

EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-008-2020**

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; la Ley N° 20.416, que fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, y especialmente su artículo décimo, que establece la Ley de Acuerdos de Producción Limpia; el Decreto Supremo N° 46 del año 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Plan de Descontaminación Atmosférica para la ciudad de Coyhaique y su Zona Circundante; el Decreto Supremo N° 33 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que declara Zona Saturada por Material Particulado Respirable MP₁₀, como concentración diaria y anual, a la ciudad de Coyhaique y su Zona Circundante, en conformidad al Polígono que se indica; el Decreto Supremo N° 59, de 1998, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP₁₀, en especial de los valores que definen Situaciones de Emergencia; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en 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 Ambiental; en la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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; la Resolución Exenta N° 458, de 18 de abril de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Nómina de Establecimientos de Comercio Adheridos al Acuerdo de Producción Limpia con Programa de Promoción para el Sector Comercio de la ciudad de Coyhaique; 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. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PLAN DE DESCONTAMINACIÓN DE COYHAIQUE Y EL APL ESTABLECIDO PARA EL SECTOR COMERCIO

1. Que, el Decreto Supremo N° 46 de 2015 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Plan de Descontaminación Ambiental de Coyhaique (en adelante, "PDA de Coyhaique"), fue publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de marzo de 2016.

2. Que, el artículo 1° del PDA de Coyhaique, establece que este instrumento regirá en la zona saturada de Coyhaique, y que su objetivo es lograr que, en un plazo de 10 años, en dicha zona saturada, 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; en tanto, el inciso segundo de dicho artículo, entrega los límites geográficos para la zona declarada saturada¹.

3. Que, en lo pertinente, el artículo 19 del PDA de Coyhaique establece que *“Desde la publicación en el Diario Oficial y en el período que comprende desde el 1 de abril y hasta el 30 de septiembre de cada año, se prohíbe el uso de chimeneas de hogar abierto destinadas a calefacción y a la utilización de calefactores unitarios a leña, en establecimientos comerciales y en dependencias de organismos de la Administración del Estado y municipales, emplazados en la zona saturada”*.²

4. Que, en otro orden de ideas, la Ley N° 20.416, que fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, consagra en su Artículo Décimo, la Ley de Acuerdos de Producción Limpia (en adelante, “Ley APL”), de modo tal que se entiende por Acuerdo de Producción Limpia el convenio celebrado entre un sector empresarial, empresa o empresas y él o los órganos de la Administración del Estado con competencia en materias ambientales, sanitarias, de higiene y seguridad laboral, uso de la energía y de fomento productivo, cuyo objetivo es aplicar la producción limpia a través de metas y acciones específicas.

5. Que, el artículo 8 de la Ley APL, consagra que *“además de las metas y acciones específicas de carácter voluntario no exigidas por el ordenamiento jurídico, los Acuerdos de Producción Limpia podrán contemplar programas de promoción del cumplimiento de la normativa en dichas materias, sólo para las empresas de menor tamaño, y que se encuentren en incumplimiento de las exigencias establecidas en las normas”*. De esta manera, se entiende por programa de promoción del cumplimiento (en adelante, “PPC”), *“el plan de acciones y metas, para que en el marco de un Acuerdo de Producción Limpia y dentro de un plazo fijado por los órganos de la Administración del Estado competentes, las empresas cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental, sanitaria y de higiene y seguridad laboral que se indique”*.

6. Que, el inciso final del referido artículo 8 de la Ley APL, en lo que respecta a los PPC, establece que *“[e]n caso de incumplimiento de este programa, los órganos fiscalizadores competentes en la materia podrán imponer las sanciones que correspondan a la infracción de la normativa, de conformidad con sus respectivos procedimientos sancionatorios, debiéndose considerar dicho incumplimiento como una agravante que autorice a*

¹ *“Los límites geográficos de la zona saturada son los siguientes: La delimitación de la Zona Saturada inicia en el Río Simpson (vértice 1: UTM E= 723486,04; UTM N = 4943078,20), luego se extiende hacia el Este hasta el Cerro Castillo (vértice 2: UTM E = 731818,56; UTM N = 4943603,91). Luego, sigue en dirección hacia el Noreste llegando a la intersección con el cruce R240/x-589 (vértice 3: UTM E = 739907,45; UTM N = 4951444,12). Sigue hacia el Noroeste hasta llegar a la Laguna Verde (vértice 4: UTM E = 731661,85; UTM N = 4953758,26). Continúa hacia el Noroeste hasta la Central Eólica Alto Baguales (vértice 5: UTM E = 725844,61; UTM N = 4954413,09), finalmente, se extiende hacia el suroeste alcanzando al vértice 1, el cual corresponde al Río Simpson”.*

² Se hace presente que el PDA de Coyhaique, cuyo objetivo consistió en dar cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP₁₀ (grueso), fue derogado con fecha 17 de julio 2019 con la publicación del D.S. N° 7/2018 del Ministerio del Medio Ambiente, que estableció el nuevo Plan de Descontaminación Atmosférica para la ciudad de Coyhaique y su zona Circundante, destinado a dar cumplimiento a las normas primarias de calidad ambiental para material particulado respirable, MP₁₀(grueso) y MP_{2,5}(fino). Sin perjuicio a lo anterior, este nuevo instrumento de gestión ambiental le ha dado continuidad a la prohibición de uso de calefactores a leña en establecimientos comerciales, toda vez que: *“Artículo 43. Se establecerán las siguientes medidas de prevención y mitigación a cumplirse durante el período de gestión de episodios críticos para MP₁₀ y MP_{2,5}. Medidas permanentes: A. Se prohíbe en forma permanente la utilización de calefactores a leña en establecimientos comerciales y en dependencias de organismos de la Administración del Estado y municipales. Se entiende por establecimiento comercial aquel establecido con patente comercial (...).”*

aplicar el rango máximo o la sanción más grave que se contemple para la infracción” (énfasis agregado).

7. Que, con fecha 13 de junio de 2017, se suscribió el Acuerdo de Producción Limpia con Programa de Promoción de Cumplimiento para el sector comercio de Coyhaique (en adelante, “APL Coyhaique”), estableciéndose como meta del PPC -Meta N° 3- que las empresas signatarias dieran cumplimiento al artículo 19 del PDA de Coyhaique respecto de la prohibición de uso de calefactores unitarios a leña en locales comerciales. En este sentido, las empresas adherentes al APL Coyhaique y a su PPC, se comprometieron a “*Acción 3.1: Las empresas realizarán el retiro de todos sus artefactos de leña de los establecimientos comerciales emplazados en la zona saturada de Coyhaique, además deberán asegurar la destrucción del equipo retirado (chatarrización) a través de fotografías y certificados*”. Como indicador de desempeño de esta acción, el APL Coyhaique prescribió la inexistencia de artefactos de calefacción a leña dentro de los locales comerciales o la inutilización de las chimeneas de hogar abierto (según correspondiera), estableciéndose un plazo para el cumplimiento de la acción, de 9 meses a partir de la fecha en que la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante e indistintamente, “esta Superintendencia” o “SMA”) emitiera y publicara una resolución fijando la nómina de establecimientos adheridos, lo que se materializó mediante la Resolución Exenta N° 458 de 28 de abril de 2018.

8. Que, por su parte, en el Resuelvo IV de dicha Resolución, se hizo presente que, conforme lo dispuesto en el artículo 42 de la LO-SMA y el artículo 6° del D.S. 30/2012, los establecimientos de comercio suscriptores del APL Coyhaique y señalados en la nómina de adherentes, se encontrarían impedidos de presentar un programa de cumplimiento para el caso eventual de iniciarse un procedimiento administrativo sancionatorio en su contra por incumplir el PPC convenido.

9. Que, por último, en el Resuelvo V de la mencionada resolución exenta, se dispuso que las obligaciones señaladas en la Meta N° 3 del APL Coyhaique, y a que se hizo referencia en el Resuelvo III de dicha resolución, comenzarían a regir desde la publicación de la referida resolución en el Diario Oficial, lo que sucedió con fecha 25 de abril de 2018. De esta forma, el plazo de 9 meses dispuesto para la ejecución de la Acción 3.1 del APL Coyhaique, concluyó el 25 de enero de 2019.

III. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR

10. Que, el presente procedimiento sancionatorio Rol F-008-2020, iniciado con fecha 09 de marzo de 2020, fue dirigido en contra de Comercial El Torreón Limitada, Rol Único Tributario N° 76.036.390-1 (en adelante e indistintamente, “la titular o “la empresa”) en su calidad de titular del establecimiento comercial “Repuestos Strange”, con domicilio en calle 21 de Mayo N° 442, de la ciudad y comuna de Coyhaique, XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y ubicado dentro de la zona saturada del polígono de Coyhaique, afecto en consecuencia al PDA Coyhaique.

IV. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ROL F-008-2020.

11. Con fecha 17 de junio de 2016, funcionarios de esta Superintendencia, realizaron una primera actividad de inspección ambiental a las dependencias de Comercial el Torreón Limitada, en su establecimiento comercial “Repuestos Strange”, **constatando en la oportunidad la utilización de un calefactor unitario a leña para**

calefacción, en contravención al artículo 19 del PDA de Coyhaique. De los resultados y conclusiones de esta inspección, se dejó constancia en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2016-2773-XI-PPDA-IA, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia, y derivado a la División de Sanción y Cumplimiento (en adelante, "DSC"), con fecha 08 de mayo de 2017.

12. No obstante lo anterior, con fecha 24 de julio de 2017, la titular adhirió al APL Coyhaique, suscribiendo el 'Formulario de Adhesión a Programa de Promoción de Cumplimiento Normativo en el marco del Acuerdo de Producción Limpia, para Establecimientos del Comercio Afectos al Plan de Descontaminación de Coyhaique', comprometiendo así dar cumplimiento a la Acción 3.1, identificada previamente por el considerando N° 7 de esta resolución, en un plazo de 9 meses desde la publicación en el Diario Oficial de la resolución de la SMA, que fije la nómina de establecimientos de comercio adheridos al APL Coyhaique.

13. Para ello, la titular reconoció expresamente que, a la fecha de suscripción del formulario de adhesión al APL Coyhaique -24 de julio de 2017-, el establecimiento comercial "Repuestos Strange" no había dado cumplimiento a las disposiciones del PDA de Coyhaique que prescriben la no utilización de calefactores unitarios a leña en establecimientos comerciales (artículo 19), encontrándose así incumpliendo esta normativa ambiental. De igual modo, ésta manifestó estar en conocimiento de los efectos jurídicos que se derivarían de un eventual incumplimiento a las acciones comprometidas en el APL Coyhaique, especialmente el que la SMA inicie un procedimiento administrativo sancionatorio, sin que pueda la titular presentar una autodenuncia, u optar por la presentación de un programa de cumplimiento, en razón de la definición de "programa de gradualidad" contenida en la letra h) del artículo 2 del D.S. N° 30/2012. Finalmente, la titular reconoció estar en conocimiento de que, en caso de un eventual incumplimiento, podría ser procedente la aplicación del artículo 8° de la Ley N° 20.416, a objeto de considerar el incumplimiento al APL Coyhaique como una agravante que autorice a aplicar el rango máximo o la sanción más grave que se contemple para la infracción.

14. Con fecha 09 de mayo de 2019, habiéndose concluido ya el plazo dispuesto por el APL Coyhaique para el cumplimiento de la Meta N° 3, y así de la Acción 3.1, funcionarios de esta Superintendencia realizaron una nueva actividad de inspección ambiental programada a las dependencias de Comercial el Torreón Limitada, en su establecimiento comercial "Repuestos Strange", constatándose nuevamente, la utilización de un calefactor unitario a leña para calefacción, en contravención al artículo 19 del PDA de Coyhaique, ya citado.

15. En concordancia a lo anterior, con fecha 30 de septiembre de 2019, Fecunda Patagonia Limitada, en su calidad de entidad revisora del APL Coyhaique, ingresó a la SMA, el 'Reporte Cumplimiento Acción 3.1 Acuerdo de Producción Limpia con Programa de Promoción de Cumplimiento Normativo Sector Comercio Coyhaique', y por el cual informó que la empresa Comercial el Torreón Limitada, en su establecimiento comercial 'Repuestos Strange', no dio cumplimiento a la Meta N° 3 del APL Coyhaique, por cuanto no retiró el calefactor a leña del local comercial, incumpliendo así la Acción 3.1.

16. De los resultados y conclusiones de la inspección realizada por funcionarios de esta SMA con fecha 09 de mayo de 2019, así como del Reporte de Cumplimiento de la Acción 3.1 ingresado a esta SMA por Fecunda Patagonia Limitada, se dejó constancia en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-774-XI-PPDA, elaborado por la División de Fiscalización, el cual fue derivado a DSC con fecha 03 de diciembre de 2019.

17. Mediante Memorándum D.S.C. N° 130/2020, de fecha 03 de marzo de 2020, se procedió a designar a Julián Cárdenas Cornejo como Fiscal

Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor Suplente.

18. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 09 de marzo de 2020 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-008-2020, mediante la Resolución Exenta N° 1/ Rol F-008-2020, mediante la cual se formularon cargos en contra Comercial el Torreón Limitada, en su calidad de titular del establecimiento comercial “Repuestos Strange”, por la utilización de un calefactor unitario a leña en un establecimiento comercial emplazado en la zona saturada del polígono afecto al PDA de Coyhaique, en período de prohibición absoluta comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre, incumpliendo de esta forma el PDA de Coyhaique. Esta resolución fue notificada personalmente con fecha 09 de marzo de 2020, según consta en el acta de notificación respectiva.

19. Que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 42 y 49 de la LO-SMA, la Resolución Exenta N° 1/ Rol F-008-2020, estableció en su Resuelvo III, que el infractor tendría un plazo de 15 días hábiles para formular sus descargos, desde la notificación de la misma. A este respecto, se debe señalar que ni en el plazo mencionado ni de forma extemporánea, la titular realizó presentación alguna en este sentido.

20. Adicionalmente, por intermedio del Resuelvo IV de la referida Resolución Exenta N° 1/ Rol F-008-2020, se hizo presente que, atendido lo dispuesto en el artículo 42 de la LO-SMA y en el artículo 6° del D.S. N° 30/2012, así como lo dispuesto en el Resuelvo IV de la Resolución Exenta N° 458 de 28 de abril de 2018 de esta Superintendencia, que fijó la Nómina de Establecimientos de Comercio adheridos al APL Coyhaique, Comercial el Torreón Limitada se encontraba impedida de presentar un programa de cumplimiento, por incumplir el PPC convenido.

21. Que, el artículo 40 de la LO-SMA indica las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por el Fiscal Instructor para la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar, si así procediere. Al respecto, y por Resolución Exenta N° 2/ Rol F-008-2020, de 31 de julio de 2020, se solicitó información a Comercial el Torreón Limitada, a fin de que: i) remitiera antecedentes que acrediten toda medida adoptada asociada al cumplimiento del PDA de Coyhaique en el local; ii) indicara la superficie total del establecimiento comercial; y iii) entregara los estados financieros de la empresa correspondientes al año 2019. Esta resolución fue notificada de forma personal con fecha 31 de julio de 2020, sin que, en el plazo mencionado ni de forma extemporánea, la titular realizara presentación alguna a fin de darle respuesta.

22. Que, finalmente, mediante la Resolución Exenta N° 3/ Rol F-008-2020, de 03 de diciembre de 2020, se tuvo por cerrada la investigación en el procedimiento sancionatorio en curso.

