

DEV

**DICTAMEN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-100-2020, SEGUIDO EN
CONTRA DE LA SOCIEDAD COMERCIAL
INDUSTRIAL Y DE TURISMO NAGUILAN SPA**

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; en el Decreto Supremo N° 25 del año 2016, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Plan de Descontaminación Atmosférica para la Comuna de Valdivia (en adelante, “D.S. N°25/2016” o “PDA Valdivia”); el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto 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 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; la Resolución Exenta RA N°119123/44/2021, de 10 de mayo de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que designa 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. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR
Y DEL INSTRUMENTO DE GESTIÓN
AMBIENTAL DE COMPETENCIA DE LA
SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO
AMBIENTE**

2° El presente procedimiento administrativo sancionatorio se inició con fecha 18 de diciembre de 2020, con la formulación de cargos en contra de la Sociedad Comercial Industrial y de Turismo Naguilán SpA (en adelante e indistintamente, “la Sociedad” o “la titular”), Rol Único Tributario N° 86.137.400-9, titular del establecimiento denominado “HOTEL NAGUILÁN”, ubicado en calle General Lagos N° 1927, comuna de Valdivia, Región de Los Ríos, por lo que está sujeto a las obligaciones establecidas en el D.S. N° 25/2016.

3° Que, el D.S. N° 25/2016, señala en los incisos primero y segundo del artículo 1° que: *“El presente Plan de Descontaminación Atmosférica regirá en la comuna de Valdivia, de acuerdo con lo establecido en el DS N° 17 de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente, que Declara Zona Saturada por material particulado respirable (MP10), como concentración diaria y anual, y por material particulado fino respirable (MP2,5), como concentración diaria, a la zona geográfica que comprende la comuna de Valdivia. Este instrumento de gestión*

ambiental tiene por objetivo, en un plazo de 10 años, lograr que en la zona saturada, se dé cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para MP10, y a la norma primaria de calidad ambiental para MP2,5”.

4° Que, el D.S. N°25/2016 entró en vigor el día 23 de junio de 2017.

III. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ROL F-100-2020

A. Gestiones realizadas por la Superintendencia del Medio Ambiente

i) Actividad de fiscalización realizada por la Superintendencia del Medio Ambiente: inspección ambiental de fecha 28 de mayo de 2019

5° Con fecha 28 de mayo de 2019 se llevó a cabo por funcionarios de esta Superintendencia, una actividad de inspección ambiental programada en el establecimiento “Hotel Naguilán”, quedando constancia de los resultados y conclusiones de esta inspección en las respectivas actas de fiscalización y en los Informes de Fiscalización Ambiental DFZ-2019-935-XIV-PPDA y DFZ-2019-937-XIV-PPDA, elaborados por la División de Fiscalización. En dicha actividad de fiscalización se constató, entre otros hechos, los siguientes:

i. Se constató la existencia de dos calderas a petróleo (CP1 y CP2), y una caldera a leña, ubicadas al interior de las dependencias del Hotel Naguilán.

ii. Se verificó que la caldera a petróleo CP1 al momento de la inspección, esto es, el día 28 de mayo de 2019 a las 22:15 horas, se encontraba encendida y operando.

iii. Se verificó que la caldera a petróleo CP2 al momento de la inspección, esto es, el día 28 de mayo de 2019 a las 22:15 horas, se encontraba encendida y operando.

iv. Se verificó que la caldera a leña, vector estándar, se encontraba apagada.

v. El día 28 de mayo de 2019, había pronóstico de Pre - Emergencia ambiental para la aplicación de las medidas GEC al polígono A, según Resolución Exenta N°192/2018 de la Seremi del Medio Ambiente, de fecha 01 de marzo de 2018.

vi. La titular no presenta informes isocinéticos que den cuenta de que sus emisiones son menores o iguales a 30 mg/Nm3 de material particulado. Tampoco se observa la instalación de medidas de mitigación de material particulado.

ii) Actividad inspección ambiental de fecha 30 de agosto de 2020

6° Que, con fecha 30 de agosto de 2020, a las 19:15 horas, se llevó a cabo una actividad de inspección ambiental, por funcionarios de la

Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “esta Superintendencia”), al establecimiento “Hotel Naguilan”. La referida actividad culminó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental, de la misma fecha, que forma parte del informe DFZ-2020-3358-XIV-PPDA. Dicho informe da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se fiscalizaron tres calderas, una a leña y dos a petróleo, destinadas a calefacción y agua caliente.

ii) Se verificó una caldera a leña marca Mecánica Valdivia, modelo CAC, año de fabricación 2012, de potencia 300.000 kcal/h, y que posee registro N° CA002904M01-4 del D.S. 10/2012 del Ministerio de Salud que aprueba reglamento de calderas, autoclaves y equipos de vapor de agua. La caldera se encontraba apagada al momento de la inspección.

iii) Se constató una caldera a Petróleo marca Alpha 4ST, de 160 lts., año de fabricación 1997, de potencia 162.4 kcal/hora, posee registro N° CA002905M01-2 del D.S. 10/2012 del Ministerio de Salud que aprueba reglamento de calderas, autoclaves y equipos de vapor de agua. La caldera se encontraba encendida al momento de la inspección.

iv) Se comprobó la existencia de una caldera 2 a Petróleo marca Alpha 4ST, de 160 lts., año de fabricación 1997, de potencia 162.4 kcal/hora, posee registro N° CA002905M01-2 del D.S. 10/2012 del Ministerio de Salud que aprueba reglamento de calderas, autoclaves y equipos de vapor de agua. La caldera se encontraba encendida al momento de la inspección.

v) El día 30 de agosto de 2020, había pronóstico de Pre - Emergencia ambiental para la aplicación de las medidas GEC al polígono A, según Resolución N°753 de fecha 29 de agosto de 2020, de la Intendencia de Los Ríos, encontrándose el lugar fiscalizado en dicho polígono.

vi) La titular no presenta informes isocinéticos que den cuenta de que sus emisiones son menores o iguales a 30 mg/Nm³ de material particulado. Tampoco se observa la instalación de medidas de mitigación de material particulado.

