



PREVIO A PROVEER, INCORPÓRESE OBSERVACIONES AL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO PRESENTADO POR SOCIEDAD GASTRONÓMICA Y DE ENTRETENCIONES BALMORI LIMITADA.

RES. EX. N° 5/ROL D-013-2019

Santiago, 12 JUN 2019

VISTOS:

Conforme con 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, “la LO-SMA”); en la Ley N° 18.575, que establece la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 18.834 que aprueba Estatuto Administrativo; 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° 19.300 sobre Bases Generales 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, “el D.S. N° 38/2011”); en la Resolución Exenta N° 491, de fecha 31 de mayo 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para homologación de zonas del D.S. N° 38/2011; en la Resolución Exenta N° 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011; en la Resolución Exenta N° 693, de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 424, de fecha 12 de mayo de 2017, modificada por la Resolución Exenta N° 559, de fecha 14 de mayo de 2018, ambas de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución RA N° 119123/58/2017, de fecha 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Público, 2° Nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución N° 82, de 18 de enero de 2019, que Establece Orden de Subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; en el Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación; en la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema Seguimiento de Programas de Cumplimiento (“SPDC”) y dicta instrucciones generales sobre su uso (“Res. Ex. N° 166/2018”); en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales-Actualización; y en la Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

I. SOBRE EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO.

1. Que, el artículo 42 de la LO-SMA y la letra g) del artículo 2° del D.S. N° 30/2012 definen el Programa de Cumplimiento como aquel plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que, dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique.

2. Que, el artículo 6° del D.S. 30/2012 establece los requisitos de procedencia del Programa de Cumplimiento, a saber, que éste sea presentado dentro del plazo y sin los impedimentos ahí establecidos. A su vez, el artículo 7° del mismo Reglamento fija el contenido de este programa, señalando que éste deberá contar al menos con lo siguiente:

- a) Descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos;
- b) Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento;
- c) Plan de seguimiento, que incluirá un cronograma de las acciones y metas, indicadores de cumplimiento, y la remisión de reportes periódicos sobre su grado de implementación;
- d) Información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad.

3. Que, el artículo 9° del D.S. N° 30/2012 prescribe que la Superintendencia del Medio ambiente, para aprobar un Programa de Cumplimiento, se atenderá a los criterios de *integridad* (las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos), *eficacia* (las acciones y metas deben asegurar que el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción) y *verificabilidad* (las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento). En ningún caso, ésta aprobará programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir responsabilidad, aprovecharse de su infracción, o bien, que sean manifiestamente dilatorios.

4. Que, la letra u) del artículo 3° de la LO-SMA, dispone que dentro de las funciones y atribuciones que a ésta le corresponden, se encuentra la de proporcionar asistencia a sus regulados para la presentación de programas de cumplimiento y planes de reparación, así como orientarlos en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia.

5. Que, la División de Sanción y Cumplimiento definió la estructura metodológica que debe contener un Programa de Cumplimiento, en especial, el plan de acciones y metas y su respectivo plan de seguimiento. La referida metodología definida se encuentra explicada en la página web de la Superintendencia del Medio Ambiente, específicamente en el link: <https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/instructivos-y-guias/programa-de-cumplimiento/>.

6. Que, el artículo 42 de la LO-SMA y el artículo 6° del D.S N° 30/2012, disponen que el infractor podrá presentar un Programa de Cumplimiento en el plazo de 10 días contados desde la notificación de la formulación de cargos.

II. ANTECEDENTES DE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO D-013-2019.

7. Que, con fecha 11 de febrero de 2019, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-013-2019, con la Formulación de Cargos en contra de Sociedad Gastronómica y de Entretenimientos Balmori Limitada (en adelante, indistintamente “Pub Balmori” o “la empresa”), Rol Único Tributario N° 76.681.683-5, mediante Res. Ex. N°1/Rol D-013-2019. Dicha resolución fue notificada personalmente el día 12 de febrero de 2019, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 46 de la Ley N° 19.880.

8. Que, con fecha 25 de febrero de 2019, doña Stephanie Doll Bacigalupo, representante legal de la Sociedad Gastronómica y de Entretenimientos Balmori Limitada, presentó un escrito por medio del cual solicita la ampliación de los plazos para la presentación de un programa de cumplimiento. Asimismo, en dicha presentación la empresa solicitó reunión de asistencia al cumplimiento.

9. Que, la mencionada Resolución Ex. N° 1/Rol D-013-2019 establece en su Resuelvo IV que el infractor tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento, y de 15 días hábiles para presentar sus descargos, respectivamente, ambos contados desde la notificación de la formulación de cargos.

