

EIS

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-014-2020, SEGUIDO EN
CONTRA DE ROMINA LILIAN DARIGO LOBOS**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Este fiscal instructor ha tenido como marco normativo aplicable al presente procedimiento administrativo sancionatorio la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 1076, de fecha 26 de junio de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 31, de 08 de octubre de 2019, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N°47 del año 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Plan de Descontaminación Atmosférica para la Comuna de Osorno (en adelante, "D.S. N°47/2015", "PDA Osorno" o "PPDA Osorno"); la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; y la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

**II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA
INSTRUCCIÓN**

A. Identificación del infractor

2. El presente procedimiento sancionatorio Rol F-014-2020 iniciado con fecha 18 de marzo de 2020, fue dirigido en contra de Romina Lilian Darigo Lobos (en adelante, "la titular"), Rol Único Tributario N° 13.487.379-5, en su calidad de titular del establecimiento denominado "Restaurant Terra Nostra", ubicado en calle Arturo Prat N°745, comuna de Osorno, Región de Los Lagos.

B. Actividad de inspección ambiental

3. Mediante la Resolución Exenta N°1639, de fecha 28 de diciembre de 2018, que Fija Programas y Subprogramas de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2019, se programó y subprogramó la fiscalización del cumplimiento del PDA Osorno.

4. Con fecha 28 de mayo de 2019 se llevó a cabo una actividad de inspección ambiental por funcionarios de esta Superintendencia al establecimiento "Restaurant Terra Nostra". La referida actividad culminó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental, de la misma fecha, la cual forma parte del expediente DFZ-2019-913-X-PPDA. Dicho expediente da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se constató la utilización de un calefactor a leña ubicado en el comedor del local comercial. Al momento de la fiscalización se solicitó a la titular presentar, en un plazo de 5 días hábiles, información para acreditar la corrección del hallazgo, la que no fue presentada.

ii) Mediante la Resolución Exenta N°023 de fecha 18 de junio de 2019 se requirió información a la titular con el objeto de constatar el retiro del calefactor a leña constatado en la inspección ambiental, dentro del plazo de 5 días hábiles, información que no fue entregada por parte de la titular.

C. Instrucción del procedimiento sancionatorio

5. Mediante Memorandum D.S.C. N° 140/2020, de fecha 03 de marzo de 2020, se procedió a designar a Lilian Solís Solís como Fiscal Instructora Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor Suplente, para llevar adelante la instrucción del procedimiento sancionatorio, en virtud del artículo 49 de la LO-SMA. Posteriormente, mediante Memorandum N°275/2020, de fecha 8 de mayo de 2020, se procedió a designar a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Lilian Solís Solís como Fiscal Instructora suplente.

6. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 18 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-014-2020, mediante la Res. Ex. N° 1/Rol F-014-2020, que establece la formulación de cargos en contra de la titular, por la *“utilización, con fecha 28 de mayo de 2019, de un calefactor a leña en un establecimiento comercial ubicado en la zona saturada afecta al PPDA de Osorno”*. Adicionalmente, la referida resolución estableció en su resuelvo III que el infractor tendría un plazo de 15 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento (en adelante, “PdC”) y de 22 días hábiles para formular descargos, ambos contados desde la fecha de notificación de la formulación de cargos.

7. De conformidad con el artículo 46 de la Ley N° 19.880, supletoria a la LO-SMA, atendido lo dispuesto en el artículo 62 de esta última, la resolución previamente indicada, fue notificada con fecha 08 de abril de 2020 a la titular, según la información obtenida desde la página web de Correos de Chile asociado al número de seguimiento 1180851762957.

