

DECLARA INCUMPLIMIENTO DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y REINICIA PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO SEGUIDO EN CONTRA DE CENCOSUD RETAIL S.A.

RES. EX. N° 3/ ROL D-164-2019

Santiago, 02 de diciembre de 2020.

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 LOSMA”); 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° 693, de fecha 21 de agosto 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 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 Decreto Supremo N° 38, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba el Protocolo Técnico para la Fiscalización del D.S. MMA 38/2011 y Exigencias Asociadas al Control del Ruido en Instrumentos de Competencia de la SMA; la Resolución Exenta N° 1076, de fecha 26 de junio de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto N° 31, de 8 de octubre de 2019, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 30, de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación; en la Resolución Exenta N° 549, de 31 de marzo de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Renueva Reglas de Funcionamiento Especial de Oficina de Partes y Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana de la SMA; en la Res. Ex. N° 548, de 30 de marzo de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dispone la suspensión de la tramitación de los procedimientos administrativos sancionatorios y actuaciones que indica; 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. Que, con fecha 28 de octubre de 2019, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-164-2019, mediante la formulación de cargos en contra de Cencosud Retail S.A.

(en adelante el “Titular”), titular del establecimiento “Supermercado Jumbo Kennedy”, ubicado en Avenida Presidente Kennedy N° 9001, comuna de Las Condes, Región Metropolitana. Dicho establecimiento corresponde a una fuente emisora de ruido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, números 3 y 13 del D.S. N° 38/2011.

2. Que, en la Res. Ex. N° 1/Rol D-164-2019, que contiene la formulación de cargos en contra del Titular, se describe el hecho que se estimó constitutivo de infracción, la norma que se consideró infringida y la calificación de gravedad asignada:

Tabla N° 1: Resumen cargo formulado y calificación

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Norma que se considera infringida	Calificación				
1	La obtención, con fecha 8 de noviembre de 2017, de un Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 65 dB(A) , en horario nocturno, en condición externa, en un receptor sensible ubicado en Zona III.	<p>D.S. 38/2011, Título IV, artículo 7: <i>“Los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán exceder los valores de la Tabla N°1”:</i></p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Zona</th> <th>De 21 a 7 horas [dB(A)]</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>II</td> <td>50</td> </tr> </tbody> </table>	Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]	II	50	<p>Grave.</p> <p>Art. 36, número 2.</p> <p><i>“Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan disposiciones pertinentes y que, alternativamente: b) hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población.”</i></p>
Zona	De 21 a 7 horas [dB(A)]						
II	50						

3. Que, mediante el resuelvo IV de la Res. Ex. N° 1/Rol D-164-2019, se estableció que, conforme a lo establecido en los artículos 42 y 49 de la LOSMA, el infractor tendría un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y 15 días hábiles para formular descargos, ambos plazos contados desde la notificación de dicha resolución.

4. Que, mediante el resuelvo IX de la Res. Ex. N° 1/Rol D-164-2019, esta SMA amplió de oficio el plazo para presentar un programa de cumplimiento y descargos en 5 y 7 días hábiles, respectivamente. Por otra parte, mediante el resuelvo VI de la misma resolución, se estableció que se entendería suspendido el plazo para presentar descargos desde la presentación de un programa de cumplimiento.

5. Que, dicha resolución fue notificada personalmente al Titular con fecha 14 de noviembre de 2019, según consta del acta de notificación incorporada al presente expediente sancionatorio.

6. Que, con fecha 2 de diciembre de 2019, el titular presentó ante esta Superintendencia un programa de cumplimiento.

7. Que, con fecha 23 de diciembre de 2019, mediante Memorandum D.S.C. N° 634/2019, el Fiscal Instructor del presente procedimiento sancionatorio derivó los antecedentes del programa de cumplimiento individualizado en el considerando anterior a la Jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento, con el objeto de resolver su aprobación o rechazo.

8. Que, con fecha 30 de diciembre de 2019, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-164-2019, esta Superintendencia resolvió aprobar el programa de cumplimiento presentado por el Titular. Asimismo, se resolvió suspender el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

9. Que, esta última resolución fue notificada al Titular por medio de correo electrónico dirigido a las casillas indicadas para dicho efecto en su presentación de fecha 2 de diciembre 2019.