10. Que, con fecha 25 de febrero de 2019, mediante Res. Ex. N°2/D-013-2019, se resolvió ampliar el plazo para la presentación de un Programa de Cumplimiento y, a su vez, se otorgó de oficio una ampliación para la presentación de Descargos. Luego, con fecha 27 de febrero de 2019, se realizó -en dependencias de esta Superintendencia- una reunión de asistencia al cumplimiento al titular, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° literal u) de la LO-SMA.

11. Que, con fecha 5 de marzo, Mauricio Vidal Araya en representación de la empresa ingresó Programa de Cumplimiento, en los términos y plazos que establece el artículo 6° del D.S N° 30/2012 y el artículo 42 de la LO-SMA.

12. Que, atendiendo lo anterior, mediante Memorándum D.S.C. N° 75/2019, de 6 de marzo de 2019, el Fiscal Instructor del respectivo procedimiento sancionatorio, derivó los antecedentes del Programa de Cumplimiento al Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento, con el objeto que se evaluara y resolviera su aprobación o rechazo.

13. Que, con fecha 1 de abril de 2019, doña Alicia Brito Ávalos, en representación de don Fernando Donoso Alarcón, Willy Ruhl Peña y doña Marcia Espinoza Martínez, solicitó la adopción de medidas provisionales. Fundamenta su presentación en una presunta persistencia de parte de la empresa en operar con inobservancia a los límites establecidos en el D.S. N° 38/2011. Acompaña a su presentación la siguiente documentación: i) CD, que daría cuenta de las presuntas infracciones; ii) Escritura Pública, otorgada con fecha 18 de enero de 2019, ante Gabriel Guerrero González, Notario Público de Antofagasta.

Luego, con fecha 8 y 16 de abril, doña Alicia Brito Ávalos reitera su solicitud, acompañando CD con material audiovisual que daría cuenta de los hechos denunciados.

14. Que, con fecha 24 de abril de 2019, a través de la Resolución Exenta N° 3, esta Superintendencia formuló una serie de observaciones al Programa de Cumplimiento presentado por la empresa, relativas a la observancia de los criterios de aprobación (integridad, eficacia y verificabilidad), otorgando un plazo de 5 de días hábiles para que fuese incorporados. Con fecha 2 de mayo de 2019, dicha resolución fue notificada mediante Carta Certificada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley N° 19.880, según lo que figura en la página web de Correos de Chile, lo que puede ser consultado a través del número de seguimiento 1170357702878.

15. Que, con fecha 13 de mayo de 2019, doña Stephanie Doll Bacigalupo, representante legal de la Sociedad Gastronómica y de Entretenimientos Balmori Limitada, presentó programa de cumplimiento refundido, dentro del término otorgado a través de las Res. Ex. N° 3 y 4/Rol D-013-2019, con el objeto que se evalúe su aprobación o rechazo.

16. Que, a fin de que éste cumpla cabalmente los criterios establecidos reglamentariamente para su aprobación a saber, integridad, eficacia y verificabilidad, de manera previa a resolver la aprobación o rechazo del Programa de Cumplimiento, resulta oportuno realizar nuevas observaciones a éste, las que deberán ser consideradas en la presentación de un Programa de Cumplimiento Refundido ante esta Superintendencia.

RESUELVO:

I. TENER POR PRESENTADO EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO REFUNDIDO presentado por SOCIEDAD GASTRONÓMICA Y DE ENTRETENCIONES BALMORI LIMITADA con fecha 13 de mayo de 2019, sin perjuicio que PREVIO A RESOLVER la aprobación o rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por SOCIEDAD GASTRONÓMICA Y DE ENTRETENCIONES BALMORI LIMITADA, se deberán incorporar las siguientes observaciones referidas a la observancia de los criterios de aprobación del Programación de Cumplimiento, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° del D.S. N° 30/2012:

A. Observaciones en relación al criterio de integridad, eficacia y verificabilidad

1. Respecto a la **ACCIÓN N° 1**, en el Resuelvo IV, letra C, numeral 2.1.3 de la Res. Ex. N° 3/Rol D-013-2019, se indicó que la documentación acompañada no permitía dar cuenta de la ubicación de los parlantes ni de su orientación. Así, entre los medios de verificación requeridos se solicitó la incorporación de un croquis que caracterizase la distribución espacial de los equipos, sin embargo, en el Anexo N° 6 del Programa de Cumplimiento Refundido se acompañaron imágenes y no el documento pedido. Por tal motivo, se reitera la necesidad que la empresa incorpore un croquis donde se caracterice la ubicación de los parlantes dentro de la infraestructura del local.