III. CARGO FORMULADO

8. Mediante la Res. Ex. N° 1/Rol F-014-2020, se formuló un cargo contra la titular, por el siguiente hecho, acto u omisión que constituye infracción conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación:

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas
----	---	--

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas
1	Utilización, con fecha 28 de mayo de 2019, de un calefactor a leña en un establecimiento comercial ubicado en la zona saturada afecta al PPDA de Osorno.	<p>D.S. N° 47/2015, Artículo 24:</p> <p><i>“Transcurrido 18 meses desde la entrada en vigencia del presente Plan, se prohíbe la utilización de artefactos unitarios a leña en establecimientos comerciales ubicados dentro de la zona saturada”</i></p>

IV. NO PRESENTACIÓN DE PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NI DESCARGOS

9. Cabe indicar que la titular no presentó un PdC ni tampoco descargos en el presente procedimiento.

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

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

11. En razón de lo anterior, cabe reiterar que el hecho sobre el cual versa la formulación de cargos ha sido constatado por funcionarios de la SMA, en la inspección ambiental de fecha 28 de mayo de 2019, siendo dicha actividad registrada en el acta de inspección ambiental correspondiente, la cual forma parte del Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-913-X-PPDA. En dicho informe se deja constancia de que la titular se encontraba utilizando un calefactor a leña en su establecimiento comercial, con fecha 28 de mayo de 2019.

12. En relación con lo anterior, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que *“los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen*

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

en el procedimiento". Por su parte, el artículo 8 de la LO-SMA señala "el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal".

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

VI. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

14. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol F-014-2020, esto es, la utilización, con fecha 28 de mayo de 2019, de un calefactor a leña en un establecimiento comercial ubicado en la zona saturada afecta al PDA de Osorno.

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

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

VII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

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

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

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

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

20. 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.

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

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

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

“a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.

b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.

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

d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

e) La conducta anterior del infractor.

f) La capacidad económica del infractor.

g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.

h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.

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

24. 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.

25. En este sentido, a continuación, se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, partiendo para ello por el análisis del beneficio económico obtenido como secuencia de la infracción, y siguiendo luego con la determinación del componente de afectación. Este último componente se encuentra basado en el “valor de seriedad de la infracción”, el cual considera la 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.

26. Dentro de este análisis **se exceptuarán** las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA: **la letra d)**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 47/2015 por parte de la titular y porque la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor; **la letra e)**, en su dimensión de factor que incrementa la sanción, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional; **la letra g)** en su factor de incremento de la sanción original, puesto que no se presentó un programa de cumplimiento en el presente caso y; **la letra h)** puesto que en el presente caso el infractor no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado.

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

28. 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).

29. 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.

30. 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.

31. Para efectos de la estimación del beneficio económico y para el cargo analizado, se consideró una fecha estimada de pago de multa al 01 de febrero de 2021, el valor de la UTA al mes de enero de 2021, y una tasa de descuento de un 9,8% estimada en base a parámetros económicos de referencia generales y parámetros específicos del rubro de restaurant.

I. Escenario de cumplimiento

32. En relación a este escenario, es necesario identificar las acciones y costos que, de haber sido implementados a tiempo, habrían posibilitado el cumplimiento de la normativa establecida en el D.S. N° 47/2015. Dicha medida consiste en la instalación de un artefacto que utilice un combustible permitido al amparo del PDA de Osorno, para la calefacción del establecimiento, y de acuerdo a la normativa vigente. Adicionalmente, será necesario contar con un suministro del combustible que asegure el funcionamiento del nuevo calefactor.

33. Respecto al cambio de artefacto, se considera el costo asociado a una medida genérica, destinada a disminuir las emisiones de material particulado, que corresponde a la debida compra, instalación y utilización de un **calefactor o estufa, que utilice como combustible gas**. Dicho equipo debió estar instalado y encontrarse en funcionamiento, durante todo el año 2019, y de igual modo, durante el año 2020. Sin embargo, para efectos de la configuración del escenario de cumplimiento se considerará que, al menos, debió haberse encontrado en funcionamiento a la fecha de la fiscalización, es decir, el día 28 de mayo de 2019, hasta la fecha estimada de pago de la multa, es decir, hasta el día 29 de enero de 2021.

34. En consecuencia, se considera que la titular debió incurrir en los costos asociados a dos ítems, el primero es el costo incurrido en la compra e instalación de un calefactor que cumpla con el estándar indicado en la normativa vigente y el segundo es el costo incurrido en el consumo de combustible producto del cambio de tecnología idónea para la zona.