10. Que, con fecha 28 de mayo de 2020, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento de la SMA el informe de fiscalización **DFZ-2020-1252-XIII-PC**, que da cuenta de los resultados de las actividades de fiscalización en el establecimiento “Supermercado Jumbo Kennedy, realizadas en el marco del programa de cumplimiento aprobado en el presente procedimiento sancionatorio.

11. Que, dichas actividades incluyeron la revisión de los reportes de cumplimiento y antecedentes remitidos por el Titular, según el siguiente detalle:

Tabla N° 2: Documentos revisados por la División de Fiscalización SMA

N°	Nombre del documento revisado	Origen/ Fuente del documento.	Observaciones
1	Carta de fecha 02 de diciembre de 2019 (presentación PdC)	Titular	Antecedentes del programa de cumplimiento
2	Reporte inspección Ambiental Acustec, de fecha 4/03/2020	Reporte del PdC	Sin observaciones

Fuente: informe técnico de fiscalización ambiental, rol DFZ-2020-1252-XIII-PC.

12. Que, posteriormente, se realizó una evaluación de la ejecución del plan de acciones y metas contenido en el programa de cumplimiento. En resumen, las acciones del programa de cumplimiento aprobadas por esta Superintendencia mediante Res. Ex. N° 2/Rol D-164-2019, no fueron ejecutadas en forma satisfactoria por el titular, por las razones que se indican en la siguiente tabla:

Tabla N° 3: Resultados de la verificación de las acciones del programa de cumplimiento

N°	Acción	Plazo de ejecución	Medios de verificación	Análisis informe de fiscalización
1	Encierros acústicos: Considera la elaboración de una construcción que encierre la fuente, con murallas tipo sándwich con acero de 2mm en ambas caras, material	Del 18-12-2018 al 30-01-2019	Boletas y/o facturas de compras de materiales; fotografías fechas y georreferenciadas ilustrativas del antes	Con fecha 02 de diciembre de 2019, a través de documento que presenta el Programa de Cumplimiento, el Titular entregó fotografías que dan cuenta de la medida de control acústico que implementó en la techumbre del

N°	Acción	Plazo de ejecución	Medios de verificación	Análisis informe de fiscalización
	<p>anticorrosivo alquídico, y núcleo de lana de vidrio de 50 mm de espesor y 32 Kg/m³ de densidad superficial. El panel de acero interior debe ser perforado en un 60%.</p>		<p>y después de la ejecución.</p>	<p>local “Supermercado Jumbo Kennedy”. Si bien en el precitado Programa de Cumplimiento el titular señala que la acción correctiva consistiría en la elaboración de un encierro acústico, se observa por medio de las fotografías remitidas que corresponde más bien a una barrera acústica, la que proveería una menor pérdida por transmisión, y por ende atenuaría en menor medida a la fuente de ruido.</p> <p>Según lo detallado en Presupuesto N°300/3944, presentado a través del mismo Programa de Cumplimiento, la estructura está constituida por planchas de zinc con material absorbente (esponja de alta densidad) en su núcleo. A través de estas fotografías, se puede observar que la cara interior no ha sido perforada, por lo que la efectividad de la estructura disminuye al no existir absorción del ruido emitido por la fuente.</p> <p>En razón a lo anterior, se evidenció que la acción relativa a la implementación de un encierro acústico fue parcialmente ejecutada.</p>
2	<p>Una vez ejecutadas todas las acciones de mitigación de ruido con el objetivo de acreditar el cumplimiento del D.S. N° 38/2011 del MMA. La medición de ruidos deberá realizarse por una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (ETFA), debidamente autorizada por la Superintendencia, conforme a la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011 del MMA, desde el domicilio de los receptores sensibles de acuerdo a la formulación de cargos, en el mismo horario en que constituye la infracción y mismas</p>	<p>2 meses a partir de la aprobación del PdC</p>	<p>El reporte final contempla el respectivo informe de medición de presión sonora, órdenes o boletas de prestación y servicio o trabajo, boletas y/o facturas que acrediten el costo asociado a la acción.</p>	<p>Con fecha 19 de marzo de 2020, a través del SPDC, el Titular cargó un informe de medición elaborado por la ETFA Acustec, de fecha 04 de marzo de 2020, que da cuenta de dos mediciones de ruido realizadas el día 27 de febrero de 2020, en horario nocturno, reportándose lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La primera medición se llevó a cabo desde la terraza cerrada de departamento 209, de edificio ubicado en Las Verbenas 9000, Las Condes, en condición de medición interior - Receptor N°1 -; mientras que la segunda fue realizada desde la terraza del departamento 1109 del mismo edificio, en

