

**ORDENA MEDIDAS PROVISIONALES PRE-
PROCEDIMENTALES QUE INDICA A CENTROS
COMERCIALES I SPA**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1697

Santiago, 28 de julio 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 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 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 la Resolución Exenta RA1191123/45/2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que nombra a Jefa del Departamento Jurídico; 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 de esta normativa, con fecha 21 de julio de 2021, mediante el memorándum N°72/2021, el Jefe de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales en contra la sociedad Centros Comerciales I SpA, administradora del strip center denominado Patio Comercial Tobaraba (en adelante “el establecimiento”), ubicado en Avenida Tobaraba N° 4507, comuna de Ñuñoa, 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 pre-procedimentales y recaen sobre la sociedad Centros Comerciales I SpA, en razón del ruido generado por los extractores de aire ubicados en el establecimiento ya individualizado previamente.

6° Las actividades realizadas al interior del recinto convierten los trabajos 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 su interior se albergan distintos establecimientos comerciales, de especial relevancia, el restaurant Niu Sushi.

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

7° Con fecha 9 de junio de 2021, esta superintendencia recibió una denuncia presentada por don Rubén Vidal Calbacho, en la que indicó que los sistemas de refrigeración del Patio Comercial Tobaraba generarían ruido durante todo el día y la noche, afectando su ciclo de sueño.

8° En razón de aquella, funcionarios fiscalizadores de esta superintendencia se constituyeron el día 29 de junio de 2021, a las 11:00, en el domicilio indicado en la presentación. Su objeto fue realizar mediciones de ruido de acuerdo a las disposiciones del D.S. N°38/2011 MMA. Las referidas actividades constan en las Actas de Inspección Ambiental respectivas, cuyos datos fueron registrados en la ficha que conforman los reportes técnicos. A destacar, el encargado del establecimiento señaló que el restaurant Niu-Sushi, al que estaría conectado el extractor de aire que motivó la denuncia, funciona hasta las 23:00 horas.

9° Dichos reportes precisan que el receptor ya indicado se encuentra ubicado en la denominada zona Z-4B, 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.

Sin embargo, haciendo referencia al razonamiento contenido en el ordinario N° 2976, de fecha 13 de diciembre de 2017 -cuya copia se adjunta al presente acto- el informe de fiscalización DFZ-2021-2086-XIII-NE determinó que el

resultado obtenido podía ser extrapolado, validando los resultados de medición obtenidos en periodo diurno, a fin de ser utilizados para determinar el estado de cumplimiento de la norma para el periodo nocturno. El razonamiento al que se refirió, es el siguiente:

a) la fuente de ruido corresponde a un dispositivo -entendido a la luz del numeral 8 del artículo 6 de la norma de emisión- que funcionaría de manera constante durante el día y la noche;

b) fueron debidamente manejadas las condiciones ambientales para que el ruido de fondo y los ruidos ocasionales no generen interferencias en la medición. y;

c) debe ser realizada la medición en el momento en que se encuentre la situación más desfavorable para el receptor, según lo exige el artículo 16 de la norma de emisión.

De esta manera, a) se entiende como una constante la presión sonora emitida por el dispositivo denunciado, al ser un extractor de aire utilizado en un restaurante; b) se hizo manejo adecuado del ruido ambiental (tanto los ocasionales como el de fondo) de forma que no tuviese una presencia relevante en la medición obtenida, en observancia de lo dispuesto en apartado V del D.S. N°38/2011 MMA; y c) se identificó que la situación más desfavorable para el receptor sería la nocturna, toda vez que perturbaría su dormir, y según indicó el encargado del establecimiento, el mencionado restaurante funcionaría hasta las 23:00.

10° Dicha actividad -tras aplicar el razonamiento indicado- arrojó el siguiente resultado, 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 (diurno)	64	No afecta	II	Diurno	60	Supera 4 dBA
1 (nocturno)	64	No afecta	II	Nocturno	45	Supera 19 dBA

11° Luego, con fecha 21 de julio de 2021, mediante el memorándum N°72/2021, el Jefe de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental solicitó al Superintendente del Medio Ambiente la adopción de medidas provisionales.

III. CONFIGURACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ORDENAR MEDIDAS PROVISIONALES

12° 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 porque no causen perjuicios de difícil reparación o violen derechos amparados por las leyes.

13° 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

14° 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, sí 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.

15° 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.

16° 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.

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°

17° 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 -extrapolado- de 64 dBA en horario nocturno (19 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”*.

18° 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

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

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: 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.