35. En relación al costo del calefactor a gas que debió instalar la titular, se tomará como referencia el valor disponible en un estudio realizado por el Sernac² en el mes de junio de 2015, en el cual se comparan los valores para estufa que funcionamiento con GLP en distintas páginas web de empresas de retail o tienda por departamento, que da cuenta del valor promedio de \$ 89.516. Para fines del cálculo, se considerará un equipo de potencia de 4,0 kW, para cilindros de 15kg de GLP y con capacidad de calefacción de 50 a 60 m². En consecuencia, para estos efectos se estima que la titular, en un escenario de cumplimiento normativo, debió haber incurrido en un costo de al menos de 2 estufas \$ 89.516 (total de \$179.032) equivalentes a 0,3 UTA.

² Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/619/w3-article-4152.html>

36. Por otra parte, y como se señaló anteriormente, el cambio de tecnología de un artefacto de calefacción trae consigo el cambio de combustible, por consiguiente, el cálculo del Beneficio Económico debe considerar un gasto promedio mensual de \$ 75.351 en la compra de gas licuado. Dicho gasto en combustible debió incurrirse durante al menos el periodo comprendido entre el 28 de mayo de 2019 y el 29 de enero de 2021. En consecuencia, el costo total estimado que debió haber incurrido la titular por concepto de combustible en el escenario de cumplimiento es de \$ 1.577.357, equivalentes a 2,6 UTA.

II. Escenario de incumplimiento

37. 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 la actividad de fiscalización, de fecha 28 de mayo de 2019, referido a la utilización de un artefacto calefactor que utiliza leña como combustible, para un establecimiento que, para efectos de este escenario, tiene 120 m² de superficie, distribuidos en dos pisos.

38. En relación a los costos incurridos en el escenario de incumplimiento por concepto de combustible, de acuerdo a la información disponible en los antecedentes que fundamentan el PDA de Osorno, se indica en el artículo 2 del D.S. N°47/2015, específicamente en la Tabla 8 de "*Consumo promedio de leña, cantidad de hogares y cantidad de artefactos a leña por sector*", que el consumo promedio de leña del sector centro es de 15,7 m³/año, por lo tanto, el costo mensual de la calefacción a leña para un establecimiento de similar superficie e infraestructura que un hogar promedio corresponde a un valor estimado de \$41.851³, costo en el cual debió incurrir la titular durante el período comprendido entre el 28 de mayo de 2019 y el 29 de enero de 2021, debido a que la titular no acreditó fehacientemente haber discontinuado su uso, y en consecuencia, resulta fundado presumir en función de las máximas de experiencia, que ante la ausencia de otras formas de calefacción, el local infractor continuó haciendo uso del calefactor a leña prohibido. En consecuencia, el costo total incurrido en combustible estimado para el periodo señalado es de \$813.304 equivalentes a 1,3 UTA.

III. Determinación del beneficio económico

39. De conformidad a lo indicado precedentemente, a partir de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, se concluye que el beneficio económico se origina por el retraso de los costos asociados a la adquisición e instalación de dos estufas a gas, estimada como la medida idónea para volver al cumplimiento del D.S. N°47/2015, y al costo evitado del combustible gas, ambos costos incurridos en el periodo comprendido entre la constatación de la infracción, es decir, el día 28 de mayo de 2019 hasta la fecha estimada de pago de multa, es decir, hasta el día 29 de enero de 2021.

40. En definitiva, de acuerdo a lo señalado anteriormente, y en base a la aplicación del método de estimación utilizado por esta

³ Valor promedio madera trozada \$31.988 /m³ seca eucaliptus. INFOR. Boletín de Precios Forestales, marzo 2020. ISSN 0716 - 6923.

Superintendencia, el beneficio económico asociado a esta infracción asciende a 1,4 UTA, según se indica en la siguiente tabla:

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

Hecho que constituye la infracción	Costo que origina el beneficio	Costos retrasados o evitados		Beneficio económico (UTA)
		\$	UTA	
Utilización, con fecha 28 de mayo de 2019, de un calefactor a leña en un establecimiento comercial ubicado en la zona saturada afecta al PPDA de Osorno.	Costo retrasado asociado a la adquisición e instalación de estufas con uso de combustible permitido por el PPDA	\$ 179.032	0,3	1,4
	Costos evitados asociados a la diferencia entre el costo de uso de combustible permitido por el PPDA y el costo de uso de combustible por calefacción a leña.	\$ 764.053	1,2	

Fuente. Elaboración Propia.

