

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-035-2018**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1327

Santiago, 13 SEP 2019

VISTOS:

Lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); en la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante, "Ley N° 19.300"); en la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en 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 adelante "Ley N° 19.880"); en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija la planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Ley N° 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo; en la Resolución Exenta RA 119123/58/2017, de 27 de diciembre de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que renueva nombramiento de Rubén Verdugo Castillo como jefe de la División de Fiscalización; en la Resolución Exenta N° 424, de fecha 12 de Mayo de 2017, que fija la orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificada por Resolución Exenta N° 559, de 14 de mayo de 2018; en el Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, D.S. N° 30/2012); en el Decreto Supremo N° 47 de 2015¹, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Plan de Descontaminación Atmosférica para la comuna de Osorno (en adelante, "PDA Osorno" o "D.S. N° 47/2015"); en la Resolución Exenta N° 1209, de fecha 27 de diciembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Instruye y fija Programa y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2017; en el Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante "D.S. N° 30/2012"); en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, actualización"; en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-035-2018 y; en la Resolución Exenta 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.

¹ El Decreto Supremo N° 47 de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Plan de Descontaminación Atmosférica para la comuna de Osorno, fue publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de marzo de 2016.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN

1. Que, el artículo 1° del D.S. N° 47/2015 MMA (PDA de Osorno), establece que este instrumento regirá en la comuna de Osorno, y que su objetivo es lograr que, en la zona saturada, se dé cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP₁₀ y a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado fino respirable MP_{2,5}, en un plazo de 10 años.

2. Por su parte, el artículo 3° del citado PDA para la comuna de Osorno, define “chimenea de hogar abierto”, en el sentido de que es aquel “artefacto para calefacción de espacios construido en albañilería, piedra, metal u otro material en el que la combustión de leña u otro combustible sólido se realiza en una cámara que no cuenta con un cierre y, por tanto, está desprovista de un mecanismo adicional a la regulación del tiraje, que permita controlar la entrada de aire”. De igual forma, dicho artículo define “leña”, como aquella “porción de madera en bruto de troncos, ramas y otras partes de árboles o arbustos, utilizada como combustible sólido”.

3. Que, conforme al artículo 20 letra a del PDA para la comuna de Osorno, “[d]esde la publicación en el Diario Oficial del presente decreto, se prohíbe en la zona saturada, lo siguiente: a) La utilización de chimeneas de hogar abierto”.

4. Que, en lo pertinente, el artículo 23 del PDA para la comuna de Osorno establece que “[a] partir de la publicación en el Diario Oficial del presente decreto, se prohíbe el uso de chimeneas de hogar abierto destinados a la calefacción, en establecimientos públicos o privados emplazados en la zona saturada”.

5. Posteriormente, mediante la Resolución Exenta N° 1209, de 27 de diciembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que fija Programa y Subprogramas de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2017, se programó y sub-programó la fiscalización del cumplimiento del Plan de Descontaminación Atmosférica para la comuna de Osorno (en adelante, “PDA” de Osorno).

6. Que, con fecha 22 de junio de 2017, entre las 09:50 y las 10:20 horas, se llevó a cabo la actividad de inspección ambiental por dos funcionarios de la Seremi de Salud de Los Lagos, al establecimiento comercial denominado “Isapre Colmena Osorno”, ubicado en calle Manuel Antonio Matta N° 1115, comuna de Osorno, Región de Los Lagos, cuyo titular es Colmena Golden Cross S.A. (en adelante, “el titular”), **constatándose la utilización de una chimenea de hogar abierto, en un establecimiento ubicado dentro de una zona declarada como saturada.**

7. Que, de los resultados y conclusiones de esta inspección, se dejó constancia en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 22 de junio de 2017,

anexa al expediente de Fiscalización Ambiental “DFZ-2017-5494-X-PPDA-IA”, elaborado por la División de Fiscalización de esta Superintendencia. El informe fue derivado a la División de Sanción y Cumplimiento el 17 de julio de 2017.

8. Que, mediante Memorandum D.S.C. N° 343/2018, de fecha 23 de agosto de 2018, se procedió a designar a Jaime Jeldres García como Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Leslie Cannoni Mandujano como Instructora suplente, para llevar adelante la instrucción del procedimiento sancionatorio, en virtud del artículo 49 de la LOSMA.

9. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 24 de septiembre de 2018 y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LOSMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-035-2018, mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol F-035-2018, que formula cargos en contra de Colmena Golden Cross S.A., en su calidad de titular del establecimiento comercial “Isapre Colmena Osorno”, ubicado en calle Manuel Antonio Matta N° 1115, comuna de Osorno, Región de Los Lagos, por la utilización, con fecha 22 de junio de 2017, de una chimenea de hogar abierto, en un establecimiento ubicado dentro de una zona declarada como saturada. Adicionalmente, la referida resolución estableció en su resuelvo III que el infractor tendría un plazo de 10 días hábiles para presentar un programa de cumplimiento y de 15 días hábiles para formular descargos, ambos contados desde la fecha de notificación de la formulación de cargos.

10. Que, la resolución previamente indicada, fue notificada mediante carta certificada dirigida al domicilio de la titular, siendo recibida en la Oficina de Correos de Chile de la comuna de Osorno con fecha 27 de septiembre de 2018, conforme a la información obtenida desde la página web de Correos, asociada al número de envío 1180846028150.

11. Que, con fecha 12 de octubre de 2018, sin acreditar mandato legal para ello, don Rubén Ugarte Sáez, abogado en representación de Colmena Golden Cross S.A., encontrándose dentro de plazo, presentó un Programa de Cumplimiento (“PdC”) sin cumplir con el formato solicitado por esta Superintendencia, presentándose un escrito que narró las acciones que habría realizado la titular, por lo que este Servicio visualizó que la empresa proponía las siguientes acciones:

- N°1, acción ejecutada. Clausura de la chimenea de hogar abierto, desde el día 22 de junio de 2017.
- N°2, acción ejecutada. Utilización de dos calderas (una a leña y otra a petróleo), utilizadas desde junio de 2017.
- N°3, acción ejecutada. Utilización de equipos de aire acondicionado.

12. Que, en la presentación precedente, se acompañaron los siguientes documentos:

1) copia del Ord. N° 463/2018 de fecha 08 de octubre de 2018 del Jefe de la Oficina Provincial de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Osorno, que comunica el número de registro de caldera de calefacción de calefacción a leña, y;

2) copia del Ord. N° 464/2018 de fecha 08 de octubre de 2018 del Jefe de Oficina Provincial de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Osorno que comunica el número de registro de caldera de calefacción de calefacción a petróleo.

13. Los antecedentes acompañados no acreditaron el carácter de representante legal de don Rubén Ugarte Sáez en relación a Colmena Golden Cross S.A.

14. Que, con fecha 22 de octubre de 2018, mediante Memorandum D.S.C. N° 438/2018, se derivaron los antecedentes asociados al Programa de Cumplimiento ya individualizado a la Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de esta SMA, con el objeto que se evaluara y resolviera su aprobación o rechazo.

15. Luego, con fecha 26 de diciembre de 2018, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-035-2018, esta Superintendencia, previo a proveer el Programa de Cumplimiento, requirió a Colmena Golden Cross S.A., acreditar el poder de representación de quien tuviese poder suficiente y ratificase lo obrado, dentro del plazo de 05 días hábiles.

16. Asimismo, mediante la resolución precedentemente indicada, esta Superintendencia incorporó observaciones a dicho Programa de Cumplimiento, con el objeto de que se cumpliera cabalmente con los criterios de aprobación expresados en el artículo 9 del D.S. N° 30/2012, relativos a la integridad, eficacia y verificabilidad. Para ello, se estableció que Colmena Golden Cross S.A. debía presentar un programa de cumplimiento que se adecuara a las normas citadas anteriormente, así como aplicar la estructura metodológica establecida por esta Superintendencia en la "Guía para la Presentación de Programas de Cumplimiento por infracciones a instrumentos de carácter ambiental". Así entonces, en el Resuelvo II de dicha Resolución, esta Superintendencia, previo a resolver, solicitó a Colmena Golden Cross S.A. que el Programa viniese en forma, otorgando para ello el plazo de 5 días hábiles.

17. La Resolución de Observaciones al Programa de Cumplimiento (Res. Ex. N°2/ Rol F-035-2018), fue notificada mediante carta certificada dirigida al domicilio del establecimiento, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Osorno con fecha 29 de diciembre de 2018, de acuerdo con la información proporcionada por dicho Servicio, mediante código de seguimiento N°1180847623996.

18. En razón de lo señalado en el considerando anterior, y estando dentro del plazo, con fecha 07 de enero de 2019, Colmena Golden Cross S.A., titular de Isapre Colmena Osorno, presentó un Programa de Cumplimiento refundido en respuesta a las observaciones realizadas mediante la Res. Ex. N° 2/Rol F-035-2018.

