



DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ROL F-051-2017.

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° 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; el Decreto Supremo N° 78, de 20 de julio de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece el Plan de Descontaminación Atmosférica de Temuco y Padre Las Casas, actualizado por el Decreto Supremo N° 8, de 17 de noviembre de 2015; el Decreto Supremo N° 37, de 08 de septiembre de 2017, del Ministerio del Medio Ambiente que renueva la designación de don Cristián Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 424, de 12 de mayo de 2017, que fija Organización Interna de Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 559, de 9 de junio de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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° 1600, de 30 de octubre de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN.

1. Que, el artículo 1° del Decreto Supremo N° 78, de 20 de julio de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Establece Plan de Descontaminación Atmosférica de Temuco y Padre Las Casas (en adelante "el PDA de Temuco y Padre Las Casas"), establece que este instrumento regirá en las comunas de Temuco y Padre Las Casas, y que su objetivo es 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, contenida en el D.S. N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

2. Que, por su parte, el artículo 21 del PDA de Temuco y Padre Las Casas, establece que "*Transcurridos doce meses, contados de la publicación en el Diario Oficial del presente decreto, las fuentes estacionarias puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales nuevas y existentes deberán medir sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético realizado a plena carga, de acuerdo al Método CH - 5 (Resolución N° 1.349, del 6 de octubre de 1997 del Ministerio de Salud, "Determinación de las Emisiones de Partículas desde Fuentes Estacionarias")*, en cada una de las chimeneas de descarga a la atmósfera. [...]"

3. En relación a lo anterior, el artículo 23 del PDA de Temuco y Padre Las Casas establece que "*La periodicidad de los muestreos isocinéticos de emisiones de las fuentes puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales, quedará definida de manera diferenciada por tipo de combustible, como se muestra a continuación: [...]"*

Tabla N° 1. Periodicidad de los Muestréos Isocinéticos requeridos para acreditar emisiones.¹

Tipo de fuente	Tipo de Combustible	Periodicidad
Fuentes Puntuales	Cualquier tipo	Cada 12 meses
Fuentes Grupales y Calderas de Calefacción Grupales	Petróleo diésel o kerosene	Cada 36 meses
	Gas natural, Gas licuado, Gas ciudad u otros similares ⁽¹⁾ .	Exentas de acreditarse ⁽²⁾
	Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)	Cada 12 meses

(1) De acuerdo a lo establecido por la SEREMI de Salud.

(2) Salvo que la SEREMI de Salud lo requiera, fundado en que se haya observado una condición de la operación en la fuente que implique la generación de emisiones de material particulado por sobre los estándares característicos para este tipo de combustibles.

4. Que, el artículo 3° de la LO-SMA señala: “La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones: m) Requerir a los titulares de fuentes sujetas a un plan de Manejo, Prevención y, o Descontaminación, así como a Normas de Emisión, bajo apercibimiento de sanción, la información necesaria para acreditar el cumplimiento de las medidas de los respectivos planes y las obligaciones contenidas en las respectivas normas (...) p) (...) Las infracciones a las obligaciones derivadas de este sistema, así como la de las personas acreditadas se sancionará de conformidad a lo señalado en el Título III de la presente ley (...).”

5. Que, mediante la Resolución Exenta N° 1209, de 27 de diciembre de 2016, de la SMA, que Fija Programa y Subprograma de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2017, se programó y subprogramó la fiscalización del cumplimiento del PDA de Temuco y Padre Las Casas para el año 2017.

6. Que, en ese contexto, con fecha 7 de julio de 2017 se realizó una actividad de inspección ambiental por esta Superintendencia, a la Comunidad Edificio Don Simón II, ubicada en calle Senador Estébanez N° 761, comuna de Temuco, Región de la Araucanía, que concluyó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental de la misma fecha. Luego, mediante comprobante de derivación N° 6282, la División de Fiscalización remitió a la División de Sanción y Cumplimiento, ambas de esta Superintendencia, el informe DFZ-2017-5486-IX-PPDA-IA, mismo que detalló la actividad de fiscalización realizada por un funcionario de esta repartición a la referida comunidad.

7. En dicha ocasión, tal como consta en la referida acta de fiscalización ambiental, se inspeccionó la caldera del edificio, constatándose el funcionamiento de una caldera de calefacción que utiliza leña como combustible. En la misma oportunidad, se entregó por parte de la comunidad, un documento de declaración de emisiones, correspondiente al año 2015, en el cual se identificó la caldera marca VFG Ltda., año de fabricación 1995, registro MINSAL N° 114. Asimismo, en dicha acta se solicitó por parte del funcionario la entrega de la siguiente información: (i) Informes isocinéticos de la caldera, desde el año 2015 a la fecha (correspondiente al año 2017), (ii) Declaración de emisiones atmosféricas del año 2016, o bien documento del MINSAL que señale si la caldera es fuente nueva o existente, y (iii) Copia del último informe técnico de la caldera.

¹ Fuente: Información establecida en la tabla N° 11 del D. S N° 78.

8. Que, frente al requerimiento descrito en el considerando anterior, la Comunidad Edificio Don Simón II, no cumplió cabalmente con lo requerido por el funcionario de la SMA, en relación con la entrega de información faltante, presentando únicamente el informe isocinético del período 2017, no remitiendo los informes de los años 2015 y 2016.

