

20.920



TÉNGASE POR PRESENTADO ESCRITO DE DESCARGOS DE SALUTE PER AQUA SPA, TITULAR DE RESTAURANT HUENTELAUQUÉN, Y REQUIERE INFORMACIÓN QUE INDICA.

RES. EX. N° 9/ROL D-064-2017

Santiago, 07 AGO 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° 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; en la Resolución Exenta N° 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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° 693, de fecha 21 de agosto 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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 Res. Ex. RA N° 119123/58/2017 de 27 de diciembre de 2017, que renueva nombramiento en el cargo de Alta Dirección Pública, 2° nivel que indica, al Jefe de la División de Fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el artículo 80° de la Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; y en la Resolución N° 82, de 18 de enero de 2019, que Establece Orden de Subrogación para el cargo de Jefe de Sanción y Cumplimiento SMA; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

1. Que, con fecha 22 de agosto de 2017, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento sancionatorio Rol D-064-2017, con la formulación de cargos a Salute Per Aqua SpA, titular de Restaurant Huentelauquén, en virtud a la infracción tipificada en el artículo 35 h) de la LO-SMA, en cuanto al incumplimiento de Normas de Emisión.

2. Que, la resolución precedente fue notificada mediante carta certificada dirigida al titular, la cual fue recibida en la oficina de Correos de la comuna de La Serena, con fecha 24 de agosto de 2017, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos de Chile asociado al número de seguimiento 1180315512067.

3. Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LO-SMA, la Resolución Exenta N° 1/Rol D-064-2017, establece en su Resuelve IV que el infractor

tendrá un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento y de 15 días hábiles para formular sus Descargos, respectivamente, desde la notificación de la formulación de cargos.

4. Que, con fecha 22 de septiembre de 2017, don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute Per Aqua SpA., presentó un programa de cumplimiento. Asimismo, acompañó una copia del Instrumento Privado de Constitución de Sociedad por Acciones de Salute Per Aqua SpA., protocolizado bajo el N° 763 del repertorio N° 3585, de la Notaría Elena Leyton Carvajal de Notaría Pública de La Serena.

5. Que, mediante la Resolución Exenta N° 3/ Rol D-064-2017, de fecha 15 de noviembre de 2017, se tuvo por presentado el programa de cumplimiento presentado con fecha 22 de septiembre de 2017, sin perjuicio de solicitar que, previo a resolver acerca de aprobación o rechazo, se consideraran ciertas observaciones. Por su parte, en el Resuelvo II de la antedicha Resolución se tuvo por acompañada la copia de Instrumento Privado de Constitución de Sociedad por Acciones Salute per Aqua SpA. Finalmente, en el Resuelvo III se señaló que, Salute per Aqua SpA debía presentar un programa de cumplimiento refundido que incluyera todas las observaciones consignadas en la resolución en comento.

6. Que, con fecha 28 de noviembre de 2017, Salute per Aqua SPA., presentó un programa de cumplimiento refundido, dando cuenta de las observaciones realizadas mediante la Res. Ex. N° 3/ Rol D-064-2017. De esta forma, utilizando el formato correspondiente, presentó un Programa de Cumplimiento con cinco acciones, además de las dos acciones finales obligatorias. En esta presentación, además incorporó dos acciones nuevas:

- i) utilización de un mecanismo para establecer un límite máximo de NPC emitidos por altavoces (“master”), y;
- ii) funcionamiento de actividades en la terraza restringido, en el sentido de que sólo se utilizaría música envasada y con horario de funcionamiento entre las 13:00 hasta las 24:00 horas. Sin embargo, la empresa no precisó la ubicación exacta de todos los altavoces ni de las rendijas, además de que no fue acompañado el plano solicitado.

7. Que, al acoger sólo parcialmente las observaciones realizadas por esta SMA, mediante Res. Ex. 4/ Rol D-064-2017, con fecha 06 de diciembre de 2017, esta Superintendencia resolvió realizar nuevas observaciones, las cuales debían ser acogidas en un nuevo programa de cumplimiento refundido, presentado dentro del plazo de 03 días desde su notificación. Las observaciones generales, contenidas en la resolución, se referían a la presentación de un plano o croquis de las instalaciones, que se expresaran los costos de cada acción y que las fotografías fuesen fechadas y georreferenciadas. Por su parte, se realizaron observaciones específicas para detallar las acciones 1, 2, 4 y 5, además de indicar que se debería agregar una frase en que se estableciera que las mediciones de ruido deberían encontrarse bajo los límites del D.S. N° 38/2011.