19° 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 sociedad Centros Comerciales I SpA, Rut N° 77.070.384-0, administradora del strip center denominado Patio Comercial Tobalaba, ubicado en Avenida Tobalaba N° 4507, comuna de Ñuñoa, la adopción de las medidas provisionales de la letra a) del artículo 48 de la LOSMA, por un plazo de 15 días hábiles, a contar de la fecha de notificación de la presente resolución, debiendo implementarse las acciones que se señalarán a continuación.

1. Elaborar un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos que considere un levantamiento de los dispositivos instalados en la azotea del Patio Comercial Tobalaba, en especial aquél utilizado por el restaurant Niu Sushi y todos aquellos orientados hacia el edificio habitacional ubicado en calle García Moreno N° 2448, comuna de Ñuñoa. En el mismo informe, y como consecuencia del diagnóstico anterior, **deberán indicarse sugerencias de acciones y mejoras que se puedan implementar en el establecimiento**, con fin de dar cumplimiento a los niveles de emisión de ruido del D.S. N°38/2011, acompañando un cronograma simple para la implementación de éstas.

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 hábiles, contados desde la notificación de la presente resolución.

2. Iniciar gestiones para la implementación de las soluciones que indica el informe al que se refiere el punto anterior -tales como la cotización de materiales y mano de obra- con miras a que sean instaladas de la manera que el informe estime necesario para que los dispositivos identificados den cumplimiento a la norma de emisión ya mencionada.

Esta medida será verificada mediante la presentación de documentos que acrediten las acciones que pudieron ser realizadas dentro del periodo de 15 días hábiles de vigencia que establece el resuelvo primero, como lo sería la contratación de servicios de instalación, la compra de materiales requeridos y/o fotografías del avance realizado.

3. Construir una barrera acústica provisoria con base de panel OSB de al menos 15 mm de espesor, y material absorbente en su cara interior, de 50 mm de espesor. Las barreras deberán tener una altura que atenúe, a lo menos, las emisiones que recibe el conjunto habitacional ubicado en calle García Moreno N° 2448, comuna de Ñuñoa. La construcción de esta barrera deberá ser asesorada por un experto en la materia.

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 un plazo no mayor a 15 días hábiles, contados desde la notificación de la presente resolución.

SEGUNDO: REQUIÉRASE DE INFORMACIÓN a sociedad Centros Comerciales I SpA, Rut N° 77.070.384-0, administradora del strip center denominado Patio Comercial Tobalaba, ubicado en Avenida Tobalaba N° 4507, comuna de Ñuñoa, para que, en un plazo no mayor a 7 días hábiles desde el vencimiento de las medidas ordenadas en el punto anterior, haga entrega de un informe de inspección sobre la correcta implementación de las medidas señaladas en el punto resolutivo primero, que también considere la medición de los ruidos emitidos por el 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 medición deberá ser realizada en periodo nocturno, con todos los dispositivos encendidos y desde un punto de medición donde habiten receptores sensibles del edificio ubicado en calle García Moreno N° 2448, comuna de Ñuñoa.

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 D.S. N°38/2011 MMA. 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 remitidos por correo electrónico a oficinadepartes@sma.gob.cl, desde una casilla de correo válida entre las 09:00 y 13:00 horas del día.

Junto a ello, si requiere presentar un gran número de antecedentes, favor acompañarlos mediante una plataforma de transferencia de archivos, como por ejemplo *WeTransfer*, 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 LOSMA, los antecedentes en los que se funda la medida pre-procedimental que dicta la presente resolución, podrán ser encontrados en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental ("SNIFA"), 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 que el plazo

establecido por el inciso segundo el artículo 32 de la ley N°19.880, necesariamente ha de ser entendido como legal, y como tal, no le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 26 del mismo cuerpo normativo. Consecuentemente, los plazos otorgados para dar cumplimiento a las medidas ordenadas por el primer punto resolutivo, no pueden ser ampliados más allá de 15 días hábiles, contados desde la fecha de notificación de la presente resolución.

SEXTO: CONSIDÉRESE que toda acción

implementada en esta instancia será tenida a la vista en un procedimiento sancionatorio, donde las medidas aquí ordenadas podrían ser presentadas como un programa de cumplimiento -a la luz de lo que establece el artículo 42 de la LOSMA- lo que podría significar el cierre anticipado del mencionado procedimiento, evitando el pago de una multa de hasta 10.000 UTA o la clausura del establecimiento.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y DESE CUMPLIMIENTO.



SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE
CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE
GOBIERNO DE CHILE

PTB / MRM / LMS

Notifíquese personalmente por funcionario:

– Centros Comerciales I SpA, Alonso de Córdova 3788, comuna de Vitacura. (emoyano@patio.cl)

Notificación por casilla electrónica:

– Rubén Vidal Calbacho, ravidal@uc.cl



C.C.:

- Fiscal, Superintendencia del Medio Ambiente.
- 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° 17534/2021