

EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-052-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE JOSE ANTONIO GONZALO Y CIA
LIMITADA**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Este fiscal instructor ha tenido como marco normativo aplicable al presente procedimiento administrativo sancionatorio, la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; 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; 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; el Decreto N° 31, de 08 de octubre de 2019, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; 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; el Decreto Supremo N° 15, del Ministerio del Medio Ambiente, de 02 de mayo de 2013, que Establece Plan de Descontaminación Atmosférica para el Valle Central de la Región del Libertador General Bernardo O'Higgins (en adelante, "D.S.N°15/2013" o "PPDA de Valle Central"); la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; y 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.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

A. Identificación del infractor

1. El presente procedimiento sancionatorio, Rol F-052-2019, iniciado con fecha 21 de octubre de 2019, fue dirigido en contra de la empresa José Antonio Gonzalo y Cía Limitada, (en adelante, "la titular"), Rol Único Tributario N° 76.186.380-0, en su calidad de titular del establecimiento denominado "Panadería Max Pan", ubicado en calle San Martín N°420, comuna de Rancagua, Región del Libertador General Bernardo O'Higgins.

B. Actividad de inspección ambiental

2. Mediante la Resolución Exenta N°1531, de fecha 26 de diciembre de 2017, que Instruye y fija Programas y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2018, se programó y subprogramó la fiscalización del cumplimiento del PPDA de Valle Central.

3. Con fecha 25 de mayo de 2018, se llevó a cabo una actividad de inspección ambiental por funcionarios de esta Superintendencia a la Panadería Max Pan. La referida actividad culminó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental, de la misma fecha, la cual forma parte del informe de fiscalización DFZ-2018-1432-VI-PPDA. Dicho expediente da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se constató la existencia de un horno tipo industrial, que utiliza petróleo como combustible, además de un segundo horno de piso de acero inoxidable que utiliza gas como combustible.

ii) Al momento de la inspección, el encargado señala desconocer la efectividad de la realización de la medición anual discreta de emisiones, motivo por el cual se solicitó la entrega de la documentación respectiva, en un plazo de 5 días hábiles, en la Oficina Regional respectiva de esta Superintendencia.

iii) La titular no hizo entrega de la medición isocinética requerida durante la inspección ambiental.

C. Instrucción del procedimiento sancionatorio

4. Mediante Memorándum D.S.C. N° 491/2019, de fecha 17 de octubre de 2019, se procedió a designar a Lilian Solís Solís como Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor Suplente, para llevar adelante la instrucción del procedimiento sancionatorio, en virtud del artículo 49 de la LO-SMA. Posteriormente, mediante Memorándum N°275/2020, de fecha 8 de mayo de 2020, se procedió a designar a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Lilian Solís Solís como Fiscal Instructora suplente.

5. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 21 de octubre de 2019 y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-052-2019, mediante la Res. Ex. N° 1/Rol F-052-2019, que establece la formulación de cargos en contra de la titular, por no haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante una medición anual discreta para el horno industrial a petróleo, para el periodo comprendido entre los años 2017-2018. Adicionalmente, la referida resolución estableció en su resuelvo III que el infractor tendría un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC") y de 15 días hábiles para formular Descargos, ambos contados desde la fecha de notificación de la formulación de cargos.

6. De conformidad con el artículo 46 de la Ley N° 19.880, supletoria a la LO-SMA, atendido lo dispuesto en el artículo 62 de esta última, la resolución previamente indicada, fue notificada con fecha 06 de noviembre de 2019 a la titular, según la información obtenida desde la página web de Correos de Chile asociado al número de seguimiento 1180963206677.

