

DEV

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL D-131-2020, SEGUIDO EN
CONTRA DE CALOR DE MELY SPA**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE

1. Esta fiscal instructora 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 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" o "PDA Osorno"); 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° 2.516, de 21 de diciembre de 2020, de la Superintendencia del medio Ambiente que fija organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 31, de 08 de octubre de 2019, que nombra a Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta RA N°119123/44/2021, de 10 de mayo de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que designa a la Jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento; 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 sujeto infractor

2. El presente procedimiento sancionatorio, Rol D-131-2020, iniciado con fecha 22 de septiembre de 2020, fue dirigido en contra de Calor De Mely Spa (en adelante, "la titular"), Rol Único Tributario N° 76.549.936-4, en su calidad de titular del establecimiento denominado "Calor De Mely Leñería", ubicado en Fundo Rahue Parcela 3 Sitio 21 Km, Ruta U 400, comuna de Osorno, Región de Los Lagos.

B. Denuncia y actividad de inspección ambiental

3. Con fecha 30 de junio de 2020, esta Superintendencia recibió la denuncia presentada por la Sra. Carla Jaramillo Gajardo (en adelante, "la denunciante"). La denunciante señaló que se contactó por teléfono con don Gerardo Castillo Parra para solicitar comprar dos metros de leña seca y con fecha 07 de abril de 2020, la titular entregó la leña en su domicilio, sin embargo, al tratar de utilizar dicha leña, se percató de que no tendría menos del 25% de humedad, debido a que no se quemaba, solamente "chiporroteaba". Por otra parte, la denunciante precisa que la presunta infractora es Calor de Mely SPA, Rol Único Tributario N°76.549.936-4, domiciliada en Fundo Rahue PC3, Sitio 21, comuna de Osorno.

4. Mediante la Resolución Exenta N° 1948, de fecha 30 de diciembre de 2019, que Fija Programas y Subprogramas de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2020, se programó la fiscalización del cumplimiento del PDA de Osorno.

5. Con fecha 25 de agosto de 2020, se llevó a cabo por funcionarios de esta Superintendencia, una actividad de inspección ambiental en el establecimiento “Calor De Mely Leñería”. La referida actividad culminó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental, de la misma fecha, la cual forma parte del informe de fiscalización DFZ-2020-3268-X-PPDA. Dicho expediente da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se constató un stock de 10 metros cúbicos de leña de eucaliptus, en formato de saco, para la venta. En consecuencia, se realizó la medición de humedad de la leña con un xilohigrometro marca Delmhorst, modelo RDM3 previamente calibrado, obteniéndose los siguientes resultados:

Tabla N°1. Ficha de Medición de Humedad de Leña

N° de Muestra	% de humedad	Muestra supera el 25% de humedad
1	29,4	No
2	24,8	No
3	20,5	No
4	50,8	Sí
5	34,4	Sí
6	23,4	No
7	24,3	No
8	39,9	Sí
9	23,5	No
10	38,2	Sí

Fuente. Elaboración propia, en base al Anexo del Acta DFZ-2020-3268-X-PPDA

ii) Se verificó que la titular cuenta con equipo xilohigrómetro y con tabla de conversión de energía de la leña en el local.

C. Instrucción del procedimiento sancionatorio

6. Mediante Memorándum N°569/2020, de fecha 02 de septiembre 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.

7. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 22 de septiembre 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 D-131-2020, mediante la Res. Ex. N° 1/Rol D-131-2020, que establece la formulación de cargos en contra de la titular, por el siguiente hecho: “Comercialización de leña con contenido de humedad sobre el 25% (leña húmeda), con fecha 25 de agosto de 2020”. Adicionalmente, la referida resolución

estableció en su resuelvo III que el infractor tendría un plazo ampliado 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.

8. De conformidad con el inciso II del 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 octubre de 2020 a la titular, según el código de seguimiento N° 1176262581041, de Correos de Chile.