B. Instrucción del procedimiento sancionatorio

B.1 Cargo formulado

7° Mediante Memorandum N° 786/2020, de fecha 18 de diciembre de 2020, se designó a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Jorge Franco Zúñiga Velásquez, como Fiscal Instructor Suplente.

8° Con fecha 28 de mayo de 2020, mediante la Resolución Exenta N° 1 / Rol F-100-2020 de esta Superintendencia, se dio inicio al procedimiento sancionatorio en contra de la Sociedad Comercial Industrial y de Turismo Naguilán SpA, por la siguiente infracción tipificada en el **artículo 35 letra c) LO-SMA**, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en el PDA de Valdivia:

N°	Hecho constitutivo de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas
1	Haber operado, con fecha 30 de agosto de 2020, a las	D.S. N° 25/2016, Artículo 64, letra b):

N°	Hecho constitutivo de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas
	19:15 horas, las calderas a petróleo con una potencia mayor a 75 KWt, durante un episodio crítico nivel Preemergencia ambiental en el polígono A, sin haber acreditado la concentración de emisiones para poder funcionar en un episodio de Preemergencia.	<i>“Durante el período de gestión de episodios críticos para MP10 y/o MP2,5, se establecerán las siguientes medidas de prevención y mitigación, cuya fiscalización y sanción en caso de incumplimiento corresponderá a la SEREMI de Salud y Superintendencia del Medio Ambiente:</i> <i>b) En aquellos días para los cuales se pronostique un episodio crítico en el nivel Preemergencia, se tomarán las siguientes acciones:</i> <i>iv) <u>Prohibición, entre las 18:00 hasta las 06:00 hrs, del funcionamiento de calderas industriales y de calefacción, con una potencia mayor a 75 kWt y que presenten emisiones mayores o iguales a 30 mg/Nm3 de material particulado. Esta medida se aplicará por zona territorial”</u>.</i>

B.2 Tramitación del procedimiento Rol F-100-2020

9° La Resolución Exenta N° 1 / Rol F-100-2020, fue notificada mediante carta certificada, siendo recibida en la oficina de correos respectiva con fecha 23 de enero de 2021, según da cuenta el código de seguimiento de Correos de Chile N° 1180851747121. Adicionalmente, de acuerdo con el mismo número de seguimiento, consta la entrega material en la misma fecha a la establecida en la presunción del artículo 46 de la ley 19.800, esto es, el día 27 de enero de 2021.

10° Que, siendo debidamente notificada la Res. Ex. N°1/ Rol F-100-2020, y habiéndose verificado el transcurso del plazo legal establecido para la presentación de un Programa de Cumplimiento y/o Descargos, éstos no fueron presentados por el titular.

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

11° El inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Por su parte, el artículo 53 de la LO-SMA, dispone como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma como se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos. Debido a lo anterior, la apreciación de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores que instruye la Superintendencia, con el objeto de comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos, se realiza conforme a las reglas de la sana crítica.

12° 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 indicar que la apreciación o valoración de la prueba es el

proceso intelectual por el que 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 él¹.

13° La jurisprudencia ha añadido que la sana crítica implica un “análisis que importa tener en consideración las razones jurídicas, asociadas a las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud se le asigne o reste valor, tomando en cuenta, especialmente, la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador. En definitiva, se trata de un sistema de ponderación de la prueba articulado por medio de la persuasión racional del juez, quien calibra los elementos de juicio, sobre la base de parámetros jurídicos, lógicos y de manera fundada, apoyado en los principios que le produzcan convicción de acuerdo a su experiencia”².

14° Así las cosas, en este dictamen, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizarán las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valoración de la que se dará cuenta en los capítulos siguientes.

A. Diligencias probatorias y medios de prueba en el presente procedimiento

15° A continuación, se detallan los medios de prueba que constan en el expediente del presente procedimiento administrativo sancionador:

A.1 Medios de prueba aportados por la Superintendencia del Medio Ambiente

16° Primeramente, se cuenta con un acta de inspección respecto de una actividad de fiscalización desarrollada por personal de la SMA con fecha 28 de mayo de 2019, y una segunda actividad de fiscalización ejecutada el 30 de agosto de 2020, desarrollada, también, por personal de la SMA. En este punto, se hace presente que, de conformidad a lo establecido en el artículo 8° de la LO-SMA, los hechos constitutivos de infracciones normativas consignados en el acta de fiscalización por personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador, constituyen presunción legal.

17° Asimismo, se cuenta con los informes de fiscalización DFZ-2019-935-XIV-PPDA y DFZ-2019-937-XIV-PPDA, los que emanan de la actividad de fiscalización de fecha 28 de mayo de 2019. Por otra parte, consta el informe de fiscalización DFZ-2020-3358-XIV-PPDA, con todos sus anexos e información. Dichos antecedentes dan cuenta de los resultados de la actividad de fiscalización realizada a la Empresa.