V. **CARGO FORMULADO**

23. Mediante la Resolución Exenta N° 1 / Rol F-008-2020, se formuló un cargo contra la empresa, 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:

Nº	Hecho que se estiman constitutivo de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas
1	Incumplimiento al PDA de Coyhaique, mediante la utilización de un calefactor unitario a leña por un establecimiento comercial emplazado en la zona saturada del polígono afecto al PDA de Coyhaique, en período de prohibición absoluta comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre.	D.S. N° 46/2015 MMA <i>“Artículo 19.- Desde la publicación en el Diario Oficial y en el período que comprende desde el 1 de abril y hasta el 30 de septiembre de cada año, se prohíbe el uso de chimeneas de hogar abierto destinadas a calefacción y la utilización de calefactores unitarios a leña, en establecimientos comerciales y en dependencias de organismos de la Administración del Estado y municipales, emplazados en la zona saturada”.</i>

VI.

NO PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NI DESCARGOS POR PARTE DE COMERCIAL EL TORREÓN LIMITADA.

24. A este respecto, cabe reiterar que, atendido lo dispuesto en el artículo 42 de la LO-SMA y en el artículo 6º del D.S. N° 30/2012, así como lo dispuesto en el Resuelvo IV de la Resolución Exenta N° 458 de 28 de abril de 2018 de esta Superintendencia, que fijó la Nómina de Establecimientos de Comercio adheridos al APL Coyhaique, la titular, Comercial el Torreón Limitada, se encontró impedida de presentar un programa de cumplimiento, al no haber dado cumplimiento al referido APL.

25. Por su parte, la empresa no presentó descargos en el presente procedimiento sancionador, no obstante ser notificada personalmente de la Resolución Exenta N° 1 / Rol F-008-2020.

VII.

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

26. 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 crítica³, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

³ 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.

27. 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.

28. En el presente caso, no se han efectuado requerimientos de diligencias probatorias por parte de la infractora.

29. En razón de lo anterior, y en lo que respecta al hecho sobre el cual versa la formulación de cargos, éste ha sido constatado, en una primera oportunidad, con fecha 24 de julio de 2017 mediante el reconocimiento expreso realizado por la titular al suscribir el APL Coyhaique y por el cual manifestó no haber dado cumplimiento, a dicha fecha, a la normativa del artículo 19 del PDA de Coyhaique; considerando además que previo a su suscripción, con fecha 17 de junio de 2016, se verificó el incumplimiento a la normativa del PDA de Coyhaique mediante una actividad de fiscalización realizada por funcionarios de esta Superintendencia, verificándose el uso del calefactor encendido en período de prohibición. Igualmente, se ha reiterado la constatación del hecho imputado, en la inspección ambiental realizada por funcionarios de esta SMA con fecha 09 de mayo de 2019, la cual forma parte del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-774-XI-PPDA, y donde se consigna nuevamente el uso de un calefactor a leña ubicado en el establecimiento "Repuestos Strange", en período de prohibición absoluta al tenor de lo prescrito en el artículo 19 del PDA de Coyhaique, y habiéndose concluido ya el plazo dispuesto por el APL Coyhaique para realizar el retiro del calefactor.

30. Por su parte, ha sido acreditado que la titular no dio cumplimiento al APL Coyhaique, con fecha 30 de septiembre de 2019, mediante la entrega, realizada por Fecunda Patagonia Limitada en su calidad de entidad revisora del APL de Coyhaique, del 'Reporte Cumplimiento Acción 3.1 Acuerdo de Producción Limpia con Programa de Promoción de Cumplimiento Normativo Sector Comercio Coyhaique', y por el cual informó que la empresa Comercial el Torreón Limitada, en su establecimiento comercial 'Repuestos Strange', no dio cumplimiento a la Meta N° 3 del APL Coyhaique al no retirar el calefactor a leña del local comercial dentro del plazo comprometido; situación que igualmente fue constatada por funcionarios de esta Superintendencia, en mérito a los resultados de la fiscalización realizada el día 09 de mayo de 2019, como ha sido indicado.

31. 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 8º, 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*".

32. Cabe mencionar lo señalado por la jurisprudencia administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe, en cuanto se señala 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*"⁴.

⁴ Dictamen N° 37.549, de 25 de junio de 2012, de la Contraloría General de la Republica.

33. Por su parte, la doctrina nacional ha reconocido el valor probatorio de las actas de inspección. En este sentido, Jaime Jara y Cristián Maturana han manifestado que *“la característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejadas en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad⁵”*.

34. 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 8º de la LO-SMA. En el presente caso, dicha presunción legal no fue desvirtuada por la titular, en consecuencia, se tienen por ciertos los hechos constatados en las referidas inspecciones ambientales.

35. Lo anterior, considerando además que en el presente procedimiento sancionatorio no fueron presentados medios de prueba por parte de la titular, por lo que se concluye que no ha habido presentación de prueba en contrario respecto de los hechos constatados por los funcionarios de la SMA, y que han servido de base para la instrucción del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

VIII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

36. Considerando lo expuesto anteriormente, esto es, que con fecha 24 de julio de 2017, la titular reconoció expresamente su incumplimiento al PDA de Coyhaique, y que con fecha 09 de mayo de 2019, funcionarios de esta Superintendencia constataron el uso de un calefactor a leña en período de prohibición absoluta, 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 Resolución Exenta N° 1 / Rol F-008-2020, esto es, el incumplimiento al PDA de Coyhaique, mediante la utilización de un calefactor unitario a leña por un establecimiento comercial emplazado en la zona saturada del polígono afecto al PDA de Coyhaique, en período de prohibición absoluta comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre.

37. El Cargo N° 1 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.

38. 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 N° 1 en el presente procedimiento.

IX. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

39. 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.

40. A su vez, respecto de la clasificación de la infracción, el artículo 36 N° 2 letra h) de la LO-SMA, dispone que son infracciones graves los hechos,

⁵ Jara Schnettler, Jaime y Maturana Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”. Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009, p.11

actos u omisiones que *contravengan las disposiciones pertinentes, y que alternativamente: (...) h) Constituyan persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve de acuerdo con este artículo*".

41. Que, de conformidad a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "reiteración" es acción y efecto de reiterar y este último vocablo es volver a decir o hacer algo. Por lo tanto, quien reitera es quien repite, recae o persiste en una misma conducta, acción u omisión; lo que para el caso que nos ocupa se traduce en incurrir, en repetidas ocasiones, en la misma infracción de uso de calefactor a leña en período GEC, calificada como leve.

42. Que, ciertamente, para la configuración de esta causal de gravedad, debe resguardarse la debida aplicación de la presunción de inocencia, conforme la cual el presunto infractor tiene derecho a ser tratado como inocente, en tanto no se establezca debidamente su responsabilidad.

43. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos del presente procedimiento, clasificar dicha infracción como grave, por cuanto fue constatado en terreno, por funcionarios de esta Superintendencia, en dos oportunidades distintas que la titular no dio cumplimiento al PDA de Coyhaique: primero en la fiscalización realizada el 17 de junio de 2016, y luego, en la fiscalización realizada el 09 de mayo de 2019.

44. Igualmente, consta que la titular se acogió, el 24 de julio de 2017, al APL Coyhaique (y especialmente, a su PPC), para lo cual debió suscribir una "Declaración de incumplimiento" reconociendo expresamente su incumplimiento en dicha fecha al artículo 19 del PDA de Coyhaique. Y ello lo hizo a fin de acceder a los beneficios entregados por las distintas reparticiones estatales partícipes a los signatarios del instrumento en virtud del PPC incluido, y que se tradujo especialmente en facilidades extraordinarias para alcanzar el cumplimiento normativo dentro de un plazo holgado, y recibiendo asistencia económica⁶. En otras palabras, la titular no sólo reconoció formalmente su incumplimiento, sino que lo hizo ante la Administración del Estado a fin de obtener beneficios cuyo único propósito consistía en superar el incumplimiento de la normativa del artículo 19 del PDA Coyhaique. En este sentido, importa señalar que el objetivo general del APL Coyhaique, fue "*Mejorar el desempeño ambiental de las empresas de comercio ubicadas en la ciudad de Coyhaique, a través del recambio de calefactores a leña en uso por sistemas de calefacción más limpios y eficientes, un mejor uso de la energía y una menor generación de residuos sólidos*", y que dentro de sus objetivos específicos, consideró "*Implementar un Programa de Promoción de Cumplimiento (PPC) que permita a las empresas cumplir con las exigencias contenidas en el artículo 19 del Plan de Descontaminación de Coyhaique*"; PPC que como se ha indicado, fue suscrito por la titular, quedando así establecida su responsabilidad, y superada la presunción de su inocencia, respecto del incumplimiento reconocido el día 24 de julio de 2017.