N°	Acción	Plazo de ejecución	Medios de verificación	Análisis informe de fiscalización
	condiciones. En caso de no ser posible acceder a la ubicación de dichos receptores, la empresa ETFA realizará la medición en un punto equivalente a la ubicación del receptor, de acuerdo a los criterios establecidos en el D.S. N° 38/2011 del MMA. En caso de no ajustarse a lo dispuesto a lo recién descrito la medición no será válida.			<p>condición de medición exterior - Receptor N°2 -</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ambas mediciones fueron analizadas según las disposiciones de R.E. N°867/2016 SMA, concluyéndose que éstas se ajustan a la metodología del D.S. N°38/11 MMA en cuanto a instrumental utilizado, descriptores medidos, zonificación, entre otros. - Ambas mediciones reportaron superación, existiendo una excedencia de 4 dB(A) en receptor N°1, y 11 dB(A) en receptor N°2. <p>Con motivo de los resultados obtenidos, el titular señaló en reporte que <i>“se realizará otra medición con entidad no ETFA con el fin de asesorar en nuevas medidas de mitigación”</i>. Sin embargo, finalizado el plazo del PdC, no se recibió más información que acredite mejoras en el control de ruido.</p>

Fuente: informe de fiscalización DFZ-2020-1252-XIII-PC.

13. Que, en consecuencia, mediante el examen de información remitido por parte de la División de Fiscalización, es posible arribar a las siguientes conclusiones en relación con cada una de las acciones comprometidas:

a. **Acción N° 1:** el titular implementó parcialmente el encierro acústico comprometido, toda vez que las características técnicas de la medida implementada corresponden más bien en su naturaleza a una barrera acústica; la que, si bien teóricamente contribuye también a una pérdida de transmisión y fuente de ruido, lo hace en menor medida que un encierro acústico, cual es específicamente la medida indicada por el Titular en su plan de cumplimiento y aprobada por esta Superintendencia.

b. **Acción N° 2:** Que, en línea con lo señalado anteriormente a propósito de la deficiente implementación de la acción n° 1, consta según el reporte realizado por Acustec, de fecha 4 de marzo de 2020, que con fecha 27 de febrero de 2020 se procedió a realizar una medición de ruidos en 2 receptores sensibles, arrojando ambas mediciones superaciones de 4 y 11 dB(A), respectivamente, de un límite de 50 dB(A), de lo cual cabe concluir que la medida de mitigación de ruido implementada por el Titular (barrera acústica) no ha sido útil para volver al cumplimiento de la normativa ambiental

14. Que, en relación con lo indicado en los considerandos anteriores, el artículo 42 inciso quinto de la LO-SMA establece que el procedimiento sancionatorio “(...) *se reiniciará en caso de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, evento en el cual se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original dentro del rango señalado en la letra b) del artículo 38, salvo que hubiese mediado autodenuncia.*”

15. Que, en consecuencia, Cencosud Retail S.A. no ha ejecutado a cabalidad las acciones que forman parte del programa de cumplimiento aprobado mediante la Res. Ex. N° 2/D-164-2019, debiendo por tanto esta Superintendencia reiniciar el procedimiento sancionatorio y alzar la suspensión decretada en la misma resolución antes indicada.

16. Que, por otro lado, el artículo 3, letra e), de la LOSMA, faculta a esta Superintendencia a requerir a los sujetos sometidos a su fiscalización, la información y datos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, concediendo a los requeridos un plazo razonable y proporcional, considerando las circunstancias que rodean la producción de dicha información, su volumen, la complejidad de su generación o producción y la ubicación geográfica del establecimiento, entre otras consideraciones.

17. Que, asimismo, el artículo 40 de la LO-SMA establece 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 entregada por el titular hasta la fecha, además de solicitar antecedentes adicionales a los ya aportados en el presente procedimiento, motivo por el cual se requerirá información a Cencosud Retail S.A.