9. Que, mediante Memorándum D.S.C. N° 653/2017, de fecha 02 de noviembre de 2017, se procedió a designar a Sebastián Arriagada Varela como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Leslie Cannoni Mandujano como Fiscal Instructora suplente.

10. Que, en base a los antecedentes previamente mencionados, con fecha 08 de noviembre de 2017 y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-051-2017, con la formulación de cargos a la Comunidad Edificio Don Simón II, Rol Único Tributario N° 56.048.030-K, respecto del edificio habitacional ubicado en calle Senador Estébanez N° 761, comuna de Temuco, Región de la Araucanía, por incumplimiento al requerimiento de información formulado en el acta de inspección de fecha 7 de julio de 2017, relativo a la no remisión de los muestreos isocinéticos correspondiente a la Caldera N° 1, para los períodos 2015 y 2016.

11. Que, dicha formulación de cargos, materializada a través de la Resolución Exenta N° 1/Rol F-051-2017, en virtud del inciso segundo del artículo 46 de la Ley N° 19.880, fue enviada por carta certificada al referido domicilio registrado en la Superintendencia. La carta certificada fue recepcionada con fecha 13 de noviembre de 2018, de acuerdo a la información proporcionada por Correos de Chile, mediante el número de seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180588249721.

12. Cabe precisar que, habiéndose notificado la precitada formulación de cargos, durante la consecución del presente procedimiento sancionatorio, la comunidad no presentó descargos u alegación alguna ni acompañó un Programa de Cumplimiento ante esta Superintendencia.

13. Posteriormente, con el objeto de determinar la procedencia de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, esta Superintendencia, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-051-2017, de fecha 29 de junio de 2018, solicitó a la comunidad información relativa a: (i) Señalar expresamente si la comunidad realizó o no los muestreos isocinéticos para acreditar emisiones de la fuente estacionaria puntual, correspondiente a la Caldera N° 1, respecto a los períodos 2015 y 2016, y en caso de haber realizado dichos muestreos, acompañarlos ante esta Superintendencia, y (ii) Remitir las liquidaciones de gastos comunes mensuales del periodo de enero a diciembre de los años 2016 y 2017. Para la entrega de la referida información se otorgó en su Resuelvo II, un plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la referida Resolución.

14. Por su parte, en el Resuelvo IV de dicha Resolución se indicó que con fecha 31 de enero de 2017, entró en vigencia la Guía Metodológica para la Determinación de sanciones ambientales – Actualización, aprobada mediante la Res. Ex. N°85, de 22 enero de 2018.

15. Finalmente, habiendo transcurrido el plazo de 05 días hábiles otorgado en el Resuelvo II de la Res. Ex. N° 2/Rol F-051-2017, la comunidad no procedió a responder a la solicitud de información descrita precedentemente, lo cual será analizado

a propósito de la adopción de medidas correctivas y de la cooperación eficaz en el procedimiento, así como en la determinación del beneficio económico, en la sección relativa a la determinación de la sanción que corresponde aplicar.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR.

16. El presente procedimiento administrativo, Rol F-051-2017, fue iniciado en contra de la Comunidad Edificio don Simón, Rol Único Tributario N° 56.048.030-k, domiciliada en Senador Estébanez N° 761, comuna de Temuco, Región de la Araucanía, en calidad de posible infractora.

IV. CARGOS FORMULADOS.

17. En la formulación de cargos, se individualizó el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la norma que se indica:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Normativa que se considera infringida	Clasificación												
1	El titular no remitió los muestreos isocinéticos requeridos en el acta de inspección de fecha 07 de julio de 2017, para acreditar emisiones de la fuente estacionaria puntual, registro MINSAL N° 114, correspondiente a la Caldera N° 1, para los períodos 2015 y 2016.	<p>Requerimiento de información formulado por la SMA en acta de inspección de fecha 17 de julio de 2017.</p> <p><i>"Informes Isocinéticos del año 2015 a la fecha (07/07/2017)".</i></p> <p>D.S. N° 78/2009 MINSEGPRES</p> <p>"Artículo 21.- Transcurridos doce meses, contados de la publicación en el Diario Oficial del presente decreto, las fuentes estacionarias puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales nuevas y existentes deberán medir sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético realizado a plena carga, de acuerdo al Método CH-5 (Resolución N° 1.349, del 6 de octubre de 1997 del Ministerio de Salud, "Determinación de las Emisiones de Partículas desde Fuentes Estacionarias"), en cada una de las chimeneas de descarga a la atmósfera. [...]"</p> <p>"Artículo 23.- La periodicidad de los muestreos isocinéticos de emisiones de las fuentes puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales, quedará definida de manera diferenciada por tipo de combustible, como se muestra a continuación:</p> <p>[Extracto Tabla N° 11. Periodicidad de los muestreos isocinéticos requeridos para acreditar Emisiones]</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Tipo de fuente</th> <th>Tipo de combustible</th> <th>Periodicidad</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Fuentes puntuales</td> <td>Cualquier tipo</td> <td>12 meses</td> </tr> <tr> <td>Fuentes grupales</td> <td>leña</td> <td>12 meses</td> </tr> <tr> <td>Fuentes grupales</td> <td>Petróleo diésel</td> <td>36 meses</td> </tr> </tbody> </table>	Tipo de fuente	Tipo de combustible	Periodicidad	Fuentes puntuales	Cualquier tipo	12 meses	Fuentes grupales	leña	12 meses	Fuentes grupales	Petróleo diésel	36 meses	Leve, conforme al numeral 3° del artículo 36 LOSMA.
Tipo de fuente	Tipo de combustible	Periodicidad													
Fuentes puntuales	Cualquier tipo	12 meses													
Fuentes grupales	leña	12 meses													
Fuentes grupales	Petróleo diésel	36 meses													



