

RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN QUE INDICA.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 172

Santiago, 04 FEB 2019

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° 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 adelante, "Ley 19.880"); en la Ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo; en el Decreto con Fuerza de Ley que Fija Texto refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley 19.300"); 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 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 119123/58/2017 del 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento de Rubén Eduardo Verdugo Castillo; en la Resolución Exenta N° 424 del 12 de mayo de 2017, que fijó la estructura orgánica interna 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. 38/2011 MMA"); en el expediente administrativo Rol MP-006-2019; 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° Encontrándose dentro de plazo, con fecha 23 de enero de 2019, Mauricio Vidal Araya, actuando en representación de la "Sociedad Gastronómica y de Entretenimiento Balmori Ltda." (en adelante, "titular"), presentó ante la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") un recurso reposición en contra la Resolución Exenta N° 84 de la SMA, de fecha 28 de enero de 2019 (en adelante, "Res. Ex. 84/2019") mediante la cual, se le ordenó al titular adoptar las medidas provisionales contempladas en los literales a) y f) del artículo 48 de la LOSMA.

2° En este recurso de reposición, el titular solicita dejar sin efecto o modificar la primera medida provisional establecida en el resuelto primero de la Res. Ex. 84/2019, transcrita en el considerando 7° de la presente resolución.

3° Como antecedente de las medidas provisionales ordenadas mediante la Res. Ex. 84/2019, está la presentación de 8 denuncias por ruido recibidas por la SMA, en contra el denominado "Pub Balmori", de la Sociedad Gastronómica y de Entretenimiento Balmori Ltda., y la posterior actividad de inspección que realizó la SMA el 11 de enero de 2019, en periodo nocturno, en el interior del domicilio de uno de los denunciados.

4° En esta actividad de inspección, se obtuvo como resultado un nivel de presión sonora corregido de 64 y 65 dB(A), lo que implica una superación de

19 y 20 dB(A) al límite establecido por el D.S. 38/2011 MMA para Zona II, según la homologación realizada con base en el instrumento de planificación territorial vigente para la ciudad de Antofagasta.

5° Según esta homologación y los niveles máximos permisibles, se obtuvieron los siguientes resultados

Tabla N°1. Tabla de Evaluación de Niveles de Ruido (Fuente: elaboración propia).

Receptor	NPC [dBA]	Ruido de Fondo [dBA]	Zona DS N°38	Periodo	Límite [dBA]	Estado
1A (Habitación principal)	64	0	II	Nocturno	45	Supera
1B (Habitación secundaria)	65	0	II	Nocturno	45	Supera

6° En este sentido, y tal como se indicó en la resolución recurrida, el ruido podría estar generando un riesgo en la salud de las personas, actuando sobre la audición, sistema respiratorio, sistema digestivo, sistema neurovegetativo, sistema circulatorio, produciendo efectos no deseados sobre el sueño, los procesos cognitivos y efectos psicológicos. Además, es la Organización Mundial de la Salud la que recomienda¹ no exponerse a niveles de ruido superiores a 40 dB(A) durante el período nocturno, cuando la mayoría de la gente se encuentra durmiendo.

7° En este contexto, las medidas provisionales ordenadas mediante la Res. Ex. 84/2019, fueron las siguientes:

a. *"No podrán funcionar las fuentes emisoras de ruido ubicadas al interior y exterior del Pub Balmori, esto es, sistemas de reproducción de música, altavoces, parlantes, etc., por un plazo de 15 días hábiles desde su notificación. Esta medida deberá ser implementada de manera inmediata al momento de ser notificado el titular.*

Como medio de verificación, el titular deberá enviar a la Oficina Regional de Antofagasta de esta Superintendencia, dentro del plazo de 10 días hábiles desde la notificación, registros audiovisuales (videos) diarios, tomados entre las 09:00 pm y las 04:00 am del día siguiente a la referida notificación, en los cuales se pueda verificar la no utilización de los equipos emisores de ruido. Los registros deberán presentar hora y fecha. Esta acción no impedirá el normal funcionamiento del local, el cual no deberá sobrepasar los límites del horario nocturno del D.S. N° 38/2011 MMA."