III. CARGO FORMULADO

9. Mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol D-131-2020, 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
1	Comercialización de leña con contenido de humedad sobre el 25% (leña húmeda), con fecha 25 de agosto de 2020.	D.S. N° 47/2015, Artículo 31: <i>"A partir del 1° de marzo de 2019, en la comuna de Osorno sólo se podrá comercializar leña seca que cumpla con los requerimientos técnicos de la Norma NCh2907, de acuerdo a la especificación de "leña seca", establecida en la Tabla 1 de dicha norma. Para la fiscalización de la comercialización de leña se utilizará la metodología establecida en la Norma NCh2965. En el caso que se regule la leña como combustible, prevalecerán las exigencias contenidas en dicha norma, si éstas resultan más exigentes que lo dispuesto en el presente artículo".</i>

IV. PRESENTACIONES REALIZADAS EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

10. Habiendo transcurrido los plazos establecidos para que la titular presentara un programa de cumplimiento y para formular descargos, esta no presentó ni PdC ni descargos en el presente procedimiento, no obstante haber sido notificada con fecha 08 de octubre de 2020, según el código de seguimiento N° 1176262581041, de Correos de Chile.

V. VALOR PROBATORIO DE LOS ANTECEDENTES QUE CONSTAN EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

11. 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.

12. En razón de lo anterior, cabe reiterar que funcionarios de la SMA realizaron una inspección ambiental a la titular con fecha 25 de agosto de 2020, constatándose en esa oportunidad que la titular mantenía leña para la venta con contenido de humedad sobre el 25% (leña húmeda).

13. Así, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que *“los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8° de la LO-SMA señala *“el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignent 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.”*

14. 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. En el presente caso, dicha presunción legal no fue desvirtuada por la titular, en consecuencia, se tienen por ciertos los hechos constatados en la referida inspección ambiental.

VI. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

15. 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 contenido en la Res. Ex. N° 1/Rol D-131-2020, esto es, la comercialización de leña con contenido de humedad sobre el 25% (leña húmeda), con fecha 25 de agosto de 2020.

16. 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.

17. En virtud de lo anterior, y debido a que no se presentaron medios de prueba que logren desvirtuar el hecho constatado, ni su carácter antijurídico, se entiende por probada y configurada la infracción en el presente procedimiento.

VII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

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.

18. Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el hecho constitutivo de infracción que fundamenta 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.

19. En este sentido, 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.

20. En base a lo señalado, y considerando que no se han presentado nuevos antecedentes que hagan variar dicho análisis, es de opinión de esta 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.

21. 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.

22. 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”*.

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

23. 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.

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, 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, cuyo método de estimación se encuentra explicado en el documento Bases Metodológicas. De acuerdo a este método, el citado beneficio puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, de una disminución en los costos, o de una combinación de ambos. De esta forma, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción equivaldrá al valor

económico que significa para el infractor la diferencia entre cumplir con la normativa y no cumplir con ella. Por ello, según se establece en las Bases Metodológicas, para su determinación será necesario configurar dos escenarios económicos.

Escenario de cumplimiento: consiste en la situación hipotética en que la titular no hubiese incurrido en la infracción. De esta forma, en este escenario los costos o inversiones necesarios para cumplir la normativa son incurridos en la fecha debida, y no se realizan actividades no autorizadas susceptibles de generar ingresos.

Escenario de incumplimiento: corresponde a la situación real, con infracción. Bajo este escenario, los costos o inversiones necesarios para cumplir la normativa son incurridos en una fecha posterior a la debida o definitivamente no se incurre en ellos, o se ejecutan actividades susceptibles de generar ingresos que no cuentan con la debida autorización.

30. Así, a partir de la contraposición de ambos escenarios, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de dos aspectos: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados, por un lado; y el beneficio asociado a ganancias ilícitas, anticipadas o adicionales, por el otro.