¹ Al respecto véase TAVOLARI, Raúl. El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, p. 282.

² Considerando vigésimo segundo sentencia de 24 de diciembre de 2012, Rol 8654-2012, Corte Suprema.

A.2 Medios de prueba aportados por la Sociedad Comercial Industrial y de turismo Naguilán SpA

18° De acuerdo fue señalado, el titular Sociedad Comercial Industrial y de turismo Naguilán SpA, habiendo sido debidamente notificado, no presentó alegación ni documentación alguna en el presente procedimiento sancionatorio, sea en el plazo para presentar descargos y ni aún después de dicho término.

V. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

19° A continuación, para establecer la configuración del hecho que se estima constitutivo de infracción, se procederá a examinar los antecedentes que constan en el procedimiento.

(i) Naturaleza de la imputación

20° En cargo formulado se imputa a la Sociedad Comercial Industrial y de Turismo Naguilán SpA la infracción al artículo 35 letra c) LO-SMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en el D.S. N°25/2016. Al respecto, el Artículo 64 letra b) estableció que *“Durante el período de gestión de episodios críticos para MP10 y/o MP2,5, se establecerán las siguientes medidas de prevención y mitigación, cuya fiscalización y sanción en caso de incumplimiento corresponderá a la SEREMI de Salud y Superintendencia del Medio Ambiente: (...) b) En aquellos días para los cuales se pronostique un episodio crítico en el nivel Pre emergencia, se tomarán las siguientes acciones: (...) iv) Prohibición, entre las 18:00 hasta las 06:00 hrs, del funcionamiento de calderas industriales y de calefacción, con una potencia mayor a 75 kWt y que presenten emisiones mayores o iguales a 30 mg/Nm3 de material particulado. Esta medida se aplicará por zona territorial”*.

21° En este contexto, se imputa a la Empresa como infracción el hecho de haber operado, con fecha 30 de agosto de 2020, a las 19:15 horas, las calderas a petróleo con una potencia mayor a 75 kWt, durante un episodio crítico nivel Pre emergencia ambiental en el polígono A, sin haber acreditado la concentración de emisiones para poder funcionar en un episodio de Pre emergencia.

(ii) Análisis de los antecedentes y examen de la prueba que consta en el procedimiento

22° Que, tal como se ha señalado, ante la falta de alegación y/o prueba en contrario por parte de la Empresa en este procedimiento sancionatorio, ha de estarse a los antecedentes que en este obren, y sobre ellos determinar la configuración de la infracción.

23° En cuanto a la prueba que consta en el presente procedimiento en relación con el único cargo formulado, cabe hacer presente que los hechos han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia. En efecto, tal como consta en el acta de inspección ambiental de fecha 30 de agosto de 2020 – día decretado como Pre-

Emergencia Ambiental –, a las 19:15 horas se constató el funcionamiento de dos calderas a petróleo, teniendo por una parte la caldera a Petróleo marca Alpha 4ST, de 160 lts., año de fabricación 1997, de potencia 162.4 kcal/hora, posee registro N° CA002905M01-2 del D.S. 10/2012 del Ministerio de Salud que aprueba reglamento de calderas, autoclaves y equipos de vapor de agua; y por la otra, la caldera marca Alpha 4ST, de 160 lts., año de fabricación 1997, de potencia 162.4 kcal/hora, posee registro N° CA002905M01-2 del D.S. 10/2012 del Ministerio de Salud que aprueba reglamento de calderas, autoclaves y equipos de vapor de agua.

24° Asimismo, el día 30 de agosto de 2020, había pronóstico de Pre - Emergencia ambiental para la aplicación de las medidas GEC al polígono A, según Resolución N°753 de fecha 29 de agosto de 2020, de la Intendencia de Los Ríos, encontrándose el lugar fiscalizado en dicho polígono.

25° Adicionalmente, el titular no presentó los informes isocinéticos que diesen cuenta de que sus emisiones son menores o iguales a 30 mg/Nm³ de material particulado, habiendo sido solicitados en la actividad de fiscalización.

(iii) Determinación de la configuración de la infracción

26° Teniendo presente los antecedentes que obran en este procedimiento, y el análisis realizado previamente, la infracción imputada se tiene por configurada.

IV. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES

27° En esta Sección se detallará la gravedad de las infracciones que se configuraron para los cargos levantados en el procedimiento sancionatorio, ello siguiendo la clasificación que realiza el artículo 36 de la LO-SMA, que divide en infracciones leves, graves y gravísimas.

28° Respecto del cargo imputado, no existen fundamentos que hagan variar el raciocinio inicial sostenido en la Resolución Exenta N° 1 / Rol F-100-2020. En razón de lo anterior, la clasificación de la infracción se mantendrá como leve, puesto que no se constataron efectos, riesgos u otra de las hipótesis que permitieran encuadrarlo en alguno de los casos establecidos en los numerales 1° y 2°, del citado artículo 36. Lo anterior, considerando que una vez configurada una infracción, la clasificación de leve es la mínima que puede asignársele, en conformidad con el artículo 36 de la LO-SMA.

29° De conformidad a lo expuesto, se mantendrá la clasificación de gravedad indicada en la formulación de cargos realizada mediante Resolución Exenta N° 1 / Rol F-100-2020.

30° En este contexto, de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la LOSMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales (“UTA”).

V. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LO-SMA

31° El artículo 40 de la LO-SMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponderá 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.*

32° Para orientar la ponderación de estas circunstancias, con fecha 22 de enero de 2018, mediante la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, se aprobó la actualización de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, la que fue publicada en el Diario Oficial el 31 de enero de 2018, (en adelante, “las Bases Metodológicas”).