19. En dicho Programa de Cumplimiento, se acompañaron los siguientes documentos:

1) copia del Ord. N° 463/2018 de fecha 08 de octubre de 2018 del Jefe de la Oficina Provincial de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Osorno, que comunica el número de registro de caldera de calefacción de calefacción a leña;

- 2) copia de formulario para avisar a Seremi de Salud de las revisiones y pruebas a realizar, respecto a Caldera de calefacción de fecha 25 de septiembre de 2018;
- 3) copia de solicitud para otorgar número de registro de calderas y autoclaves, respecto de la caldera a leña;
- 4) copia de Informe Técnico Individual de Seremi de Salud Llanquihue Chiloé y Palena, de fecha 25 de septiembre de 2018, que concluye su conformidad del conjunto comprendido por la caldera a leña;
- 5) copia de certificado de inscripción de instalación interior de fecha 15 de noviembre de 2017, emitido por la SEC;
- 6) copia de Ord. N° 464/2018 de fecha 08 de octubre de 2018 del Jefe de Oficina Provincial de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Osorno que comunica el número de registro de caldera de calefacción de calefacción a petróleo;
- 7) copia de solicitud para otorgar número de registro de calderas y autoclaves, respecto de la caldera a diesel;
- 8) copia de Informe Técnico Individual de Seremi de Salud Llanquihue Chiloé y Palena, de fecha 25 de septiembre de 2018, que concluye la conformidad del conjunto comprendido por la caldera a diesel con la normativa vigente;
- 9) documento denominado "Instrucciones de instalación, operación y mantenimiento de la caldera a leña";
- 10) copia de certificado de competencia OSO N°192 de Seremi de Salud de Los Lagos, de fecha 30 de noviembre de 2018, donde se certifica a doña Patricia Iris Disselkoen Mulchi para desempeñarse como operadora de caldera de calefacción quedando inscrita en el N°243 del registro de la Seremi de Salud Los Lagos, oficina Osorno;
- 11) certificado de fecha 03 de enero de 2019, sin firmar, con individualización del técnico en climatización industrial don Hugo Riquelme B., de la empresa Polo Sur climatización y que certifica que en la sucursal de Colmena Golden Cross S.A. de Osorno utiliza actualmente 4 equipos de aire acondicionado, con potencias que van desde los 12.000 BTU hasta los 24.000 BTU;
- 12) mandato de fecha 03 de enero de 2019, donde consta que Colmena Golden Cross S.A. confiere poder especial a don Rubén Eduardo Ugarte Sáez para representar a la sociedad ante esta Superintendencia en el procedimiento sancionatorio Rol F-035-2018, firmado por Fernando Benavente Undurraga y Luz María Román Collao;
- 13) copia de reducción de escritura pública, de acta de sesión extraordinaria de directorio de Colmena Golden Cross S.A., repertorio N° 9860-2015, de fecha 19 de agosto de 2015, donde consta que deberán actuar conjuntamente dos apoderados clase B para representar a la Sociedad con las facultades del artículo séptimo del CPC, entre otras facultades, nombrando como apoderados clase B a doña Luz María Román Collao y a Fernando Benavente Undurraga, entre otros y;
- 14) copia de poder ante notario, suscrito con fecha 09 de noviembre de 2015 en la Notaría de don Sergio Carmona Barrales, repertorio N°26816, donde consta que se confiere poder a Rubén Ugarte Sáez, entre otros, para representar judicialmente a la sociedad Colmena Golden Cross S.A., tanto en sede judicial como administrativa.

20. Con fecha 11 de enero de 2019, mediante la Res. Ex. N°3/ Rol F-035-2018, esta Superintendencia resolvió rechazar el Programa de Cumplimiento presentado, por no haber dado cumplimiento a los criterios de aprobación, específicamente de eficacia y verificabilidad.

21. La resolución indicada en el considerando anterior, fue remitida al domicilio del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Osorno, con fecha 18 de enero de 2019, de acuerdo a la información proporcionada por dicho Servicio, mediante seguimiento asociado al N° 1180847626171.

22. Cumplido el plazo para ello, consta que el titular no presentó Descargos en el presente procedimiento sancionatorio.

23. Con fecha 30 de enero de 2019, don Rubén Ugarte Sáez, en representación de Colmena Golden Cross S.A., presentó un escrito donde informa la implementación de medidas de mitigación que demostrarían el cumplimiento del Plan de Descontaminación Atmosférica de la comuna de Osorno. Al respecto, señala que Isapre Colmena Osorno habría dejado de utilizar la chimenea de hogar abierto, desde el día 22 de junio de 2017, y que posteriormente se habría realizado la clausura definitiva de la mencionada chimenea. Junto con ello, señala que se contaría con dos equipos de calefacción:

- a. Una caldera de calefacción marca Inductometal, modelo Inductoterm Interior, año de fabricación 2007; inscrita ante la SEC y la Secretaría Regional Ministerial de Salud Provincial de Osorno, número de registro OSO-416 AC; y,
- b. Caldera de calefacción marca Fondiere Sime, modelo 1-R5, año de fabricación 1993, inscrita ante la SEC y la Secretaría Regional Ministerial de Salud Provincial Osorno, número de registro OSO-417 AC.

24. Finalmente, junto con el escrito precedente, se acompañaron los siguientes documentos:

- 1) dos fotografías, sin fechar ni georreferenciar, donde se aprecia una chimenea de hogar abierta sin material combustible;
- 2) seis fotografías, sin fechar ni georreferenciar, donde se aprecia la ejecución de medidas de clausura permanente de la entrada de la chimenea de hogar abierto por medio de un marco metálico, material aislante y material de terminación que bloquea permanentemente el ingreso de combustible;
- 3) tres fotografías, sin fechar ni georreferenciar, donde se aprecia el ducto superior de la chimenea de hogar abierto, desde el exterior de la edificación, sin obstrucción alguna;
- 4) tres fotografías, sin fechar ni georreferenciar, donde se aprecia la obstrucción permanente del ducto superior de la chimenea de hogar abierto, desde el exterior de la edificación donde se aprecia la clausura definitiva del ducto, inmediatamente abajo del sombrero protector de aguas lluvias de la chimenea;
- 5) copia simple de una factura electrónica sin número, de fecha 16 de enero de 2019, emitida a Colmena Golden Cross S.A., que contiene la descripción de una Orden de Compra N° 4500029436, por el cierre de frontis interior de chimenea y tapa superior de ducto de evacuación de gases, por un valor neto de \$112.314.-;
- 6) presupuesto de obra vendida por concepto de "cierre de chimenea en oficinas Colmena", por un valor neto de \$112.314.- elaborado por empresa Constructora Trihsan Ltda., de fecha 07 de enero de 2019; y,
- 7) planimetría de la oficina Colmena sucursal Osorno, de primer y segundo piso de la edificación, en escala 1:200.

25. Por otra parte, el artículo 40 de la LOSMA indica las circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta para la determinación de la sanción específica que en cada caso corresponda aplicar. Al respecto, y por Res. Ex. N° 4/Rol F-035-2018, de fecha 9 de mayo de 2019, se solicitó información a Colmena Golden Cross S.A., a fin de que remitiera fotografías fechadas y georreferenciadas de la implementación de las medidas correctivas, y su respectiva factura electrónica asociada al cumplimiento del PDA comuna de Osorno; así como la entrega de Estados Financieros de la empresa, Balance General, Estado de Resultados y Estado de Flujo de Efectivo, correspondientes a los años 2017 y 2018 o, en su caso, documentación que acredite los ingresos anuales de la empresa para el año 2017 y 2018, correspondiente al año tributario 2016 y 2017, respectivamente. Del mismo modo, se solicitó acompañar Formulario N° 29, enviado al SII durante los años 2017 y 2018, correspondiente a los meses de enero a diciembre de 2017 y de los meses de enero a diciembre de 2018. Esta resolución fue notificada personalmente por un funcionario de esta Superintendencia, con fecha 9 de mayo de 2019, al representante Legal de Colmena Golden Cross S.A., según consta en el acta de notificación respectiva.

26. Que, con fecha 14 de mayo de 2019, el titular respondió la solicitud de antecedentes mediante un escrito en el cual indica que se habrían realizado medidas correctivas, acompañando un set de fotografías que permitirían demostrar la adopción de medidas necesarias para el cumplimiento del Plan de Descontaminación Atmosférica para la comuna de Osorno. A su vez, respecto de los documentos financieros solicitados, éstos fueron acompañados en formato digital en un pendrive.

27. Junto a su presentación, acompañó así los siguientes documentos:

- 1) copia íntegra de factura electrónica n° 13 de enero de 2019, requerida por esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 4 /Rol F-035-2018 de fecha 09 de mayo de 2019, e indicada en el considerando N° 14 numeral 5 de dicha Resolución;
- 2) 11 fotografías fechadas y georreferenciadas que dan cuenta de la ejecución de la clausura permanente y definitiva tanto del ingreso de material combustible de la chimenea de hogar abierto, como del ducto de evacuación de gases, mediante la clausura inmediatamente por debajo del sombrero protector de aguas lluvias de la chimenea.