		<p>D.S. N° 8/2015 MMA</p> <p>"ARTÍCULOS TRANSITORIOS</p> <p>Primero: Las calderas existentes, sometidas al decreto supremo N° 78/2009, del MINSEGPRES, deberán continuar cumpliendo con las disposiciones allí establecidas, hasta la fecha en que entre en vigencia lo dispuesto en el Capítulo IV del presente Decreto."</p>	
--	--	--	--

V. NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DE LA COMUNIDAD EDIFICIO DON SIMÓN II.

18. Cabe indicar que la presunta infractora no presentó descargos en el presente procedimiento sancionador, a pesar de haber sido debidamente notificada según la información de Correos de Chile.

VI. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA, EN BASE A LOS CRITERIOS LÓGICOS Y DE EXPERIENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS.

19. 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 crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

20. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del Dictamen, señalar la forma cómo se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

21. En razón de lo anterior, corresponde reiterar que los hechos sobre el cuales versa la formulación de cargos han sido constatados por un funcionario de esta Superintendencia, de la Región de la Araucanía, en inspección ambiental de fecha 7 de julio de 2017, en el domicilio ubicado en Senador Estébanez N° 761, comuna de Temuco, siendo dicha actividad registrada en el acta de inspección de la misma fecha, plasmadas en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2017-5486-IX-PPDA-IA. En dicha acta se constató que la caldera del edificio utiliza leña como combustible, circunstancia que fue corroborada mediante documento de declaración de emisiones, entregado por la propia comunidad, correspondiente al año 2015, en el cual se identificó la caldera marca VFG Ltda., año de fabricación 1995, registro MINSAL N° 114.

22. En el mencionado informe de fiscalización se consigna el incumplimiento consistente en la falta de entrega de los Informes Isocinéticos correspondientes a los años 2015 y 2016, lo cual fue requerido en la referida inspección ambiental.

² 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.

por parte de un funcionario de esta Superintendencia, en razón de la utilización de una caldera a leña en el edificio Don Simón II, según se indicó precedentemente.

23. 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”*.

24. Adicionalmente, cabe mencionar lo señalado al respecto por la jurisprudencia administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la Republica, en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, precisó que *“(…) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad”*.

25. En consecuencia, 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, así lo establece el artículo 8° de la LO-SMA. En el presente caso, dicha presunción legal no fue desvirtuada por el presunto infractor, de modo que se tienen por ciertos los hechos constatados en la referida inspección ambiental.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

26. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, corresponde señalar que se tienen por probados los hechos que fundan la formulación de cargos contenida en la Resolución Exenta N° 1/Rol F-051-2017, esto es la falta de entrega de la medición isocinética correspondiente a los años 2015 y 2016, requerida por la SMA en la inspección ambiental de fecha 07 de julio del año 2017.

27. Al respecto, el cargo se identifica con el tipo establecido en la letra j) del artículo 35 de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a la LO-SMA.

28. En virtud de lo anterior, y considerando que no se presentaron medios de pruebas que logren desvirtuar los hechos constatados, ni su carácter antijurídico, se entiende por probada y configurada la infracción.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES.

29. Conforme a lo señalado en el Capítulo anterior, el hecho constitutivo de la infracción que fundó la formulación de cargos en la Resolución Exenta N° 1/ Rol F-051-2017, fue identificado en el tipo establecido en la letra j) del artículo 35 de



la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, de conformidad a la LO-SMA.

30. 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.

31. 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, se estimó que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1° y 2° del citado artículo 36. Al respecto, es de opinión de este Instructor mantener dicha clasificación.

32. En términos generales, de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permiten clasificar la infracción como gravísima o grave. En efecto, la infracción al artículo 35 letra j) se mantiene como leve, toda vez no se trata de aquellas consistentes en el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas **urgentes** (el énfasis es nuestro) dispuestas por esta Superintendencia.³

33. En base a lo anterior y a las razones que serán expuestas en el siguiente capítulo del presente Dictamen, es de opinión de este Instructor mantener la clasificación de la infracción como leve.

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

34. El artículo 38 de la LO-SMA establece el catálogo o tipos 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.

35. Por su parte, el artículo 39, 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”*.

36. 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.

37. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente 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 Metodológica para la Determinación de Sanciones Ambientales (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente y vigente en relación a la instrucción del presente

³ Sentencia de fecha 17 de diciembre del año 2014. Rol R 26-2014, Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Considerando vigésimo noveno y siguientes.

procedimiento. A continuación se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LO-SMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

b) Aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, al caso particular.

38. 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 ocasionado⁴.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁵.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁶.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁷.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁸.*
- f) *La capacidad económica del infractor⁹.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°¹⁰.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹¹.*

⁴ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, 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 un resultado dañoso.

⁵ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia 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, sean o no de importancia.

⁶ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

⁷ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁸ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

⁹ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

¹¹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.



- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*¹².

39. En este sentido, corresponde desde ya indicar que la circunstancia de la letra h) del artículo 40 de la LO-SMA, no es aplicable en el presente procedimiento, puesto que la Comunidad Edificio Don Simón II no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado, ni la letra g), pues el infractor no presentó programa de cumplimiento en el procedimiento. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar, a continuación se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias:

a. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (letra c).