33° Las Bases Metodológicas, además de precisar la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias, establecen que, para la determinación de las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se realizará una adición entre un primer componente, que representa el beneficio económico derivado de la infracción, y una segunda variable, denominada componente de afectación, que representa el nivel de lesividad asociado a cada infracción.

34° En este sentido, a continuación, se ponderarán las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, comenzando por el análisis del beneficio económico obtenido como consecuencia de las infracciones, siguiendo con la determinación del componente de afectación. Este último se calculará con base al valor de seriedad asociado a cada infracción, el que considera la importancia o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado, por una parte, y la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, por la otra. El componente de afectación se ajustará de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo al tamaño económico de la Empresa.

35° Dentro de este análisis se exceptuarán las circunstancias asociadas a las letras g) y h) del artículo precitado, puesto que, en el presente

procedimiento el titular no ha presentado un PdC y no se ha constatado la generación de un detrimento o una vulneración en un área silvestre protegida.

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

36° 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 el 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.

37° 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.

38° 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 Metodológicas.

39° Para el cargo analizado se consideró, para efectos de la estimación, una fecha de pago de multa al 03 de noviembre de 2021 y una tasa de descuento de un 8,6%, estimada en base a parámetros económicos de referencia generales, información financiera de referencia y parámetros específicos del rubro equipamiento subgrupo hotelería. 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 octubre de 2021.

40° En relación al cargo imputado, el escenario de cumplimiento normativo se configura con la implementación de un sistema de calefacción alternativo para el horario de prohibición de funcionamiento de las calderas Diesel en el día 30 de agosto de 2020 decretado como preemergencia. Para determinar la magnitud de los costos asociados a las medidas señaladas, se cuenta con la información de la cotización de una estufa eléctrica de 1500 Wt³ y el precio de la energía eléctrica para la comuna de Valdivia.

41° En relación con el escenario de incumplimiento, corresponde al gasto de combustible por el funcionamiento de las calderas en periodo de preemergencia. Para determinar la magnitud de los costos asociados a las medidas señaladas, se cuenta con la información costo de combustible petróleo diésel establecido en la página web de la Comisión Nacional de Energía, como parte del sistema de información en línea de precios de combustibles en estaciones de servicio⁴.

42° A partir de la contraposición de los dos escenarios anteriormente presentados, se concluye que en este caso el beneficio económico se origina por la no adquisición de un sistema alternativo de calefacción y la diferencia en el costo de combustible requerido, lo cual son clasificados como costo retrasado para la adquisición de estufas eléctricas en cantidad suficiente para suplir al menos el 53%⁵ de la potencia de ambas calderas Diesel; y como costo evitado la diferencia de precio por el suministro de energía eléctrica y combustible Diesel.

43° A partir de lo descrito anteriormente y de acuerdo a la aplicación del modelo de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico obtenido por motivo de esta infracción se estima en **0,6 UTA**.

44° La siguiente tabla presenta un resumen de la información relativa al beneficio económico que se estima obtenido por la comisión de la[s] infracción.

Tabla N° 4. Resumen de información relativa al beneficio económico obtenido con motivo la infracción

Hecho Infraccional	Costo que Origina el beneficio	Costo Retrasado o Evitado (UTA)	Período/ fechas	Beneficio Económico (UTA)
Haber operado, con fecha 30 de agosto de 2020, a las 19:15 horas, las	Costo retrasado por adquisición de sistema	16	30 de agosto de 2020	0,6

³ <https://www.sodimac.cl/sodimac-cl/product/3308405/convertor-con-ruedas-electrico-wally-c-1000-w/3308405/> Convertor con ruedas de modelo Wally C1000W. Potencia 1.5 kW

⁴ <http://www.bencinaenlinea.cl/web2/buscador.php?region=12>

⁵ https://www.energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/informe_final_caracterizacion_residencial_2018.pdf. pagina 4: el 53% se destina a calefacción y climatización (calefactores individuales, calefacción central y A/C)

calderas a petróleo con una potencia mayor a 75 KWt, durante un episodio crítico nivel preemergencia ambiental en el polígono A, sin haber acreditado la concentración de emisiones para poder funcionar en un episodio preemergencia	alternativo de calefacción.			
	Costo evitado por la diferencia en precio entre costo de energía eléctrica y combustible Diesel.	0,1	1 día. 30 de agosto 2020	

B. Componente de Afectación

B.1 Valor de Seriedad

45° El valor de seriedad se calcula a través de la determinación de la seriedad del hecho constitutivo de infracción, de forma ascendente, de acuerdo a la combinación del nivel de seriedad de los efectos de la infracción en el medio ambiente o la salud de las personas, y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar cada una de las circunstancias que constituyen este valor, excluyendo las letras g) y h), que no son aplicables a la infracción imputada en el presente procedimiento.

- a) Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (artículo 40, letra a) LO-SMA)

46° La circunstancia correspondiente a la importancia del daño o del peligro ocasionado, tal como se indica en las Bases Metodológicas, se considerará en todos los casos en que se constaten elementos o circunstancias de hecho de tipo negativo – ya sea por afectaciones efectivamente ocurridas o potenciales – sobre el medio ambiente o la salud de las personas.

47° En consecuencia, "(...) la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción"⁶. Por lo tanto, el examen de esta circunstancia debe hacerse para todos los cargos configurados.