III. CARGO FORMULADO

7. Mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol F-052-2019, se formuló un cargo contra la titular, por el siguiente hecho, acto u omisión que constituye infracción conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación:

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas				
1	No haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante una medición anual discreta para el horno industrial a petróleo, para el periodo comprendido entre los años 2017-2018.	<p>D.S. N° 15/2013, Artículos 25 y 20:</p> <p><i>“Artículo 25.- Las panaderías, sean fuentes emisoras nuevas o existentes, deberán cumplir el límite de emisión para MP establecido en la siguiente tabla [...] El cumplimiento del límite de emisión de MP será acreditado mediante una medición anual discreta, según lo establecido en el artículo 20, tabla 8[...]”</i></p> <table border="1" data-bbox="613 827 1398 1064"> <tr> <td data-bbox="613 827 889 899">Contaminante</td> <td data-bbox="889 827 1398 899">Método de medición discreta</td> </tr> <tr> <td data-bbox="613 899 889 1064">MP</td> <td data-bbox="889 899 1398 1064">Método CH-5 “Determinación de las emisiones de partículas desde fuentes estacionarias”, de acuerdo a la Resolución N°1349, del 6 de octubre de 1997, del Ministerio de Salud.</td> </tr> </table> <p><i>Artículo 20, Tabla N°8. Método de medición discreta</i></p>	Contaminante	Método de medición discreta	MP	Método CH-5 “Determinación de las emisiones de partículas desde fuentes estacionarias”, de acuerdo a la Resolución N°1349, del 6 de octubre de 1997, del Ministerio de Salud.
Contaminante	Método de medición discreta					
MP	Método CH-5 “Determinación de las emisiones de partículas desde fuentes estacionarias”, de acuerdo a la Resolución N°1349, del 6 de octubre de 1997, del Ministerio de Salud.					

IV. MEDIOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO, EN BASE A LOS CRITERIOS LÓGICOS Y DE EXPERIENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

8. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone 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 crítica¹, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

9. En el presente caso, no se han efectuado requerimientos de diligencias probatorias por parte de la infractora, así como tampoco se presentaron Descargos ni documentos destinados a desvirtuar la configuración de la infracción.

10. En razón de lo anterior, cabe reiterar que funcionarios de la SMA realizaron una inspección ambiental a la titular con fecha 25 de mayo de 2018, constatándose en esa oportunidad que la titular no contaba con los informes isocinéticos asociados a su horno panadero.

¹ De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

11. Así, debido a que la titular no contaba con informes de las mediciones isocinéticas al momento de la inspección ambiental, se le otorgó un plazo de 5 días hábiles para que hiciera entrega de los mismos, la que no fue materializada.

12. En relación con lo anterior, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que *“los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8 de la LO-SMA señala *“el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal.”*

13. Que, por lo tanto, los funcionarios habilitados como fiscalizadores de esta Superintendencia tienen el carácter de ministros de fe respecto de los hechos constitutivos de infracción constatados en la respectiva acta de fiscalización, existiendo una presunción legal respecto de dichos hechos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° de la LO-SMA.

14. Así, el hecho consistente en que la titular no contaba con los informes isocinéticos al momento de la inspección ambiental y el hecho de que la titular no entregó los informes isocinéticos luego de que se le otorgara un plazo suficiente para hacerlo, permiten concluir fundadamente que la titular no realizó las mediciones de material particulado exigidas por el D.S.N°15/2013 durante una frecuencia determinada, debido a que, teniendo a la vista el desembolso económico que las mediciones implican y que su razón de ser se debe a la fiscalización ambiental, las máximas de la experiencia indican que los titulares no realizan sus mediciones isocinéticas para mantenerlas bajo reserva sino que para hacer entrega de ellas a la autoridad competente.

15. En consecuencia, se tienen por ciertos los hechos constatados en el expediente de fiscalización.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

16. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1 / Rol F-052-2019, esto es, no haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante una medición anual discreta para el horno industrial a petróleo, para el periodo comprendido entre los años 2017-2018.

17. El Cargo mencionado se ajusta con el tipo establecido en la letra c) del artículo 35 de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación.

18. En virtud de lo anterior, y considerando que no se presentaron medios de prueba que logren desvirtuar los hechos constatados, ni su carácter antijurídico, se entiende por probada y configurada la infracción en el presente procedimiento.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

19. Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el hecho constitutivo de infracción que fundamentó la formulación de cargos fue identificado con el tipo establecido en la letra c) del artículo 35 de la LO-SMA. A su vez, respecto de la clasificación de la infracción, el artículo 36 N° 3 de la LO-SMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

20. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos del presente procedimiento, clasificar dicha infracción como leve, considerando que, de manera preliminar, no era posible encuadrarla en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36.