40. 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.

41. Como ha sido descrito, 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.

A. Escenario de Incumplimiento

42. En el presente caso, el escenario de incumplimiento se origina a partir de la solicitud de información requerida en la inspección ambiental de fecha 07 de julio del año 2017. En lo que respecta al presente sancionatorio, cobra relevancia la información relativa a los informes isocinéticos del año 2015 a la fecha (07 de julio de 2017).

43. De la revisión de la información entregada, la que consta en el Informe de Fiscalización DFZ-2017-5486-IX-PPDA-IA, se puede concluir que la Comunidad Edificio Don Simón II dio cumplimiento parcial a lo solicitado, faltando acreditar la realización de las mediciones isocinéticas correspondientes a los años 2015 y 2016. Cabe precisar que el resultado del informe isocinético del año 2017 se ajusta a los límites máximos de material particulado de acuerdo a lo establecido en el PDDA Temuco y Padre Las Casas, correspondiente a una fuente existente.

44. Así las cosas, el escenario de incumplimiento dice relación precisamente con no haber dado cumplimiento con lo establecido en la letra j) del

¹² En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.



artículo 35 de la LO-SMA, en cuanto a la no entrega de los Informes Isocinéticos correspondientes a los años 2015 y 2016, en razón de la utilización de una caldera a leña, según se indicó precedentemente.

45. Respecto de este punto, es posible deducir que, considerando que la comunidad no procedió a la entrega de los informes isocinéticos de los años 2015 y 2016, pero sí de aquél correspondiente al año 2017, dicha falta de información se debe a que las referidas mediciones no fueron realizadas.

46. Por lo demás, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-051-2017, esta SMA solicitó a la comunidad señalar expresamente si realizó o no los muestreos isocinéticos respecto a los períodos 2015 y 2016, y en caso de haber realizado dichos muestreos, acompañarlos ante esta Superintendencia, en un plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la misma. Al respecto, habiendo transcurrido dicho plazo, el titular no procedió a responder a la solicitud de información.

47. En definitiva y considerando de lo expuesto en los considerandos precedentes, para este instructor resulta lógico y razonable concluir que la causa u origen que configuró el cargo del presente procedimiento sancionatorio, fue la no ejecución de la periodicidad de los muestreos isocinéticos en los años 2015 y 2016.

B. Escenario de Cumplimiento

48. En virtud de lo anterior, las acciones que hubiesen posibilitado el cumplimiento de las obligaciones ambientales señaladas en el presente dictamen, y, por lo tanto, evitado el incumplimiento, dicen relación entonces con haber realizado las mediciones isocinéticas para los años 2015 y 2016 y haber entregado dicha información según fue requerida en el acta de inspección ambiental, dando cumplimiento con lo establecido en la letra j) del artículo 35 de la LO-SMA, en cuanto incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirige a los sujetos fiscalizados, de conformidad a la LO-SMA.

49. En consecuencia, bajo un escenario de cumplimiento normativo, Comunidad Edificio Don Simón II debió haber realizado los monitoreos antes señalados con miras a cumplir con la periodicidad de los muestreos isocinéticos de emisiones de las fuentes puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales, según lo dispuesto en la tabla N° 11 del artículo 23 del D.S. N° 78/2009, situación que, como se ha expuesto, no fue constatado en el presente sancionatorio.

50. Dado lo anterior, el beneficio económico se encuentra asociado al costo evitado por no incurrir en los gastos para efectuar el muestreo isocinético mediante la metodología CH-5, de la caldera N°1 con registro MINSAL N°114, para los periodos 2015 y 2016, el cual es requerido para el cumplimiento de los controles de emisión establecidos en el PDA de Temuco y Padre Las Casas.

51. A fin de determinar el costo de dicho muestreo isocinético, se utilizó como referencia los valores contenidos en la "Oferta económica" de la licitación pública denominada "Contratar servicios para calderas MOP Temuco", ID 1183-4-L113, de fecha 27 de agosto de 2013, disponible en el sitio web de Mercado Público¹³. En dicha oferta

¹³ <http://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/RFB/DetailsAcquisition.aspx?qs=BO+FAnBD+Gi7K2cPxJz6bg==★>

económica, es posible observar que el costo para realizar 4 muestreos isocinéticos, mediante la metodología CH-5, alcanza el valor de \$2.800.000.-, es decir, el costo unitario de cada muestreo alcanzaría a la suma de \$700.000, por lo que el beneficio económico asociado a la infracción en comento, será ponderado teniendo a la vista dicho valor.

52. A continuación, la siguiente tabla 1 contiene información relativa al beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción:

Tabla N° 2. Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción

Tipo de gasto	Medida	Costos Evitados (pesos)	Beneficio económico (UTA)
Medición isocinética, mediante metodología CH-5, a la fuente Caldera N° 114/1995, existente en Comunidad Edificio Don Simón II, correspondiente al período 2015 y 2016.	Costos evitados por no realizar las mediciones isocinéticas correspondientes a los periodos 2015 y 2016.	\$ 1.400.000	2,3

53. Como puede observarse, los costos asociados a la realización de las mediciones isocinéticas ascienden a \$ 1.400.000, equivalentes a un valor actualizado de 2,5 UTA¹⁴. Dicho valor se consideró como base para determinar el beneficio económico, puesto que se estima que la Comunidad Edificio Don Simón II, debió invertir dicho monto en la realización de las mediciones para los años 2015 y 2016, de modo que se generó un ahorro en los pagos de los gastos comunes, incurridos por los copropietarios de la Comunidad del Edificio Don Simón II.