⁶ En este sentido se pronunció el Segundo Tribunal Ambiental en su sentencia del caso Pelambres, considerandos sexagésimo segundo: "Que el concepto de daño utilizado en el literal a) del artículo 40, si bien en algunos casos puede coincidir, no es equivalente al concepto de daño ambiental definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, y como consecuencia de ello, la noción de "peligro" tampoco lo es necesariamente en relación a un daño ambiental. En efecto, el alcance de los citados conceptos debe entenderse como referencia a la simple afectación o peligro ocasionado con la infracción. Véase también la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental en el caso Pampa Camarones, considerando Centésimo

48° De esta forma, el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la Ley N° 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la LO-SMA, procediendo su ponderación siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental.

49° 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. Al recoger nuestra legislación un concepto amplio de medioambiente⁷, un daño se puede manifestar también cuando exista afectación a un elemento sociocultural, incluyendo aquellos que incidan en los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, y en el patrimonio cultural. En cuanto al concepto de peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, este corresponde a la “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”⁸. 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”.

50° De acuerdo a como la SMA y los Tribunales han comprendido la ponderación de esta circunstancia, esta se encuentra asociada a la idea de peligro concreto, la cual se relaciona con 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, por lo que este puede generarse sobre las personas o el medio ambiente, y ser o no significativo.

51° Una vez determinada la existencia de un daño o peligro, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas al infractor.

decimosexto: “[...] Lo esencial de esta circunstancia, es que a través de ella se determina la relevancia, importancia o alcance del daño, con independencia de que éste sea o no daño ambiental. Ello implica que, aún en aquellos casos en que no concurra daño ambiental como requisito de clasificación conforme al artículo 36 de la LOSMA, la circunstancia del artículo 40 letra a) es perfectamente aplicable para graduar un daño que, sin ser considerado por la SMA como ambiental, haya sido generado por la infracción [...]”.

⁷ El artículo 2 letra II) de la Ley N° 19.300 define Medio Ambiente como “*el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones*”.

⁸ 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

Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

52° A continuación, se analizará la concurrencia de la circunstancia objeto de análisis para la infracción imputada.

53° En primer lugar, cabe señalar que, en el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, al no haberse constatado, dentro del procedimiento sancionatorio, una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno de más de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas que sean susceptibles de ser ponderadas. Por lo tanto, el daño no está acreditado en el presente procedimiento.

54° En cuanto al peligro ocasionado, es importante tener presente que en la comuna de Valdivia hay un riesgo preexistente debido a que dicha comuna se encuentra saturadas por MP10 y por MP2,5 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.

55° 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”, luego, una ruta de exposición completa, debe contemplar los siguientes elementos: (a) Una fuente de contaminante, como es dos caldera de 188 kWt (162.400 kcal/h) que emplean petróleo diésel como combustible, que emite, entre otros contaminantes, 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 una chimenea para cada caldera; (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, que podrían corresponder a las casas y establecimientos industriales cercanos a la ubicación de la fuente; 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.

56° Continuando con el análisis teórico respecto de la ruta de exposición, si bien se trata del medio atmosférico, es necesario considerar que al no cumplir con la obligación de realizar mediciones isocinéticas o no contar antecedentes que permitan estimar un flujo de emisiones, resulta imposible determinar la trayectoria y la distancia que alcanza la dispersión de los contaminantes atmosféricos generados por la fuente.

57° Como fue indicado en los puntos anteriores, el informe de fiscalización DFZ-2020-3358-XIV-PPDA establece que las Calderas a petróleo diésel N° CA002905M01-2 y N° CA002905M01-0, operaron el 30 de agosto de 2020 en

horario no permitido por estar decretado como preemergencia, según consta en la Resolución N°753 de fecha 29 de agosto de 2020, de la Intendencia de Los Ríos.

58° Adicionalmente las fuentes puntuales N° CA002905M01-2 y N° CA002905M01-0 son parte del sistema de calefacción del Hotel Naguilán y este no contaría con un sistema alternativo, por lo tanto, es esperable que las calderas de calefacción se mantengan encendidas a lo menos durante toda la estación invernal.

59° Al tenor de los antecedentes disponibles en el procedimiento sancionatorio, se configura la ruta de exposición completa y al menos 1 día de operación en horario prohibidos para este tipo de fuente durante el año 2020, por tanto, existiría un riesgo a la salud de la población que se encuentra expuesto a los contaminantes arrojados por ambas calderas del titular, el cual se ve aumentado en los días decretados como preemergencia o emergencia dada las condiciones atmosféricas esperables.

60° Adicionalmente y de acuerdo al inventario de emisiones del año 2013 incluido en el PDA de Valdivia la emisión estimada para las distintas categorías identificadas corresponde a:

Tabla 5. Inventario de Emisiones según AGIES, año base 2013

Sectores	Emisiones Ton/año					
	MP ₁₀	MP _{2,5}	SO ₂	NO _x	NH ₃	CO
Residencial	7.375	7.171	55	359	304	178.457
Quemas e incendios forestales	22	21	1	7	0	128
Fuentes fijas	439	376	293	670	0	292
Móviles en ruta	16	15	3	490	11	704
Fugitivas	282	41	0	0	0	
Total Emisiones	8.134	7.624	352	1.526	316	179.581

Fuente: Tabla 5 Inventario de Emisiones según AGIES, año base 201. DS 25/2016.