b. *"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 local, eficiencia acústica, entre otros), junto con las características y materialidad de las estructuras principales del local (techo, paredes, suelo) para cada uno de los pisos. En el mismo informe, y como consecuencia del diagnóstico anterior, deberá indicar sugerencias de acciones y mejoras que se puedan implementar 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 adjuntar su respectivo currículum vitae y certificados técnicos respectivos, que aseguren la efectividad de éstas. El informe

¹ Night Noise Guidelines for Europe

deberá ser entregado en la Oficina Regional Antofagasta de la SMA, en un plazo máximo de 15 días hábiles desde la notificación."

II. RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 84/2019

8° Los argumentos vertidos en el recurso de reposición, para justificar la solicitud de suspensión o modificación de las medidas ordenadas por la SMA, dicen relación, por una parte, con la creación y aplicación inmediata de un plan de mitigación cuyas medidas, a juicio del titular, buscan resguardar la salud de las personas; por la otra, las medidas resultarían gravosas para su negocio, cuestionando también la proporcionalidad de estas.

9° Respecto la primera alegación, el titular solicita que se dejen sin efecto las medidas provisionales ordenadas, ya que procedió a crear un plan de mitigación de aplicación inmediata, con una serie de medidas que buscan resguardar la salud de las personas. Así, *"el programa propuesto permitiría garantizar la salud de las personas que en algún momento, pueden haberse visto afectadas por el funcionamiento del Pub Terraza Balmori, perdiendo fundamento la medida provisional impetrada"*.

10° El plan de mitigación que pretende implementar el titular, considera las siguientes medidas:

- a. Suspensión total, de todo espectáculo en vivo. Se considera, la suspensión completa de todo tipo de manifestación artística en dependencias de Pub Balmori, como son: bandas en vivo, solistas, stand up comedy, etc.;
- b. Suspensión total de actividades de Karaoke;
- c. Suspensión total de todo tipo de animaciones y activación al público realizadas con el fin de motivar o alegrar asistente;
- d. Modificar la configuración del sistema de sonido, el cual estaría funcionando con 8 altavoces alimentados por un solo amplificador de potencia, en vez de los 12 altavoces alimentados por 3 amplificadores que funcionan actualmente. Esto, junto con prescindir de los 2 parlantes cercanos a los receptores más expuestos;
- e. Instalación de equipo limitador de la presión sonora marca CESVA, modelo LRF-04, el cual cuenta con un sensor que monitorea constantemente el nivel en la salida del sistema de audio, limitando automáticamente la potencia cuando se supera un nivel previamente programado.

11° En cuanto la segunda alegación, el titular declara que, las medidas ordenadas por la SMA resultan gravosas, ya que *"en la situación del negocio que se trata, llegaría a tener las mismas consecuencias de una medida de clausura, su aplicación imposibilita totalmente el ejercicio de la actividad económica de nuestra empresa, pudiendo dar a lugar a interpretaciones respecto de la existencia de proporcionalidad de la medida provisional impuesta"*.

12° Para fundamentar esta alegación, el titular cita el artículo 32 de la Ley 18.880, el cual prescribe que *"No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes"*.

13° Finalmente, en la presentación se acompañó la ficha técnica del limitador registrador frecuencia marca CESVA modelo LRF-04; los datos técnicos de

los parlantes Electro-Voice Evid 3.2 junto a su ubicación dentro del establecimiento; e información respecto los sistemas de amplificación de potencia marca Techshow APXII-600.

III. ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR EL TITULAR

14° Respecto el primer argumento elaborado por el titular, donde aquél propone un plan de mitigación, esta Superintendencia tiene en consideración la actitud del titular de querer solucionar el problema de fondo. Sin embargo, todas esas medidas deben ser propuestas en el **informe técnico de diagnóstico** ordenado en la Res. Ex. 84/2019. Recibido aquél, dichas mejoras se validarán, sin perjuicio de que la implementación de las mismas de forma inmediata igualmente será ponderado por este Servicio.