31. De esta manera, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción debe ser analizado para cada cargo configurado, identificando las variables que definen cada escenario, es decir, los costos o ingresos involucrados, así como las fechas o periodos en que estos son incurridos u obtenidos-, para luego valorizar su magnitud a través del modelo de estimación utilizado por esta Superintendencia, el cual se encuentra descrito en las Bases Metodológicas².

32. Para para el cargo analizado, se consideró, para efectos de la estimación, una fecha de pago de multa al 07 de julio de 2021 y una tasa de descuento de un 8,4 %, estimada como un promedio de las tasas de descuento de todos los rubros disponibles en la base de datos de la SMA, la cual agrupa a más de un centenar de empresas. Por último, cabe señalar que todos los valores en UTA que se presentan a continuación se encuentran expresados al valor de la UTA del mes de mayo de 2021.

A.1) Escenario de cumplimiento

33. 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, en este caso, consistía en que el establecimiento debía disponer de leña seca para su venta. En este sentido, se estima que el beneficio económico obtenido por la infracción se encuentra asociado al costo evitado

² El modelo utilizado por la SMA, el cual toma como referencia el modelo utilizado por la US-EPA, calcula el beneficio económico como la diferencia entre el valor presente del escenario de incumplimiento y el del escenario de cumplimiento a la fecha estimada del pago de la multa, internalizando así el valor del dinero en el tiempo por su costo de oportunidad, a través de una tasa de descuento estimada para el caso. En este marco metodológico, la temporalidad en que los costos o ingresos se incurren u obtienen en cada escenario tiene suma relevancia, implicando asimismo la consideración, si corresponde, del efecto de la inflación a través de la variación del IPC o los valores de la UF, así como también del tipo de cambio si existen costos o ingresos expresados en moneda extranjera. Además, se incorpora en la modelación el efecto tributario a través del impuesto de primera categoría del periodo que corresponda. Para mayor detalle, véase páginas 88 a 99 de las Bases Metodológicas.

por la adquisición de leña húmeda para su venta, en lugar de leña seca. Así, el establecimiento debió haber adquirido la leña por un valor superior que incluyera todos los costos del proceso de secado necesario para no sobrepasar el contenido de humedad permitido.

34. La configuración de costos evitados supone que existe una diferencia entre el precio de adquisición de la madera húmeda y el de la madera seca. En efecto, se observa que la diferencia de precios por metro cúbico entre la leña seca y la húmeda considera el costo del proceso de secado respectivo, el que se estima en \$2.402³ por metro cúbico estéreo. En relación a la cantidad de madera que el establecimiento disponía al momento de la inspección ambiental, que fue realizada el 25 de agosto de 2020, cabe señalar que era de alrededor de 10 metros cúbicos de leña, en formato de saco, para la venta. De dicha cantidad de leña, según la información del Acta de Fiscalización, el 40% se encontraba con un contenido de humedad mayor a 25%, lo que permite estimar todo el lote como leña húmeda (NCh 2907). En consideración a lo anterior, se estima que el costo evitado ascendería a 0,06 UTA. Para efectos de la estimación, se considera entonces que en un escenario de cumplimiento la titular debió haber mantenido para la venta el mismo total de alrededor de 10 m³ estéreos de leña trozada con un contenido de humedad igual o inferior al 25%.

A.2) Escenario de incumplimiento

35. El escenario de incumplimiento normativo consiste en el escenario real en el cual se comete la infracción, que concretamente dice relación con haber mantenido para la venta un total de 10 metros cúbicos de leña, en formato de saco, para la venta, con un contenido de humedad superior al 25%.

A.3) Determinación del beneficio económico

36. De conformidad a lo indicado precedentemente, a partir de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, se concluye que en este caso el beneficio económico se origina por costos evitados en la adquisición de leña con contenido de humedad mayor al permitido. De acuerdo a lo anterior, y a partir de la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a 0,06 UTA.