21. Lo anterior, dado que, de los antecedentes del presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permiten clasificar las infracciones como gravísimas o graves.

22. En base a lo señalado, y considerando que no se han presentado nuevos antecedentes que hagan variar dicho análisis, es de opinión de este Fiscal mantener la clasificación de la infracción como leve, la cual podrá ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil Unidades Tributarias Mensuales.

IX. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APLICABLES AL PRESENTE PROCEDIMIENTO

23. El artículo 38 de la LO-SMA establece el catálogo o tipo de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA.

24. Por su parte, el artículo 39 de la misma ley establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal c) que *“las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales”*.

25. La determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro de dicho catálogo, está sujeta a la configuración de las circunstancias indicadas en el artículo 40 de la LO-SMA. En este sentido, esta Superintendencia ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, *“Bases Metodológicas”*) y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA, entendiéndose incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

26. El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*

- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) *La conducta anterior del infractor.*
- f) *La capacidad económica del infractor.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”.*

27. Para orientar la forma de ponderar estas circunstancias, en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales antes referidas, además de precisar la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias, se indica que para la determinación de las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se realiza una adición entre un primer componente, que represente el “beneficio económico” derivado de la infracción, y una segunda variable, denominada “componente de afectación”, que representa el nivel de lesividad asociado a la infracción.

28. En este sentido, a continuación, se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, partiendo para ello por el análisis del beneficio económico obtenido como secuencia de la infracción, y siguiendo luego con la determinación del componente de afectación. Este último componente se encuentra basado en el “valor de seriedad de la infracción”, el cual considera la importan o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado y la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental, y se ajusta de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo al tamaño económico de la empresa.

29. Dentro de este análisis **se exceptuarán** las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA: **la letra d)**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 15/2013 por parte de la titular y porque la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor; **la letra e)**, en su dimensión de factor que incrementa la sanción, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional; **la letra g)** en su factor de incremento de la sanción original, puesto que no se presentó un programa de cumplimiento en el presente caso y; **la letra h)** puesto que en el presente caso el infractor no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado.

30. Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA, **en este caso no aplica: la letra i) respecto de falta de cooperación, la letra i) respecto de la cooperación eficaz, ni la letra i) respecto de la adopción de medidas correctivas**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan dificultado o ayudado al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos, ni ha acreditado la realización de medidas correctivas posteriores a la formulación de cargos.

31. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación, se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias.

- A. **El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c de la LO-SMA).**

32. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. El beneficio económico obtenido como producto del incumplimiento puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, o de una disminución en los costos, o una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de estos componentes, los cuales ya han sido definidos en las Bases Metodológicas para la determinación de Sanciones Ambientales.

33. Además, para la ponderación de esta circunstancia es necesario configurar el escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental, así como también configurar el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. En este sentido, se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

34. Para efectos de la estimación del beneficio económico y para el cargo analizado, se consideró una fecha estimada de pago de multa al 17 de agosto de 2020, el valor de la UTA al mes de agosto de 2020 —para todos los valores expresados en UTA— y, una tasa de descuento de un 9,2% estimada en base a información de referencia del rubro panaderías.

I. Escenario de cumplimiento

35. En relación a este escenario, es necesario identificar las acciones y costos que, de haber sido implementados a tiempo, habrían posibilitado el cumplimiento de la normativa establecida en el D.S. N° 15/2013. Dicha medida, en este caso, consistía en haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante una medición anual discreta para el horno industrial a petróleo, para el periodo comprendido entre los años 2017-2018.

36. Respecto del costo por el muestreo isocinético, se considerará para estos efectos el valor de UF\$ 50².

37. Para efectos de la estimación, se considera entonces que en un escenario de cumplimiento la titular debió realizar la medición isocinética en cualquier fecha en los 12 meses previos a la inspección. Para fines de cálculo se considera que, si la titular hubiese realizado la medición durante mayo de 2018, tras los ajustes correspondientes, hubiese desembolsado un valor de \$1.352.003.

