

**ORDENA MEDIDAS PROVISIONALES
PROCEDIMENTALES QUE INDICA A EBCO S.A.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 375

Santiago, 23 de febrero de 2021

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 N°2516, de 21 de diciembre de 2020, que fija organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 RA 119123/129/2019, de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que nombra Fiscal; 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 aquel cuerpo normativo, se indica que la fiscalización de su cumplimiento corresponderá a la SMA.

4° En aplicación a esta normativa, con fecha 26 de enero de 2021 y mediante la Resolución Exenta N°144, esta Superintendencia ordenó medidas provisionales pre-procedimentales en contra de la Inmobiliaria Bustamante S.A., respecto la faena constructiva denominada “Edificio Bustamante” ubicada en calle General Bustamante N°1007, comuna de Ñuñoa, región Metropolitana.

5° Posteriormente, y mediante la resolución exenta N° 1 / ROL D-053-2021, de fecha 16 de febrero de 2021 (en adelante, “Res. Ex. N°1/Rol D-053-2021”), se formularon cargos en contra de EBCO S.A., por estimarse que aquella sería la administradora de la fuente emisora ya mencionada, en virtud de la información recopilada, revisada a la luz del Memorandum FCL N° 76, de fecha 4 de abril de 2016, solicitando al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales. Los fundamentos para la dictación de las mismas, fueron remitidos a través del memorándum D.S.C. N° 176/2021, del 16 de febrero del año en curso, y serán expuestos a continuación.

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROYECTO OBJETO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

6° Las medidas provisionales que se dictan en este acto tienen el carácter de procedimentales y recaen sobre la faena constructiva ya individualizada.

7° Las actividades realizadas al interior del proyecto, lo convierten en una fuente emisora según lo dispuesto en los numerales 12° y 13°, del artículo 6, del D.S. N°38/2011 MMA, toda vez que se utiliza el instrumental propio de una faena constructiva en fase de excavación, como lo serían maquinaria para el movimiento de tierra y carga de material, camiones tolva para su transporte, y grupos electrógenos.

II. ANTECEDENTES DE LA DENUNCIA POR RUIDOS y LAS ACTIVIDADES DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

8° Con fecha 5 y 7 de enero de 2021 esta superintendencia recibió seis denuncias presentadas por vecinos del sector donde se ubica la ya individualizada faena constructiva, en razón de los ruidos provenientes de la misma, las que fueron ingresadas al sistema de denuncias de la SMA bajo los ID 31-XIII-2021, 33-XIII-2021, 34-XIII-2021, 35-XIII-2021, 36-XIII-2021 y 55-XIII-2021.

9° En razón de ello, personal de esta superintendencia, concurrió los días 12 y 13 de enero de 2021 al domicilio de mayor exposición a la fuente denunciada, indicado en la denuncia, ubicado en General Bustamante N°1015, departamento N°305, comuna de Ñuñoa, con el objeto de realizar una medición de ruido de acuerdo a las disposiciones del D.S. N°38/11 MMA. En la primera instancia no fue posible completar la medición, en razón de no encontrarse en operación suficiente maquinaria para estimarse que aquella correspondería al momento de mayor exposición al ruido (como lo exige el artículo 16 de la citada norma), mas en la segunda instancia se realizó la actividad, según consta en el Acta de Inspección Ambiental, cuyos datos fueron registrados en las fichas que conforman el Reporte Técnico.

10° Dicho reporte precisa que el receptor antes indicado se encuentra ubicado en la denominada zona Z-1A, del Plan Regulador de la comuna de Ñuñoa, homologable a una Zona II del D.S. N°38/2011 MMA. Igualmente da cuenta de que la medición fue llevada a cabo en periodo diurno, en un punto de medición externo.

11° El resultado obtenido de dicha actividad - 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	82	No afecta	II	Diurno	60	Supera

12° Luego, a partir de los resultados obtenidos en dicha instancia, DFZ elaboró el informe de fiscalización DFZ-2021-70-XIII-NE, el cual arriba a la misma conclusión, resaltando que se era necesaria la adopción de medidas de control por parte de la empresa responsable de la obra. En este contexto, con fecha 20 de enero de 2021, el Jefe de DFZ solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales.

13° El 26 de enero de 2021, mediante la Resolución Exenta N°144, esta Superintendencia ordenó medidas provisionales pre-procedimentales en contra la empresa Inmobiliaria Bustamante S.A.

14° Luego, el 16 de febrero de 2021, mediante la Res. Ex. N°1/Rol D-053-2021, se formularon cargos en contra la empresa EBCO S.A. como titular de la faena de construcción del edificio ubicado en calle General Bustamante N°1007, comuna de Ñuñoa, basándose en el ya citado Memorandum FCL N° 76, de 2016.

15° Consecuentemente, y a juicio del Fiscal Instructor del procedimiento sancionatorio antes mencionado, correspondería esta vez ordenar medidas provisionales en contra del mismo titular en contra del cual se inició el procedimiento administrativo, solicitando al Superintendente del Medio Ambiente ordenar medidas provisionales para gestionar el riesgo que se trajo al conocimiento de este servicio mediante el ya mencionado informe de fiscalización DFZ-2021-70-XIII-NE, pero dirigidas a quien se encuentra en posición de control directo sobre la faena emisora de ruidos, la que en el caso de marras, correspondería a EBCO S.A., y no a la empresa Inmobiliaria Bustamante S.A.

III. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES

16° 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.

17° En cuanto a 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

18° 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, 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.

19° 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.

20° Es del caso destacar que el estándar probatorio exigido para ordenar medidas provisionales, según ha señalado la jurisprudencia⁶, no es el mismo que 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 sancionatoria de fondo - 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.