45. En base a lo anterior, y considerando que no se han presentado nuevos antecedentes que hagan variar dicho análisis, es de opinión de este Fiscal Instructor mantener la clasificación de la infracción como grave, al constituir una persistente reiteración de una misma infracción calificada como leve en los términos dispuestos en el literal h) del numeral 2º del artículo 36 de la LO-SMA.

⁶ Por ejemplo, la Acción 3.2 del APL Coyhaique, señala que "La Seremi del Medio Ambiente de la Región de Aysén destinará hasta un máximo de \$90.000.000 (noventa millones de pesos), del Departamento de Calefacción Sustentable para financiar actividades de recambio de calefactores y medidas de eficiencia energética en las empresas adheridas al presente APL".

46. Finalmente, respecto de las sanciones aplicables según la gravedad asignada a la infracción, 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.

47. Por su parte, el artículo 39 de la misma ley establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal b) que “Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales”.

X. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA APPLICABLES AL PRESENTE PROCEDIMIENTO

48. La determinación específica de la sanción que debe ser aplicada 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 (en adelante, “Bases Metodológicas”)⁷, aprobadas mediante R.E. N° 85/2018, 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.

49. 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.

50. 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 consecuencia 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 importancia 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.

51. 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 PDA de Coyhaique por parte de la titular⁸ y porque la atribución de

⁷ Disponibles en <http://portal.sma.gob.cl/index.php/download/bases-metodologicas-para-la-determinacion-de-sanciones-ambientales-2017/?wpdmld=14238&masterkey=5be1ea5f3eac3.->

⁸ En el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir la norma contenida en el D.S. N° 46/2015 por parte de Comercial El Torreón Limitada. En este sentido, se tiene presente que la titular no reviste caracteres de “sujeto calificado”, en los

responsabilidad de la infracción es a título de autor; la letra e), tanto como factor de incremento como de disminución, puesto que, si bien el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales que hayan sido objeto de sanción por parte de esta SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, atendidos los antecedentes disponibles en el presente procedimiento sancionatorio, es posible señalar que la exigencia cuyo incumplimiento ha sido imputado, ha sido igualmente incumplida por la titular en el pasado, específicamente entre el 17 de junio de 2016 y el 24 de julio de 2017; 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.

52. 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 aplican: la letra i), respecto de cooperación eficaz, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos; y la letra i) respecto de medidas correctivas, puesto que no se tienen antecedentes que permitan acreditar la implementación de acciones idóneas, efectivas y adoptadas de manera voluntaria por el infractor para la corrección de los hechos constitutivos de infracción y la eliminación o reducción de sus efectos, con posterioridad a la misma.

53. Al contrario, dentro de las circunstancias que esta Superintendencia considera relevante para la determinación de la sanción, se incluirá la vulneración al APL Coyhaique, en virtud del mandato legal existente en el artículo 8 de la Ley APL, ya citado, que ordena considerar dicho incumplimiento como una agravante.

54. 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)

55. 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.

términos dispuestos por las Bases Metodológicas, por lo que su conocimiento de la normativa del PDA de Coyhaique puede ser parcial o incompleto, lo que se potencia considerando el hecho de ser ésta una normativa reciente. Esto es sin perjuicio de su participación e incumplimiento al APL Coyhaique, por cuanto la reiteración de la infracción cometida por la titular, no obedece a una planificación decidida para incumplir la normativa ambiental, sino por el contrario, responde al deficiente uso de los sistemas de calefacción implementados en el local, la costumbre arraigada de la gente en Coyhaique, y la natural urgencia por calefaccionarse en dicha ciudad durante el período comprendido entre abril y septiembre de cada año, por razones climáticas. Ello permite razonablemente sostener a este Fiscal Instructor, que no es posible imputar dolo, ni un conocimiento indubitable de las obligaciones que le impone la normativa del PDA de Coyhaique (en toda su extensión), ni mucho menos la planificación anticipada y deliberada de la conducta imputada al infractor, por lo que en consecuencia se considera que no se actúa con la intencionalidad de incumplir.

56. 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.

57. Para efectos de la estimación del beneficio económico y para el cargo analizado, se consideró una fecha estimada de pago de multa al 7 de enero de 2021, y los valores se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de diciembre de 2020, con una tasa de descuento de un 10%, estimada en base información de referencia del rubro instalaciones fabriles.

I. Escenario de incumplimiento

58. En el presente caso, tal como consta en este Dictamen, la titular no presentó descargos, ni realizó alegación alguna referida a desvirtuar el hecho constatado en las actividades de fiscalización, referido a la utilización de un calefactor unitario a leña por un establecimiento comercial emplazado en la zona saturada del polígono afecto al PDA de Coyhaique, en período de prohibición absoluta comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre, para calefaccionar un establecimiento cuya superficie, como se pasará a indicar en el siguiente apartado, se ha estimado en aproximadamente 100 m².⁹

59. Que resulta atingente recordar que ya en la fiscalización realizada el 17 de junio de 2016, se constató la existencia de un calefactor a parafina, además del calefactor a leña cuyo uso configura la infracción imputada; y que, por su parte, en la fiscalización realizada el 09 de mayo de 2019, se constató la existencia de otros dos calefactores a parafina adicionales – sumando así tres en total –, además de otros dos calefactores a gas; sin que sea posible establecer el origen y la fecha de adquisición de los mismos, ni su capacidad calórica individual, al no haber respondido la titular la solicitud de información contenida en la Res. Ex. N° 2 / Rol F-008-2020, la cual como ha sido indicado se orientó a obtener estos antecedentes. No obstante, y para el cálculo del beneficio económico, se considerará que la titular cuenta con estos calefactores, al menos, desde el 24 de julio de 2017, fecha en que reconoció expresamente su incumplimiento al suscribir el APL Coyhaique.

60. En relación a los costos incurridos en el escenario de incumplimiento por concepto de combustible, de acuerdo a la información disponible por el Ministerio del Medio Ambiente, el costo mensual de la calefacción a leña para un establecimiento de las características del presente caso, corresponde a un valor estimado promedio de \$48.500¹⁰, el costo mensual de calefacción a gas corresponde a un valor estimado promedio de

⁹ Es importante señalar, que debido a la falta de respuesta a esta información por parte del titular de la empresa, esta Superintendencia procedió a establecer la superficie del establecimiento comercial, mediante un medio indirecto, como es la determinación de dicha superficie mediante la utilización de imágenes satelitales publicadas en software de carácter público como es Google Earth.

¹⁰ Este costo fue estimado en base a información del Ministerio del Medio Ambiente, disponible en: <https://calefaccionesustentable.mma.gob.cl/calculadora/>. Se calculó el costo de gasto de combustible leña para un establecimiento correspondiente a una vivienda aislada, de un piso, con una superficie de 100 m² y utilizando vidrio simple en sus ventanas. Se consideró el valor promedio de un rango entre \$44.000 y \$53.000, de \$48.500.

\$114.000¹¹, y el costo mensual de calefacción a parafina o kerosene corresponde a un valor estimado promedio de \$115.500¹². Como fue señalado, se presumirá que la titular se encontraba haciendo uso de calefacción a gas, leña y parafina al momento de reconocer expresamente su incumplimiento del artículo 19 del PDA de Coyhaique al suscribir el APL Coyhaique, con fecha 24 de julio de 2017, no habiendo acreditado ni intentado acreditar de manera alguna el haber discontinuado el uso del artefacto a leña, por lo que para efectos de la estimación se considera que el gasto en combustible mensual corresponde a un valor promedio entre los costos mensuales de combustible a gas, parafina y a leña señalados – es decir, \$92.667 –, el cual debió incurrirse durante al menos parte del período GEC 2017 -entre el 24 de julio de 2017 y el 30 de septiembre de 2017-, así como durante los períodos GEC 2018, 2019 y 2020. En consecuencia, el costo total incurrido en combustible estimado para el periodo señalado es de \$1.905.851 equivalentes a 3,1 UTA.

