

RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN QUE INDICA.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 171

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-003-2019; 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 22 de enero de 2019, Felipe Herrera Mayorga, actuando en representación de "Jay Inversiones SpA." (en adelante, "titular"), presentó ante la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA") un recurso reposición en contra la Resolución Exenta N° 38 de la SMA, de fecha 14 de enero de 2019 (en adelante, "Res. Ex. 38/2019") 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 modificar el plazo de la primera medida provisional establecida en el resuelvo primero de la Res. Ex. 38/2019, transcrita en el considerando 7° de la presente resolución. En subsidio, interpone recurso jerárquico en contra la misma Res. Ex. 38/2019 por las mismas razones de hecho y derechos expuestas en el recurso en comento.

3° Como antecedente de las medidas provisionales ordenadas mediante la Res. Ex. 38/2019, está la presentación de 5 denuncias por ruido recibidas por la SMA, en contra el denominado "Pub Maldita Barra", de la Jay Inversiones SpA., y la posterior actividad de inspección que realizó la SMA los días 30 y 31 de diciembre de 2019, en periodo nocturno, en el patio interior de la vivienda de uno de los denunciantes.

4° En esta actividad de inspección, se obtuvo como resultado un nivel de presión sonora corregido de 61 y 58 dB(A), lo que implica una superación de 16 y 13 dB(A) respectivamente, 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 1. Tabla de Evaluación de Niveles de Ruido (Fuente: elaboración propia)

Receptor N°	NPC [dBA]	Ruido de Fondo [dBA]	Zona DS N°38	Periodo	Límite [dBA]	Estado
1 (día 1)	61	0	II	Nocturno	45	Supera
1 (día 2)	58	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 Maldita Barra, 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."

¹ Night Noise Guidelines for Europe

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 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° 38/2019

8° El argumento vertido en el recurso de reposición, para justificar la solicitud de modificación de las medidas ordenadas por la SMA, dice relación con el perjuicio económico al local y la merma económica significativa por la extensión temporal de las medidas provisionales.

9° El titular declara que, las medidas ordenadas por la SMA *“afecta a mi representado de sobremanera en cuanto a la extensión del plazo ya que la misma involucra tres semanas corridas que, en la práctica, incluye la madrugada de los días sábado y domingo. Jornadas de mayor concurrencia por parte de la población a locales de este rubro. Viendo cómo, en temporada estival, sus chances son abiertamente disminuidas por, prácticamente, la mitad de este periodo.”*

10° Para fundamentar esta alegación, el titular cita el artículo 32 de la Ley 18.880, que prescribe, en lo pertinente que *“Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.”*

11° También cita el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República que prescribe lo siguiente:

“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;”

12° Finalmente, en la presentación se acompañó el mandato judicial por parte del titular a Felipe Alberto Herrera Mayorga, presentado ante notario público Gonzalo Hurtado Peralta, repertorio N° 3415-2018.

III. ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES REALIZADAS POR EL TITULAR

13° Respecto el argumento elaborado por el titular, este argumenta que la primera medida provisional establecida en el resuelvo primero de la Res. Ex. 38/2019, la cual ordena que no podrán funcionar las fuentes emisoras de ruido ubicadas al interior y exterior del Pub Maldita Barra, como sistemas de reproducción de música, altavoces, parlantes, etc. por su extensión temporal, *“produce perjuicios de difícil o imposible reparación (...) Es así como, el plazo de 15 días hábiles conlleva perjuicio económico al local en comento, el cual ofrece espacio de esparcimiento y consumo por parte de su clientela habitual. Manifestándose en una merma económica significativa con cada día en que esté vigente la medida.”*

14° Respecto la extensión del plazo agrega que la medida involucra tres semanas corridas *“que en la práctica, incluye la madrugada de los días sábado y domingo. Jornadas de mayor concurrencia por parte de la población a locales de este rubro. Viendo cómo, en temporada estival, sus chances son abiertamente disminuidas por, prácticamente, la mitad de este periodo”*

15° Ante esto, cabe precisar primero que, la parte final de la primera medida provisional ordenada en el resuelvo de la Res. Ex. 38/2019, 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.