41. 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

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

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

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

44. 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 intensas⁴. 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.

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

46. En cuanto al concepto de riesgo o peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, ésta corresponde a la “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”⁵. 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.

47. Adicionalmente, es importante tener presente que en la comuna de Osorno hay un riesgo pre-existente debido a que dicha comuna se encuentra saturada por MP 10 y por MP 2,5 y por tanto, en caso de determinar el riesgo de la infracción en concreto, esto conduciría a un aumento del riesgo preexistente, el que puede llegar a ser significativo o no.

48. 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 última se define como “*el proceso por el cual una persona se ve expuesta a contaminantes que se originan en alguna fuente de contaminación*”⁶, luego, una ruta de exposición completa, debe contemplar los siguientes elementos: **(a)** una fuente de contaminante, como el calefactor a leña del establecimiento comercial que emite, entre otros, material particulado; **(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

⁴ 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.

⁵ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. p. 19. Disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

⁶ Definición de Ruta de Exposición. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo a la salud de la Población. Servicio de Evaluación Ambiental.

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 Osorno; 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.

49. 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, no obstante señalar que producto de la baja velocidad y temperatura de los gases, las emisiones de material particulado, sumado a las condiciones atmosféricas existentes en la ciudad (baja velocidad de viento y estabilidad atmosférica), limitan la dispersión de los contaminantes a sectores cercanos al punto de emisión, situación que se ve acentuada en condiciones de baja altura de la capa de inversión térmica.

50. No obstante lo señalado previamente, dadas las características del calefactor de la titular es posible establecer una relación entre la totalidad de emisiones generadas en la zona saturada y la cantidad estimada de emisiones generadas por el calefactor de la titular, asimilándolo a un artefactor del subsector de combustión residencial a leña en la zona saturada de Osorno.

51. De acuerdo a lo que señala el inventario de emisiones del PDA Osorno, la emisión generada por el subgrupo “combustión residencial a leña”, alcanzaría un total de 9.749 ton/año de MP₁₀, cantidad que representaría el 88,8% del total de las emisiones MP₁₀ inventariadas. De forma similar, las emisiones de MP_{2,5} asociadas a la combustión residencial a leña alcanzarían un total de 9.462 ton/año, representando el 95,0% del total de emisiones inventariadas de MP_{2,5}. En base a lo anterior, el calefactor del establecimiento infractor alcanzaría emisiones estimadas equivalentes a 0,00179% (0,196 ton/año de MP₁₀). En vista de lo anterior, es plausible señalar que las emisiones estimadas generadas por el calefactor unitario a leña identificado en la actividad de fiscalización de 28 de mayo de 2019, no contribuiría de manera significativa a la contaminación existente en la ciudad de Osorno.

52. Que, si bien no es posible establecer con un nivel de precisión razonable la contribución de la infracción al riesgo individualizado en los considerandos anteriores 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).

53. La afectación a la salud establecida en el artículo 40, letra b) de la LO-SMA, debe entenderse en un sentido más amplio que el prescrito en el artículo 36 de la LO-SMA, debido a que para la aplicación de este último no se exige que la afectación, concreta o inminente, tenga el carácter de grave o significativa.

54. 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.

55. 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.

56. 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.

57. 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).

58. 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.

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

60. 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.

61. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración del PDA de Osorno, el cual tiene por objetivo lograr que, en la zona saturada se dé cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP10, y a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado fino respirable MP2,5, en un plazo de 10 años.

62. En este contexto, el PDA de Osorno 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, entre ellos, el control de las emisiones de MP 10 y MP 2,5 producto del uso residencial de leña, por tanto, 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. En este sentido, cobran un rol fundamental la educación y la toma de conciencia por parte de los responsables de las fuentes como factores que inciden en la orientación de su conducta al cumplimiento individual de la norma.

63. Es relevante señalar que la combustión de leña en uso residencial es la principal fuente emisora de MP10 y MP2,5 en la comuna de Osorno. A mayor abundamiento, se puede indicar, que el PDA Osorno, señala que las emisiones debidas a la combustión residencial de biomasa en la zona representan el 89% y 95% de las emisiones de MP10 y MP2,5, respectivamente.