8. Que, con fecha 07 de diciembre de 2017, a las 19:15 horas, la resolución indicada precedentemente, fue notificada en forma personal a Salute per Aqua SpA., en el domicilio registrado en esta Superintendencia, entregándose copia fiel de ella, de conformidad al inciso tercero del art. 46 de la Ley N° 19.880.

9. Que, con fecha 14 de diciembre de 2017, Salute per Aqua SpA. presentó un Programa de Cumplimiento refundido y, en el mismo acto, presentó dos planos de las instalaciones del Restaurant Huentelauquén.

10. Que, mediante la Resolución Exenta N° 6/ Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017, esta Superintendencia aprobó el programa de cumplimiento, junto con agregar de oficio las correcciones que constan en el Resuelvo II de la misma. Por su parte, en el Resuelvo IV de dicha resolución se solicitó al titular la entrega de una copia del programa de cumplimiento, en la que estén incorporadas todas las correcciones individualizadas en el Resuelvo II, dentro del plazo de 5 días hábiles, contados desde la notificación de dicha resolución, lo que sería considerado en la evaluación de la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento. Dicha resolución fue notificada a Salute per Aqua SpA., por carta certificada, con fecha 02 de enero de 2018, conforme a la información obtenida desde la página de Correos de Chile, asociada al N° 11805888253957.

11. Que, mediante el Memorándum N° 8668/2018, de fecha 19 de febrero de 2018, el Jefe de División (S) Sanción y Cumplimiento, informó al Jefe de División de Fiscalización, ambos de esta Superintendencia, que estando fuera del plazo otorgado, con fecha 05 de febrero de 2017, Salute per Aqua SpA. presentó un programa de cumplimiento refundido; agregando que, sin embargo, este último no cumplía con todas las correcciones de oficio efectuadas por esta División en la Res. Ex. N° 6/Rol D-064-2017, específicamente las correcciones de oficio que constan en el Resuelve II de dicha resolución, respecto a las acciones N° 3 y N° 5. En razón de lo indicado, se informó a la División de Fiscalización que como versión aprobada y refundida del Programa de Cumplimiento debe considerarse el Programa de Cumplimiento de 05 de febrero de 2018, junto con la respectiva Resolución que aprobó el Programa de Cumplimiento, contenida en la Res. Ex. N° 6/ Rol D-076-2017.

12. Que, mediante la Resolución Exenta O.R.C. N° 20, de fecha 15 de junio de 2018, esta Superintendencia requirió a Salute per Aqua SpA., copia con timbre de la SMA de los reportes del Programa de Cumplimiento o en su defecto, entrega de la información requerida para la verificación de su ejecución.

13. Que, con fecha 26 de junio de 2018, don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute per Aqua SpA., presentó un escrito mediante el cual interpuso recurso de reposición de conformidad al artículo 59 de la Ley N° 19.880, en contra de la mencionada Resolución Exenta O.R.C. N° 20, de fecha 15 de junio de 2018, precedentemente indicada. Argumenta que la Resolución N° 6, de fecha 21 de diciembre de 2017, de la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, la cual aprobó el Programa de Cumplimiento presentado por Salute Per Aqua SpA, no habría sido notificada a su representada, señalando que *“mi representada no fue notificada de dicha resolución, conforme lo ordena el art. 9, inciso final del Decreto N° 30, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba reglamento sobre programas de cumplimiento, autodenuncia y planes de reparación. En virtud de lo anterior, no se habían presentado los avances del Programa de Cumplimiento presentado por la Sociedad Salute Per Aqua SpA., con fecha 14 de diciembre del año 2017. Conforme a lo expuesto, solicitamos a Ud., reponer la resolución requerida, dejándola sin efecto y ordenando que se practique la notificación de Resolución Exenta N° 6, de 21 de diciembre de 2017, del Jefe de la División de*

Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba el Programa de Cumplimiento presentado por Salute per Aqua SpA.”.