II. Escenario de cumplimiento

61. En relación a este escenario, es necesario identificar las medidas que, de haber sido implementados de forma oportuna, habrían posibilitado el cumplimiento de la normativa establecida en el D.S. N° 46/2015. En primera medida, ello se traduciría en la instalación de un número adecuado de artefactos que utilicen un combustible permitido al amparo del PDA de Coyhaique, para la calefacción de un establecimiento que cuenta con una superficie total de 100 m²; sin embargo, tomando como referencia el escenario de incumplimiento, se considera que la titular cuenta con los suficientes artefactos – tres estufas a parafinas y dos a gas – para calefaccionar debidamente el local comercial¹³.

62. Adicionalmente, será necesario contar con un suministro del combustible que asegure el funcionamiento de dichos calefactores, por lo que la titular debió incurrir en costos asociados al consumo de estos combustibles permitidos.

63. De este modo, el cálculo del Beneficio Económico debe considerar el gasto necesario para la calefacción de un establecimiento de 100 m², utilizando las tres estufas a parafina y las dos estufas a gas constatadas en el establecimiento comercial), y no así el calefactor a leña. Como fuera señalado respecto del escenario de incumplimiento, el costo mensual de calefacción a gas corresponde a un valor estimado promedio de \$114.000, y el costo mensual de calefacción a parafina o kerosene corresponde a un valor estimado promedio de \$115.500. Al no ser posible ponderar la capacidad calórica nominal de cada artefacto, ni su consumo efectivo (ante la falta de respuesta de la titular a la solicitud de información realizada por esta SMA), para efectos de la estimación se considerará que el gasto en combustible mensual corresponde a un valor promedio entre los costos mensuales de combustible a gas y parafina señalados – es decir, \$114.750 –, el cual debió incurrirse durante al menos parte del período GEC 2017 -entre el 24 de julio de 2017 y el 30 de septiembre de 2017-, así como durante

¹¹ Este costo fue estimado en base a información del Ministerio del Medio Ambiente, disponible en: <https://calefaccionesustentable.mma.gob.cl/calculadora/>. Se calculó el costo de gasto de combustible gas para un establecimiento correspondiente a una vivienda aislada, de un piso, con una superficie de 100 m² y utilizando vidrio simple en sus ventanas. Se consideró el valor promedio de un rango entre \$103.000 y \$125.000, de \$114.000.

¹² Este costo fue estimado en base a información del Ministerio del Medio Ambiente, disponible en: <https://calefaccionesustentable.mma.gob.cl/calculadora/>. Se calculó el costo de gasto de combustible kerosene (parafina) para un establecimiento correspondiente a una vivienda aislada, de un piso, con una superficie de 100 m² y utilizando vidrio simple en sus ventanas. Se consideró el valor promedio de un rango entre \$105.000 y \$129.000, de \$115.500.

¹³ Lo anterior, en consideración de las condiciones climáticas existentes en la ciudad de Coyhaique, y una apreciación conservadora de la capacidad calórica de cada uno de los cinco artefactos existentes en el establecimiento comercial.

los períodos GEC 2018, 2019 y 2020. En consecuencia, el costo total incurrido en combustible estimado para el periodo señalado es de \$2.306.600 equivalentes a 3,8 UTA.

III. Determinación del beneficio económico

64. De conformidad a lo indicado precedentemente, se concluye que el beneficio económico se origina por el costo evitado del combustible gas y parafina, en parte del período GEC 2017 - entre el 24 de julio de 2017 y el 30 de septiembre de 2017-, así como durante los períodos GEC 2018, 2019 y 2020. Como fue señalado, la empresa obtuvo un ahorro por concepto de continuar el uso de combustible a leña. Considerando la diferencia de costos estimados de combustible que debió incurrir en un escenario de cumplimiento y los que efectivamente incurrió en el escenario de incumplimiento, los costos evitados en este caso son \$400.749, que corresponden a 0,7 UTA.

65. En definitiva, de acuerdo a lo que ha sido señalado anteriormente, y en base a la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 0,6 UTA, según se indica en la siguiente tabla:

Tabla: Beneficio Económico

Hecho Infraccional	Costo o Ganancia que origina el beneficio	Costo retrasado o evitado (UTA)	Fecha o periodo del incumplimiento	Beneficio Económico (UTA) ¹⁴
Utilización de un calefactor unitario a leña por un establecimiento comercial emplazado en la zona saturada del polígono afecto al PDA de Coyhaique, en período de prohibición absoluta comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre.	Costos evitados asociados a la diferencia entre el costo de combustible por calefacción a gas y parafina, y el costo de combustible por calefacción a leña.	0,7	24 de julio 2017 a 30 de septiembre 2020	0,6

¹⁴ Valor obtenido a partir de la aplicación del modelo de sanción contenido en las Bases Metodológicas, considerando los efectos tributarios de los costos e ingresos involucrados, así como los efectos de la inflación y el tipo de cambio, y el costo de oportunidad del dinero para el infractor.

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

B. Componente de afectación

B.1) Valor de seriedad

67. 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 aplicables.

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

68. 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 2º 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.

69. 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 intensas¹⁵. 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 daño es la manifestación cierta del peligro.

70. En cuanto al daño, corresponde descartarlo en el presente caso, atendido que, en las actas de fiscalización, los informes 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.

71. Por otra parte, en cuanto al peligro generado producto de la utilización de artefactos que utilizan leña como combustible, se puede señalar que las emisiones generadas producto del proceso de combustión de leña, los principales contaminantes son: Material Particulado, Óxidos de Nitrógeno, Monóxido de Carbono, Hidrocarburos Volátiles,

¹⁵ 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.

Material Orgánico Policíclico¹⁶, Aldehídos y constituyentes minerales. Por otra parte, la combustión incompleta del combustible resulta en la producción de Monóxido de Carbono (CO), y la gran mayoría de Material Particulado (MP). Los Óxidos de nitrógeno (NO_x) provienen tanto del combustible como de la combinación de nitrógeno con el oxígeno del aire en la cámara de combustión. Por otro lado, los Hidrocarburos Policíclicos Aromáticos (PAH), resultan de la combinación de especies de radicales libres formado en la llama. La síntesis de estas moléculas es dependiente de un gran número de variables en la combustión. La toxicidad del humo, producto de la combustión de madera, se debe principalmente a la combustión incompleta de los productos de pirolisis de la lignina y de la celulosa, componentes abundantes en la biomasa¹⁷.

72. Al respecto, se puede señalar que según estudio realizado en la Universidad de Umea en Suecia¹⁸, sobre emisiones de Material Particulado y gases de la combustión residencial de biomasa, se establece que la combustión de leña es considerada como una de las principales fuentes a la concentración ambiental de hidrocarburos (por ejemplo, COV y PAH) y de Material Particulado (MP). Por otro lado, la exposición a estos contaminantes ha sido asociada con efectos adversos a la salud.

73. En este sentido, respecto a la exposición de MP₁₀ monitoreado en Coyhaique, se puede señalar que entre los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, los niveles de MP₁₀ superaron la norma primaria, extendiéndose entre los meses de abril a septiembre de cada año, periodo en donde simultáneamente se produce la mayor demanda de enfermedad respiratoria, razón por la cual es necesario utilizar estudios más acabados para establecer su asociación.¹⁹

74. Sin embargo, pese a la evidencia científica indicada anteriormente y los datos monitoreados en la ciudad de Coyhaique, de acuerdo al inventario que sirvió de base para el PDA de Coyhaique, *Análisis de Emisiones Atmosféricas en Coyhaique*²⁰, no ha sido posible a la fecha, correlacionar el aumento de la tasa de mortalidad y/o morbilidad producto de enfermedades respiratorias no-infecciosas o aparición de tumores o cáncer (a la laringe, pulmonar, leucemia, etc.) producto de la exposición de la población de Coyhaique a estos niveles de contaminación en la ciudad. No obstante, se estima, que se requieren de estudios más acabados y de larga data, para establecer si existe o no una asociación entre las variables mencionadas²¹.