37. La siguiente tabla presenta un resumen de la información relativa al beneficio económico que se estima obtenido por la comisión de la infracción:

Tabla N° 2 – Resumen de la ponderación total de Beneficio Económico⁴

Hecho Infraccional	Costo que Origina el beneficio	Costo Retrasado o Evitado (UTA)	Período/ fechas	Beneficio Económico (UTA)
Costo de secado de 10 m ³ de leña	Costo evitado	0,06	25.08.2020	0,06

Fuente. Elaboración propia.

³ Informe Final Modelos de Negocios para el Acopio y Secado de Leña. noviembre 2009. M. Gutierrez, A. Villalon, R.M. Garay, S. Gutierrez. U. de Chile, Laboratorio de Bioenergía y Biocombustible

⁴ 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 costo de oportunidad del dinero para el infractor.

B.) Componente de afectación

B.1) Valor de seriedad

38. 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)

39. 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 N°19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA. De esta forma, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de un daño ambiental. En consecuencia, se puede determinar la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados.

40. 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 intensas⁵. 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.

41. En cuanto al daño, corresponde descartarlo en el presente caso, dado que, de la información contenida 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.

42. 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*

⁵ 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.

*sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*⁶. 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.

43. 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.

44. En cuanto al peligro, corresponde tener presente que la superación de los porcentajes de humedad en la leña que se comercializa y que luego se utiliza para calefacción y cocina de uso residencial, inciden en la principal fuente de emisión de MP 10 y MP 2,5 que existe en la comuna de Osorno. Diversos estudios realizados en el marco del desarrollo del PDA Osorno, dan cuenta de que la principal fuente emisora de Material Particulado Respirable MP 10 y MP 2,5, en la comuna de Osorno corresponde a la combustión residencial de leña, al mismo tiempo, los efectos nocivos a la salud de las personas, producto de las emisiones de MP 10 y MP 2,5 se encuentran acreditados, tanto en los procesos de definición de normas de emisión, como en las declaraciones de zona saturada que anteceden a un Plan de Descontaminación.

45. En concreto, 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”*, luego, una ruta de exposición completa, debe contemplar los siguientes elementos: (a) Una fuente de contaminante; (b) Un mecanismo de salida o liberación de los contaminantes; (c) Un medio para que se desplace el contaminante, como la atmósfera o el aire, en el caso de emisiones de material particulado y otros productos de la combustión; (d) Un punto de exposición o lugar específico en el cual la población entra en contacto con el contaminante, como es el caso de la dispersión y persistencia de los contaminantes en la atmósfera; (e) Una población receptora 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.

46. En relación con lo anterior, tal como se ha señalado, en el caso particular, se puede indicar que las fuentes emisoras corresponderían a todos los hogares de la comuna de Osorno que compraron leña húmeda para calefacción o cocina en el

⁶ 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

establecimiento comercial “Calor De Mely Leñería”. Luego, respecto de los elementos punto de exposición y población receptora, cabe señalar, que en el presente procedimiento no se cuenta con antecedentes ciertos respecto del número de clientes, ni de su ubicación específica, por lo que no es posible, con precisión razonable, determinar dichos elementos ni la trayectoria de las emisiones producto de la combustión de dicha leña.

47. Además de lo anterior, no es posible estimar la emisiones generadas producto de la combustión de la leña comercializada debido a que se desconoce el nivel de actividad de cada una de las fuentes que la utilizaron como combustible, la cantidad de leña adquirida por cada uno de los clientes, la ubicación de los hogares que adquirieron dicha leña, el tipo de artefacto de combustión utilizado, así como se desconoce cuánto tiempo transcurrió entre la adquisición de la misma por parte de los clientes y su efectiva utilización como combustible. Sumado a esto, se desconoce la cantidad de personas que habitan dichos hogares y, por ende, que dichas emisiones, signifiquen o no una exposición de carácter permanente y de alto riesgo a la población receptora.