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°

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°

21° 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 fiscalizada, en observancia de los resultados obtenidos en las actividades de fiscalización realizadas respecto de la misma. Dicha medición concluyó que hubo una superación de los límites definidos por la norma de emisión, alcanzando un máximo de 82 dBA en horario diurno (22 dBA por sobre el máximo permitido) 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”*.

22° 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 incida 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 este bien en peligro, o bien, 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

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

que constituye efectivamente el núcleo normativo del derecho en cuestión: la realización de la actividad económica, más no de cualquier forma que se proponga.

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.

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.

23° 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 necesario la dictación de la siguiente

RESOLUCIÓN:

PRIMERO: **ORDÉNESE** a EBCO S.A., Rut N°96.844.950-8, titular de la faena constructiva del edificio ubicado en General Bustamante N°1007, comuna de Ñuñoa, región Metropolitana, la adopción de las medidas provisionales de la letra a) 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 acciones que se señalarán a continuación.

1. Continuar con la instalación, en todo el perímetro de la obra, de pantallas acústicas perimetrales de materialidad que provea una densidad superficial mínima de 10 kg/m². Estas deberán consistir en placas de madera OSB de 15 mm de espesor -como mínimo- y poseer un relleno interior de lana mineral, o similar, de 50 mm de espesor. Como contención y para evitar su desprendimiento, esta deberá estar recubierta con malla raschel, tela arpillera o velo negro. Estas pantallas deben tener una altura mínima de 3 metros de altura y deberá tener además una cumbrera de mínimo 0,5 metros de largo y con las mismas características constructivas.

La medida deberá ser implementada de manera permanente, y el titular contará con un plazo de 10 días corridos para su ejecución, contados desde la notificación de la presente resolución. La misma será verificada mediante documentos que den cuenta de su construcción, como facturas y, u órdenes de compra y fotografías que muestren su instalación final.

2. Informar, dentro de 3 días corridos contados desde la notificación de la presente resolución, de la fecha en que será presentado el Estudio de Impacto Acústico al que compromete el plan de trabajo coordinado con la comunidad, según se informó a este servicio mediante presentaciones de fechas 3 y 4 de febrero de 2021, en el contexto del cumplimiento de la resolución exenta N° 144, de 2021.

Dicho estudio deberá ser remitido a este servicio en cuanto el mismo se encuentre disponible, a fin de conocer el plan con el que la faena pretende enfrentar las emisiones que serán generadas en futuras etapas de construcción.

SEGUNDO: REQUIÉRASE DE INFORMACIÓN a EBCO S.A., Rut N°96.844.950-8, titular de la faena constructiva del edificio ubicado en General Bustamante N°1007, comuna de Ñuñoa, región Metropolitana, para que, en un plazo no mayor a 10 días corridos desde el vencimiento de las medidas ordenadas en el punto anterior, haga entrega de un informe 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, a saber:

Actividad o labor	Componente Ambiental	Área técnica	Sub área o producto
Medición	Aire	Emisión	Ruido
Inspección	Aire	No aplica	Medidas de control de ruido

Lo anterior, en observancia a 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: FORMA Y MODO DE ENTREGA.
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.

No obstante, en caso que al momento presentar la información solicitada continúe la emergencia sanitaria, esta podrá ser remitida por correo electrónico a oficinadepartes@sma.gob.cl, desde una casilla de correo válida entre las 09:00 y 13:00 horas del día, indicando en el asunto "Informe de medición de los ruidos, por medida provisional procedimental Edificio Bustamante".

Junto a ello, si requiere presentar un gran número de antecedentes, favor acompañarlos mediante *Google Drive*, indicando datos de contacto del encargado, para resolver cualquier problema que se presente con la descarga de antecedentes.

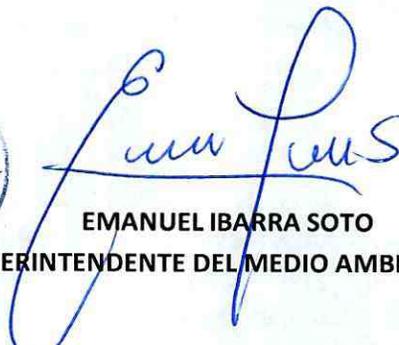
Adicionalmente, todos los antecedentes que acompañe deberán ser presentados tanto en su formato original que permite la visualización de imágenes y/o el manejo de datos (.kmz, .gpx, .shp, .xls, .doc, .jpg, etc.), como en una copia en formato PDF (.pdf). En el caso de ser necesario hacer la entrega de mapas, se estos deberán ser ploteados, y ser remitidos también en formato PDF.

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>.

QUINTO: **TÉNGASE PRESENTE** lo dispuesto en literal a) del artículo 30 de la ley 19.880, en relación al derecho que ampara al interesado en un procedimiento administrativo para indicar –en su primera presentación- un medio y lugar preferente para efecto de las notificaciones futuras, como podía ser una casilla de correo electrónico.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE CUMPLIMIENTO.




EMANUEL IBARRA SOTO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)

BMA / LMS / MRM

Notifíquese personalmente:

– Representante legal de EBCO S.A., avenida Santa María N°2450, comuna de Providencia, Región Metropolitana de Santiago.

Notificación por casilla electrónica:

- David Román Soto, alexander_leonidas@hotmail.com
- Franco Elvis Vera Arizmendi, franco.vera@gmail.com
- Gustavo Estrada Hidalgo, gustavo.estrada@gmail.com
- Rodrigo Aro Ringele, rodrigoaro@outlook.com

C.C.:

- Departamento Jurídico, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina de Partes y Archivo, Superintendencia del Medio Ambiente.

Exp. N°4005/2021