54. Para la determinación del beneficio económico, se consideró un valor de la UTA al mes de julio de 2018 —para todos los valores expresados en UTA—. Para la determinación del beneficio económico, se consideró una tasa de descuento de 3,6%.

55. Ahora bien, la Comunidad Edificio Don Simón II, se trata de una comunidad habitacional de copropietarios particulares, y en base a lo anterior, es razonable suponer que los recursos no invertidos en el cumplimiento ambiental, se asimilan a un ahorro en el pago de gastos comunes, y por consiguiente el costo de oportunidad de dichos recursos corresponde a la rentabilidad que cada uno de los copropietarios obtiene sobre ese ahorro. Dada la diversidad de actividades posibles de los copropietarios y la falta de antecedentes sobre estas, se toma el supuesto de que su costo de oportunidad es, al menos, la tasa de interés bancaria en un depósito a plazo¹⁵.

¹⁴ Valor expresado en UTA del mes de julio de 2018

¹⁵ Como tasa de interés bancaria de referencia, se estimó pertinente utilizar la tasa de captación promedio del sistema financiero, nominal, en el plazo de 30 a 89 días, en el periodo 2014 al presente. El plazo de 30 a 89 días, se consideró que es el más adecuado, puesto que de acuerdo a los datos publicados por el Banco Central, este corresponde al plazo de depósito con mayor monto de operaciones, con un 63,9% (Véase "Estadísticas de tasas de interés del sistema bancario". Estudios Económicos Estadísticos N° 113, julio 2015. Pág. 5.). De acuerdo a los datos publicados por el Banco Central, el valor promedio de los valores mes a mes de las tasas de captación a un plazo de 30 a 89 días, en el periodo enero 2014 a



56. En definitiva, de acuerdo a lo expuesto y a la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 2,3 UTA.

57. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor para la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

a) Componente de afectación.

b.1) Valor de seriedad

58. 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 LO-SMA debido a que, en el presente caso, como ya se señaló, no resultan aplicables.

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

59. La letra a) del artículo 40 de la LO-SMA se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño o de un peligro atribuible a una o más infracciones cometidas por el infractor.

60. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 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.

61. En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.

62. En cuanto al concepto de peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, ésta corresponde a la "capacidad intrínseca de una sustancia

septiembre 2017 es de 3,6% (valor promedio anual). Fuente:

http://si3.bcentral.cl/Siete/secure/cuadros/arboles.aspx?idCuadro=TSF_24

agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”¹⁶. 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.

63. En relación al peligro y riesgo vinculado a la infracción, se puede señalar que los muestreos de emisiones en el marco del cumplimiento de los decretos D.S. N°78/2009 y D.S. N°8/2015, resultan fundamentales para determinar, en este caso, si el funcionamiento y las mantenciones de las calderas a leña han sido efectivas en cumplir con las obligaciones suscritas en el plan de descontaminación de Temuco y Padre las Casas y para asegurar que las variables relevantes que dieron origen a dicho Plan evolucionan según lo establecido. De esta manera, la falta de información genera vacíos que limitan la capacidad de predicción y la significancia de los efectos de la contaminación atmosférica y, por ende, limitan la efectividad del Plan de Descontaminación Atmosférica. En ese sentido, la falta de información resulta relevante y necesaria para la determinación de las emisiones de material particulado generadas por la Comunidad Edificio Don Simón II a la atmósfera y con ella poder determinar si éstas se encuentran dentro de los límites establecidos.

64. Sin perjuicio de lo anterior, los resultados de los muestreos isocinéticos para el año 2017 realizados por la Comunidad, muestran el cumplimiento del límite máximo permitido de emisiones para esta fuente. Sin embargo, no se cuenta con antecedentes que permitan extrapolar dichos resultados para los años en que la comunidad no cumplió con la obligación de realizar los muestreos, razón por la cual solo se puede concluir que para el año 2017 el edificio cumplió con los límites permitidos.

65. En este sentido, por la naturaleza de la infracción, dado que no se cuenta con la información antedicha, no es posible configurar peligro ni riesgo, toda vez que la ausencia de información no genera en sí misma un efecto adverso sobre un receptor.

66. Sin embargo, como ya fuese señalado, dado el valor de contar con dicha información, es que dicha situación será ponderada a través de la aplicación del valor de seriedad a la infracción, lo que será importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

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

67. 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

¹⁶ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. p. 19. Disponible en http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

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.

68. 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.

69. 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.

70. Dado que en el presente caso no ha sido posible configurar un riesgo o peligro en un receptor- como se indicara precedentemente- no es posible identificar un número de personas a determinar. Por lo anterior, esta circunstancia no será ponderada en este caso concreto.

b.1.3) Vulneración al sistema de control ambiental (letra i)).

71. 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.

72. 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, así como la manera en que ha sido incumplida. 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.

73. 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.

74. En relación a la presente infracción, ésta se trata de un incumplimiento a un Plan de Descontaminación Ambiental, que, como instrumento de gestión ambiental, tiene por objeto recuperar los niveles señalados en las normas primarias y/o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada, tal como lo señala el artículo 2 del D.S. 94/1995, que fija el procedimiento y etapas para establecer planes de prevención y descontaminación.