14. Que, con fecha 23 de julio de 2018, mediante comprobante de derivación electrónica, la División de Fiscalización de esta SMA remitió a la División de Sanción y Cumplimiento el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental del Programa de Cumplimiento DFZ-2018-1467-IV-PC.

15. Que, dicho informe técnico contiene el Acta de Inspección Ambiental de fecha 27 de junio de 2018, en el cual consta que en esa fecha, entre las 15:30 y las 18:30, tres funcionarios de la SMA acudieron a la unidad fiscalizable, ubicada en Avenida del Mar N° 4500, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, con el objeto de verificar la implementación de las medidas de mitigación aprobadas en el programa de cumplimiento, aprobado por medio de la Resolución Exenta N° 6/Rol D-064-2017, de fecha 21 de diciembre de 2017.

16. Que, posteriormente, con fecha 10 de octubre de 2018, mediante la Res. Ex. N°7/Rol D-064-2017, esta Superintendencia resolvió declarar inadmisibles el recurso de reposición interpuesto por don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute per Aqua SpA.

17. Que, con fecha 01 de abril de 2019, mediante Res. Ex. N° 8/ Rol D-064-2017, esta Superintendencia declaró tener por incumplido el programa de cumplimiento aprobado mediante la Res. Ex. N° 6/ Rol D-064-2017, presentado por Salute per Aqua SpA., y en consecuencia reiniciar el procedimiento sancionatorio, tras haberse incumplido totalmente las acciones N° 1 y N° 5 comprometidas en el programa de cumplimiento y al incumplimiento parcial de las acciones N° 2, N° 3 y N°4 del mismo instrumento.

18. Que, la resolución precedente fue notificada al titular, mediante carta certificada, la que fue recibida en la oficina de Correos de la comuna de La Serena con fecha 04 de abril de 2019, según consta en la información obtenida desde la página de Correos de Chile, asociada al número de seguimiento 1180571335943.

19. Que, finalmente, con fecha 10 de abril de 2019, encontrándose dentro de plazo, don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute per Aqua SpA. presentó un escrito de descargos.

20. Que, en dicho escrito de descargos, Salute per Aqua SpA., sostuvo que:

i) para los efectos de formular cargos en contra de Salute per Aqua SpA., se hizo aplicación del Título IV del Decreto Supremo N° 38/2011, específicamente del artículo 7° del referido decreto. Sin embargo, dicha norma *“sólo hace referencia a los Niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos, mas no a la forma en que se deben realizar las mediciones para saber si un emisor se ajusta o no a la norma. En efecto, para haber determinado si en la Pizzería Huentelauquén, que es justamente, el lugar denunciado, se ajusta o no a la norma, debieron realizarse las mediciones conforme a lo prescrito en el mismo Decreto Supremo 38-2011 (sic), es decir, mediante lo dispuesto en el Título V, artículos 11 al 19, ambos inclusive (...)”*;

ii) se consignó que al momento de la medición de los ruidos existían ruidos de fondo, constituidos por el ruido de otras fuentes, que en palabras del titular, *“afectaban la medición de ruido de fondo, una vez que la Pizzería Huentelauquén ceso sus actividades el día 19 de enero de 2017 (...) así las cosas, al momento de hacer las mediciones que motivaron la formulación de cargos en contra de mi representada, no se respetó lo prescrito en la letra a del artículo 19 del DS 38-2011 (sic), pues es un hecho público y notorio que en el sector en que se halla emplazado la Pizzería Huentelauquén, esto es Avenida del Mar de La Serena, existen a lo menos tres locales nocturnos que también son fuente emisoras de ruido (...) [que] ni siquiera se consigna cuáles fueron las otras fuentes emisoras”, y;*

iii) los valores obtenidos como ruido de fondo no serían los adecuados ya que se habrían realizado en otro horario y en otras condiciones al medido por ruidos *“supuestamente emitidos por Pizzería Huentelauquén, cuestión que en la especie no ocurrió y, por tanto, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 del DS-38-2011 (sic)”*.

21. Que por otra parte, el artículo 40 de la LO-SMA indica las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por el Fiscal Instructor para la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar, si así procediere. Al respecto, resulta necesario actualizar la información con la que cuenta este Fiscal Instructor, motivo por el cual se requerirá información al regulado en ese sentido.