18. Que, por su parte, el artículo 51, inciso primero, de la LOSMA, establece que “[*l]os 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.*”

19. Que, finalmente, como es de público conocimiento, se han decretado medidas a nivel nacional con ocasión del brote de coronavirus (COVID-19), con el objeto de minimizar reuniones y el contacto físico que pudieran propagar el contagio de éste. En vista de ello, con fecha 18 de marzo de 2020, esta SMA dictó la Resolución Exenta N° 490, que dispuso el funcionamiento especial de Oficina de Partes y Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana, estableciendo una modalidad excepcional para el ingreso de presentaciones. Dicha modalidad de funcionamiento fue extendida mediante la Resolución Exenta N° 549, de 31 de marzo de 2020.

20. Que, en atención a que la presente resolución requiere la presentación de los antecedentes que se solicitarán, para la remisión de lo señalado deberá considerarse lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 549/2020 de esta Superintendencia, según se expondrá en la parte resolutive de la misma.

RESUELVO:

I. **DECLARAR INCUMPLIDO** el programa de cumplimiento presentado por Cencosud Retail S.A. con fecha 2 de diciembre de 2019, Titular del establecimiento “Supermercado Jumbo Kennedy”.

II. **ALZAR SUSPENSIÓN** decretada mediante el Resuelvo V de la Res. Ex. N° 2/Rol D-164-2019, de fecha 30 de diciembre de 2019.

III. **HACER PRESENTE** que, desde la notificación de la presente resolución, continuará corriendo el plazo vigente al momento de la suspensión, en específico, el plazo contemplado en el artículo 49 de la LO-SMA, para la presentación de descargos. Cabe mencionar que al momento de la presentación del programa de cumplimiento habían transcurrido **11** días hábiles del plazo total, por lo cual restan **11** días hábiles para su presentación, contados desde la notificación de la presente resolución.

IV. **SOLICITAR LA INFORMACIÓN QUE SE INDICA A CENCOSUD RETAIL S.A.**, en su calidad de titular del establecimiento “Supermercado Jumbo Kennedy”, en los siguientes términos:

1. Estados financieros o balance tributario del último año. En caso de no contar con dichos documentos, se requiere ingresar cualquier documentación que acredite fehacientemente los ingresos percibidos durante el último año calendario.

2. En caso de haber adoptado medidas para corregir el hecho infraccional imputado, deberá informar en qué consistieron y remitir documentación que permita verificar su ejecución, efectividad y costos asociados a su implementación, así como las fechas en que estos fueron incurridos. De otro modo, en el supuesto que no se hubiesen desarrollado acciones, señalarlo expresamente.

V. **DETERMINAR, la siguiente forma, modo y plazo de entrega de la información solicitada.** La información solicitada deberá ser remitida por correo electrónico dirigido a la casilla oficinadepartes@sma.gob.cl, en horario de 09:00 a 13:00 horas, indicando la resolución a la que da respuesta la referida presentación. El archivo adjunto debe encontrarse en formato PDF y tener un tamaño menor o igual a 10 Mb. **La información requerida deberá ser entregada dentro del plazo para presentar los descargos.**

VI. **SEÑALAR** que el Titular deberá entregar solo 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 este procedimiento sancionatorio.

VII. **TÉNGASE PRESENTE** que, con fecha 31 de enero de 2018, entró en vigencia el documento denominado “Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización”, aprobado mediante Res. Ex. N° 85, de 22 de enero 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, el que será considerado en el presente procedimiento para efectos de la propuesta de sanción, si correspondiere.

VIII. **NOTIFICAR LA PRESENTE RESOLUCIÓN A LOS CORREOS ELECTRÓNICOS** [REDACTED]. Asimismo, notificar por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880 a María Victoria Reyes, domiciliada en calle Las Verbenas N° 9.000, departamento N° 1109, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y DÉSE CUMPLIMIENTO.

Emanuel Ibarra Soto
Jefe (S) de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

JPJ/ JJG

Correos electrónicos:



Representante Legal de Cencosud Retail S.A.

Carta certificada:

- Sra. María Victoria Reyes, calle Las Verbenas N° 9.000, departamento N° 1109, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

C.C:

- División de Fiscalización.

Rol D-164-2019.