

**RESUELVE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-024-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE LA COMUNIDAD DE COPROPIETARIOS
DEL EDIFICIO AILLACARA.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 1443

Santiago, 18 de agosto de 2020

VISTOS:

Lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 8, de 27 de febrero de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente que Establece Plan de Descontaminación Atmosférica por MP 2,5, para las comunas de Temuco y Padre Las Casas y de Actualización del Plan de Descontaminación por MP 10, para las mismas comunas (en adelante, "D.S. N° 8/2015"); el Decreto Supremo N° 78 del año 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establece Plan de Descontaminación Atmosférica de Temuco y Padre Las Casas (en adelante, "D.S. N° 78/2009"); la Resolución Exenta N° 1076, de fecha 26 de junio de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; el Decreto N° 31, de 08 de octubre de 2019, que nombra a don Cristóbal de la Maza Guzmán en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 894, de 28 de mayo de 2020, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; la Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; y la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón y; en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-024-2019.

CONSIDERANDO:

I. IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR Y DE LA UNIDAD FISCALIZABLE

1º. Que, la Comunidad de Copropietarios del Edificio Aillacara, (en adelante, "el titular" o "la empresa"), Rol Único Tributario N° 56.043.650-5, es titular del establecimiento "Edificio Aillacara" (en adelante, "el recinto" o "la unidad fiscalizable"), ubicada en calle Inglaterra N° 0420, comuna de Temuco, Región de la Araucanía.

II. ANTECEDENTES DE LA PRE-INSTRUCCIÓN

2º. Que, con fecha 14 de marzo de 2017, se llevó a cabo una actividad de inspección ambiental por funcionarios de esta Superintendencia al establecimiento "Edificio Aillacara".

3º. Que dicha actividad de fiscalización concluyó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental de fecha 14 de marzo de 2017, la que forma parte del Informe DFZ-2017-2924-IX-PDA-IA, derivado a la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, con fecha 11 de junio de 2019. Dicho informe da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se constató el funcionamiento de la caldera marca Buderus, año de fabricación 2005, modelo GE 515/2955, con una potencia de 253.700Kcal/h y con número de registro 361, que utiliza petróleo diésel como combustible, respecto de la cual se requirió la entrega del documento de la Seremi de Salud de la Región de la Araucanía que acredita la declaración de emisiones correspondientes al año 2010. Además, se solicitó hacer entrega de las mediciones isocinéticas correspondientes al periodo de los años 2013 a 2017.

ii) El titular no presentó las mediciones isocinéticas ni el documento de la Seremi de Salud de la Región de la Araucanía requeridos al momento de la fiscalización.

4º. Con fecha 10 de mayo de 2018, se realizó una segunda actividad de inspección ambiental por funcionarios de esta Superintendencia al establecimiento "Edificio Aillacara".

5º. Que dicha actividad de fiscalización concluyó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental de fecha 10 de mayo de 2018, la que forma parte del Informe DFZ-2018-1586-IX-PPDA, derivado a la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, con fecha 31 de octubre de 2018. Dicho informe da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se constató el funcionamiento de la caldera marca Buderus, año de fabricación 2005, modelo GE 515/2955, con una potencia de 253.700Kcal/h y con número de registro 361, que utiliza petróleo diésel como combustible, respecto de la cual se solicitó la entrega de la declaración de emisiones atmosféricas del año 2010 u otro antecedente de la Seremi de Salud de la región de la Araucanía que acreditara la clasificación de la fuente como nueva o existente y, se solicitó la entrega de las mediciones isocinéticas correspondientes al periodo de los años 2015 a 2018.

ii) El titular no presentó las mediciones isocinéticas ni el documento de la Seremi de Salud de la región de la Araucanía requeridos al momento de la fiscalización.

6º. Que, con fecha 21 de junio de 2019, se realizó una tercera actividad de inspección ambiental por funcionarios de esta Superintendencia al establecimiento "Edificio Aillacara".