28. Adicionalmente, el titular presentó un pendrive, respaldando los documentos precedentes, y además acompañó en formato digital los siguientes documentos:

- i) Estados de Situación Financiera: Estados de Situación Financiera Clasificados (activos); Estados de Situación Financiera Clasificados (pasivos); Estado de Resultado por Función y los Estados de Flujos de Efectivo, correspondiente a los años 2017 y 2018;
- ii) Formulario N° 22 remitido al SII, de los años tributarios 2018 y 2019, correspondientes al ejercicio de los años 2017 y 2018;
- iii) Formulario N° 29 remitido al SII, correspondiente al periodo de enero a diciembre de 2017, faltando el mes de febrero de aquél año, y;
- iv) Formulario N° 29 remitido al SII, correspondiente al periodo de enero a diciembre de 2018, encontrándose completo de manera íntegra.

II. DICTAMEN

29. Con fecha 02 de septiembre de 2019, mediante MEMORANDUM D.S.C. – Dictamen N° 63/2019, el Instructor remitió a este Superintendente el dictamen del presente procedimiento administrativo sancionatorio, conforme lo dispuesto en el artículo 53 de la LOSMA.

III. IDENTIFICACIÓN DEL INFRACTOR

30. El presente procedimiento sancionatorio Rol F-035-2018, iniciado con fecha 24 de septiembre de 2018, fue dirigido en contra de Colmena Golden Cross S.A., Rol Único Tributario N° 76.296.619-0, en su calidad de titular del establecimiento “Isapre Colmena Osorno”, ubicado en calle Manuel Antonio Matta N°1115, comuna de Osorno, Región de Los Lagos, afecto al Plan de Descontaminación Ambiental de la comuna de Osorno, conforme a lo ya expuesto.

IV. CARGO FORMULADO

31. Mediante la citada Res. Ex. N°1/Rol F-035-2018, se formuló un cargo a la infractora identificada en el considerando anterior, por el siguiente hecho que se estima constitutivo de infracción a la norma que se indica.

32. El siguiente hecho, acto u omisión constituye infracción conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en un Plan de Prevención y, o de Descontaminación:

N°	Hecho que se estima constitutivo de infracción	Normas que se consideran infringidas
1	Utilización, con fecha 22 de junio de 2017, de una chimenea de hogar abierto, en un establecimiento ubicado dentro de una zona declarada como saturada.	Artículo 23° D.S. N° 47/2015: <i>“A partir de la publicación en el Diario Oficial del presente decreto, se prohíbe el uso de chimeneas de hogar abierto destinadas a la calefacción, en establecimientos públicos o privados emplazados en la zona saturada”.</i>

33. Este cargo fue clasificado como **leve**, en la citada Res. Ex. N° 1/Rol F-035-2018, al tenor de lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 36 de la LOSMA, sin perjuicio de su confirmación o modificación posterior atendidos los antecedentes recabados durante el procedimiento sancionatorio en curso.

V. **NO PRESENTACIÓN DE DESCARGOS POR PARTE DEL INFRACTOR RESPECTO DEL CARGO FORMULADO**

34. Cabe indicar que el presunto infractor no presentó descargos, ni alegación alguna referente a la configuración de la infracción en el presente procedimiento sancionador, a pesar de haber sido debidamente notificado según consta en el considerando 9 de la presente resolución.

35. En relación a lo anterior, el presunto infractor estuvo en conocimiento de los plazos dispuestos en el artículo 42 de la LOSMA, para la presentación de los descargos en el presente sancionatorio, conforme se dispuso expresamente en el Resuelvo III de la Resolución Exenta N° 1/Rol F-035-2018.

VI. **INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO**

36. 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 LOSMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores, podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica², es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

37. Por su parte, el artículo 53 de la LOSMA dispone como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se ha llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

38. En el presente caso, no se han efectuado solicitudes de diligencias probatorias por parte de la presunta infractora. Por otro lado, el artículo 51 de la LOSMA, señala que *“Los hechos constatados por 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 156° del Código Sanitario señala *“(…) El acta deberá ser firmada por el funcionario que practique la diligencia, el que tendrá el carácter de ministro de fe”*.

39. Asimismo, cabe mencionar lo señalado por la jurisprudencia administrativa, en relación al valor de los actos constatados por ministros de fe. Al respecto, la Contraloría General de la República en su dictamen N° 37.549, de 25 de junio de

² De este modo, la sana crítica es un régimen intermedio de valoración de la prueba, estando en un extremo la prueba legal o tasada y, en el otro, la libre o íntima convicción. Asimismo, es preciso señalar que la apreciación o valoración de la prueba es el proceso intelectual por 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 él. Al respecto véase Tavolari Raúl, *El Proceso en Acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000 pág., 282.

2012, precisó que "(...) siendo dicha certificación suficiente para dar por acreditada legalmente la respectiva notificación, en consideración a que tal testimonio, por emanar de un ministro de fe, está dotado de una presunción de veracidad".

40. En razón de lo anterior, corresponde señalar que el hecho sobre el cual versa la Formulación de Cargos ha sido constatado por dos funcionarios de la Seremi de Salud de la Región de Los Lagos, tal como se estableció en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 22 junio de 2017, documento incluido en el Informe de Fiscalización que corresponde al expediente DFZ-2017-5494-X-PPDA-IA, según se detalló en los considerandos 7 y siguientes de esta resolución.

41. En consecuencia, la inspección realizada por dos fiscalizadores de la Seremi de Salud de la Región de Los Lagos, el día 22 de junio de 2017, que constató la utilización de una chimenea de hogar abierto, en un establecimiento ubicado dentro de una comuna declarada como saturada, goza de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, de conformidad a lo dispuesto en el ya mencionado artículo 8° de la LOSMA.

42. A su vez, es de indicar que el titular no realizó presentación alguna durante el procedimiento sancionatorio que estuviera destinada a desvirtuar el hecho infraccional imputado, ni tampoco a desacreditar lo constatado en el Acta de Inspección Ambiental de fecha 22 de junio de 2017, lo que por tanto, además de gozar de la mencionada presunción de veracidad, no ha sido desvirtuado en autos.

43. No obstante ello, en virtud de lo solicitado por este servicio, el titular presentó documentación referida a determinar o descartar la aplicación de circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, con el objeto de establecer la sanción específica del caso concreto. La documentación presentada, referida a la implementación de medidas correctivas, efectuada con fecha 14 de mayo de 2019, fue la siguiente:

- i) copia íntegra de factura electrónica N° 13, de 16 de enero de 2019, requerida por esta Superintendencia mediante la Res. Ex. N° 4 /Rol F-035-2018 de fecha 09 de mayo de 2019, e indicada en el considerando N° 14 numeral 5 de dicha Resolución;
- ii) 11 fotografías fechadas y georreferenciadas que dan cuenta de la ejecución de la clausura permanente y definitiva tanto del ingreso de material combustible de la chimenea de hogar abierto, como del ducto de evacuación de gases, mediante la clausura inmediatamente por debajo del sombrero protector de aguas lluvias de la chimenea.

44. Junto con lo anterior, el titular presentó un pendrive, respaldando los documentos precedentes, y además acompañó en formato digital los documentos indicados en los considerandos N° 27 y N° 28 de la presente resolución.

45. Dicha documentación por tanto y cumpliendo el mandato legal, será ponderada en el capítulo correspondiente, de conformidad a las reglas de la sana crítica, en virtud de lo señalado en el artículo 51 de la LOSMA.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN

46. Como ya se mencionó, el hecho infraccional imputado en la Resolución Exenta N° 1/Rol F-035-2018, fue tipificado de conformidad a lo establecido en la letra c) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de las medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o descontaminación, normas de calidad y emisión cuando corresponda, en este caso el D.S. N° 47/2015 del Ministerio del Medio Ambiente.

47. Luego y considerando lo indicado en el título precedente, en razón de las reglas de la sana crítica, corresponde señalar que ha quedado acreditado que el titular utilizó una chimenea de hogar abierto el día 22 de junio de 2017, fecha de prohibición absoluta conforme lo prescrito por el artículo 23 del PDA de la comuna de Osorno, como ha quedado suficientemente constatado en el Acta de Inspección Ambiental, sin que se haya ofrecido prueba en contrario.

48. Por tanto, en razón de todo lo expuesto, y considerando que no se presentaron medios de prueba que logren desvirtuar los hechos constatados, ni su carácter antijurídico, se tiene por probado el hecho y por configurada la infracción en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

49. Tal como se mencionó previamente, el hecho imputado a Colmena Golden Cross S.A., fue tipificado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35, literal c) de la LOSMA. A su vez, fue preliminarmente clasificado como leve, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 numeral 3° de la LOSMA, en consideración a que en razón de los antecedentes disponibles, no era posible encuadrarlo dentro de las hipótesis de clasificación de los numerales 1 y 2 del artículo 36 del mismo cuerpo normativo.