2. En relación a la **ACCIÓN N° 2**, en el Resuelvo 2.2 de la Res. Ex. N° 3/Rol D-013-2019 se indicó que, atendidas las características de la infraestructura de Pub Balmori, la empresa debía justificar por qué motivo la techumbre solo abarca el sector denominado “*Terraza Superior A*” y cómo esto permite asegurar el cumplimiento de los límites establecidos en la norma de emisión. Sin embargo, examinado el Programa de Cumplimiento Refundido, es posible advertir que no se incorporaron antecedentes técnicos diferentes a los ya analizados, por lo tanto, no fueron subsanadas las comentadas observaciones. Asimismo, es posible advertir contradicciones entre las propuestas presentadas por la empresa puesto que, en su escrito de 5 de marzo, indicó que efectuó la instalación de una pared de 10 centímetros de espesor, sin embargo, en la versión refundida del programa se identifica a dicha estructura como una techumbre. Finalmente, en lo relativo a los medios de verificación requeridos, se solicitó la incorporación de un croquis que caracterizase la distribución espacial de la infraestructura intervenida, sin embargo, en el Anexo N° 7 del Programa de Cumplimiento Refundido se acompañaron imágenes y no el documento pedido.

En razón de lo anterior, se reitera lo observado mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-013-2019, por lo que es necesario que la empresa acompañe los antecedentes técnicos que justifiquen la suficiencia de las medidas propuestas, debiendo considerar aspectos como la contribución de la techumbre en la mitigación de los parlantes identificados como N° 3 y 4, y las características técnicas de los materiales utilizados en su elaboración, con especial énfasis en su desempeño en la reducción del ruido; aclare si se efectuó o no la instalación de una pared en el sector “*Terraza Superior A*”, acreditando las características técnicas de sus materiales; incorpore un croquis donde se caracterice la ubicación de las distintas medidas de mitigación propuestas; y, corrija la disconformidad existente en el valor consignado en la columna “*Costo*” y el documento acompañado en el Anexo N° 8 del Programa de Cumplimiento Refundido.

Finalmente, es necesario indicar que las acciones y metas propuestas en el programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción (Artículo 9, literal b) del D.S. N° 30/2012), por lo que se sugiere a la empresa la incorporación de otras medidas, como la instalación de pantallas acústicas en el perímetro del sector de las terrazas, que permitan garantizar el cumplimiento del comentado requisito de aprobación.

3. Respecto a la **ACCIÓN N° 3**, deberá corregir la disconformidad existente en el valor consignado en la columna “*Costo*” y el documento acompañados en el Anexo N° 11. Luego, en relación a la **ACCIÓN N° 4** deberá consignar en la columna “*Costo*”, la valorización que consta en la cotización adjuntada en el Anexo N° 12.

4. En relación a la **ACCIÓN N° 8**, en la columna “*Costos*”, deberá modificar su redacción, incorporando el valor y los medios de verificación que den cuenta de las cotizaciones de mediciones de ruido efectuadas. Luego, en la columna “*Comentarios*”, deberá eliminar el tercer apartado.

5. En relación a la **ACCIÓN N° 9**, deberá adecuar la numeración con que se identifica la acción. Asimismo, se reitera la redacción sugerida mediante Res. Ex. N° 3/Rol D-013-2019:

5.1. En la columna “*Acción*” deberá consignar lo siguiente: “*Cargar en el Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) el Programa de Cumplimiento aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente. Para dar cumplimiento a dicha carga, se solicitará la clave para acceder al sistema, en el plazo de 5 días*”

hábiles contados desde la notificación de la resolución que apruebe el Programa de Cumplimiento, de conformidad a lo establecido en la Resolución Exenta N° 116/2018 de la Superintendencia”.

5.2. En la columna “Plazo de ejecución” se dispondrá lo siguiente: *“10 días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la resolución que apruebe el PDC”.*

5.3. En la columna “Comentarios” se indicará lo que sigue: *“En relación a los indicadores de cumplimiento y medios de verificación asociados a esta nueva acción se aclara que por su naturaleza no requiere un reporte o medio de verificación específico.”*

Por otra parte, como Impedimento Eventuales se contemplarán aquellos problemas exclusivamente técnicos que pudieren afectar el funcionamiento del sistema digital en el que se implemente el SPDC, y que impidan la correcta y oportuna carga de la información. Por tanto, en caso de ocurrencia, se dará aviso inmediato a la SMA, vía correo electrónico, especificando los motivos técnicos por los cuales no fue posible cargar el Programa de Cumplimiento en el portal SPDC, remitiendo comprobante de error o cualquier otro medio de prueba que acredite dicha situación. La entrega del Programa de Cumplimiento se realizará a más tardar al día siguiente hábil al vencimiento del plazo correspondiente, en la Oficina de Partes de la Superintendencia del Medio Ambiente”.

