

**RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN
INTERPUESTO POR CENCOSUD RETAIL S.A., EN
CONTRA DE LA RESOLUCIÓN EXENTA N° 1103**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 91

Santiago, 18 de enero de 2023

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° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 70, de 28 de diciembre de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, que nombra a la Superintendente del Medio ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/129/2019, de 6 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que nombra Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/104/2022, de 3 de agosto de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que renueva el nombramiento del Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N° 119123/28/2022, de 10 de marzo de 2022, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece el cargo de jefe/a del Departamento Jurídico de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 2.124, de 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización 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 Molestos Generados por Fuentes que Indica (en adelante, "D.S. N° 38/2011 MMA"); 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 (en adelante, "Bases Metodológicas"); en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-164-2019; 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:

I. Antecedentes generales

1. Mediante la Resolución Exenta N° 1103, de fecha 18 de mayo de 2021, de esta Superintendencia (en adelante, "Res. Ex. N° 1103/2021" o "resolución sancionatoria"), se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-164-2019, seguido en contra de Cencosud Retail S.A. (en adelante, "el titular"), Rut N° 81.201.000-k, en su calidad de titular del establecimiento "Supermercado Jumbo Kennedy" (en adelante, "el establecimiento" o "la unidad fiscalizable"), con una sanción consistente en una multa de **ciento cincuenta y seis unidades tributarias anuales (156 UTA)**, por infracción al D.S. N° 38/2011 MMA, según dispone el artículo 35 literal h) de la LOSMA.

2. La resolución sancionatoria fue notificada al titular por correo electrónico, con fecha 2 de junio de 2021, tal como da cuenta el expediente de este procedimiento sancionatorio.

3. Con fecha 9 de junio de 2021, el titular presentó un recurso de reposición en contra de la Res. Ex. N° 1103/2021, solicitando tenerlo por interpuesto y, en su mérito, rebajar la multa impuesta en dicha resolución. Adicionalmente, acompañó los siguientes documentos: (i) Informe Acústico Jumbo Kennedy, de fecha 7 de junio de 2021; y (ii) Dos fotografías simples, de fecha 4 de junio de 2021.

4. Posteriormente, a través de la Resolución Exenta N° 1252, de fecha 9 de junio de 2021, esta Superintendencia resolvió notificar la interposición del recurso de reposición a la interesada del procedimiento sancionatorio y conferir un plazo de 5 días hábiles para la presentación de sus alegaciones. Así, habiendo transcurrido el plazo ya señalado, la interesada no efectuó presentación alguna.

II. Admisibilidad del recurso de reposición

5. El plazo contemplado para interponer un recurso de reposición en contra de una resolución emanada de la Superintendencia del Medio Ambiente se encuentra regulado en el artículo 55 de la LOSMA, que dispone: *"(...) En contra de las resoluciones de la Superintendencia que apliquen sanciones, se podrá interponer el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución (...)"*.

6. De esa forma, considerando que la resolución impugnada fue notificada con fecha 2 de junio de 2021, y el recurso de reposición fue presentado con fecha 9 de junio del mismo año, esta Superintendente estima que el recurso fue interpuesto dentro de plazo, en tanto el plazo fatal para su presentación vencía, precisamente, el mismo 9 de junio.

7. Por tanto, corresponde pronunciarse, a continuación, respecto de las alegaciones formuladas por el titular.

III. Alegaciones formuladas por el titular en su recurso de reposición

8. Antes de exponer las alegaciones del titular, es menester señalar que éstas no pretenden controvertir el hecho infraccional constatado ni su clasificación, sino que dan cuenta de una serie de antecedentes que, a juicio de la empresa, debiesen ser ponderados por esta Superintendencia para reconsiderar lo resuelto en la Res. Ex. N° 1103/2022. De acuerdo con ello, sus alegaciones dicen relación con la aplicación de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la LOSMA.

9. Así, el primer argumento del titular es que no tiene el carácter de reincidente respecto de situaciones similares y que hubiesen dado lugar a otros procedimientos sancionatorios, destacando que el establecimiento cuenta con todos los permisos y autorizaciones correspondientes. En el mismo sentido, sostiene que el procedimiento sancionatorio tiene su origen en una denuncia de un particular y no responde a un reclamo general del sector ni de vecinos colindantes.