50. El mencionado numeral 3° del artículo 36 de la LOSMA, establece que *“Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.”*

51. Dicho lo anterior, al tenor de los antecedentes que constan en el expediente sancionatorio, este Superintendente estima que no existen razones que le permitan variar el razonamiento contenido en el Resuelvo II de la Res. Ex. N° 1/ Rol F-035-2018, que formuló cargos al titular, razón por la cual, se propone mantener la clasificación de la infracción como leve.

52. Es de indicar que, de conformidad a lo dispuesto en el literal c) del artículo 39 de la LOSMA, la infracción clasificada como leve, podrá

ser objeto de una amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

IX. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS
DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA QUE CONCURREN A LA INFRACCIÓN

**a) Rango de sanciones aplicables según
gravedad asignada a la infracción.**

53. El artículo 38 de la LOSMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA; amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva, y revocación de la RCA.

54. Por su parte, el artículo 39 de la LOSMA, 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”*.

55. Luego, la determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro de dicho catálogo, está sujeta a la aplicación o descarte de las circunstancias indicadas en el artículo 40 de la LOSMA.

56. En ese sentido, la Superintendencia del Medio Ambiente ha desarrollado un conjunto de criterios que deben ser considerados al momento de ponderar la configuración de estas circunstancias a un caso específico, los cuales han sido expuestos en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante, “Bases Metodológicas”), aprobadas mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente y vigente en relación a la instrucción del presente procedimiento. A continuación, se hará un análisis respecto a la concurrencia de las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA en el presente caso. En dicho análisis deben entenderse incorporados los lineamientos contenidos en las Bases Metodológicas.

**b) Aplicación de las circunstancias del artículo
40 de la LOSMA, al caso particular.**

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

- a) *La importancia del daño causado o del peligro ocasionado³.*
- b) *El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción⁴.*
- c) *El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción⁵.*
- d) *La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma⁶.*
- e) *La conducta anterior del infractor⁷.*
- f) *La capacidad económica del infractor⁸.*
- g) *El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°⁹.*

³ Esta circunstancia se vincula a los efectos ocasionados por la infracción cometida, estableciendo dos hipótesis de procedencia: la ocurrencia de un daño o de un peligro. En cuanto al daño causado, su ponderación procederá siempre que se genere un menoscabo o afectación que sea atribuible a la infracción cometida, se trate o no de daño ambiental, pudiendo determinarse su existencia frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, así como a elementos socioculturales. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de la capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor.

⁴ La concurrencia de esta circunstancia 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. Con ello, se introduce un criterio numérico de ponderación, que recae exclusivamente sobre la cantidad de personas que podrían haber sido afectadas en base al riesgo ya determinado.

⁵ Esta circunstancia busca considerar en la determinación de la sanción todo beneficio económico que el infractor haya podido obtener por motivo de su incumplimiento, el cual puede provenir de una disminución en los costos o un aumento en los ingresos, en un determinado momento o período de tiempo, que no hubiese tenido lugar en ausencia de la infracción.

⁶ En lo referente a esta circunstancia, corresponde analizar la concurrencia de dos elementos: por una parte la intencionalidad en la comisión de la infracción y, por otra, el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma. En este sentido, la intencionalidad se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional, dado que ésta corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos, por lo que en su evaluación, se considerarán las características particulares del sujeto infractor y el alcance propio del instrumento de carácter ambiental respectivo. Esto debido a que elementos como la experiencia, el grado de organización, las condiciones técnicas y materiales de operación, entre otros, influyen en la capacidad para adoptar decisiones informadas. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión que constituye la infracción, este elemento se refiere a las diferentes maneras en que un infractor puede involucrarse en la comisión de la infracción, ya sea en su ejecución material, como en su planificación y dirección.

⁷ En el marco de esta circunstancia, se analiza el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho infraccional que es objeto del procedimiento sancionatorio.

⁸ La capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

⁹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del nivel de cumplimiento de las acciones de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio.

- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁰.*
- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción¹¹.*

58. En este sentido, corresponde desde ya indicar que la circunstancia de la letra h) del artículo 40 de la LOSMA, no es aplicable en el presente procedimiento, puesto que el establecimiento no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado, ni la letra g), pues si bien se presentó un programa de cumplimiento, este fue rechazado mediante Res. Ex. N° 3/Rol F-035-2018, con fecha 11 de enero de 2019. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que corresponde aplicar, en los siguientes párrafos se analiza la procedencia o descarte de cada una de las circunstancias y su respectiva ponderación.

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

59. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener con motivo de su incumplimiento, cuyo método de estimación se encuentra explicado en el documento Bases Metodológicas.

60. Según se establece en el citado documento, la obtención de un beneficio económico por motivo de la infracción proviene ya sea de una disminución de costos, de un aumento en los ingresos del infractor o de una combinación de ambos. Asimismo, se establece que para la ponderación de esta circunstancia es necesario configurar el escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental, así como también configurar el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción.

61. En relación al presente cargo, la obtención de un beneficio económico, se origina a partir de los costos retrasados o evitados asociados a las acciones que, de haber sido implementadas, habrían posibilitado el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 23 del D.S. N° 47/2015, consistente en la prohibición de uso de chimeneas de hogar abierto destinadas a calefacción, en establecimientos públicos o privados emplazados en la zona saturada.

62. A continuación, se describen los elementos que configuran los escenarios de incumplimiento y cumplimiento, para luego entregar el

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del detrimento o vulneración que un determinado proyecto ha significado en un área silvestre protegida del Estado.

¹¹ En virtud de la presente disposición, en cada caso particular, la SMA podrá incluir otros criterios innominados que, fundadamente, se estimen relevantes para la determinación de la infracción.

resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

(i) Escenario de Incumplimiento.

63. En el presente caso, tal como consta en el Capítulo V de esta resolución, la titular no presentó descargos, ni realizó alegación alguna referida a desvirtuar el hecho constatado en la actividad de fiscalización de 22 de junio de 2017, oportunidad en la que se verificó la utilización de una chimenea, para calefaccionar las oficinas de la sucursal Osorno de Isapre Colmena.

64. No obstante, con fecha 30 de enero de 2019, la titular presentó un escrito con antecedentes que demuestran el cumplimiento acorde con el Plan de Descontaminación Atmosférica para la ciudad de Osorno. El escrito permite verificar el cierre de la chimenea mediante fotografías fechadas y georreferenciadas, acompañando también una copia de la factura asociada a la implementación del cierre del frontis interior de la chimenea y tapa superior de la salida de los gases. Además, acompaña antecedentes de la existencia de 2 calderas de calefacción preexistentes a la fecha de la inspección. A mayor abundamiento, la titular durante la segunda presentación del Programa de Cumplimiento, ingresó como anexo un certificado de la empresa Polo Sur, que certifica la existencia de 4 equipos de aire acondicionado del tipo Split Muro marca Clark, los cuales se encuentran en perfectas condiciones de funcionamiento, otorgando el bienestar de confort de temperatura.

(ii) Escenario de Cumplimiento.

65. Ante la infracción relacionada al uso de calefacción por medio de chimenea en la sucursal de Osorno de Isapre Colmena, el escenario de cumplimiento normativo se configura considerando que la titular debió haber utilizado a la fecha de la inspección ambiental un equipo de climatización distinto al uso de chimenea.

66. Como se señaló previamente en el escenario de incumplimiento, la titular corroboró que a la fecha de la constatación del hecho infraccional, la sucursal contaba con 2 calderas para la calefacción de sus dependencias, además de certificar la existencia de 4 equipos de aire acondicionado que permiten además subir la temperatura del lugar.

67. Entonces, dado que a la fecha de la inspección la titular contaba con equipos capaces de calefaccionar las oficinas, no corresponde configurar un beneficio económico por los costos evitados o retrasados, por no contar con un equipo de climatización que se adecuara a las exigencias del Plan de Descontaminación de Osorno.

68. Por otra parte, en relación a la diferencia de los costos operacionales por usar una chimenea en contraposición a usar las calderas o equipos de aire acondicionado; corresponde señalar que dado que durante la investigación del

procedimiento sancionatorio solo se evidenció una única utilización de la chimenea, se considera que dicha diferencia de costos es mínima, por lo que no se ponderará para el beneficio económico.

69. Por lo tanto, en base al análisis del escenario de cumplimiento y escenario de incumplimiento, la presente circunstancia no será considerada como un factor para la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

b. Componente de afectación

b.1) Valor de seriedad

70. 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 jurídico de protección 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 el análisis relativo a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, quedando excluidas del análisis las letras g) y h) del artículo 40 de la LOSMA, debido a que en el presente caso no resultan aplicables.

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

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

72. Es importante destacar que el concepto de daño al que alude la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, 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 LOSMA. 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.

73. 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"¹². A su vez, dicho Servicio distingue la noción de peligro, de la de riesgo, definiendo a esta última como la

¹² 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_files20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

“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.

74. 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 puede bien generarse sobre las personas y/o el medio ambiente, y ser o no significativo.