64. En este sentido, debe destacarse que Osorno es una ciudad pequeña donde conviven aproximadamente 161.460 personas⁷, por lo que el incumplimiento de las medidas dispuestas por el PDA de Osorno por uno cualquiera de los establecimientos comerciales, vulnerando el sistema jurídico de protección ambiental, es especialmente sensible al ser altamente visibilizado por el resto de la ciudadanía local.

65. 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 24 del PDA de Osorno, lo cual conlleva, en definitiva, un desincentivo para su cumplimiento generalizado.

66. 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 Osorno. 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 a leña en funcionamiento, en circunstancias que se encuentra prohibido permanentemente para los establecimientos comerciales, por lo que esta circunstancia deberá ser ponderada respecto de la

⁷ Conforme los resultados del Censo de 2017. Disponible en <http://resultados.censo2017.cl/Region?R=R10>.

infracción constatada, en los términos expuestos precedentemente, para determinar la base del componente de afectación.

B.2) Factores de incremento

67. Tal como se señaló precedentemente, no se ponderarán circunstancia de la letra d) ni la letra e) del artículo 40 de la LO-SMA, atendidas las consideraciones antes expuestas.

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

68. En el presente procedimiento, de manera posterior a la inspección ambiental, mediante la Resolución Exenta N°023, de fecha 18 de junio de 2019, se requirió a la titular la entrega de información que diera cuenta del retiro del artefacto unitario a leña, debiendo contener como mínimo lo siguiente: a) fecha en que fue retirado el calefactor; b) destino dado al calefactor retirado; c) fotografía fechada que registre el lugar donde estuvo instalado el calefactor retirado; d) fotografía fechada que registre el cielo raso del local, que dé cuenta del retiro de los ductos de evacuación de gases y; e) fotografía fechada que registre el nuevo sistema de calefacción instalado en reemplazo al calefactor retirado, dentro del plazo de 5 días hábiles.

69. Debido a que la titular no respondió el requerimiento de información que realizó esta Superintendencia, esta circunstancia será ponderada en la determinación de la sanción final.

B.3) Factores de disminución.

70. 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). Teniendo presente, además, que en este caso no ha mediado una autodenuncia, ni se ha configurado algún tipo de cooperación por parte de la titular, ni se ha acreditado la realización de medidas correctivas, no se ponderarán dichas circunstancias en virtud de la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA.

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

71. 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 la titular, a propósito de incumplimientos al PDA de Osorno.

72. Asimismo, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta anterior

irreprochable, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente.

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

73. 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.

74. 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.

75. 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.

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

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

77. 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 Pública⁸. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

78. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones⁹.

116. Para la determinación del tamaño económico de la empresa, se ha examinado la información proporcionada por el Servicio de Impuestos Internos (SII), correspondiente a la clasificación por tamaño económico de entidades contribuyentes utilizada por dicho servicio, realizada en base a información autodeclarada de cada entidad para el año tributario 2018 (año comercial 2017). De acuerdo a la referida fuente de información, doña Romina Lilian Darigo Lobos corresponde a una persona natural que se encuentra en la categoría de tamaño económico Micro 3, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre UF 600 y UF 2.400.

79. En base a lo descrito, al tratarse de una empresa categorizada como **Micro 3**, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

IX. TIPO DE SANCIÓN A APLICAR

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

⁸ 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 Lus et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 - 332.

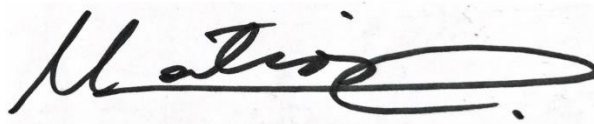
⁹ Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

X. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN.

81. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a la Sra. Romina Lilian Darigo Lobos.

82. Se propone como sanción una multa de **1,4 UTA (uno coma cuatro)**, respecto al hecho infraccional consistente en la vulneración al artículo 24 del D.S. N°47/2015, al haber utilizado, con fecha 28 de mayo de 2019, un calefactor a leña en un establecimiento comercial ubicado en la zona saturada afecta al PPDA de Osorno.

Sin otro particular, se despide atentamente.



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