61° De acuerdo con lo anterior, se puede señalar que las fuentes fijas representan el 5,4% de MP10 y el 4,9% del MP2,5 de las emisiones arrojadas en la comuna. Adicionalmente, en el punto 4.1 b) del PDA Valdivia establece que las principales fuentes fijas de emisión son las calderas con un 92,3% y el número de calderas es 290 en Valdivia. De esta forma, podemos establecer que en promedio cada caldera en Valdivia arroja a la atmosfera 1,4 t/año de MP10 ($439 \times 92,3\% / 290$), entonces ambas calderas aportan en promedio con 2,8 t/a de MP10 equivalente al 0,034% de las emisiones de MP10 arrojadas al año en la comuna. De similar forma dos calderas en Valdivia aportan 2,4 t/a de MP2,5 equivalente al 0,031% de las emisiones de MP2,5 arrojadas al año en la comuna.

62° En razón de lo expuesto, es de opinión de este Fiscal Instructor sostener que la operación de ambas Calderas a petróleo diésel constatado el 30 de agosto de 2020 decretado como preemergencia, generan un aumento del riesgo preexistente. Por otra parte, el aporte de las fuentes al inventario de emisiones de la comuna y la potencia de las calderas permiten considerar un bajo aporte de contaminantes, por lo tanto y acorde a lo anterior,

dicho riesgo será considerado como un riesgo bajo en la determinación de la sanción específica y ponderado de acuerdo a su entidad.

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

63° Al igual que la circunstancia de la letra a) de la LO-SMA, esta circunstancia se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida. Su concurrencia está determinada por la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas. Ahora bien, mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto -riesgo- ocasionado por la infracción, la circunstancia de la letra b) de la LO-SMA introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo que se haya determinado en función de la ponderación de la letra a).

64° Es importante relevar que la procedencia de la presente circunstancia no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud. En caso de haberse generado un daño a la salud de las personas, es decir, de haber existido afectación, el número de personas afectadas es ponderado en el marco de la letra a) de la LO-SMA, pues la letra b) solo aplica respecto a la posibilidad de afectación.

65° El alcance del concepto de riesgo que permite ponderar la circunstancia de la letra b), es equivalente al concepto de riesgo de la letra a) del artículo 40 de la LO-SMA, por lo que debe entenderse en sentido amplio y considerar todo tipo de riesgo que se haya generado en la salud de la población, sea o no de carácter significativo.

66° 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.

67° Luego, en concreto, tal como se indicó en los considerandos anteriores relativos a la importancia del peligro ocasionado, debido a no cumplir con la obligación de realizar mediciones isocinéticas a la fuente e informarlas a esta Superintendencia, no resulta posible determinar el número específico de personas cuya salud pudo ser potencialmente afectada al no ser posible en el presente caso efectuar una relación entre los elementos de fuente contaminante y tasa de emisión con los demás elementos, que son la ruta de exposición y los receptores poblacionales de interés. Por lo tanto, esta circunstancia no puede ser ponderada en este caso concreto.

c) Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (artículo 40, letra i) de la LO-SMA).

68° 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.

69° Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental, pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos tales 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.

70° 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.

71° En relación a la naturaleza de la normativa infringida, la infracción imputada constituye una de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en el PDA de Valdivia. Dicho instrumento tiene por objetivo dar cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para MP respirable MP₁₀, y a la norma primaria de calidad ambiental para MP fino respirable MP_{2,5}, en un plazo de 10 años. A las emisiones producto de la calefacción domiciliaria por combustión de leña, se agrega la contribución de otras actividades económicas o fuentes, tales como industrias, transporte y quemas agrícolas. Estos sectores contribuyen con emisiones de MP que aumentan el riesgo de efectos adversos sobre la salud de la población.

72° En este contexto el PDA de Valdivia 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 MP₁₀ y MP_{2,5} producto del uso calderas industriales, por tanto, es la contribución al cumplimiento de cada una de las distintas 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.

73° Así, dentro de las estrategias de control que contempla el PDA de Valdivia se encuentra “El Plan Operacional para la Gestión de Episodios Críticos” correspondiente al capítulo VII. Este plan, tiene como objetivo enfrentar los episodios de MP_{2,5} y/o MP₁₀ que se presenten en la zona saturada, a través de medidas preventivas que son ejecutadas por los servicios públicos competentes, cuyo período comprende desde el 1° de abril al 30 de septiembre de cada año.

74° Por su parte, el Plan Operacional para la Gestión de Episodios Críticos contempla medidas de prevención y mitigación específicas durante los días que opere dicho plan. En dicho contexto se encuentra el art. 64 del PDA de Valdivia. Al respecto, cabe señalar que las medidas de prevención y/o mitigaciones establecidas respecto de la gestión de episodios críticos, tienen como característica esencial que sean de rápida acción e implementación con el objetivo de proteger la salud de la población, anticipándose de manera oportuna a niveles críticos de contaminación generados por elevadas concentraciones de MP respirable MP₁₀ y/o MP_{2,5}, bajo el diseño de un Plan Operacional que permite abordar dichos episodios.

75° La importancia de la vulneración a la norma en el caso concreto es determinada por no cumplir con la paralización de las fuentes en día de episodio crítico, generando un riesgo a la población de Valdivia y una alta visualización por parte del resto de la ciudadanía y demás establecimientos industriales, del incumplimiento detectado a la norma del artículo 64 del PDA de Valdivia, lo cual conlleva, en definitiva, un desincentivo para su cumplimiento generalizado.