75. Lo anterior pues, estudios de casos similares en Chile, como los de Ostro (1996), concluyeron que había un incremento de un 4% en el riesgo de muertes totales asociadas con niveles promedio de 115 ug/m³ de MP₁₀ en Santiago. El mismo autor encontró que las atenciones por enfermedades respiratorias bajas en niños menores de 15 años en

¹⁶ Materia Orgánica Policíclica (POM por sus siglas en inglés) incluye compuestos orgánicos con más de un anillo de benceno y que tenga un punto de ebullición mayor o igual a 100 °C. Un grupo de siete hidrocarburos aromáticos policíclicos (7-PAH), que han sido identificados por la EPA como probable cancerígeno Humano (benzo(a)antraceno, benzo(b)fluoranteno, benzo(k)fluoranteno, benzo(a)pireno, 7,12-dimetilbenzo(a)antraceno, criseno, indeno(1,2,3-cd)pireno) son usados como representativos, respecto de la peligrosidad, del gran grupo de compuestos denominados POM.

¹⁷ Enviromodeling Ltda. Análisis de Emisiones Atmosféricas en Coyhaique. Caracterización de las emisiones del proceso de combustión a leña.

¹⁸ BOMAN, Cristoffer. "Particulate and gaseous emissions from residential biomass combustion". Umeå Universitet, Suecia. 2005.

¹⁹ ACUÑA, Marco 2014. "Impacto de la contaminación del aire por mp₁₀ en la morbi-mortalidad por enfermedad respiratoria, cardiovascular y algunos canceres en la población de Coyhaique, 2009-2014".

²⁰ Enviromodeling Ltda. Análisis de Emisiones Atmosféricas en Coyhaique. Caracterización de las emisiones del proceso de combustión a leña.

²¹ ACUÑA, Marco 2014. "Impacto de la contaminación del aire por mp₁₀ en la morbi-mortalidad por enfermedad respiratoria, cardiovascular y algunos canceres en la población de Coyhaique, 2009-2014".

Santiago (1999), se incrementaban entre un 4 y 12% por el aumento de 50 Ug/m^3 de MP_{10} . Por su parte Ilabaca (1999), concluyó que incrementos de 45 ug/m^3 de $\text{MP}_{2,5}$ significaban un aumento de 2,7% de las atenciones por enfermedad respiratoria y un 6,7% de los casos de neumonía en niños menores de 15 años con tres días de rezago atendidos en el Hospital Calvo Mackenna. Un estudio epidemiológico realizado por Sanhueza en Temuco (2006) determinó que un incremento de 100 ug/m^3 de MP_{10} fue relacionado con un riesgo relativo de 1,24 de muertes por causa respiratorias y 1,18 por cardiovasculares, siendo la contaminación de esta ciudad muy parecida a Coyhaique. Finalmente, Muñoz F. y cols-. concluyeron en un estudio realizado en el sector oeste de Santiago (2009), que por cada hora de exposición a concentraciones superiores a 150 ug/m^3 de MP_{10} se genera un aumento de 3% en las consultas de urgencia por bronquitis aguda en lactantes menores de 1 año con un rezago de 4 días²².

76. De acuerdo a lo mencionado con anterioridad, para determinar el riesgo asociado a la salud de las personas, se debe considerar además que en la comuna de Coyhaique hay un riesgo pre-existente, en razón de que dicha comuna ya se encuentra saturada²³ por MP_{10} , por tanto, producto de las infracciones habría un aumento de ese riesgo pre-existente.

77. En específico, respecto a la identificación de un riesgo, corresponde en primer lugar, identificar la fuente emisora, establecer cuál es la ruta de exposición ya sea completa, o parcialmente completa, y luego determinar si existe población receptora de dichas emisiones. Ésta se define como “el proceso por el cual una persona se ve expuesta a contaminantes que se originan en alguna fuente de contaminación”²⁴, luego, una ruta de exposición completa, debe contemplar los siguientes elementos: (a) Una fuente de contaminante, como las estufas y cocinas del establecimiento comercial que utiliza calefactores unitarios a leña para combustión, que emite, entre otros, MP_{10} ; (b) Un mecanismo de salida o liberación del contaminante o los contaminantes, como ocurre en el caso del material particulado por la emisión a través de las chimeneas de estufas; (c) Un medio para que se desplace el contaminante, como la atmósfera o el aire, en el caso de emisiones de material particulado; (d) Un punto de exposición o lugar específico en el cual la población entra en contacto con el contaminante; (e) Una población receptora, que podrían corresponder a las casas más cercanas a la ubicación de la fuente, en consideración de las características climáticas y geográficas de la ciudad de Coyhaique, principalmente en período GEC; y (f) Una vía de exposición o manera en que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo, que en caso de las emisiones de material particulado corresponde, entre otras, a la inhalación.

78. Dicho lo anterior, es opinión de este Fiscal Instructor que, al tenor de los antecedentes disponibles en el procedimiento sancionatorio, se configura la ruta de exposición completa, y por tanto, existiría un riesgo a la salud de la población que habita en el área más cercana a la ubicación del establecimiento en donde se ubica la fuente, o calefactor unitario a leña. Ello no obstante a que si bien la fuente, la cual corresponde a una fuente de calefacción, de carácter no industrial, debería poseer un flujo o volumen de gases emitidos y velocidad baja, en el expediente sancionatorio no se cuenta con antecedentes que permitan establecer con un nivel de precisión razonable, la eventual trayectoria de las emisiones generadas por la fuente, esta resulta ser indeterminada, cuestión que impide fijar con precisión el punto de exposición asociado a la emisión generada por el artefacto en período GEC, no obstante señalar que

²² Idem.

²³ Decreto Supremo N° 33 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que declara Zona Saturada por Material Particulado Respirable MP_{10} , como concentración diaria y anual, a la ciudad de Coyhaique y su Zona Circundante, en conformidad al Polígono que se indica.

²⁴ Definición de Ruta de Exposición. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo a la salud de la Población. Servicio de Evaluación Ambiental.

producto de la baja velocidad de los gases, las emisiones de material particulado, sumado a las condiciones atmosféricas existentes en la ciudad, dichas emisiones no se dispersarán de forma tan alejada del mismo establecimiento.

79. Por su parte, en lo que respecta a un posible riesgo al medio ambiente, el propio PDA de Coyhaique reconoce no haber evaluado los beneficios, entre otros, en materia de visibilidad, efectos sobre ecosistemas, disminución de gases de efecto invernadero, y beneficios para la agricultura y suelos; advirtiendo, no obstante, de una relación entre la reducción de emisiones de MP₁₀, y estos beneficios medioambientales. En este sentido, si bien la contaminación atmosférica en Coyhaique, potencialmente, podría incidir en el medio ambiente, no se cuenta con antecedentes verificables que permitan evaluar fundadamente la existencia de un riesgo a este respecto.

80. Finalmente, se tiene presente que el uso de calefactores unitarios a leña por el sector comercial en la zona saturada de Coyhaique, de acuerdo a lo que señala el inventario de emisiones, la emisión generada por el sub grupo "Calderas y combustión lenta", pertenecientes al grupo de "Grandes Consumidores", alcanzaría una emisión de 10,3 ton/año de MP₁₀. Por su parte, la emisión total estimada en el inventario de emisiones de MP₁₀ de todas las fuentes identificadas en la ciudad de Coyhaique, alcanza la suma de 7.628 ton/año. En base a lo anterior, se puede señalar que la emisión generada por el grupo "Caldera y Combustión lenta", grupo en donde se encontraría clasificada la estufa constatada en la actividad de Fiscalización en el establecimiento comercial "Repuestos Strange" alcanzaría una emisión del 0,14% respecto a la emisión generada por la totalidad de las fuentes existentes en la ciudad de Coyhaique, de acuerdo a esto es plausible señalar, que la emisión generada por el calefactor unitario a leña identificado en las actividades de fiscalización realizadas por esta SMA, no contribuiría de manera significativa a la contaminación existente en la ciudad de Coyhaique.