75. Una vez determinada la existencia de un riesgo, corresponde ponderar su importancia. La importancia alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos generados por la infracción, o infracciones, atribuidas a la infractora. Esta ponderación permitirá que este elemento sea incorporado en la determinación de la respuesta sancionatoria que realiza la SMA.

76. Expuesto lo anterior, cabe señalar primeramente que en el caso concreto, respecto a la infracción imputada en este procedimiento, no existen antecedentes que permitan confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de ella, al no haberse constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni tampoco a la salud de las personas. Por lo tanto, no existen antecedentes en el presente procedimiento sancionatorio, que permitan sostener que se hubiese generado daño con ocasión de la infracción cometida.

77. Por otra parte, en cuanto al peligro generado producto de la utilización de artefactos que utilizan leña como combustible, se puede señalar que en las emisiones generadas, los principales contaminantes son: Material Particulado, Óxidos de Nitrógeno, Monóxido de Carbono, Hidrocarburos Volátiles, Material Orgánico Policíclico¹³, Aldehídos y constituyentes minerales. Por otra parte, la combustión incompleta del combustible resulta en la producción de Monóxido de Carbono (CO), y la gran mayoría, de Material Particulado (MP). Los Óxidos de nitrógeno (NO_x) en tanto, provienen tanto del combustible como de la combinación de nitrógeno con el oxígeno del aire en la cámara de combustión. Por otro lado, los Hidrocarburos Policíclicos Aromáticos (PAH), resultan de la combinación de especies de radicales libres formado en la llama. La síntesis de estas moléculas es dependiente de un gran número de variables en la combustión. La toxicidad del humo, por su parte, producto de la combustión de

¹³ Materia Orgánica Policíclica (POM por sus siglas en inglés) incluye compuestos orgánicos con más de un anillo de benceno y que tenga un punto de ebullición mayor o igual a 100 °C. Un grupo de siete hidrocarburos aromáticos policíclicos (7-PAH), que han sido identificados por la EPA como probable cancerígeno Humano (benzo(a)antraceno, benzo(b)fluoranteno, benzo(k)fluoranteno, benzo(a)pireno, 7,12-dimetilbenzo(a)antraceno, criseno, indeno(1,2,3-cd)pireno) son usados como representativos, respecto de la peligrosidad, del gran grupo de compuestos denominados POM.

madera, se debe principalmente a la combustión incompleta de los productos de pirolisis de la lignina y de la celulosa, componentes abundantes en la biomasa¹⁴.

78. Al respecto, se puede señalar que según estudio realizado en la Universidad de Umea en Suecia¹⁵, sobre emisiones de Material Particulado y gases de la combustión residencial de biomasa, se establece que la combustión de leña es considerada como una de las principales fuentes de la concentración ambiental de hidrocarburos (por ejemplo COV y PAH) y de Material Particulado (MP). Por otro lado, la exposición a estos contaminantes ha sido asociada con efectos adversos a la salud.

79. En este sentido, respecto a la exposición de MP₁₀ monitoreado en Osorno, se puede señalar que entre los años 2008, 2009, 2010 y 2011, los niveles de MP₁₀ superaron la norma primaria, extendiéndose entre los meses de mayo a septiembre de cada año, periodo en donde simultáneamente se produce la mayor demanda por enfermedades respiratorias, razón por la cual es necesario utilizar estudios más acabados para establecer su asociación.

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

81. Lo anterior, sin embargo, puede estimarse a partir de estudios de casos similares en Chile, como los de Ostro (1996), que concluyeron que había un incremento de un 4% en el riesgo de muertes totales asociadas con niveles promedio de 115 ug/m³ de MP₁₀ en Santiago. El mismo autor encontró que las atenciones por enfermedades respiratorias bajas en niños menores de 15 años en Santiago (1999), se incrementaban entre un 4 y 12% por el aumento de 50 Ug/m³ de MP₁₀. Por su parte Ilabaca (1999), concluyó que incrementos de 45 ug/m³ de MP_{2,5} significaban un aumento de 2,7% de las atenciones por enfermedad respiratoria y un 6,7% de los casos de neumonía en niños menores de 15 años con tres días de retraso atendidos en el Hospital Calvo Mackenna. Por su parte, un estudio epidemiológico realizado por Sanhueza en Temuco (2006) determinó que un incremento de 100 ug/m³ de MP₁₀ fue relacionado con un riesgo relativo de 1,24 de muertes por causa respiratorias y 1,18 por cardiovasculares. Finalmente, Muñoz F. y cols-. concluyeron en un estudio realizado en el sector oeste de Santiago (2009), que por cada hora de exposición a concentraciones superiores a 150 ug/m³ de MP₁₀ se genera un aumento de 3% en las consultas de urgencia por bronquitis aguda en lactantes menores de 1 año con un retraso de 4 días.¹⁶

¹⁴ Enviromodeling Ltda. Análisis de Emisiones Atmosféricas en Coyhaique. Caracterización de las emisiones del proceso de combustión a leña.

¹⁵ BOMAN, Cristoffer. "Particulate and gaseous emissions from residential biomass combustion". Umeå Universitet, Suecia. 2005.

¹⁶ ídem.

82. De acuerdo a lo mencionado con anterioridad, para determinar el riesgo asociado a la salud de las personas, se debe considerar además que en la comuna de Osorno hay un riesgo pre-existente, en razón de que dicha comuna ya se encuentra saturada por MP₁₀, por tanto, producto de la infracción habría un aumento de ese riesgo pre-existente.

83. 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. Una ruta de exposición se define como “el proceso por el cual una persona se ve expuesta a contaminantes que se originan en alguna fuente de contaminación”¹⁷, luego, una ruta de exposición completa, debe contemplar los siguientes elementos: **(a)** Una fuente de contaminante, como la chimenea de la sucursal en Osorno, que emite, entre otros, MP₁₀; **(b)** Un mecanismo de salida o liberación del contaminante o los contaminantes, como ocurre en el caso del material particulado por la emisión a través de las chimeneas; **(c)** Un medio para que se desplace el contaminante, como la atmósfera o el aire, en el caso de emisiones de material particulado; **(d)** Un punto de exposición o lugar específico en el cual la población entra en contacto con el contaminante; **(e)** Una población receptora, que podría corresponder a las casas más cercanas a la ubicación de la fuente, en consideración de las características climáticas y geográficas de la ciudad de Osorno, principalmente en período GEC; y **(f)** Una vía de exposición o manera en que los contaminantes se introducen o entran en contacto con el cuerpo, que en caso de las emisiones de material particulado corresponde, entre otras, a la inhalación.

84. Dicho lo anterior, al tenor de los antecedentes disponibles en el procedimiento sancionatorio, se configura en este caso la ruta de exposición completa, y por tanto, existiría un riesgo a la salud de la población que habita en el área más cercana a la ubicación del establecimiento en donde se ubica la fuente, o calefactor unitario a leña. No obstante, si bien la fuente- que corresponde a una fuente de calefacción de carácter no industrial- debería poseer un flujo o volumen de gases emitidos de velocidad baja, en el expediente sancionatorio no se cuenta con antecedentes suficientes que permitan establecer con un nivel de precisión razonable, la eventual trayectoria de las emisiones generadas por esta, por lo que ello resulta ser indeterminado, además de que tampoco se cuenta con la frecuencia en el tiempo del uso de la chimenea, cuestión que impide fijar con precisión el punto de exposición asociado a la emisión generada por el artefacto en periodo GEC.

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

¹⁷ Definición de Ruta de Exposición. Guía de Evaluación de Impacto Ambiental. Riesgo a la salud de la Población. Servicio de Evaluación Ambiental.

ambiente, no se cuenta con antecedentes verificables que permitan evaluar fundadamente la existencia de un riesgo a este respecto.

86. Por su parte, se debe considerar que de acuerdo a lo que se ha señalado sobre la estimación del riesgo que se genera producto de los artefactos de combustión a leña existentes en Osorno, la emisión generada por el sub grupo "Chimenea Hogar Abierto", alcanzaría un total de 945 unidades. Asimismo, la estimación de artefactos totales que generan emisiones de gases contaminantes, sería de un total de 49.756 equipos. En base a lo anterior, se puede señalar que del total de equipos emisores de contaminantes atmosféricos que se encuentran en la ciudad de Osorno, la chimenea encontrada en funcionamiento durante fiscalización del 22 de junio de 2017, corresponde a un 0.002% respecto de la totalidad de artefactos. Ahora bien, si se considera que la combustión residencial a leña emite 9.740 ton/año de MP10 en Osorno, de un total de 10.970 ton/año del total de inventario de emisiones de MP10, entonces el funcionamiento de una chimenea equivaldría a un 0.0017%, de las emisiones totales estimadas en la ciudad de Osorno. De acuerdo a esto, es plausible señalar, así, que la emisión generada por la Chimenea de la sucursal Isapre Colmena Osorno, e identificada en la actividad de fiscalización de 22 de junio de 2017, no contribuiría de manera significativa a la contaminación existente en la ciudad de Osorno.