76° 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. Por esto, para efectos de ponderar el grado de vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, y determinar el valor de seriedad de la infracción en particular, deberá considerarse el hecho de haberse constatado la operación en periodo crítico de preemergencia, de dos calderas a petróleo a 188 kWt(162.400 Kcal/hora) y no contando el titular con informes isocinéticos que den cuenta de que sus emisiones son menores o iguales a 30 mg/Nm³ de material particulado, en circunstancias que se encuentra prohibido su operación en horarios indicados según indica el PDA de Valdivia. Por lo anterior, esta circunstancia deberá ser ponderada respecto de la infracción constatada.

B.2 Factores de incremento

77° A continuación, se ponderarán aquellos factores que pueden aumentar el componente de afectación.

- a) Intencionalidad en la comisión de la infracción y grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma (artículo 40 letra d) de la LO-SMA)

78° Este literal del artículo 40 es utilizado como un factor de incremento en la modulación para la determinación de la sanción concreta. En efecto, a diferencia de como ocurre en la legislación penal, donde la regla general es que se requiere

dolo para la configuración del tipo, la LO-SMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador⁹, no exige, la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo para configurar la infracción administrativa, más allá de la culpa infraccional¹⁰. Una vez configurada la infracción, la intencionalidad permite ajustar la sanción específica a ser aplicada, en concordancia con el principio de culpabilidad.

79° La intencionalidad se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional¹¹. La concurrencia de intencionalidad implicará que el reproche de la conducta es mayor, lo cual justifica que esta circunstancia opere como un factor de incremento de la sanción. Por el contrario, cuando la infracción fue cometida solo a título culposo o negligente, esta circunstancia no será considerada¹².

80° Ahora bien, en relación a la intencionalidad como circunstancia del artículo 40 de la LO-SMA, esta Superintendencia ha estipulado que, para su concurrencia, comprende la hipótesis en que el sujeto infractor conoce la obligación contenida en la norma, la conducta infraccional que se realiza y sus alcances jurídicos, criterio que ha sido confirmado por el Ilustre Tribunal Ambiental de Santiago¹³. De este modo, se entiende que habrá intencionalidad cuando pueda imputarse al sujeto un conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas y de la antijuridicidad asociada a dicha contravención.

81° De conformidad a los antecedentes que obran en el presente procedimiento administrativo sancionador, a juicio de este Fiscal Instructor, no existe prueba ni circunstancia alguna que pueda llegar a establecer intencionalidad, entendida como dolo, en la comisión de las infracciones imputadas y configuradas. En razón de lo anterior, esta circunstancia no será ponderada en la determinación de la sanción final.

b) Conducta anterior negativa del infractor (artículo 40 letra e) de la LO-SMA).

⁹ Al respecto, la doctrina española se ha pronunciado, señalando que *"En el Código Penal la regla es la exigencia de dolo de tal manera que sólo en supuestos excepcionales y además tasados, pueden cometerse delitos por mera imprudencia (art. 12). En el Derecho Administrativo Sancionador la situación es completamente distinta puesto que por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción"*. En NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador". 4ª Edición. Ed. Tecnos, 2008, p. 391.

¹⁰ Corte Suprema, Sentencias Rol N° 24.262-2014, 24.245-2014 y 24.233-2014, todas de fecha 19 de mayo de 2015.

¹¹ Véase sentencias Excma. Corte Suprema Rol 10.535-2011, de fecha 28 de noviembre de 2011; Rol 783-2013, de fecha 8 de abril de 2013; Rol 6.929-2015, de fecha 2 de junio de 2015; y sentencia del Caso Central Renca.

¹² Bermúdez Soto, Jorge. 2014. Véase supra nota 38, p. 485. Véase sentencia Excma. Corte Suprema, Rol 25.931-2014, de fecha 4 de junio de 2015.

¹³ Ilustre Tribunal Ambiental de Santiago, Rol C N° 5-2015, sentencia de 8 de septiembre de 2015, considerando duodécimo.

82° Los criterios para determinar la concurrencia de la conducta anterior negativa tienen relación con las características de las infracciones cometidas por el infractor en el pasado. Para estos efectos, se consideran aquellos hechos infraccionales cometidos con anterioridad al primero de los hechos infraccionales que se hayan verificado y sean objeto del procedimiento sancionatorio actual. Determinada la procedencia de la circunstancia, se aplica como factor de incremento único para todas las infracciones por las cuales el infractor es sancionado, de forma que la respuesta sancionatoria de cada una de ellas refleja adecuadamente la conducta anterior negativa del infractor.

83° Los criterios que determinan la conducta anterior negativa, en orden de relevancia, son los siguientes:

- Si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por la misma exigencia ambiental por la que será sancionado en el procedimiento actual.
- Si la SMA, un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por exigencias ambientales similares o que involucran el mismo componente ambiental que la infracción por la que se sancionará en el procedimiento sancionatorio actual.
- Si un organismo sectorial con competencia ambiental o un órgano jurisdiccional sancionó al infractor por exigencias ambientales distintas o que involucran un componente ambiental diferente de aquel por la cual se sancionará en el procedimiento actual.

84° En este sentido, cabe tener presente que no existen antecedentes que permitan afirmar una conducta anterior negativa por parte de la Empresa, por lo que esta circunstancia no será considerada como un factor que incremente la sanción específica aplicable a cada infracción.

- c) Falta de cooperación en el procedimiento y/o investigación (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

85° 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:

- El infractor no ha respondido un requerimiento o solicitud de información.
- 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.
- El infractor no ha prestado facilidades o ha obstaculizado el desarrollo de una diligencia.
- El infractor ha realizado acciones impertinentes o manifiestamente dilatorias.