16° A mayor abundamiento, basta con consultar la situación tributaria de la *“Jay Inversiones SpA,”* 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) suministro industrial de comidas por encargo; concesión de servicios de alimentación; (iii) actividades de discotecas y cabaret (night club), con predominio del servicio de bebidas; (iv) compra, venta y alquiler (excepto amoblados) de inmuebles; (v) servicios de producción de obras de teatro, conciertos, espectáculos de danza, otras producción escénicas; y (vi) otras actividades de esparcimiento y recreativas N.C.P.

17° El funcionamiento o no de las fuentes emisoras de ruido y detalladas en el considerando 13° de la presente, no provocan de manera alguna una paralización de la totalidad del establecimiento el cual, según su giro, sigue funcionando y prestando otros servicios como servicios de restaurant, móvil de comidas, bebidas, producciones escénicas, actividades de esparcimiento y recreativas.

18° También es importante tener en consideración el artículo 19 N° 21, citado en el considerando 11° de la presente resolución, el cual indica, que la 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.

19° Por esto, las medidas ordenadas por esta superintendencia, resultan del todo proporcionales e 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 de las fuentes emisoras de ruido, 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.

20° 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.*"

21° Además, el Tercer Tribunal Ambiental, en causa Rol S-10-2016, en el considerando cuarto de la resolución, señala "*Que, en cuanto a 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)

22° 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).

23° Además, las medidas ordenadas mediante Res. Ex. 34/2019, 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, permitiéndole al Pub Maldita Barra seguir funcionando.

24° Cabe agregar que el titular tampoco entregó antecedentes que dieran cuenta de circunstancias sobrevinientes, o que no pudieron ser

tenidas en cuenta al momento de dictar la Res. Ex. 38/2019, impidiendo a esta superintendencia, sin perjuicio de lo dicho anteriormente, alzar o modificar las medidas ordenadas.

25° Finalmente, en subsidio del recurso de reposición presentado por el titular, interpone recurso jerárquico en contra la Res. Ex. 38/2019, en conformidad al artículo 59 de la Ley 19.880, solicitando que el Fiscal Instructor eleve los antecedentes a este Superintendente para modificar las medidas provisionales.

26° Ante esto, no cabe más que desestimar, por improcedente, el recurso mencionado anteriormente, considerando los artículos 1° y 4° de la LOSMA, que reconoce a la SMA como un servicio público descentralizado y al Superintendente como el jefe de servicio respectivamente; y el artículo 59 inciso cuarto de la Ley 19.880 el cual prescribe "**No procederá recurso jerárquico contra los actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, de los alcaldes y los jefes superiores de los servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agotará la vía administrativa.**" (Énfasis propio)

27° En este caso, las medidas fueron dictadas por el Superintendente del Medio Ambiente y no por el instructor, no habiendo, por lo tanto, forma de tramitar un recurso jerárquico.

28° 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 22 de enero de 2019, por parte de "Jay Inversiones SpA.", representada para estos efectos por Felipe Herrera Mayorga, en contra al Resolución Exenta N° 38, de 14 de enero de 2019, dictada por la Superintendencia de Medio Ambiente, en atención a los motivos expuestos precedentemente.

SEGUNDO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso jerárquico interpuesto en forma subsidiaria contra la Res. Ex. N°38/2019, por ser este improcedente.

TERCERO: TENER PRESENTE la personería de Felipe Herrera Mayorga, para actuar en representación de "Jay Inversiones SpA."

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DESE

CUMPLIMIENTO.



RUBÉN VERDUGO CASTILLO
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE (S)

EIS/MRM

Notifíquese por carta certificada:

- Mauricio Velásquez Flores. Av. República de Croacia N° 0652, comuna de Antofagasta, región de Antofagasta.



- Felipe Herrera Mayorga. Calle Arturo Prat N° 214, oficina N° 601, 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-003-2019