II. Escenario de incumplimiento

38. El escenario de incumplimiento normativo consistente en el escenario real en el cual se comete la infracción, que concretamente dice relación con la falta en la periodicidad de las mediciones isocinéticas debidas al horno industrial a petróleo de la panadería Max Pan. Al respecto, la titular no acreditó la realización de la medición correspondiente al periodo comprendido entre los años 2017-2018.

² Dicho valor fue tomado como referencia de costo de la acción de realizar una medición isocinética presentada en el Programa de Cumplimiento del proceso sancionatorio Rol F-023-2017, aprobado mediante la Res. Ex. N°4/F-023-2017, de fecha 5 de septiembre de 2017.

III. Determinación del beneficio económico

39. De conformidad a lo indicado precedentemente, a partir de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, se concluye que existe un beneficio económico a partir de los costos evitados por parte de la titular, al no realizar la medición isocinética debida para el periodo comprendido entre los años 2017-2018. De acuerdo a lo anterior, y a partir de la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 2,0 UTA.

Tabla N° 1 – Resumen de la ponderación de Beneficio Económico

Costo que origina el beneficio	Costos retrasado o evitado		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos evitados al no efectuar las mediciones isocinéticas de MP correspondientes a los periodos para los cuales se configura la infracción.	1.352.003	2.2	2.0

B. Componente de afectación.

B.1) Valor de seriedad

40. El valor de seriedad se determina a través de la asignación de un “puntaje de seriedad” al hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente de acuerdo al nivel de seriedad de los efectos de la infracción, o de la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar dentro de las circunstancias que constituyen este valor, aquellas que concurren en la especie, esto es, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse y la vulneración al sistema de control ambiental, quedando excluidas del análisis las letras g) y h) del artículo 40 de la LOSMA debido a que, en el presente caso, como ya se señaló, no resultan aplicable.

B.1.1) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la LO-SMA.

41. En relación a esta circunstancia, cabe recordar que el concepto de daño al que alude este artículo es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la ley 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

42. Por otro lado, la expresión “importancia” alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que

determina la aplicación de sanciones más o menos intensas³. Ahora bien, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso. Por lo tanto, riesgo es la probabilidad que ese daño se concrete, mientras que el daño es la manifestación cierta del peligro.

43. En cuanto al daño, corresponde descartarlo en el presente caso, dado que, en el acta de fiscalización, el informe y sus anexos no es posible confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o uno de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas, para efectos de este procedimiento sancionatorio.

44. En cuanto al concepto de riesgo o peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, ésta corresponde a la “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”⁴. A su vez, dicho servicio distingue la noción de peligro, de la de riesgo, definiendo a esta última como la “*probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*”. La idea de peligro concreto, de acuerdo a como se ha comprendido la ponderación de esta circunstancia, se encuentra asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso en específico. Se debe tener presente que el riesgo no requiere que el daño efectivamente se produzca y que, al igual que con el daño, el concepto de riesgo que se utiliza en el marco de la presente circunstancia es amplio, porque éste puede generarse sobre las personas o el medio ambiente, y ser o no significativo.

45. Adicionalmente, es importante tener presente que en el Valle Central de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins hay un riesgo preexistente debido a que dichas comunas se encuentran saturadas por MP 10, y por tanto, en caso de determinar el riesgo de la infracción en concreto, esto conduciría a un aumento del riesgo preexistente, el que puede llegar a ser significativo o no.

46. En específico, respecto a la identificación de un riesgo, corresponde en primer lugar, identificar la fuente emisora y el contaminante, luego establecer cuál es la ruta de exposición ya sea completa, o parcialmente completa, y finalmente determinar si existe población receptora de dichas emisiones, situación que se desarrollará en los considerandos siguientes.

47. Respecto del primer punto a examinar, tanto la fuente emisora como el contaminante se encuentran identificados. Así las emisiones corresponden a material particulado y gases provienen de la combustión de petróleo asociadas al horno empleado en la Panadería Max Pan.

