente estableció que la ley podrá restringir derechos o libertades en pos de la protección del medio ambiente. En el caso en concreto, la contaminación acústica producida por la fuente en comento incide fuertemente en el medio en que se inserta, especialmente a un nivel sociocultural, haciendo necesaria la ejecución del mandato constitucional mediante la aplicación de las disposiciones legales ya citadas, relativas a la adopción de medidas provisionales, a saber, los artículos 48 de la LOSMA y 32 de la Ley N°19.880.

En lo que respecta al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la Constitución le otorga dicha facultad a cualquier persona, estableciendo como límites la moral, el orden público y la seguridad nacional, y exigiendo el respeto a las normas legales que la regulen. El hecho de que la carta magna establezca estos puntos como la demarcación del derecho, orienta la tarea del intérprete al momento de dirimir controversias que relacionen otros derechos fundamentales, permitiendo una base desde la cual vislumbrar aquello que constituye efectivamente el núcleo normativo del derecho en cuestión.

Por lo anterior, no solo cabe en derecho la posibilidad de imponer limitaciones a esta garantía, sino que además resulta imperativa la intervención de esta superintendencia en pos de la salud y el medio ambiente, en consideración de la misión que su ley orgánica le encomendó.

⁷ BORDALÍ, Andrés y HUNTER Iván, Contencioso Administrativo Ambiental, Librotecnia, 2017, p.360.

Ahora bien, aplicando los conceptos explorados al caso de marras, las medidas propuestas resultan proporcionales, toda vez que únicamente apuntan a disminuir la influencia que la actividad económica tiene sobre su entorno, permitiendo la realización de las acciones propias de la fuente descrita, implementando limitaciones que resultan compatibles con la persecución del objetivo económico de su titular, constituyendo así la intervención mínima necesaria para garantizar que los derechos en conflicto puedan ser ejercidos conjunta y armónicamente, estimándose que la gravedad de las mismas se justifica en virtud a la urgencia y la entidad del riesgo al que está expuesta la población que habita en torno a la fuente de contaminación acústica individualizada.

20° En conclusión, a juicio de este Superintendente, los antecedentes expuestos concurren en la existencia de fuertes razones para estimar necesaria la intervención preventiva de esta Superintendencia del Medio Ambiente en el caso ya latamente descrito, resultando necesaria la dictación de la siguiente

RESOLUCIÓN:

PRIMERO: **ORDÉNESE** a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, representante legal de Parrillas Amancay, ubicada en Avenida Los Pajaritos N°3151, comuna de Maipú, región Metropolitana, la adopción de las medidas provisionales de las letras a) y f) del artículo 48 de la LOSMA, por un plazo de 30 días corridos, a contar de la fecha de notificación de la presente resolución, debiendo implementarse las siguientes acciones:

1. Elaborar un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos que considere, a lo menos, un levantamiento de las características del sistema de amplificación del local (número de equipos, potencia, distribución y proyección sonora dentro del lugar, eficiencia acústica, entre otros), junto con las características y materialidad de las estructuras principales de la infraestructura (techo, paredes, suelo). El mismo deberá incluir sugerencias de acciones y mejoras que puedan ser implementadas en el local para dar cumplimiento a los niveles de emisión de ruido del D.S. N°38/2011 MMA.

Dicho informe de diagnóstico y sugerencias deberá ser realizado por un profesional competente en la materia, debiendo además adjuntar su currículum vitae y certificados técnicos respectivos, de corresponder. El documento deberá ser presentado a esta superintendencia en un plazo no mayor a 10 días corridos, contados desde la notificación de la presente resolución.

2. Implementar, dentro del plazo de vigencia definido por el punto resolutivo primero, las mejoras propuestas por el informe señalado precedentemente, apoyado por el profesional que lo elaboró.