15° Respecto la segunda alegación, el titular argumenta que, la primera medida provisional establecida en el resuelve primero de la Res. Ex. 84/2019, la cual ordena que no podrán funcionar las fuentes emisoras de ruido ubicadas al interior y exterior del Pub Balmori, como sistemas de reproducción de música, altavoces, parlantes, etc. le resulta gravosa, llegando a tener a su juicio, las mismas consecuencias de una medida de clausura, imposibilitando el total ejercicio de la actividad económica que desarrolla. El titular incluso cuestiona la proporcionalidad de la medida, teniendo en consideración el artículo 32 de la Ley N° 18.880 citado en el considerando 12° de la presente resolución.

16° Ante esto, cabe precisar primero que, la parte final de la primera medida provisional ordenada en el resuelve de la Res. Ex. 84/2019, establece que *"Esta acción no impedirá el normal funcionamiento del local"*. Esta prevención por parte de la SMA, se realiza considerando que el establecimiento puede seguir prestando otros servicios, independiente de la fuentes emisoras de ruido, como por ejemplo servicio de restaurante y de expendio de bebidas alcohólicas, de acuerdo a los permisos o autorizaciones que posea.

17° A mayor abundamiento, basta con consultar la situación tributaria de la "Sociedad Gastronómica y de Entretenimientos Balmori Limitada", en el portal electrónico del Servicio de Impuestos Internos, para saber que, entre sus actividades económicas vigentes considera: (i) actividades de restaurantes y de servicio móvil de comidas; (ii) actividades de discotecas y cabaret (night club), con predominio del servicio de bebidas; y (iii) servicios de publicidad prestados por empresas.

18° Por lo tanto, el funcionamiento o no de las fuentes emisoras de ruido y detalladas en el considerando 17° de la presente, no provocan de manera alguna una paralización de la totalidad del establecimiento ni menos la clausura del Pub Balmori, pudiendo el titular, según su giro, seguir el funcionamiento y prestando los servicios de restaurant, móvil de comidas, bebidas y de publicidad prestados por empresas, entre otros.

19° Relacionado con lo anterior, en cuanto la proporcionalidad de las medidas provisionales ordenadas, el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa Rol R-44-2014, Porkland Chile S.A./Superintendente del Medio, indicó que la proporcionalidad se encuentra expresamente incluida como condición del artículo 48 inciso segundo, esto es *"deberán ser proporcionales al tipo de infracción cometida y a las circunstancias señaladas en el artículo 40 del mismo cuerpo legal."*

20° Además, el Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol S-10-2016, en el considerando cuarto de la resolución, señala *"Que, en cuanto la proporcionalidad entre la medida solicitada y la supuesta infracción imputada a la titular, que motiva a la Superintendencia a mantener las medidas al inicio del procedimiento sancionador, esta se encuentra justificada y por lo tanto, reviste de idoneidad en atención a los bienes jurídicos expuestos por la actividad, como también, en las condiciones que se ha generado la afectación de la empresa, en los mismos términos expresados en la resolución de fs. 65 y ss., de la causa rol N° S-9-2016"*. (Énfasis propio)

21° Asimismo, tal como lo señaló la Excelentísima Corte Suprema, en la sentencia Rol 61.291-2016, la cual establece en el considerando décimo noveno *"Que el requisito de **proporcionalidad**, en cuanto adecuación del medio utilizado al fin perseguido, se encuentra atenuado en materia de medidas provisionales, en tanto ellas **no se fundan en una certeza de la relación causal entre una determinada acción y el daño, sino en una probabilidad**, análisis que responde a la concreción del tantas veces citado principio precautorio. En este sentido, el examen de adecuación, conjuntamente con el de **necesidad e idoneidad, deben ir dirigidos precisamente al fin de evitar el daño al medio ambiente o a la salud de las personas, circunstancias que ciertamente confieren a las medidas una finalidad pública.**"* (Énfasis propio).