87. Finalmente, se debe tener presente que la sucursal Osorno de Isapre Colmena, contaba a la fecha de la fiscalización ambiental con calderas a leña y petróleo autorizadas para calefaccionar sus oficinas, así como también consta en el expediente del procedimiento sancionatorio que actualmente el establecimiento cuenta con cuatro equipos de aire acondicionado, que permiten regular la temperatura de las dependencias y calentar distintos sectores del inmueble cuando se requiera. De esta forma, es plausible presumir que el uso de la chimenea en la unidad fiscalizable era un sistema de calefacción redundante a la fecha de la fiscalización ambiental, por cuanto no se podría presumir un uso constante de la chimenea a hogar abierto.

88. De esta forma, se estima que no existe una contribución de importancia y menos significativa de parte del establecimiento comercial Isapre Colmena en Osorno, al riesgo individualizado en los considerandos anteriores, asimismo, consta en el expediente que la sucursal contaba con calderas para efectuar la calefacción del recinto, por lo que se podría presumir que el uso de la chimenea no ha sido constante. Dado lo anterior, se estima que el desvalor aparejado a la hipótesis contenida en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA resulta muy bajo, por lo que no será un factor que incida en la respectiva sanción en el caso concreto.

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

89. 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.

90. En ese orden de ideas, mientras en la letra a) se pondera la importancia del peligro concreto -riesgo- ocasionado por la infracción, esta circunstancia 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).

91. 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.

92. El razonamiento expuesto en el párrafo precedente ha sido corroborado por la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 04 de junio de 2015, dictada en autos caratulados “Sociedad Eléctrica Santiago S.A contra Superintendencia del Medio Ambiente”, Rol N° 25931-2014, disponiendo: *“a juicio de estos sentenciadores, no requiere probar que se haya afectado la salud de las personas, sino que debe establecerse la posibilidad de la afectación, cuestión que la SMA realizó en monitoreos nocturnos en que quedó establecido la superación de los niveles establecidos en el Decreto Supremo N° 146 del año 1997”*.

93. Luego, respecto de la infracción imputada en este procedimiento, tal como se indicó en párrafos anteriores relativos a la importancia del peligro ocasionado, cabe indicar que si bien resultaría lógico en base a la construcción de un modelo teórico de determinación de riesgo, efectuar una relación entre los elementos de fuente contaminante, ruta de exposición y receptores poblacionales de interés, considerando que en el presente caso se configura una ruta de exposición completa, no cabe realizarlo en razón del concepto de trayectoria de las emisiones generadas por el calefactor unitario a leña, puesto que no resulta posible determinar la dirección de desplazamiento de dichas emisiones, lo que impide en definitiva identificar con precisión razonable el área poblacional que específicamente resultaría afectada por dichas emisiones.

94. Por lo tanto, considerando lo anterior, esta circunstancia no será considerada en este caso concreto para la determinación de la sanción.

b.1.3 La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (artículo 40 letra i) de la LOSMA)

95. 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 propios 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.

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

97. 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.

98. Bajo ese contexto, se puede señalar que, de acuerdo al Inventario de Emisiones del PDA de la Comuna de Osorno, la emisión de los distintos contaminantes estimados para las distintas fuentes identificadas en la ciudad de Osorno, corresponden a:

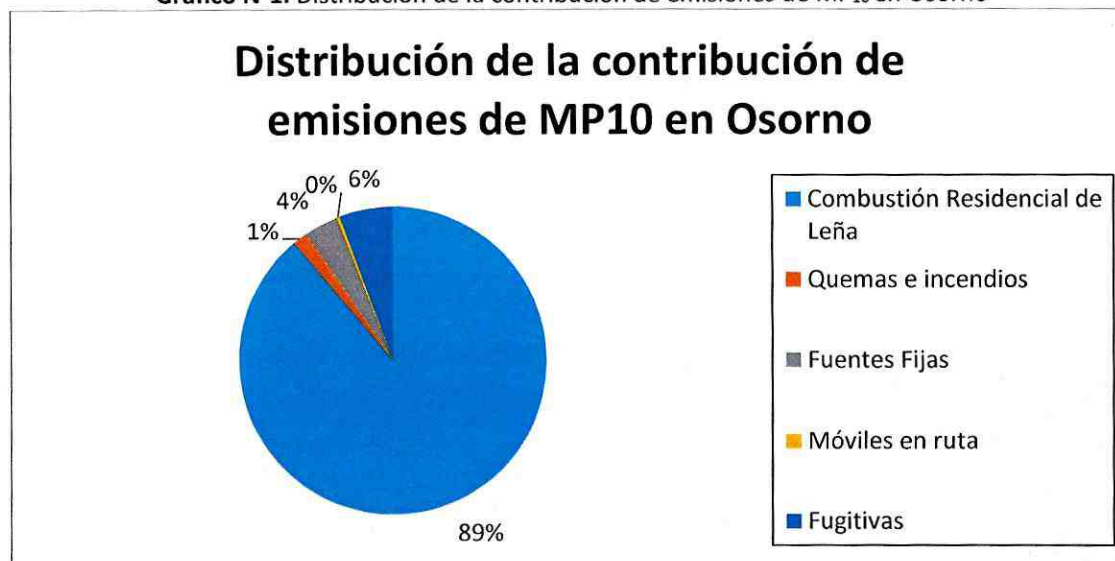
Tabla N°1: Inventario de Emisiones Osorno (ton/año)

	Combustión Residencial de Leña	Quemas e incendios	Fuentes Fijas	Móviles en ruta	Fugitivas	Total
PM ₁₀	9.740	173	399	33	625	10.970
PM _{2,5}	6.982	162	215	29	93	9.961
SO _x	77.861	28	739	3	0	836
NO _x	441	68	409	723	0	1.628
NH ₃	48.164	4	0	14	0	380
CO	66	1.268	378	3.180	0	255.678

Fuente: Plan de Descontaminación de la Comuna de Osorno.

99. De acuerdo a lo anterior, se puede señalar que las fuentes correspondientes al Grupo "Combustión Residencial de Leña" corresponde al grupo con el mayor aporte de emisiones de MP₁₀ en la señalada ciudad, alcanzando un 89% de contribución.

Gráfico N°1: Distribución de la contribución de emisiones de MP₁₀ en Osorno



Fuente: Elaboración Propia.

100. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración del Plan de Descontaminación Atmosférica para la comuna de Osorno, establecido mediante el Decreto Supremo N° 47, del año 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, el cual tiene por objetivo dar cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP₁₀ y MP_{2,5} en un plazo de 10 años. Para ello, el PDA de Osorno considera cuatro medidas estructurales: (i) el mejoramiento térmico de viviendas; (ii) el **mejoramiento de la eficiencia de los artefactos de combustión a leña y otros derivados de la madera**; (iii) el mejoramiento de la calidad de leña y disponibilidad de otros combustibles; y (iv) la educación y sensibilización a la comunidad.

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

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

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

Osorno en el resguardo a la salud de la población al disminuir enfermedades y así provocar la disminución de los gastos en salud, a partir de la reducción de cerca de 86% de los costos atribuibles a la disminución de casos de mortalidad. En este sentido, se ha identificado que el cumplimiento satisfactorio del PDA de Osorno, conlleva beneficios asociados a impactos en la salud de la población expuesta, producto de la disminución de la concentración ambiental del Material Particulado, asociado a la reducción de emisiones de las fuentes reguladas, evitándose eventos de mortalidad prematura, morbilidad, días de actividad restringida, y productividad perdida. Así, se postula que los beneficios de su implementación serían de 5,6 veces sus costos¹⁸.

104. En este sentido, adquiere relevancia señalar, que Osorno es una ciudad pequeña donde conviven aproximadamente 161.460 personas¹⁹, por lo que el incumplimiento de las medidas dispuestas por el PDA de Osorno por establecimientos públicos o privados emplazados en la zona saturada, vulneran el sistema jurídico de protección ambiental, siendo especialmente sensible al ser altamente visibilizado por el resto de la ciudadanía local.

105. La importancia entonces, de la vulneración a la norma en el caso concreto, es determinada por la alta visualización por parte del resto de la ciudadanía y demás establecimientos públicos o privados, del incumplimiento detectado a la norma del artículo 23 del PDA de Osorno, llámese el uso de chimeneas de hogar abierto destinadas a la calefacción, en establecimientos públicos o privados en la zona saturada, lo cual conlleva, en definitiva, un desincentivo para su cumplimiento generalizado.

106. Cabe señalar, por último, que para efectos de ponderar el grado de vulneración al sistema de protección ambiental, y determinar el valor de seriedad de la infracción en particular, debe considerarse la extensión del periodo infraccional. En este caso, consta en el procedimiento sancionatorio que la titular realizó la clausura absoluta de la chimenea de hogar abierto, con fecha 16 de enero de 2019, según consta en las fotografías fechadas y georreferenciadas presentadas a esta superintendencia con fecha 14 de mayo de 2019. Por tanto, esta circunstancia será ponderada en la determinación de la sanción final, en los términos antes expuestos.

b.2. Factores de incremento

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

b.2.1. Intencionalidad en la comisión de la infracción (letra d).