48. De esta forma, se estima que no es posible determinar cuál es la contribución de la infracción al riesgo individualizado en los considerandos anteriores.

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

49. 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.

50. 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.

51. 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.

52. Luego, en concreto, tal como se indicó en los considerandos anteriores, debido a que se desconoce el nivel de actividad de cada una de las fuentes que utilizó la leña como combustible, la cantidad de leña adquirida por cada uno de los clientes, la ubicación de los hogares que adquirieron dicha leña, el tipo de artefacto de combustión utilizado, así como se desconoce cuánto tiempo transcurrió entre la adquisición de la misma por parte de los clientes y su efectiva utilización como combustible; sumado a esto, se desconoce la

cantidad de personas que habitan dichos hogares, y por ende, no existe certeza que las emisiones asociadas a la combustión signifiquen o no una exposición de carácter permanente y de alto riesgo a la población receptora, por lo que no resulta posible determinar el número específico de personas cuya salud pudo ser potencialmente afectada al no ser posible en el presente caso efectuar una relación entre los elementos de fuente contaminante y tasa de emisión con los demás elementos, que son la ruta de exposición y los receptores poblacionales de interés.

53. Por lo 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)

54. 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.

55. 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.

56. 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.

57. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración del PDA Osorno, el cual tiene por objetivo lograr que, en la zona saturada (comuna de Osorno), 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.

58. En este contexto, el PDA de Osorno es un instrumento particularmente complejo debido a que el cumplimiento de su normativa está dirigido a diferentes sujetos obligados, tanto del ámbito privado como del público, por tanto, es la contribución al cumplimiento de cada uno de ellos lo 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.

59. Respecto a la combustión de leña en uso residencial, se puede indicar que 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, tal como se indica en la tabla siguiente:

Tabla N°3. Distribución porcentual de emisiones por sector (%)

	MP10	MP2,5	SO ₂	NO _x	NH ₃	CO
Combustión residencial de leña	88,8	95,0	7,9	26,3	95,3	98,1
Quemas e incendios	1,6	1,6	3,4	4,2	1,1	0,5
Fuentes fijas	3,6	2,2	88,4	25,1	0,0	0,1
Móviles en ruta	0,3	0,3	0,3	44,4	3,6	1,2
Fugitivas	5,7	0,9	0,0	0,0	0,0	0,0

Fuente. Tabla 7, artículo 2 del D.S. N°47/2015.

60. Es importante señalar que el D.S. N°47/2015, caracteriza el consumo residencial de leña en el artículo 2, punto 1.4.2. y menciona como antecedente del Plan de Descontaminación lo siguiente: *“la comercialización de leña en Osorno, tal como ocurre en el resto del país, se realiza en su mayoría de manera informal, por lo que no se cuenta con antecedentes respecto del cumplimiento de los requisitos legales vigentes aplicables a la producción, transporte y comercialización de leña. Lo anterior, debido principalmente a la falta de la normativa aplicable a este combustible, lo que hace que exista un escaso control a las actividades relacionadas con el rubro, lo que redundo en el suministro de un combustible de alta humedad. Esto, sumado a equipos de combustión ineficientes y sin control de emisiones, además de casas mal aisladas que demandan un exceso de combustible, causa los problemas de calidad de aire de la ciudad”*.

61. 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 recintos que comercializan leña con un porcentaje de humedad por sobre el 25%.

62. Cabe señalar, por último, que para efectos de ponderar el grado de vulneración al sistema de control ambiental, y determinar el valor de seriedad de la infracción en particular, debe considerarse la magnitud de la o las excedencias respecto a los porcentajes de humedad constatados en relación al límite normativo. En este caso, como se ha señalado precedentemente en este dictamen, los valores de excedencia del porcentaje de humedad en las muestras de leña se encuentran entre un 34,4% y un 50,8%, lo que implica un rango entre un 37,6 % y un 103,2 %, de superación del contenido de humedad en relación al máximo permitido, respectivamente.