10. Por otra parte, alega que no hubo riesgo significativo para la salud de la población y que dicho riesgo actualmente no existiría. En apoyo a su argumento destaca que la resolución sancionatoria reclasificó la infracción de grave a leve y que los resultados del informe acústico acompañado en su presentación de fecha 9 de junio de 2021 son favorables.

11. A continuación, se refiere a la capacidad económica del infractor. En este punto señala que la información financiera que remitió a esta Superintendencia considera los resultados de la sociedad Cencosud Retail S.A., entendida como una sola unidad económica, en circunstancias que ella engloba o considera diversas unidades de negocio y establecimientos distintos a la unidad fiscalizable, los cuales se manejan o administran comercialmente como unidades separadas.

12. Luego, sostiene que la razón para no adoptar efectivamente las medidas de mitigación propuestas – “*instalación de barreras acústicas y no encierros acústicos*” – responde a las dificultades ocasionadas por la pandemia Covid-19, tanto en la operación diaria como en sus relaciones con proveedores y empresas contratistas.

13. Además, el titular alega que existen nuevos antecedentes en relación a las medidas adoptadas. Se trata de la medición de ruidos realizada por la empresa Ceroruidos, de fecha 3 de junio de 2021, cuyo informe concluye que “[*l*]as emisiones de ruido del funcionamiento de los equipos de frío (...) cumplen los límites establecidos por el D.S. 38/11 MMA Zona III”. Agrega que los resultados favorables se deben a la adopción de acciones de gestión y mitigación, entre las cuales destacan el banco de condensadores en techumbre y la insonorización de Reefer congelados de recepción.

14. Por último, sostiene que ha tenido permanente disposición para adoptar las medidas destinadas a subsanar y corregir el hecho infraccional.

IV. Análisis de la SMA respecto de las alegaciones del titular

15. La primera alegación del titular dice relación con los criterios que la SMA considera al analizar la circunstancia de la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, que se refiere a la conducta anterior del infractor. Al respecto, las Bases Metodológicas de la SMA establecen que, en el marco de esta circunstancia, se examina el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho infraccional. De esta manera, si el infractor ha tenido una conducta anterior negativa, opera como un factor de incremento de la sanción. Por el contrario, cuando se determina que el infractor ha tenido una irreprochable conducta anterior esta circunstancia opera como un factor de disminución.

16. En línea con lo anterior, y tal como se estableció en los considerandos 118 y 119 de la resolución sancionatoria, en el presente procedimiento no constan antecedentes que permitan descartar una irreprochable conducta anterior en relación con la unidad fiscalizable, motivo por el cual se aplicó un factor de disminución del componente de afectación.

17. Por consiguiente, y dado que dicha circunstancia fue ponderada y aplicada conforme a los antecedentes que obran en este procedimiento, no corresponde realizar ajuste alguno a la sanción impuesta.

18. Respecto a la segunda alegación, al señalar que no hubo riesgo significativo para la salud de la población, la empresa confirma el análisis ya efectuado por esta Superintendencia sobre la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA. En efecto, el considerando 86 de la resolución sancionatoria dispone que *“(...) la superación de los niveles de presión sonora, sumado a la frecuencia de funcionamiento y por ende la exposición al ruido constatada durante el procedimiento sancionatorio, permite inferir que **efectivamente se ha acreditado un riesgo a la salud, aunque no de carácter significativo, y por lo tanto, será considerado en esos términos en la determinación de la sanción específica.**”*

19. Por consiguiente, esta alegación será desestimada.

20. Respecto a los argumentos sobre la capacidad económica del infractor, es menester señalar que ésta ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como la potencialidad económica **vinculada a la titularidad** y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la administración pública¹. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor, para lo cual la SMA considera la capacidad de pago y el tamaño económico.

21. Que, en el presente caso de autos, dicha circunstancia fue ponderada en la resolución sancionatoria atendida la información financiera declarada por el propio titular durante la instrucción del presente procedimiento, la cual da cuenta de los estados financieros de la sociedad Cencosud Retail S.A., sin ningún tipo de distinción respecto de otras sociedades. Adicionalmente, cabe señalar que el titular no acompañó en su recurso de reposición antecedentes nuevos que deban ser ponderados por esta Superintendencia.

22. A mayor abundamiento, corresponde señalar que el manejo y administración que el titular pueda realizar de sus distintas unidades de negocio obedece a decisiones internas de la empresa, por lo que no incide en la ponderación que esta Superintendencia efectuó respecto a la letra f) del artículo 40 de la LOSMA.