75. En ese sentido, el Plan de Descontaminación busca, a través de medidas y disposiciones legales estrictas, rebajar los niveles de contaminación en un territorio determinado del país, a fin de resguardar la salud de la población y del medio ambiente. Para dicho fin, los planes determinan la incidencia de las diversas fuentes de emisión y los aportes de ellas a los niveles de contaminación, estableciendo los destinatarios para quienes éste resultará obligatorio.

76. Que, en lo particular, las comunas de Temuco y Padre Las Casas fueron declaradas Zona Saturadas por Material Particulado Respirable como Concentración de 24 horas, mediante el Decreto N°35, de fecha 11 de mayo de 2005. Posteriormente, y en razón de dicha declaración, se procedió a la dictación del PDA de Temuco y Padre Las Casas, el cual consta en el D.S. N°78/2009 (modificado posteriormente mediante el D.S. N° 8/2015).

77. Dicho instrumento de gestión ambiental, tiene la finalidad de, según se desprende de su propio texto, *“disminuir las concentraciones diarias de MP10 hasta valores que se encuentren por debajo de los niveles considerados de saturación [...]”*, a fin de dar cumplimiento a la norma primaria diaria de MP10 establecida en el D.S. N°59/98.

78. En ese contexto, y en relación al caso concreto, la normativa del PDA de Temuco y Padre Las Casas, se encuentra dirigida a los principales responsables de las emisiones contaminantes por MP10 en las referidas comunas, en donde se sitúa como fuente relevante la combustión de leña que se realiza en áreas residenciales, debido a que tales fuentes aportan el 87,2 % del total de emisiones que se registran en las referidas comunas, de acuerdo al inventario de emisiones realizado en el año 2004, tal como lo indica la Tabla N° 2, a continuación.

Tabla N° 3. Inventario de Emisiones 2004¹⁷

Tipo de Fuentes	Emisión de MP 10 (% del total)
Edificios e industrias	7,0
Residenciales (combustión de leña)	87,2
Quemas Agrícolas e Incendios Forestales	4,3
Móviles	1,5
Total	100,0

79. De la tabla anterior se observa que las fuentes residenciales, que corresponden a combustión residencial de leña, aportan al año 2004 un 87,2% de las emisiones totales, lo que implica que son las principales responsables de la concentración por MP10 en las comunas de Temuco y Padre Las Casas. De acuerdo a la aplicación de modelos de dispersión y transporte, se estableció que las fuentes residenciales aportaban sobre el 98% de las concentraciones registradas en las estaciones Las Encinas, Temuco y Padre Las Casas. Asimismo, el D.S. N°78/2009 dispuso que el consumo de leña registrado en el Inventario de Emisiones 2004, alcanzaba a 653.000 m³.

80. Es importante señalar que son cuatro los factores que han convertido a la combustión residencial de leña en la principal fuente de contaminación en las comunas de Temuco y Padre Las Casas (y en otras ciudades de la zona de cumplimiento).

¹⁷ Decreto Supremo N° 78 de 20 de julio de 2009, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Establece Plan de Descontaminación Atmosférica de Temuco y Padre Las Casas. P. 6.

centro-sur de Chile): (1) La comercialización y uso de leña que no cumple con los estándares mínimos de calidad para generar una reacción de combustión óptima, es decir, que entregue toda la energía contenida en el combustible y produzca, a la vez, un mínimo de emisiones. Actualmente, en la comercialización de la leña existe una gran heterogeneidad en formatos de venta, contenidos de humedad y, en definitiva, en poder calorífico; (2) La leña se usa, mayoritariamente, en equipos (calefactores y cocinas) que carecen de la tecnología adecuada para mantener una reacción de combustión de bajas emisiones; (3) La alta demanda de leña para calefacción, producto de la precaria aislación térmica con que cuentan las viviendas existentes. El calor obtenido de la leña no se conserva dentro de la vivienda, sino que se disipa rápidamente al exterior a través de la envolvente (muros, techos y pisos); y, (4) Se estima que una cierta porción de los consumidores de leña no adopta conductas adecuadas en el uso de ésta: no adquieren ni usan leña seca y no operan los artefactos de la forma correcta.

81. En relación a lo expuesto, 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 la Comunidad Edificio Don Simón II a la atmósfera, y con ella poder determinar si éstas se encuentran dentro de los límites establecidos.

82. A mayor abundamiento, se puede señalar que el objetivo de la norma, basado principalmente en disminuir las concentraciones diarias de MP10 en las comunas de Temuco de Padre las Casas, hasta valores que se encuentren por debajo de los niveles considerados de saturación, no pudo ser cumplido a cabalidad, en consideración de que para lo anterior, dicho instrumento ambiental posee como **medidas de control de emisiones asociadas a fuentes industriales, comerciales y calderas de calefacción**, la medición de emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético a plena carga, de acuerdo al Método CH-5; el exceso de aire máximo en los combustibles; periodicidad de muestreos isocinéticos de emisiones de las fuentes puntuales, grupales y calderas de calefacción grupales; programas de fiscalización de cumplimiento de dicha norma y por último la acreditación de laboratorios que verificarán el cumplimiento de los valores de emisión definidos.

83. En definitiva, la eficacia del Plan de Descontaminación Ambiental, como instrumento de gestión ambiental, se basa, entre otros aspectos, en el cumplimiento de la obligación de reportar, que tienen los titulares de las fuentes emisoras reguladas por dicha norma. De esta forma, el incumplimiento de dicha obligación afecta las bases del sistema de protección ambiental.