86° De conformidad a los antecedentes que obran en el presente caso, es posible advertir que tal como consta en el IFA DFZ-2020-3358-XIV-PPDA, esta Superintendencia solicitó informes de monitoreo que demuestren el nivel de emisiones de material particulado de las calderas, si los hubiere, en caso contrario, informar que no existen, constatándose en el mismo informe que no se recibieron dichos antecedentes, por lo que se configura la hipótesis de no haber respondido un requerimiento o solicitud de información por parte del titular.

B.3 Factores de disminución

87° A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden disminuir el componente de afectación. Ahora bien, teniendo en consideración que en este caso no ha mediado una autodenuncia 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.

a) Irreprochable conducta anterior (artículo 40 letra e) de la LO- SMA)

88° 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:

- El infractor ha tenido una conducta anterior negativa, en los términos anteriormente señalados.
- La unidad fiscalizable obtuvo la aprobación de un PdC en un procedimiento sancionatorio anterior.
- La unidad fiscalizable acreditó haber subsanado un incumplimiento a una exigencia normativa en corrección temprana, cuyo incumplimiento fue constatado nuevamente en una fiscalización posterior.
- 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.

89° 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 Empresa, a propósito de incumplimientos al PDA de Valdivia.

90° 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) Cooperación eficaz en el procedimiento y/o investigación (artículo 40 letra i) LO-SMA)

91° Esta circunstancia evalúa si el infractor ha realizado acciones que han permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, así como también a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA. Conforme al criterio sostenido por esta Superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor durante la investigación y/o el procedimiento administrativo sancionatorio sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados.

92° A su vez, tal como se ha expresado en las Bases Metodológicas, algunos de los elementos que se consideran para valorar esta circunstancia, son los siguientes: (i) El infractor se ha allanado al hecho imputado, su calificación, su clasificación de gravedad y/o sus efectos. Dependiendo de sus alcances, el allanamiento podrá ser total o parcial; (ii) El infractor ha dado respuesta oportuna, íntegra y útil a los requerimientos y/o solicitudes de información formulados por la SMA, en los términos solicitados; (iii) El infractor ha prestado una colaboración útil y oportuna en las diligencias probatorias decretadas por la SMA y; (iv) El infractor ha aportado antecedentes de forma útil y oportuna, que son conducentes al esclarecimiento de los hechos, sus circunstancias y/o efectos, o para la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

93° En este caso no existen antecedentes que permitan estimar que la Empresa ha realizado acciones que han permitido o contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, así como también a la ponderación de otras circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

94° De conformidad a lo señalado, en el presente caso, la circunstancia de cooperación eficaz en el procedimiento y/o investigación no será ponderada como un factor de disminución en la determinación de la sanción final.

B.4 El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutivo de infracción (artículo 40 letra i) LO-SMA).

95° En relación al grado de participación en el hecho, acción u omisión, este se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio tiene responsabilidad en la infracción a título de autor o coautor, o si colaboró en la comisión de la infracción con un grado de responsabilidad menor o secundaria.

96° Respecto al grado de participación en las infracciones configuradas, no corresponde extenderse en el presente dictamen, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio corresponde únicamente a Sociedad Comercial Industrial y de Turismo Naguilán SpA, titular de la unidad fiscalizable en que se constata la infracción, siéndole atribuible la infracción objeto del presente procedimiento en calidad de autor.

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

97° 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 Pública. De esta manera, esta circunstancia atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

98° 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 con las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones. Este 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.

99° 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 declarada de cada entidad para el año tributario 2020 (año comercial 2019). De acuerdo con la referida fuente de información, la Sociedad Comercial Industrial y de Turismo Naguilán SpA, Rol Único Tributario N° 86.137.400-9 corresponde a una empresa que se encuentra en la categoría de tamaño económico MEDIANA 1, es decir, presenta ingresos por venta anuales entre a 25.000,01 UF a 50.000 UF.

100° 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.

101° 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.

102° 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.

103° En el presente caso, la información más actualizada de los ingresos anuales de la empresa disponible por esta Superintendencia corresponde al año 2019 y, por lo tanto, esta no comprende los posibles efectos de la pandemia de COVID-19 referidos anteriormente.

104° 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 2020¹⁴, 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 que tienen por objetivo incorporar los efectos de la crisis, los cuales, de acuerdo con la categoría de tamaño económico del infractor, resultan o no en una disminución adicional en el componente de afectación de la sanción¹⁵. 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.

105° 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.

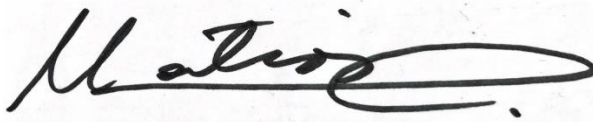
VI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN

106° En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrán las siguientes sanciones que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a la Sociedad Comercial Industrial y de Turismo Naguilán SpA:

¹⁴ Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf>.

¹⁵ Disminución adicional al ajuste que corresponde según los ingresos anuales del año 2019.

107° Respecto de la infracción correspondiente a “Haber operado, con fecha 30 de agosto de 2020, a las 19:15 horas, las calderas a petróleo con una potencia mayor a 75 KWt, durante un episodio crítico nivel Preemergencia ambiental en el polígono A, sin haber acreditado la concentración de emisiones para poder funcionar en un episodio de Preemergencia”, se propone una multa correspondiente a 1,6 UTA.



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

JFZV/JGC