48. Como complemento indispensable a la identificación del contaminante se encuentra la concentración del mismo, toda vez que el PPDA del Valle Central establece una prohibición de superación de determinado límite del mismo, no existiendo una prohibición absoluta de emitir tal contaminante a la atmósfera. Por lo que, si una fuente emite una concentración de contaminante inferior al límite que establece el D.S.N°15/2013, esta emisión no aumenta el riesgo en la zona sino que fue prevista dentro del cumplimiento del objetivo del Plan que es lograr que en la zona saturada, en un plazo de 10 años, se dé cumplimiento a la norma de calidad primaria para material particulado respirable (MP10) en

³ La referencia a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado parece vincularse con otro criterio frecuentemente utilizado en las normativas sancionatorias: la gravedad de la infracción. Indica Bermúdez que la mayor o menor gravedad de las infracciones no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto. BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Legal Publishing, Santiago, 2010, p.191.

⁴ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. p. 19. Disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

sus métricas diaria y anual, establecida en el DS N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de manera de proteger la salud de la población.

49. Pese a lo anteriormente expuesto, la infracción en análisis, es decir, el incumplimiento de la obligación de medición de emisiones no permite caracterizar ni cuantificar el nivel de emisión de la fuente, que resulta ser indispensable a la hora de evaluar el cumplimiento de los límites de emisión y de esta manera cumplir con la meta de reducción de emisiones del Plan, lo que repercute en una mejora en la calidad del aire de la zona. Dicho de otra manera, no es posible confirmar ni descartar la configuración de un riesgo en el presente caso debido a que se desconoce si la fuente cumple o no el límite de emisión previsto para sus características.

50. Por otra parte, basado en el estudio “Inventario de Emisiones de Contaminantes Atmosféricos, desde La Región del Libertador Bernardo O’Higgins hasta La Región De Los Lagos” realizado el año 2019 por Sistam Ingeniería para la Subsecretaria del Medio Ambiente, es posible constatar que 62 panaderías realizaron la declaración de emisiones (F138) en el año 2017 de un total de 1.235 fuentes fijas registradas en La Región del Libertador General Bernardo O’Higgins (tabla 15 del inventario).

51. Además de lo anterior, dicho informe indica que las emisiones de MP10 asociadas a panaderías alcanzaron el año 2017 a 0,2 t/a para la región (tabla 165) y las emisiones de MP10 asociadas a fuentes puntuales inventariadas alcanzaron el mismo año un total 1.288,28 t/a (tabla 135) para la misma región, por lo que se puede concluir que solo un 0,016% de las emisiones de MP10 están asociadas al rubro panaderías en la región. Complementario a lo anterior, podemos determinar que en promedio cada una de las 62 panaderías de la región es responsable del 0,0032 t/a equivalente a 0,00026% de emisiones de MP10 inventariadas en La Región.

52. Debido a lo indicado con anterioridad, en el presente caso es factible esperar que las emisiones sean aun menores de lo estimado para una panadería promedio de la región, dado que el combustible empleado en el horno de la Panadería Max Pan es el petróleo, el cual genera menores emisiones de MP en relación a hornos de leña y a otras fuentes tanto grupales como puntuales.

53. Continuando con el análisis teórico respecto de la ruta de exposición, si bien se trata del medio atmosférico, es necesario considerar que en el Informe de Fiscalización no constan antecedentes que permitan estimar un flujo de emisiones, así como las características del ducto evacuación de gases de escape; ambas variables son requeridas para determinar la trayectoria y la distancia que alcanza la dispersión de los contaminantes atmosféricos generados por la fuente.

54. Por último, al no poder establecer un distancia y trayectoria de la pluma de dispersión de las emisiones del horno, ni conocer la concentración de emisión de material particulado al no contar con mediciones previas o posteriores de la fuente, resulta impracticable con los antecedentes disponibles establecer una población receptora y menos cuantificar eventuales personas afectadas. Basado en lo anterior, y al no contar con los elementos necesarios para su determinación, se puede concluir que no es posible en el presente caso determinar un riesgo certero.

55. Que, esta forma, se estima que no es posible determinar cuál es la contribución de la infracción al riesgo individualizado en los considerandos anteriores. Dado lo anterior, se estima que el disvalor aparejado a la hipótesis contenida en la letra a) del artículo N°40 de la LO-SMA resulta indeterminado.