23. Por otra parte, en relación con la alegación relativa a las dificultades para adoptar las medidas de mitigación propuestas, el titular no detalla de qué manera la pandemia de Covid-19 habría incidido en el incumplimiento de las acciones contenidas en el programa de cumplimiento aprobado por la SMA, mediante la Resolución Exenta N°2 de 30 de diciembre de 2019. En tal sentido, solo se limita a señalar en forma genérica la existencia de dificultades para cumplir las acciones comprometidas.

24. Por lo demás, se tiene que el titular, pudiendo hacerlo, no impugnó en la oportunidad correspondiente la Resolución Exenta N° 3, de

¹ Calvo Ortega, Rafael. 2006. “Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General”, 10ma edición, Thomson–Civitas, Madrid, p. 52; citado por Masbernat Muñoz, Patricio. 2010. “El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España”. Revista Lus et Praxis, Año 16, N° 1. pp. 303-332.

fecha 2 de diciembre de 2020, mediante la cual esta Superintendencia declaró incumplido el programa de cumplimiento y alzó la suspensión del procedimiento sancionatorio.

25. Por último, respecto a la supuesta adopción de medidas correctivas, cabe señalar que esta circunstancia tiene por objetivo ser un incentivo al cumplimiento y a la protección ambiental, pues evalúa si el infractor ha adoptado o no acciones para volver al cumplimiento y subsanar los efectos de su infracción. Para estos efectos, se consideran las acciones correctivas ejecutadas en el periodo que va desde la verificación del hecho infraccional, hasta la fecha de emisión del dictamen a que se refiere el artículo 53 de la LO-SMA.

26. Que, el titular en su recurso de reposición señala haber implementado medidas con posterioridad a la emisión de la resolución sancionatoria, por lo que no han sido oportunas y, por tanto, no corresponde considerarlas como medidas correctivas. Lo anterior, sumado a que no presentó fotos georreferenciadas, ni boletas o facturas que acrediten su implementación efectiva, así como su idoneidad y eficaces.

27. Cabe señalar que el informe de ruido singularizado en el considerando 3 de la presente resolución no contiene resultados asociados a una medición, sino que solo a una modelación, lo cual no se condice con la metodología establecida en el D.S. N° 38/2011 MMA.

28. En virtud de todo lo anteriormente expuesto, estese a lo que se resolverá por esta Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Rechazar el recurso de reposición interpuesto por Cencosud Retail S.A., Rut N° 81.201.000-k, presentado con fecha 9 de junio del mismo año 2021, en contra de la Res. Ex. N° 1103/2021, que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-164-2019; en atención a los argumentos indicados en los considerandos de la presente resolución.

SEGUNDO: Recursos que proceden en contra de esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del remanente del plazo de quince días hábiles, el cual fuera suspendido con ocasión de la presentación del recurso de reposición aludido, según lo establecido en los artículos 55 y 56 de la LOSMA. Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, **se le reducirá un 25% del valor de la multa.** Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO: Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo. El monto de las multas impuestas por la Superintendencia será a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la

Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada. Para dichos efectos, se deberá acompañar el certificado de pago de la Tesorería General de la República correspondiente.

Se hace presente que el pago de la multa deberá efectuarse en la oficina correspondiente de la Tesorería General de la República o mediante la página web de dicho servicio, en la sección “pago de impuestos fiscales y aduaneros en línea”, a través del siguiente link:

<https://www.tgr.cl/pago-de-impuestos-fiscales-y-aduaneros/>

En ambos casos, para realizar el pago deberá utilizarse el **formulario de pago N° 110, especialmente dispuesto para dicho efecto**.

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace:

<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

QUINTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LOSMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



MARIE CLAUDE PLUMER BODIN
SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE
GOBIERNO DE CHILE

MS/BMA/JFC

Notificar por correo electrónico:

- Cencosud Retail S.A., a las casillas: ricardo.gonzaleznovoa@cencosud.cl y igf@eyco.cl

Notificar por carta certificada:

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

CC:

- Fiscal, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento Jurídico, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Departamento de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Fiscalización y Conformidad Ambiental, Superintendencia del Medio Ambiente
- Oficina de Partes, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Equipo sancionatorios, Superintendencia de Medio Ambiente

Rol D-164-2019.

Expediente Cero Papel N° 13.782/2021.