81. Que, esta forma, se estima que no existe una contribución de importancia o significativa 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 bajo.

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

82. 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.

83. 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.

84. 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.

85. Luego, respecto de la infracción, tal como se indicó en los considerandos anteriores, relativos a la importancia del peligro ocasionado, si bien resultaría lógico, en base a la construcción de un modelo teórico de determinación de riesgo, efectuar una relación entre los elementos de fuente contaminante, ruta de exposición y receptores poblacionales de interés, no resulta posible determinar el número específico de personas cuya salud pudo ser potencialmente afectada, ya que el impacto es local o circunscrito al área cercana de la fuente de emisión, pero por motivos propios de la operación o manipulación del calefactor, como hora de encendido/apagado y su relación con la trayectoria de las emisiones generadas es indeterminado, lo que impide en definitiva identificar con precisión el área poblacional que específicamente resultaría afectada.

86. Por tanto, considerando lo anterior, esta circunstancia no será ponderada en este caso concreto.

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

87. 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 adecue al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

88. 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 tanto 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.

89. 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.

90. Bajo ese contexto, se puede señalar, primeramente, que, de acuerdo al Inventario de Emisiones del año 2009, la emisión de MP_{10} estimada para las distintas fuentes identificadas en la ciudad de Coyhaique, corresponden a:

Tabla 1: Inventario de Emisiones 2009

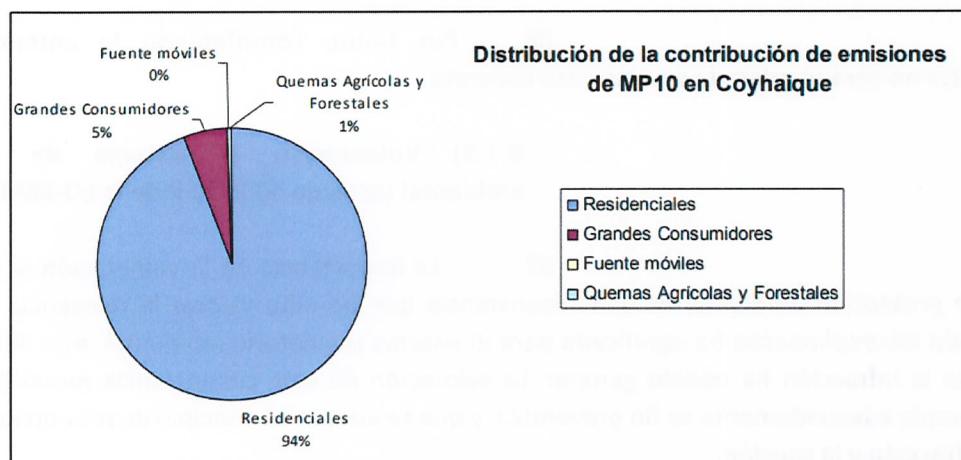
	Residenciales	Grandes Consumidores	Fuente móviles	Quemas Agrícolas y Forestales	Total (ton/año)
PM ₁₀	7.184	401	4,9	38,3	7.628
PM _{2,5}	6.982	389	-	35,9	7.407
CO	77.861	2.917	455,7	315,1	81.549
NOx	441	33	16,9	8,4	499
COV	48.164	2.591	35,7	24,6	50.815

SOx	66	16	162,3	0,8	245
-----	----	----	-------	-----	-----

Fuente: Análisis de Emisiones Atmosféricas en Coyhaique Enviromodeling Ltda., año 2009.

91. De acuerdo a lo anterior, se puede señalar que las fuentes correspondientes al Grupo “Grandes Consumidores” corresponde al grupo con el segundo aporte de emisiones de MP₁₀ en la señalada ciudad, alcanzando un 5% de contribución. En este caso en particular, el establecimiento comercial “Repuesto Strange” se encontraría clasificada como una fuente fija, dado que ella corresponde a una fuente que realiza una combustión a leña de carácter comercial, por consiguiente, se encontraría clasificada en el grupo “Grandes consumidores”.

Gráfico 1: Distribución de la contribución de emisiones de MP₁₀ en Coyhaique



Fuente: Análisis de Emisiones Atmosféricas en Coyhaique Enviromodeling Ltda., año 2009.

92. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración del PDA de Coyhaique, el cual tiene por objetivo dar cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP₁₀. Para ello, el PDA de Coyhaique considera cuatro medidas estructurales: (i) el reacondicionamiento térmico de viviendas; (ii) la sustitución de sistemas de calefacción; (iii) el mejoramiento de la calidad de leña; y (iv) la educación y difusión a la comunidad.

93. En este contexto, el PDA de Coyhaique, es un instrumento particularmente complejo debido a que el cumplimiento de su normativa está enfocado a varios y distintos tipos de sujetos obligados, tanto del ámbito privado como del público, en relación al control de las emisiones de MP₁₀, especialmente producto del uso de leña. Así, es la contribución al cumplimiento de cada una de estas fuentes existentes en la zona, la que permite la realización del objetivo de este Plan de Descontaminación, el cual, por su diseño normativo, depende de la observancia de las exigencias del mismo por parte de un gran número de fuentes; cuya acción, en conjunto, tiene gran relevancia desde una perspectiva ambiental.

94. Es igualmente importante señalar que el problema de contaminación por el uso masivo de la leña como combustible, encuentra explicación en el marco del PDA de Coyhaique, principalmente, en cinco motivos: (i) la existencia de viviendas con alta demanda de energía debido a la precariedad de su construcción y aislación térmica; (ii) las bajas temperaturas y deficiente ventilación de la cuenta en el período de marzo a septiembre; (iii) el bajo precio de la leña comparado a otros combustibles; (iv) el fácil acceso y disponibilidad local de leña; y (v) el arraigo cultural presente en la población.

95. La relevancia de este instrumento para el sistema regulatorio ambiental chileno radica primeramente y como señala el propio PDA de

Coyhaique en el resguardo a la salud de la población al disminuir enfermedades y así provocar la disminución de los gastos en salud, a partir de la reducción de cerca de 97% de los riesgos fatales asociados, y al evitar los costos asociados al tratamiento de enfermedades y pérdidas de productividad. En este sentido, se ha identificado que el cumplimiento satisfactorio del PDA de Coyhaique, conlleva beneficios asociados a impactos en la salud de la población expuesta, producto de la disminución de la concentración ambiental del Material Particulado, asociado a la reducción de emisiones de las fuentes reguladas, evitándose eventos de mortalidad prematura, morbilidad, días de actividad restringida, y productividad perdida. Así, se postula que los beneficios de su implementación serían de 3,5 veces sus costos²⁵.

96. En este sentido, adquiere relevancia señalar, que Coyhaique es una ciudad pequeña donde conviven aproximadamente 58.000 personas²⁶, por lo que el incumplimiento de las medidas dispuestas por el PDA de Coyhaique por uno cualquiera de estos establecimientos comerciales, vulnerando el sistema jurídico de protección ambiental, es especialmente sensible al ser altamente visibilizado por el resto de la ciudadanía local.

97. La importancia entonces, de la vulneración a la norma en el caso concreto, es determinada por la alta visualización por parte del resto de la ciudadanía y demás establecimientos comerciales, del incumplimiento detectado a la norma del artículo 19 del PDA de Coyhaique, lo cual conlleva, en definitiva, un desincentivo para su cumplimiento generalizado.