84. En este sentido, la sanción impuesta con motivo de este tipo de infracciones se justifica, principalmente, en el desincentivo al incumplimiento futuro de este tipo de obligaciones en los titulares afectos a ellas, por cuanto un incumplimiento reiterado y repetido debilitaría el sistema de control de la norma de emisión.

85. Por tanto, esta circunstancia será ponderada en la determinación de la sanción final, en los términos antes expuestos.

b.2) Factores de incremento.

86. A continuación, se procederá a ponderar aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación y que podrían concurrir en la especie.

b.2.1) Intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (letra d)).

87. La intencionalidad, al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LO-SMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada caso.

88. En este caso, a diferencia de como se ha entendido en el Derecho Penal, donde la regla general es que exista dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador, no exige como requisito o elemento de la infracción administrativa, la concurrencia e intencionalidad o de un elemento subjetivo más allá de la culpa infraccional o mera negligencia.

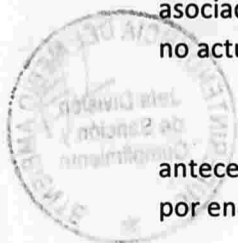
89. La intencionalidad se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional. La concurrencia de intencionalidad implicará que el reproche de la conducta es mayor, lo cual justifica que esta circunstancia opere como un factor de incremento de la sanción. Por el contrario, cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada.

90. En relación con los elementos enunciados en el considerando precedente, y en lo que respecta a la infracción imputada a través del presente procedimiento, en el presente caso existe una normativa especial a la cual se ciñe la operación de Comunidad Edificio Don Simón II (D.S. N° 78/2009).

91. Ahora bien, en atención a que la Comunidad Edificio don Simón II corresponde a una persona jurídica sin fines de lucro, constituida por un grupo de residentes particulares, resulta necesario considerar que la naturaleza de la actividad de este tipo de infractor no corresponde a la misma que poseen las empresas titulares de proyectos que generan impactos en el medio ambiente, las cuales indefectiblemente deben tener un conocimiento completo y acabado de cómo dar un cumplimiento efectivo a las normas que rigen el desarrollo de sus actividades, dada la envergadura y características que pueden presentar estas.

92. En base a lo anterior, si bien por una parte es posible estimar que la Comunidad conoce la obligación de realizar las mediciones de emisión de MP de la caldera marca VFG Ltda., año de fabricación 1995, registro MINSAL N° 114, por otra, cabe señalar que en el presente procedimiento existen indicios que permiten apreciar que su conocimiento de la obligación es parcial e incompleto, toda vez que pareciera que este infractor no internaliza que el cumplimiento no sólo es efectivo a través de las mediciones, sino que además está asociado a un límite de emisión. Por lo tanto, para este instructor es plausible sostener que a este infractor no se le puede imputar un conocimiento indubitado del alcance de las obligaciones que le impone la normativa del PDA en comento, y, por ende, tampoco una conducta antijurídica asociada a la contravención, por lo que en consecuencia es razonable suponer que la Comunidad no actúa con la intencionalidad de incumplir.

93. Por lo demás, no se han tenido a la vista antecedentes que permitan identificar que la falta en la realización de las referidas mediciones y por ende la infracción materia del presente sancionatorio- ha sido omitida dolosamente.



94. En consecuencia, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable.

b.2.2) Conducta anterior negativa (letra i)

95. La evaluación de procedencia y ponderación de esta circunstancia, tiene relación con la existencia de infracciones cometidas por el infractor en el pasado y sus características. Para estos efectos, se consideran aquellos hechos infraccionales cometidos con anterioridad a la verificación del hecho infraccional objeto del procedimiento sancionatorio actual, vinculados a las competencias de la SMA o que tengan una dimensión ambiental, verificados en la(s) unidad(es) fiscalizable(s) objeto del procedimiento, y que hayan sido sancionados por la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional.

96. Al respecto, cabe indicar que Comunidad Edificio Don Simón II no tiene registrados procedimientos sancionatorios anteriores ante esta Superintendencia, ni en otras sedes administrativas, por lo que esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable.

b.2.3) Falta de cooperación (letra i)

97. Esta circunstancia evalúa si el infractor ha realizado acciones que han dificultado el esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias o sus efectos, así como también la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

98. La falta de cooperación opera como un factor de incremento de la sanción a aplicar en el marco de la letra i) de dicho artículo. Su análisis implica ponderar si el infractor ha tenido un comportamiento o conducta que va más allá del legítimo uso de los medios de defensa que le concede la Ley. Algunas de las conductas que se consideran para valorar esta circunstancia son las siguientes: (i) El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información; (ii) El infractor ha proveído información incompleta, confusa, contradictoria, sobreabundante o manifiestamente errónea, ya sea presentada voluntariamente, en respuesta a un requerimiento o solicitud de información, o en el marco de una diligencia probatoria; (iii) El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia; (iv) el infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

99. En el caso en cuestión, la comunidad no respondió a la solicitud de información realizada mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-051-2017, para efectos de ponderar adecuadamente la aplicación de medidas correctivas y la determinación del beneficio económico, conforme a lo establecido en la letra i) y c) del artículo 40 de la LOSMA, respectivamente.

100. En definitiva, conforme a lo expuesto precedentemente, esta circunstancia será considerada como un factor de incremento en el componente de afectación en la sanción que corresponda aplicar.



b.3) Factores de disminución.