108. La intencionalidad, al no ser un elemento necesario para la configuración de la infracción, actúa en virtud de lo dispuesto en el artículo 40

¹⁸ Art. 2, Punto 1.6 Beneficios y Costos del PDA de Osorno.

¹⁹ Conforme los resultados del Censo de 2017. Disponible en <http://resultados.censo2017.cl/Region?R=R10>.

de la LOSMA, como un criterio a considerar para determinar la sanción específica que corresponda aplicar a cada caso.

109. En este caso, a diferencia de lo que ocurre en la legislación Penal, donde la regla general es que se requiere dolo para la configuración del tipo, la LOSMA, aplicando los criterios asentados en el Derecho Administrativo Sancionador²⁰, no exige la concurrencia de intencionalidad o de un elemento subjetivo para configurar la infracción administrativa, más allá de la culpa infraccional²¹. Una vez configurada la infracción, la intencionalidad permite ajustar la sanción específica a ser aplicada, en concordancia con el principio de culpabilidad.

110. La intencionalidad, se verificará cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional²². La concurrencia de intencionalidad implicará que el reproche de la conducta sea 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 considerada²³.

111. Ahora bien, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva de infringir la norma contenida en el D.S. N° 47/2015 por parte de Colmena Golden Cross S.A. En esta línea, la utilización de una chimenea de hogar abierto por el establecimiento comercial "Isapre Colmena Osorno", durante el período de prohibición absoluta, específicamente el día 22 de junio de 2017, como único hecho constitutivo de infracción, no permite afirmar que los actos del infractor reflejen una intención de incumplir la norma, o en su defecto una intención de omitir acciones tendientes a cumplir la norma. Por este motivo, esta circunstancia no será considerada como un factor que aumente la sanción específica aplicable a la infracción.

b.2.2. Conducta anterior negativa del infractor (letra e).

112. En el marco de esta circunstancia, se analiza el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho infraccional que es objeto del procedimiento

²⁰ 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.

²¹ Corte Suprema, Sentencias Rol N° 24.262-2014, 24.245-2014 y 24.233-2014, todas de fecha 19 de mayo de 2015.

²² 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.

²³ 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.

sancionatorio. Así, esta circunstancia opera como un factor de incremento de la sanción cuando se determina que el infractor ha tenido una conducta anterior negativa, es decir, cuando este tiene un historial de incumplimiento en la unidad fiscalizable respectiva. Por el contrario, esta circunstancia opera como un factor de disminución de la sanción cuando se determina que el infractor ha tenido una irreprochable conducta anterior.

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

114. Al respecto, y revisadas las plataformas electrónicas del Servicio de Evaluación Ambiental, del Poder Judicial, así como de esta propia Superintendencia, no se tienen antecedentes que den cuenta de infracciones cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, por lo cual esta circunstancia no será considerada como un factor de incremento del componente de afectación para la determinación de la sanción.

b.2.3. Falta de cooperación (letra i)

115. 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 LOSMA.

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

117. En el presente caso, encontrándose dentro de plazo, la titular respondió con fecha 14 de mayo de 2019 la solicitud de información efectuada por esta superintendencia, informando primeramente respecto de las medidas adoptadas en el establecimiento comercial, remitiendo además los documentos referidos a los estados

financieros, por lo que esta circunstancia no será considerada como un factor de incremento en el componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar.

b.3. Factores de disminución

b.3.1. El grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de infracción (letra d)

118. Respecto al grado de participación en la infracción configurada, no corresponde extenderse en la presente resolución, dado que el sujeto infractor del presente procedimiento sancionatorio, corresponde únicamente a Colmena Golden Cross S.A., Rol Único Tributario N° 76.296.619-0, titular del establecimiento comercial "Isapre Colmena Osorno".

b.3.2. Cooperación eficaz en el procedimiento (letra i)

119. Conforme al criterio sostenido por esta superintendencia, para que esta circunstancia pueda ser ponderada en un procedimiento sancionatorio, es necesario que la cooperación brindada por el sujeto infractor sea eficaz, lo que guarda relación con la utilidad real de la información o antecedentes proporcionados por el mismo. En este sentido, la cooperación con la administración se vincula con que la información o antecedentes proporcionados por el titular, permitan o contribuyan al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o efectos, la identidad de los responsables, grado de participación y/o el beneficio económico obtenido por la infracción, así como toda otra información relevante o de interés, según corresponda. Por lo tanto, la eficacia de la cooperación se relaciona íntimamente con la oportunidad y utilidad objetiva de la información o antecedentes proporcionados, y no solamente con la mera intención colaborativa del infractor.

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

121. En el caso en cuestión, la titular en su respuesta de fecha 14 de mayo de 2019, indica las medidas correctivas que habría adoptado, pero sin pronunciarse sobre el contenido del hecho infraccional imputado, acompañando fotografías fechadas y georreferenciadas, las que constituyen medios de prueba suficientes e idóneos para darles por acreditados.

122. Por otro lado, se advierte que la titular respondió a la solicitud de información de forma oportuna, esto es en los plazos fijados por la resolución, acreditando fehacientemente la adopción de las medidas indicadas, asociadas a la clausura permanente y definitiva tanto del ingreso de material combustible a la chimenea de hogar abierto como a la obstrucción permanente del ducto de evacuación de gases, a su vez que presentó la información financiera solicitada. Por lo que, en este sentido y tal como se mencionó, su respuesta a la solicitud de información fue oportuna.

123. En función de todo lo anterior, considerando el actuar de la titular en el presente procedimiento, es posible configurar esta circunstancia del art. 40 de la LOSMA para efectos de disminuir el monto de la sanción a aplicar.

b.3.3. Aplicación de medidas correctivas (letra i)

124. La SMA ha asentado el criterio de considerar, en la determinación de la sanción, la conducta del infractor posterior a la infracción o su detección, específicamente en lo referido a las medidas adoptadas por este último, en orden a corregir los hechos que la configuran, así como a contener, reducir o eliminar sus efectos y a evitar que se produzcan nuevos.

125. Para la procedencia de la ponderación de esta circunstancia, es necesario que las medidas correctivas que se hayan aplicado sean idóneas y efectivas para los fines que persiguen, así como oportunas, debiendo ser acreditadas en el procedimiento sancionatorio mediante medios fehacientes.

126. En relación a este punto, mediante Res. Ex. N° 4/ Rol F-035-2018, conforme a lo dispuesto en los artículos 50 y 51 de la LOSMA, se pidió información a la titular, solicitando, respecto de las medidas de mitigación ejecutadas, acompañar fotografías fechadas y georreferenciadas. Junto con ello, se requirió informar de alguna otra nueva medida correctiva, diferente a la clausura de la chimenea de hogar abierto señalada en el documento de fecha 30 de enero de 2019, que hubiese sido implementada con posterioridad a la verificación del hecho infraccional, es decir, del día 22 de junio de 2017, para lo cual se instó a presentar fotografías fechadas y georreferenciadas de un antes y un después de la medida implementada y copias legibles de facturas y/o boletas de compras de materiales y/o servicios presentados con ese motivo.

127. Esta solicitud fue respondida mediante escrito de fecha 14 de mayo 2019, presentado por Rubén Ugarte Sáez, en representación de Colmena Golden Cross S.A., en donde se indica que: *“1.- Respecto de las medidas de mitigación que fueron ejecutadas por Isapre Colmena, y con el objeto de acreditar la realización de éstas, acompañamos en esta oportunidad el set de fotografías que permiten demostrar que se tomaron las medidas necesarias para cumplir con el Plan de Descontaminación Atmosférica que se ha implementado en la comuna de Osorno (D.S. N° 47/2015 MMA). El set de fotografías acompañados en este acto están fechadas y georreferenciadas. Junto con lo anterior, adjuntamos copia íntegra de la factura otorgada por Constructora Trihsan Limitada, correspondiente al pago*

por los trabajos realizados en la sucursal de Osorno, que tuvieron por objeto clausurar adecuadamente la chimenea de hogar abierto”.

128. Al respecto, tal como se indicó en el considerando N° 25 de la presente resolución, la titular acompañó entre otros documentos, 11 fotografías fechadas y georreferenciadas que dan cuenta de la ejecución de la clausura permanente y definitiva tanto del ingreso de material combustible de la chimenea de hogar abierto, como del ducto de evacuación de gases, mediante la clausura inmediatamente por debajo del sombrero protector de aguas lluvias de la chimenea.

129. De esta manera, para que proceda esta circunstancia del artículo 40 de la LOSMA, como se dijo, es necesario que las medidas correctivas que se hayan aplicado, sean idóneas, efectivas y oportunas. Pero, de igual manera y para proceder a su adecuada ponderación, es necesario que ellas consten en el respectivo procedimiento sancionatorio, debiendo encontrarse fehacientemente acreditadas en el mismo. En este sentido, la titular ha presentado antecedentes que permiten constatar fehacientemente la adopción de medidas correctivas, por cuanto se acreditó mediante fotografías fechadas y georreferenciadas la clausura permanente y definitiva de la chimenea de hogar abierto, siendo por tanto posible concluir que las imágenes corresponden efectivamente al establecimiento infractor.