B.1.2) Número de personas cuya salud pudo afectarse (artículo 40 letra b) de la LO-SMA).

56. La afectación a la salud establecida en el artículo 40, letra b) de la LO-SMA, debe entenderse en un sentido más amplio que el prescrito en

el artículo 36 de la LO-SMA, debido a que para la aplicación de este último no se exige que la afectación, concreta o inminente, tenga el carácter de grave o significativa.

57. En este orden de ideas, la afectación concreta o inminente de la salud atribuida al comportamiento de un infractor determina la gravedad de la infracción, mientras que la entidad y cuantía de la sanción a aplicar será definida por el número de personas que pudieron verse afectadas, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad.

58. Por otra parte, esta circunstancia, al utilizar la fórmula verbal “pudo afectarse”, incluye a la afectación grave, al riesgo significativo y, finalmente, el riesgo que no es significativo para la salud de la población. De esta manera, se aplica tanto para afectaciones inminentes, afectaciones actuales a la salud, enfermedades crónicas y también la generación de condiciones de riesgo, circunstancia que permite evaluar no sólo el mínimo de personas cuya salud se vio afectada de manera cierta, sino también el número de potenciales afectados.

59. Luego, en concreto, tal como se indicó en los considerandos anteriores relativos a la importancia del peligro ocasionado, debido a no cumplir con la obligación de realizar mediciones isocinéticas a la fuente e informarlas a esta Superintendencia, no resulta posible determinar el número específico de personas cuya salud pudo ser potencialmente afectada al no ser posible en el presente caso efectuar una relación entre los elementos de fuente contaminante y tasa de emisión con los demás elementos, que son la ruta de exposición y los receptores poblacionales de interés. Por lo tanto, esta circunstancia no puede ser ponderada en este caso concreto.

60. La falta de información relevante para la determinación de las circunstancias a) y b) del artículo 40 de la LO-SMA es consecuencia del incumplimiento de la obligación de realizar mediciones para determinar las emisiones de material particulado de la fuente, lo que será ponderado en el apartado siguiente.

B.1.3) Vulneración al sistema de control ambiental (artículo 40 letra i) de la LO-SMA).

61. La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

62. Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, como de la manera en que ha sido incumplida. Por tanto, al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, se debe considerar aspectos como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma.

63. Dado que se trata de una circunstancia que se refiere a la importancia de la norma infringida y las características de su incumplimiento, concurre necesariamente en todos los casos en los cuales la infracción es configurada. Esto se diferencia de las circunstancias que se relacionan con los efectos de la infracción, las que pueden concurrir o no dependiendo de las características del caso.

64. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración del D.S. N°15/2013, el cual tiene por objetivo lograr que, en un plazo de 10 años, en la zona saturada que abarca dichas comunas, se dé cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP10.

65. Se puede indicar que el sistema de control resultó vulnerado, pues la autoridad ambiental dejó de disponer de información relevante y necesaria para la determinación de las emisiones de material particulado, generadas por el horno de la titular a la atmósfera, y con ella poder determinar si éstas se encuentran dentro de los límites establecidos. A mayor abundamiento, se puede señalar que el objetivo de la norma, basado principalmente en lograr que en la zona saturada se dé cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP10, no pudo ser cumplido a cabalidad, en consideración de que para lo anterior, dicho instrumento ambiental posee dentro del catálogo de medidas de control de emisiones, aquellas relativas a limitar la concentración de MP proveniente de los hornos de panaderías.

66. Respecto a la infracción en análisis, se puede señalar que, al omitir la realización de las mediciones isocinéticas, se impide a la autoridad ambiental contar con el mencionado método de control de emisiones, y por consiguiente el objetivo que persigue el respectivo D.S. N°15/2013 se ve truncado por la ausencia de información completa relativa a los resultados de las mediciones requeridas. Esta omisión se agrava todavía más si la fuente no ha realizado medición en periodos anteriores o posteriores al periodo donde se configura la infracción, debido a que no existe referencia alguna acerca de la concentración del contaminante que es emitido a la atmósfera. En definitiva, la eficacia del D.S. N°15/2013, como instrumento de gestión ambiental, se basa, entre otros aspectos, en el cumplimiento de la obligación de realizar mediciones y posteriormente reportarlas a la autoridad, con el objetivo de mantener un control de las emisiones de contaminantes en la zona saturada. De esta forma, el incumplimiento de dicha obligación afecta las bases del sistema de protección ambiental.