22. Que, el artículo 50 de la LO-SMA establece que recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la Superintendencia examinará el mérito de los antecedentes, pudiendo ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedieren.

23. Que, el artículo 51 de la LO-SMA establece en su inciso primero que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

RESUELVO:

I. TÉNGASE POR PRESENTADO, el escrito de descargos presentado por don Juan Javier Jorquera Balbontín, en representación de Salute Per Aqua SpA., con 10 de abril de 2019, los cuales serán resueltos en la oportunidad que corresponda.

II. SOLICITAR la información que se indica a Salute Per Aqua SpA., titular de Restaurant Huentelauquén, ubicado en Avenida del Mar N° 4500 Lote 2 de 3, comuna de La Serena, Región de Coquimbo, con el objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA:

i. Acredite fehacientemente cualquier tipo de medida correctiva de ruido adoptada asociada al cargo imputado en la referida formulación de cargos tales como boletas o facturas por la compra e instalación de materiales empleados en la implementación de la o las medidas correctivas de ruido, boletas o facturas por asesorías y mediciones acústicas; fotografías fechadas y georreferenciadas en contexto donde sea posible evidenciar claramente un antes y un después de la implementación de la o las medidas ejecutadas, y cualquier otro documento

que aporte a la acreditación fehaciente de las medidas. Respecto de las copias de boletas y facturas, estas deben ser legibles y las fotografías deben venir además, en un archivo digital donde sea posible apreciar la metadata de cada una de ellas.

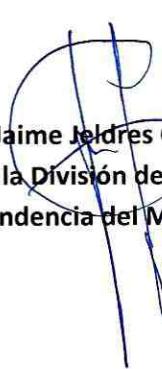
III. DETERMINAR, la siguiente forma, modo y plazo de entrega de la información requerida. La información solicitada deberá ser entregada por escrito y con una copia en soporte digital, en la oficina de partes de esta Superintendencia, ubicada en Teatinos N° 280, piso 8, comuna y ciudad de Santiago, o en la oficina regional de Coquimbo, ubicada en calle Los Carrera N° 330, piso 2, sector C-C, comuna de La Serena. Adicionalmente, se deberá enviar un correo a jaime.jeldres@sma.gob.cl y pamela.zenteno@sma.gob.cl notificando la entrega de dichos documentos.

La información requerida deberá ser remitida directamente a esta Superintendencia, bajo la modalidad antes referida, dentro del plazo de **05 días hábiles**, contado desde la notificación de la presente resolución.

IV. SEÑALAR, que Restaurant Huentelauquén deberá entregar sólo la información que ha sido expresamente solicitada y que la entrega de grandes volúmenes de información que no diga relación directa con lo solicitado podrá considerarse como una estrategia dilatoria en el presente procedimiento sancionatorio.

V. NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a **Salute Per Aqua SpA., como titular de Restaurant Huentelauquén,** domiciliado en Avenida del Mar N° 4500 lote 2 de 3, comuna de La Serena, Región de Coquimbo.

Asimismo, notificar por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a **Mauricio Olguín Peña,** domiciliado en calle Los Lúcumos N° 660, departamento N° 1003, comuna de La Serena, Región de Coquimbo; y a **Rodrigo Zegers Reyes,** representante legal de Hoteles Campanario Ltda., domiciliado en calle Santa Lucía N° 330, quinto piso, comuna de Santiago, Región Metropolitana.


Jaime Jeldres García
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente




PZR

Carta Certificada:

- Representante legal de Salute Per Aqua SpA., domiciliado en Avenida del Mar N° 4500 lote 2 de 3, comuna de La Serena, Región de Coquimbo.
- Mauricio Olguín Peña, domiciliado en calle Los Lúcumos N° 660, departamento N° 1003, comuna de La Serena, Región de Coquimbo.
- Rodrigo Zegers Reyes, representante legal de Hoteles Campanario Ltda., domiciliado en calle Santa Lucía N° 330, quinto piso, comuna de Santiago, Región Metropolitana.



C.C.:

- Sr. Jesús Martínez. Jefa Oficina SMA Región de Coquimbo.

Rol D-064-2017