98. En este sentido, la sanción al incumplimiento debe tener como propósito lograr el efecto disuasivo de prevención general y especial, en tanto se busca generar un cambio de conducta en la población toda, y especialmente en el sector comercial de Coyhaique. Por esto, para efectos de ponderar el grado de vulneración al sistema de control ambiental, y determinar el valor de seriedad de la infracción en particular, deberá considerarse el hecho de haberse constatado la existencia de un calefactor unitario a leña en funcionamiento, en momentos de prohibición absoluta, así como la prolongación de este incumplimiento durante 20 meses de prohibición absoluta, aproximadamente, y vulnerando 4 períodos de Gestión de Episodios Críticos distintos por lo que esta circunstancia deberá ser ponderada respecto de la infracción constatada, en los términos expuestos precedentemente, para determinar la base del componente de afectación.

B.2. Factores de incremento

99. A continuación, se ponderarán aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación, y que han concurrido en la especie. Como fuera indicado en los considerandos N° 51 a 53, no se analizará la circunstancia establecida en la letra d) ni en la letra e) del Artículo 40 de la LO-SMA.

B.2.1. Falta de cooperación (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

100. 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.

²⁵ Art. 2, Punto 1.6 Beneficios y Costos del PDA de Coyhaique.

²⁶ Conforme los resultados del Censo de 2017. Disponible en <https://resultados.censo2017.cl/Region?R=R11>.

101. 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.

102. En el presente caso, la titular no respondió la solicitud de información contenida en la Res. Ex. N° 2 / Rol F-008-2020, ni en el plazo mencionado ni de forma extemporánea, por lo que esta circunstancia deberá ser considerada como un factor de incremento en el componente de afectación en la sanción que corresponda aplicar.

B.2.2. Otras circunstancias del caso específico: vulneración al PPC contenido en el APL Coyhaique (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

103. La letra i) del artículo 40 de la LO-SMA señala que se considerará, para la determinación de la sanción, todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción.

104. En el presente caso, y como fuera señalado en el considerando N° 7, con fecha 24 de julio de 2017, la titular suscribió el APL Coyhaique, conforme a las disposiciones de la Ley N° 20.416 que fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, y especialmente su artículo décimo, que establece la Ley de Acuerdos de Producción Limpia, estableciéndose como meta de su Plan de Promoción al Cumplimiento -Meta N° 3 del APL Coyhaique- que las empresas signatarias dieran cumplimiento al artículo 19 del PDA de Coyhaique respecto de la prohibición de uso de calefactores unitarios a leña en locales comerciales. En este sentido, las empresas adherentes al APL Coyhaique, se comprometieron a realizar *“el retiro de todos sus artefactos de leña de los establecimientos comerciales emplazados en la zona saturada de Coyhaique, además deberán asegurar la destrucción del equipo retirado (chatarrización) a través de fotografías y certificados”*, motivo por el cual se otorgó un plazo gradual para alcanzar el cumplimiento del compromiso adquirido en el PPC, así como facilidades y recursos para realizar recambio del calefactor. El PPC es un instrumento establecido con el objeto de incentivar el cumplimiento respecto de empresas de menor tamaño **que se encuentren incumpliendo exigencias normativas**. Así, Comercial El Torreón Limitada, a la fecha de suscripción del PPC, se encontraba incumpliendo la normativa ambiental, y en dicho contexto se comprometió con la autoridad a cumplir satisfactoriamente la norma infringida, en este caso las disposiciones del PDA de Coyhaique, lo cual no ejecutó.

105. La trascendencia de esta vulneración, entonces y como se consignara en la Historia Fidedigna de la Ley APL, obedece a que *“la normativa considera estos acuerdos como una oportunidad para solucionar aquellas conductas que son objeto de infracciones al momento de la celebración del acuerdo de producción limpia”*²⁷; por lo que, al incumplir la titular, no sólo ha desperdiciado esta oportunidad para alcanzar legítimamente el cumplimiento normativo de forma gradual, facilitado por las formas de ayuda económica estatal

²⁷ Página 261, disponible en

https://www.bcn.cl/historiadaleyl/fileadmin/file_ley/4775/HLD_4775_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

especialmente concebidas para el APL, sino además lo ha hecho afectando la credibilidad del instrumento, al haberse acogido al mismo obteniendo innegablemente la concesión de un plazo de gracia para lograr el cumplimiento gradual, con el efecto social que conlleva (especialmente de quienes no participaron del mismo), para luego desmerecerle y continuar utilizando el combustible prohibido en período GEC. Por ello, el artículo 8 inciso final de la Ley APL señala que “[e]n caso de incumplimiento de este programa, los órganos fiscalizadores competentes en la materia podrán imponer las sanciones que correspondan a la infracción de la normativa, de conformidad con sus respectivos procedimientos sancionatorios, debiéndose considerar dicho incumplimiento como una agravante que autorice a aplicar el rango máximo o la sanción más grave que se contemple para la infracción”. Con ello, el legislador ha anticipado los efectos de su eventual incumplimiento, y ordenado a la entidad sancionatoria – en este caso la SMA – incluir esta circunstancia como una agravante, para su debida ponderación en la determinación de la sanción que, proporcionalmente, corresponda aplicar.

106. Por lo anterior, esta circunstancia deberá ser considerada como un factor de incremento adicional en el componente de afectación en la sanción que corresponda aplicar.

B.3. Factores de disminución.

107. 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) ni en la letra e) por las razones ya señaladas en los considerandos N° 52 y 53. Teniendo presente, además, que en este caso no ha mediado una autodenuncia, ni se ha configurado algún tipo de cooperación por parte del 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.3.2. Ponderación de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia COVID-19 (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

108. Conforme a lo instruido por los memorándums N° 7/2020 y N° 89/2020, ambos de esta Superintendencia, 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.

109. 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.

110. 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.

111. 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 2020²⁸, 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. La 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, y dice relación con 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 Pública²⁹. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

113. Al respecto, con el objeto de contar con información actualizada respecto del tamaño económico de la titular, por medio de la Res. Ex. N°2/Rol F-008-2020, de fecha 31 de julio de 2020, se solicitó al presunto infractor *"Los Estados Financieros (a saber: Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo Efectivo) correspondientes al año 2016 y 2017, o cualquier otra documentación que acredite los ingresos anuales correspondientes al año 2019, o cualquier documentación que acredite los ingresos anuales y mensuales para el año 2019. En caso de no contar con la información final asociada al año 2019, se podrá enviar la información procesada a la fecha de recibo de la presente resolución. Del mismo modo deberá acompañar Formulario N° 29, enviado al SII durante el año 2019, correspondiente a los meses de enero a diciembre de 2019"*. Dicha Resolución fue notificada de manera personal, como ha sido señalado en el considerando N° 21 del presente Dictamen. Sin embargo, la titular no dio respuesta a dicha solicitud, de modo que la ponderación de la capacidad económica se efectuó considerando la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos, correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio y realizada en base a información auto declarada de cada entidad para el año tributario 2020.

²⁸ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

²⁹ CALVO Ortega, Rafael, curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10^a 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."

114. En ese contexto, Comercial El Torreón Limitada, R.U.T. N° 76.036.390-1, corresponde a una persona jurídica que posee ingresos por ventas entre 25.000 a 50.000 UF anuales, es decir, sus ingresos son equivalentes a una empresa ubicada en el primer rango de las empresas clasificadas como medianas.

115. En base a lo descrito anteriormente, al ser los ingresos del titular equivalentes a los de una empresa categorizada en el primer rango de empresa mediana, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de las sanciones que corresponda aplicar a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

XI.

PROPUESTA DE SANCIÓN

116. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propone aplicar la sanción de una multa equivalente a cuatro coma una UTA (**4,1 UTA**), respecto al hecho infraccional consistente en la *"Utilización de un calefactor unitario a leña por un establecimiento comercial emplazado en la zona saturada del polígono afecto al PDA de Coyhaique, en período de prohibición absoluta comprendido entre el 1 de abril y el 30 de septiembre"*.



Julián Alberto Cárdenas Cornejo
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Rol N° F-008-2020