22° Por lo tanto, las medidas provisionales ordenadas por la Superintendencia del Medio Ambiente son idóneas para gestionar el riesgo a la salud de las personas que se encuentran cercanas al establecimiento, ya que permiten eliminar la generación de ruidos molestos por un tiempo determinado y permite, mientras transcurre dicho período, que el local ejecute las acciones necesarias para poder funcionar normalmente, elaborando un informe técnico de diagnóstico de problemas acústicos que contenga sugerencias de acciones y mejoras que se puedan implementar en el local para dar cumplimiento a los niveles de emisión de ruido del D.S. N° 38/2011 MMA.

23° Además, las medidas ordenadas mediante Res. Ex. 84/2019, son aquellas menos lesivas que se podrían haber adoptado, ya que, como se indicó precedentemente, la paralización ordenada fue respecto de los equipos emisores de ruido solamente y no de la totalidad del establecimiento, permitiendo de esta forma seguir funcionando el Pub Balmori.

24° Respecto a la posible vulneración de derechos mencionada por el titular, cabe tener en consideración el derecho fundamental a desarrollar libremente una actividad económica se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, el cual prescribe:

"Artículo 19.- La Constitución asegura o todas las personas:

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;"

25° En este sentido, no se le ha privado a quienes integran la sociedad titular del Pub Balmori, el ejercicio de este derecho fundamental, toda vez que dicha instalación ha seguido funcionando, en razón de la patente municipal que posee y de las demás autorizaciones que se le han otorgado.

26° También es importante tener en consideración que este mismo artículo indica, en forma expresa, que dicha actividad económica no podrá ser absoluta sino que deberá ejercerse "*respetando las normas legales que la regulen*". Situación que es concordante con lo dispuesto en el D.S. N° 38/2011 MMA, que precisamente establece, los límites de las emisiones de ruido provenientes de una fuente emisora de ruidos.

27° En virtud de todo lo anteriormente expuesto, se procede a resolver lo siguiente:

RESUELVO:

PRIMERO: RECHAZAR en todas sus partes el recurso de reposición deducido el día 23 de enero de 2019, por parte de la "Sociedad Gastronómica y de Entretención Balmori Limitada", representada para estos efectos por Mauricio Vidal Araya, en contra al Resolución Exenta N° 84, de 18 de enero de 2019, dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente, en atención a los motivos expuestos precedentemente.

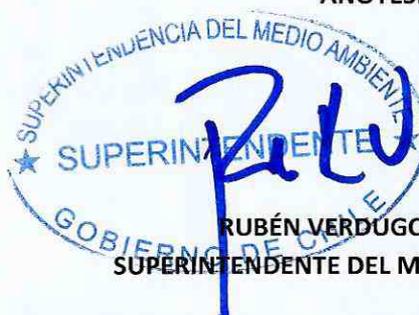
Sin perjuicio de lo anterior, esta Superintendencia tendrá presente las medidas ofrecidas por la empresa, las cuales deberán presentarse dentro del informe técnico de diagnóstico ordenado por la Res. Ex. 84/2019.

SEGUNDO: TENER PRESENTE la personería de Mauricio Vidal Araya, para actuar en representación de la "Sociedad Gastronómica y de Entretención Balmori Limitada".

CUMPLIMIENTO. ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE



RUBÉN VERDUGO CASTILLO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)



EJS/MRM

Notifíquese por carta certificada:

- Andrea Dávila Herrera. Calle Antihue N° 01302, departamento N° 513, comuna de Antofagasta, región de Antofagasta.
- Mauricio Vidal Araya. Av. República de Croacia N° 0448, comuna de Antofagasta, región de Antofagasta.

C.C.:

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

Expediente Rol N° MP-006-2019