6. Deberá incorporar la segunda acción sugerida en el Resuelvo 2.6 de la Res. Ex. N° 3/Rol D-013-2019, debiendo adecuar su numeración correlativa según la estructura del programa, cuya redacción será en los siguientes términos:

6.1. En la columna “Acción” deberá consignar lo siguiente: *“Cargar en el portal SPDC de la Superintendencia del Medio Ambiente, en un único reporte final, todos los medios de verificación comprometidos para acreditar la ejecución de las acciones comprendidas en el Programa de Cumplimiento, de conformidad a lo establecido en la Resolución Exenta N° 116/2018 de la Superintendencia”.*

6.2. Respecto a la columna “Plazo de ejecución” se deberá indicar que este corresponderá a 15 días hábiles, los que se contarán desde la ejecución en tiempo y forma de la última acción que se deba realizar en razón del Programa de Cumplimiento, sin considerar aquellas que son obligatorias.

6.3. En la columna “Comentarios” se deberá incluir la siguiente redacción: *“Esta acción no requiere un reporte o medio de verificación específico, y una vez ingresados los reportes y/o medios de verificación para las restantes acciones, se conservará el comprobante electrónico generado por el sistema digital en el que se implemente el SPDC”.*

A continuación, en el mismo apartado “Comentarios”, el titular deberá indicar lo siguiente: *“(i) Impedimentos: se considerarán como tales los problemas exclusivamente técnicos que pudieren afectar el funcionamiento del sistema digital en el que se implemente el SPDC, y que impidan la correcta y oportuna entrega de los documentos correspondientes; (ii) Acción y plazo de aviso en caso de ocurrencia: se dará aviso inmediato a la SMA, vía correo electrónico, señalando los motivos técnicos por los cuales no fue posible cargar los documentos en el sistema digital en el que se implemente el SPDC, remitiendo comprobante de error o cualquier otro medio de prueba que acredite dicha situación; y (iii) Acción alternativa: en caso de impedimentos, la entrega de los reportes y medios de verificación a través de Oficina de Partes de la Superintendencia del Medio Ambiente”.*

II. SEÑALAR que SOCIEDAD GASTRONÓMICA Y DE ENTRETENCIONES BALMORI LIMITADA debe presentar un Programa de Cumplimiento, que incluya las observaciones consignadas en el resuelvo anterior, **en el plazo de 5 días hábiles desde**

la **notificación del presente acto administrativo**. En caso que la empresa no cumpla cabalmente y dentro del plazo señalado precedentemente con las exigencias indicadas en los literales anteriores, esta Superintendencia podrá rechazar el Programa de Cumplimiento y continuar con el procedimiento sancionatorio.

III. SE HACE PRESENTE que, las observaciones indicadas en la presente resolución, no obstan al pronunciamiento que en definitiva realice esta Superintendencia en relación al Programa de Cumplimiento presentado.

IV. TENER PRESENTE que el Programa de Cumplimiento entrará en vigencia en la fecha que establezca esta Superintendencia del Medio Ambiente, una vez que estime cumplidas las observaciones señaladas en el resuelvo primero de esta resolución y así lo declare mediante el correspondiente acto administrativo.

V. PREVIO A RESOLVER las solicitudes de adopción de medidas provisionales indicadas en el considerando 13° de este acto administrativo, estese a lo que se resuelva respecto al Programa de Cumplimiento presentado.

VI. TENER PRESENTE en virtud del artículo 22 de la Ley N° 19.880, la personería de doña Alicia Brito Ávalos para actuar en representación de don Fernando Donoso Alarcón, Willy Ruhl Peña y doña Marcia Espinoza Martínez en el presente procedimiento.

VII. NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a quienes se indica.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DÉSE CUMPLIMIENTO



Sebastián Riestra López
Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

LCM/GLW/STC

Carta Certificada:

- Mauricio Vidal Araya, Rodrigo Reyes Valdés y Stephanie Doll Bacigalupo, representantes de Sociedad Gastronómica y de Entretenimientos Balmori Limitada, domiciliados en Avenida Croacia N° 0448, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta
- Alicia Brito Ávalos, representante de Fernando Donoso Alarcón, Willy Ruhl Peña y Marcia Espinoza Martínez, domiciliada en calle General Manuel Baquedano N° 239, Oficina 201, Antofagasta, Región de Antofagasta.
- Francisco Loza Lobos, domiciliado en General Lagos N° 0498, departamento B, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta
- Silvia Álvarez Godoy, domiciliada en General Lagos N° 0498, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta
- Yerko Zlatar Díaz, domiciliado en General Lagos N° 0462, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta
- Lucimar Ramos, domiciliada en Nueve de Julio N° 446, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta
- Iván Vergara Moreno, domiciliado en Nueve de Julio N° 446, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta

- Juan Millan Klüse, domiciliado en General Lagos N° 0429, departamento N° 6, comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta

C.C:

- Sandra Cortez Contreras, jefa Oficina Regional SMA Antofagasta

Rol D-013-2019