101. A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden disminuir el componente de afectación. Ahora bien, teniendo en consideración que la Comunidad no presentó un programa de cumplimiento durante el presente procedimiento administrativo sancionatorio y no ha mediado una autodenuncia, no se ponderará la circunstancia establecida en la letra g) del artículo 40 de la LO-SMA.

b.3.1) Cooperación eficaz en el procedimiento (Artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

102. Conforme al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados por el mismo. A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) el infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos (dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial); (ii) el infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) el infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA; (iv) el infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

103. Según consta en el acta de inspección de fecha 07 de julio de 2017, la comunidad entregó un documento de declaración de emisiones, correspondiente al año 2015, en el cual se identificó la caldera marca VFG Ltda., año de fabricación 1995, registro MINSAL N° 114. En base a dicho documento, se procedió a requerir, en la misma acta de inspección, los informes isocinéticos de la caldera, desde el año 2015 a la fecha, considerando su funcionamiento con combustible a leña. De este modo, la titular aportó antecedentes que han sido conducentes para esclarecer el hecho constitutivo de la infracción.

104. Por lo demás, la comunidad procedió a responder adecuadamente, en base a la información disponible, a la información requerida en la referida acta de inspección. Así las cosas, no corresponde omitir como factor de disminución del componente de afectación, la circunstancia que no acompañar los referidos informes isocinéticos, por cuando dicha circunstancia constituye a la vez el hecho infraccional del presente sancionatorio.

105. Debido a lo anterior, consta en el procedimiento la entrega, por parte de la comunidad, de información oportuna, íntegra y útil, en los términos expuesto, de modo que es posible configurar la presente circunstancia para efectos de disminuir el monto de las sanciones a aplicar.

b.3.2) Aplicación de medidas correctivas (Artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

106. Esta Superintendencia ha asentado el criterio de considerar, en la determinación de la sanción específica, la conducta del infractor posterior a la infracción o su detección, específicamente en lo referido a las medidas adoptadas por este último,



en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y a evitar que se produzcan nuevos efectos.

107. Para la procedencia de la ponderación de esta circunstancia, uno de los criterios sentados por esta Superintendencia, es que las medidas correctivas que se hayan aplicado deben ser idóneas y efectivas para los fines que persiguen, y deben ser acreditadas en el procedimiento sancionatorio respectivo.

108. En relación a este punto, Comunidad Edificio Don Simón II no proporcionó antecedentes que permitieran acreditar la realización de medidas correctivas.

109. Por lo anterior, esta circunstancia no será considerada en la presente Resolución.

b.3.3) Conducta anterior positiva del infractor (Artículo 40 letra e) de la LO-SMA)

110. 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, dirigidos contra Comunidad Edificio Don Simón II, a propósito de incumplimientos al PDA de Temuco y Padre Las Casas. Por lo tanto, este Servicio no ha constatado la existencia de sanciones aplicadas en relación al D.S. N° 78/2009.

111. 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 a las infracciones ya verificadas.

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

112. 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 Pública¹⁸. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor, la que de no ser considerada podría desnaturalizar la finalidad de la sanción. De esta forma, mientras una elevada sanción pecuniaria podría ser ejecutada y cumplir su finalidad de prevención especial, en el caso de una pequeña empresa, por ejemplo, podría suponer el cierre del negocio y no ser efectiva.

113. Para efectos de la consideración de esta circunstancia, la Superintendencia incorpora un factor de ajuste en la sanción de acuerdo al tamaño económico del infractor, conforme a la clasificación desarrollada por el Servicio de

¹⁸ 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, N° 1, 2010, pp. 303 - 332.

Impuestos Internos (SI) en base a una estimación del nivel de ingresos anuales de un determinado contribuyente.

114. Ahora bien, para efectos de ponderar su capacidad económica, esta Superintendencia efectuó un requerimiento de información mediante Resolución Exenta N°2/Rol F-051-2017, solicitando el envío de las liquidaciones de gastos comunes de enero a diciembre del año 2015 a nombre de la Comunidad Edificio Don Simón II. Debido a que la Comunidad no dio respuesta a dicho requerimiento, se procederá a determinar el tamaño económico teniendo como referencia los análisis realizados en la materia en casos del mismo rubro, y que han sido objeto de procesos sancionatorios por parte de esta Superintendencia.

115. En este sentido, se tomó como referencia el resumen anual de liquidaciones de gastos comunes¹⁹, entregadas a esta Superintendencia por parte de infractores similares al del caso concreto, las cuales dan cuenta de ingresos en un rango de 600 y 2.400 UF anuales, es decir, el tamaño económico de la Comunidad Edificio Don Simón II, podría ser clasificado, en el tercer rango de microempresa.

116. En virtud de lo anterior, debido a que se estima que el infractor presenta una capacidad económica reducida, esta circunstancia se considerará como un factor de disminución en el componente de afectación en la sanción específica.

X. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

117. Respecto al hecho infraccional, consistente en no proceder a la entrega de las mediciones isocinéticas correspondientes a los años 2015 y 2016, requerida por la SMA en la inspección ambiental de 07 de julio del año 2017, se propone aplicar la sanción consistente en una multa equivalente a **3.3 unidades tributarias anuales (3.3 UTA)**.



Sebastián Arriagada Varela
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



Rol N° F-051-2017

¹⁹ Sancionatorio ROLF-024-2016 Comunidad Edificio Castilla.

INUTILIZADO