67. En este sentido, la sanción impuesta con motivo de este tipo de infracciones se justifica tanto en el desincentivo al incumplimiento futuro de este tipo de obligaciones en los titulares afectos a ellas, y, además, en la carencia de información relevante para la mantención del control de emisiones en la zona saturada.

68. En concreto, para efectos de ponderar el grado de vulneración al sistema de protección ambiental, y determinar el valor de seriedad de las infracciones en particular, debe considerarse la extensión del periodo infraccional. En este caso, consta en el procedimiento sancionatorio, que la titular no realizó la medición correspondiente al periodo comprendido entre los años 2017-2018, lo que incluye una omisión de realización de medición isocinética.

69. Por los motivos señalados anteriormente, esta circunstancia será considerada al momento de determinar la sanción, entendiendo que esta vulneración al sistema de control ambiental tuvo un nivel **bajo**.

B.2) Factores de incremento

70. Tal como se señaló en los considerandos 38 y 39, no se ponderarán circunstancia de la letra d) ni la letra e) del artículo 40 de la LO-SMA, así como tampoco la falta de cooperación en la investigación o el procedimiento en virtud de la letra i) del mismo artículo, atendidas las consideraciones antes expuestas.

B.3) Factores de disminución.

71. A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden disminuir el componente de afectación. Ahora bien, no se analizará la circunstancia establecida en la letra d), por las razones ya señaladas en los considerandos 28 y 29. Teniendo presente, además, que en este caso no ha mediado una autodenuncia, ni se ha configurado algún tipo de cooperación por parte de la titular, ni se ha acreditado la realización de medidas correctivas, no se ponderarán dichas circunstancias en virtud de la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA.

b.3.1) Irreprochable conducta anterior (Artículo 40 letra e) de la LO-SMA)

72. Sobre este punto, se hace presente que no existen antecedentes que den cuenta de la existencia de procedimientos sancionatorios previos de los órganos de competencia ambiental sectorial.

73. Asimismo, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta anterior irreprochable, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente.

b.3.2) Ponderación de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia COVID-19

74. En el presente apartado se ponderará como circunstancia excepcional el impacto de la pandemia que se encuentra actualmente en curso. Como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

75. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

76. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será propuesta al Superintendente.

77. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020, conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso, lo que se verá reflejado en la propuesta del presente dictamen.

B.4) Capacidad económica del infractor (artículo 40 letra f) de la LO-SMA).

78. La capacidad económica 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 Pública⁵. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

79. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones⁶.

80. Para la determinación del tamaño económico de la Empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2019 (año comercial 2018). De acuerdo a la referida fuente de información, la empresa José Antonio Gonzalo y Cía Limitada se encuentra en la categoría de tamaño económico mediana 1, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre 25.000 UF a 50.000 UF.

81. En base a lo descrito, al tratarse de una empresa categorizada como Mediana 1, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la

⁵ CALVO Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 - 332.

⁶ Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

X. TIPO DE SANCIÓN A APLICAR

82. Según se indicó precedentemente, la infracción que da origen al presente procedimiento sancionatorio ha sido calificada como leve. En consecuencia, según lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la LO-SMA, podrá ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

XI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN.

83. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a la empresa José Antonio Gonzalo y Cía Limitada.

84. Se propone como sanción una multa de tres coma ocho UTA [**3,8 UTA**], respecto al hecho infraccional consistente en la vulneración al artículo 25 en relación con el artículo 20 del D.S. N°15/2013, al no haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante una medición anual discreta para el horno industrial a petróleo, para el periodo comprendido entre los años 2017-2018.

Sin otro particular, se despide atentamente.



Matías Carreño Sepúlveda
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

LSS/JGC

Rol N° F-052-2019