Esta medida será verificada mediante la presentación de documentos que demuestren la cotización del trabajo, la adquisición de los materiales y la realización de obras que permitan aumentar la aislación acústica de la instalación. En caso de que la realización de las obras requiera de más tiempo que el otorgado mediante el presente acto, deberá ser acompañado -dentro del plazo de vigencia de la medida ordenada- información que respalde el retardo, así como también un plan de trabajo que establezca plazos ciertos para la realización de los mismos.

3. Prohibir la realización de actividades, y el funcionamiento de los aparatos, que hagan uso de los sistemas de reproducción y amplificación del local, hasta que no se encuentren plenamente implementadas las mejoras a las que el numeral anterior se refiere. Esta prohibición considera, mas no se limita a, sistemas de reproducción de música, altavoces, subwoofer, y amplificación de voz para los músicos del escenario.

Se indica que las anteriores medidas son dictadas bajo apercibimiento de solicitar la autorización del Tribunal Ambiental respectivo para ordenar la detención del funcionamiento del establecimiento, según indica el artículo 48 de la LOSMA, en caso de un reiterado incumplimiento.

Cabe señalar que por la aplicación de las acciones precedentes no se impide el funcionamiento del local comercial para su giro habitual como restaurant, pero se destaca que en el ejercicio del mismo, deberá respetar de todas maneras los límites de emisión de ruido que fija el D.S. N°38/2011 MMA.

SEGUNDO: REQUIÉRASE DE INFORMACIÓN a Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, representante legal de Parrillas Amancay, para que, en un plazo no mayor a 10 días corridos contados desde la implementación de las mejoras a las que se refiere el numeral 2, del punto resolutivo anterior, haga entrega de un informe de inspección de las medidas implementadas y de medición de los ruidos emitidos por su establecimiento, en conformidad a lo que señala el artículo 20 del D.S. N°38/2011 MMA, y en observancia del procedimiento técnico definido por los artículos 15 y siguientes del mismo cuerpo normativo, así como también la resolución exenta N°693, de 21 de agosto de 2015, que aprueba el contenido y formatos de las fichas para el Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido.

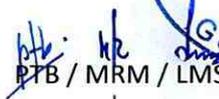
La actividad de medición deberá ser llevada a cabo por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA), autorizada en el alcance correspondiente, según lo dispuesto en el artículo 21 del reglamento contenido en el decreto supremo N°38, de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente. El registro público de las ETFA es de acceso público y se encuentra disponible en <https://entidadestecnicas.sma.gob.cl/>

TERCERO: TÉNGASE PRESENTE que los antecedentes requeridos mediante el presente acto deberán ser entregados por escrito y con una copia en soporte digital (disco compacto o pendrive) en la Oficina de Partes y Archivo de esta superintendencia, ubicada en Teatinos N°280, piso 8, Santiago.

CUARTO: ADVIÉRTASE que, en observancia a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley Orgánica de esta superintendencia, los antecedentes en los que se funda la medida procedimental que dicta la presente resolución, podrán ser encontrados en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, de acceso público. Al mismo se podrá acceder mediante el banner homónimo que se encuentra en el portal web de este servicio, o de manera directa, ingresando la siguiente dirección a un explorador de Internet <http://snifa.sma.gob.cl/v2>.

QUNITO: **DÉJASE PRESENTE** que, de estimarse imperativo para la correcta gestión del peligro en que se funda la dictación de la presente resolución exenta, este ente fiscalizador, en directo apego a lo señalado por el inciso segundo del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, dictará la renovación de las medidas aquí ordenadas por el periodo que sea necesario para que la situación de riesgo sea debidamente abordada.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE CUMPLIMIENTO.



EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)
GOBIERNO DE CHILE

Notifíquese por carta certificada:

- Rodrigo Cortés Pérez y Cynthia Cortés Pérez, representantes legales de Sociedad Gastronómica y Eventos Hermanos Cortés Limitada, Avenida Los Pajaritos N°3151, comuna de Maipú, región Metropolitana
- Constanza Lagos Araya, Adonay N°3129, comuna de Maipú, región Metropolitana
- Nicole Gutiérrez Candia, Adonay N°3140, comuna de Maipú, región Metropolitana

C.C.:

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