63. Por los motivos señalados anteriormente, esta circunstancia será considerada al momento de determinar la sanción.

B.2) Factores de incremento

64. Tal como se señaló en los considerandos 26 y 27, 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)

65. 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. 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. Las acciones que se considerarán especialmente 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.

66. En el presente procedimiento consta que, mediante la Resolución Exenta N°3/Rol D-131-2020, de fecha 30 de abril de 2021, se solicitó a la titular la entrega de determinados antecedentes necesarios para ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, información que no fue entregada.

67. Debido a que la titular no respondió el requerimiento de información que realizó esta Superintendencia esta circunstancia será ponderada como un factor de aumento en la determinación de la sanción final.

B.3) Factores de disminución.

68. A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden disminuir el componente de afectación. Ahora bien, no se analizará la circunstancia establecida en la letra d), por las razones ya señaladas precedentemente. 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)

69. La concurrencia de esta circunstancia es ponderada por la SMA en base al examen de los antecedentes disponibles que dan cuenta de la

conducta que en materia ambiental ha sostenido en el pasado la unidad fiscalizable. Se entiende que el infractor tiene una irreprochable conducta anterior, cuando no está dentro de alguna de las siguientes situaciones:

- i) El infractor ha tenido una conducta anterior negativa, en los términos anteriormente señalados.
- ii) La unidad fiscalizable obtuvo la aprobación de un PdC en un procedimiento sancionatorio anterior.
- iii) La unidad fiscalizable acreditó haber subsanado un incumplimiento a una exigencia normativa en corrección temprana, cuyo incumplimiento fue constatado nuevamente en una fiscalización posterior.
- iv) Los antecedentes disponibles permiten sostener que la exigencia cuyo incumplimiento es imputado en el procedimiento sancionatorio actual ha sido incumplida en el pasado de manera reiterada o continuada.

70. 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.

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

72. 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 Pública⁷. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

73. 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 sanciones. Este

⁷ CALVO Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 - 332.

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

74. 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 2020 (año comercial 2019). De acuerdo a la referida fuente de información, Calor De Mely Spa corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico Pequeña 1, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre a 2.400,01 UF a 5.000 UF.

75. 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. El estado de excepción constitucional de catástrofe fue prorrogado por el Ministerio del Interior mediante el D.S. N°72 de 11 de marzo de 2021.

76. 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.

77. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia considere los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular en la ponderación del artículo 40, letra f) de la LOSMA, en atención a las consecuencias a que la circunstancia de la pandemia de COVID-19 ha tenido para el normal funcionamiento de las empresas.

78. En el presente caso, la información más actualizada respecto de los ingresos anuales de la empresa corresponde al año 2019 y, por lo tanto, esta no comprende los posibles efectos de la pandemia de COVID-19 referidos anteriormente.

79. 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 2020⁸, conforme a la cual es posible observar la

⁸ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf>.

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 que tienen por objetivo incorporar los efectos de la crisis, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan o no en una disminución adicional en el componente de afectación de la sanción⁹. 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.

80. En atención al principio de proporcionalidad y a lo descrito anteriormente respecto del tamaño económico de la empresa, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda a cada infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

IX. 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 propondrán la sanción que a juicio de esta Fiscal Instructora corresponde aplicar a Calor De Mely Spa:

82. Se propone como sanción una multa equivalente a **1,1 UTA**, respecto de la Infracción correspondiente a *“Comercialización de leña con contenido de humedad sobre el 25% (leña húmeda), con fecha 25 de agosto de 2020”*.

Sin otro particular, se despide atentamente.



Lilian Solís Solís
Fiscal Instructora de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

MCS/JGC
Rol N° D-131-2020

⁹ Disminución adicional al ajuste que corresponde según los ingresos anuales del año 2019.