130. Por lo anterior, esta circunstancia será considerada para disminuir el monto de la sanción a aplicar respecto de la infracción configurada.

b.3.4. Irreprochable conducta anterior (letra e)

131. 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 se encuentra en determinadas situaciones que permiten descartarla, a saber: (i) el infractor ha tenido una conducta anterior negativa; (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; y (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.

132. Atendidos los antecedentes disponibles en el presente procedimiento sancionatorio, no es posible descartar, en los términos referidos por las Bases Metodológicas, una irreprochable conducta anterior, toda vez que no es posible encuadrar a la titular dentro de alguna de las situaciones ya descritas. Por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente a la infracción ya verificada.

b.3.5. Presentación de autodenuncia

133. La titular, Colmena Golden Cross S.A., no presentó una autodenuncia relativa a los hechos constitutivos de infracción, por lo cual no procede considerar esta circunstancia como un factor de disminución del componente de afectación en la determinación de la sanción.

b.3.6. Otras circunstancias del caso específico (letra i)

134. En virtud de esta circunstancia, la Superintendencia del Medio Ambiente está facultada, en cada caso particular, para incluir otros criterios innominados que se estimen relevantes para la determinación de la sanción.

135. Para el presente caso, se ha estimado que no existen otras circunstancias a considerar para la determinación de la sanción, por lo que no procede perseverar en el análisis.

b.4. La capacidad económica del infractor (letra f)

136. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española, a propósito del Derecho Tributario, y dice relación con la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública²⁴. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

137. Al respecto, con el objeto de contar con información actualizada respecto del tamaño económico de la titular, por medio de la Res. Ex. N°4/Rol F-035-2018, de fecha 09 de mayo de 2019, se solicitó al presunto infractor los Estados Financieros (a saber: Balance General, Estado de Resultados, Estado de Flujo Efectivo), correspondientes a los años 2017 y 2018, o cualquier otra documentación que acredite los ingresos anuales correspondientes al año 2017 y 2018. Del mismo modo, se solicitó el Formulario N°22 y los Formularios N° 29, en ambos casos, enviados al SII durante los años 2017 y 2018.

138. En respuesta a lo anterior, con fecha 14 de mayo de 2019, la titular acompañó los Estados de Resultados para el período comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre del año 2018, así como los Formularios N° 22 y N°29 para los años Tributarios 2017, 2018 y 2019.

²⁴ CALVO Ortega, Rafael, curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, N°1, 2010, pp. 303-332."

139. Del análisis de la información acompañada por la titular, se puede señalar que los ingresos de Colmena Golden Cross S.A. para el año 2018, ascendieron a \$ 96.194.479.281, informados mediante la entrega del Formulario N°22 correspondiente al señalado año. Esta información, entregada por Colmena Golden Cross, es consistente con la información con que cuenta el SII. En conclusión los ingresos de Colmena Golden Cross S.A. son equivalentes a una empresa ubicada en el cuarto rango de empresa grande.

140. En base a lo descrito anteriormente, al ser los ingresos informados por la titular equivalentes a los de una empresa categorizada en el cuarto rango de empresa grande, se concluye que no procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.

X. TIPO DE SANCIÓN A APLICAR

141. Según se indicó en las secciones precedentes de esta resolución, la infracción que da origen al presente procedimiento sancionatorio ha sido calificada como leve, por lo que en virtud de la letra e) del artículo 39 de la LOSMA, la clase de sanción que correspondería aplicar es la amonestación por escrito o una multa desde una y hasta mil unidades tributarias anuales ("UTA").

142. En virtud de lo anterior, en el caso de la sanción pecuniaria, ésta por aplicación de todas las consideraciones precedentes conforme a las orientaciones de las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones de la SMA, sería muy cercana al mínimo de multa aplicable, esto es aproximadamente 1 UTA.

143. No obstante lo anterior, en relación a la facultad de la autoridad para determinar qué sanción específica corresponde aplicar dentro del margen correspondiente al tipo de infracción, se hace presente que además de la función disuasiva que la sanción administrativa debe tener, ésta debe asegurar un trato justo y equitativo a los regulados, permitiendo la flexibilidad en su aplicación por parte de la Administración. En efecto, un sistema justo y equitativo para la definición de las sanciones debe ser flexible, permitiendo incorporar ajustes que reflejen la realidad y particularidad de un caso específico, poniendo especial énfasis en las características del infractor y su conducta. Para aplicar las sanciones teniendo estas consideraciones, es esencial la observancia al principio de proporcionalidad, que consigna que debe existir un equilibrio entre la conducta invocada y la sanción impuesta, lo que garantiza la razonabilidad de la discrecionalidad y un procedimiento administrativo racional y justo.

144. En cuanto a la sanción de amonestación por escrito, las Bases Metodológicas establecen que dicha sanción puede ser aplicada a infracciones clasificadas como leves, siendo su función disuadir al infractor para que modifique su conducta, sin ocasionar un impacto económico para el mismo. En este caso, la amonestación funcionará como una advertencia, la cual deberá ser asimilada por el infractor para corregir su

comportamiento futuro. Asimismo, se señala que la aplicación de este tipo de sanción en desmedro de una sanción pecuniaria, procederá cuando se tenga certeza de que ella permite cumplir el fin disuasorio, para lo cual corresponde considerar el tipo de incumplimiento y las circunstancias establecidas en el artículo 40 de la LOSMA.

145. En el presente caso, la aplicación del artículo 40 de la LOSMA, que permite adecuar la represión a la infracción y sus circunstancias de hecho que la rodean, hace procedente a juicio de este Superintendente, la aplicación de una sanción no pecuniaria consistente en la amonestación por escrito. En efecto, es fundamental considerar que se han configurado las siguientes circunstancias, i) No existe beneficio económico obtenido producto de la infracción, según lo ya analizado; ii) No existe reincidencia en la infracción cometida, iii) El infractor ha actuado sin intencionalidad y; iv) Se acreditó la implementación de medidas correctivas, consistentes en la clausura permanente y definitiva tanto del ducto de evacuación de gases, como de la entrada de biomasa de la chimenea de hogar abierto, constatándose además que dicho establecimiento cuenta con un sistema de calefacción que incluye una caldera a leña, una caldera de petróleo y un sistema de aire acondicionado, todo lo cual permite presumir que el uso de la chimenea en la unidad fiscalizable era un sistema de calefacción redundante a la fecha de la fiscalización ambiental.

146. De conformidad a lo indicado, se estima que para el presente caso, el fin disuasorio de la sanción es susceptible de cumplirse con la aplicación de una amonestación por escrito.

147. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO: Atendido lo expuesto en la presente resolución, respecto al hecho infraccional consistente la *“utilización, con fecha 22 de junio de 2017, de una chimenea de hogar abierto, en un establecimiento ubicado dentro de una zona declarada como saturada”*, aplíquese a Colmena Golden Cross S.A., Rol Único Tributario N° 76.296.619-0, titular del establecimiento *“Isapre Colmena Osorno”*, la sanción consistente en amonestación por escrito.

SEGUNDO: Recursos que proceden contra esta resolución. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4° de los Recursos de la LOSMA, en contra la presente resolución procede el recurso de reposición, en el plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación de la resolución, según lo dispone el artículo 55 de la misma Ley. La interposición de este recurso suspenderá el plazo para reclamar de ilegalidad, siempre que se trate de materia por las cuales procede dicho recurso. Asimismo, en contra de la presente resolución procede el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental, dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, según lo establecido en el artículo 56.

TERCERO: De la prescripción de la sanción. Las sanciones administrativas aplicadas de conformidad a esta ley, prescribirán a los tres años desde la fecha en que la respectiva resolución sancionatoria haya quedado a firme. Esta prescripción se interrumpirá por la notificación del respectivo procedimiento de ejecución o de la formulación de cargos por incumplimiento, según la naturaleza de la sanción aplicada.

CUARTO: Consignación de la sanción en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente. En virtud de lo establecido en el artículo 58 de la LOSMA y en el Decreto Supremo N° 31 del Ministerio del Medio Ambiente, del 20 de agosto de 2012, publicado en el Diario Oficial el día lunes 11 de febrero de 2013, que establece el Reglamento del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, y de los Registros Públicos de Resoluciones de Calificación Ambiental y de Sanciones; se instruye que una vez que la presente resolución sancionatoria quede a firme, se proceda a formular la anotación respectiva en el Registro Público de Sanciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, en los términos establecidos en los artículos 17 y siguientes del Reglamento.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE



PTB/IWA

Notifíquese por carta certificada:

- Representante legal de Colmena Golden Cross S.A., domiciliado para estos efectos en calle Manuel Antonio Matta N° 1115, comuna de Osorno, región de Los Lagos.

C.C.:

- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Oficina Regional de Los Lagos, Superintendencia del Medio Ambiente.

Rol F-035-2018