7º. Que dicha actividad de fiscalización concluyó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental de fecha 21 de junio de 2019, la que forma parte del Informe DFZ-2019-1164-IX-PPDA, derivado a la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia, con fecha 06 de agosto de 2019. Dicho informe da cuenta de los siguientes hechos constatados:

i) Se constata la permanencia de la caldera que se había fiscalizado anteriormente, la que se utiliza para la calefacción de los 18 departamentos que posee el edificio y se solicita presentar dentro del plazo de 5 días hábiles los informes isocinéticos correspondientes al periodo de los años 2017-2019.

ii) El titular, con fecha 29 de junio de 2019 presentó una carta a esta Superintendencia, en virtud de la cual señaló lo siguiente: *"(...) me permito informar a usted que **esta comunidad no posee muestreo isocinético del periodo solicitado**, debido a que en ese tiempo el laboratorio autorizado no pudo realizar la medición, ya que se debía instalar una estructura en el techo del edificio, el cual se encontraba en proceso de recambio completo. Sin embargo, esta comunidad actualmente se encuentra realizando las gestiones necesarias con un laboratorio autorizado, a fin de realizar el muestreo correspondiente en el más breve plazo, y dar cumplimiento a la normativa. Como es de su conocimiento la fecha exacta de la medición depende de la coordinación que se debe realizar con la Seremi de Salud".*

iii) Además de lo anterior, el titular adjuntó una cotización del muestreo isocinético.

iv) La Comunidad no hizo entrega de las mediciones isocinéticas requeridas durante la inspección ambiental, reconociendo la no realización de las mismas para el periodo comprendido entre los años 2017-2019.

8º. Que, mediante Memorándum D.S.C. N° 319/2019, de fecha 07 de agosto de 2019, se procedió a designar a Lilian Solís Solís como Fiscal Instructora titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor suplente.

9º. Que, finalmente, mediante Memorándum N°275/2020, de fecha 8 de mayo de 2020, se procedió a designar a Matías Carreño Sepúlveda como Fiscal Instructor titular del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y a Lilian Solís Solís como Fiscal Instructora suplente.

III. ANTECEDENTES DE LA INSTRUCCIÓN

10º. Que, con fecha 12 de agosto de 2019, y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 49 de la LOSMA, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol F-024-2019, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-024-2019 en contra de la Comunidad de Copropietarios del Edificio Aillacara, en su calidad de titular del Edificio Aillacara, en virtud del incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación, tipificado en artículo 35 letra c) de la LOSMA. El hecho acto u omisión constitutivo de la infracción se describe en la siguiente tabla:

Tabla N° 1: Cargo formulado mediante Resolución Exenta N° 1/Rol F-024-2019, en relación al artículo 35, letra c) de la LOSMA

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas													
1	<p>No haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético para la caldera marca Buderus, año de fabricación 2005, modelo GE 515/2955, con una potencia de 253.700Kcal/h y con número de registro 361, que utiliza petróleo diésel como combustible, para el periodo comprendido entre los años 2013 a 2018.</p>	<p>D.S. N° 78/2009 MINSEGPRES, Artículo 21 y 23:</p> <p><i>“ Artículo 21.- Transcurridos doce meses, contados de la publicación en el Diario Oficial del presente decreto, las fuentes estacionarias puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales nuevas y existentes <u>deberán medir sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético realizado a plena carga, de acuerdo al Método CH – 5 (Resolución N° 1.349, del 6 de octubre de 1997 del Ministerio de Salud, "Determinación de las Emisiones de Partículas desde Fuentes Estacionarias")</u>, en cada una de las chimeneas de descarga a la atmósfera.</i></p> <p><i>Para todos los efectos, se entenderá por plena carga a la medición efectuada a la capacidad máxima de funcionamiento de la fuente, independientemente del proceso de producción asociado, observándose los parámetros de seguridad especificados de acuerdo al diseño de la fuente y confirmados por los parámetros físicos de construcción de ella. Esta capacidad de funcionamiento será considerada como plena carga de la fuente” [...]</i></p> <p><i>Artículo 23.- La <u>periodicidad de los muestreos isocinéticos de emisiones de las fuentes puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales, quedará definida de manera diferenciada por tipo de combustible, como se muestra a continuación:</u></i></p> <p><i>Tabla N°11. Periodicidad de los muestreos isocinéticos requeridos para acreditar Emisiones.</i></p> <table border="1" data-bbox="602 1498 1377 1929"> <thead> <tr> <th>Tipo de fuente</th> <th>Tipo de combustible</th> <th>Periodicidad</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Fuentes puntuales</td> <td>Cualquier tipo</td> <td>12 meses</td> </tr> <tr> <td rowspan="3">Fuentes Grupales y <u>Calderas de Calefacción</u></td> <td><u>Petróleo diésel o kerosene</u></td> <td><u>Cada 36 meses</u></td> </tr> <tr> <td>Gas natural, Gas licuado, Gas de ciudad u otros similares</td> <td>Exentas de acreditarse</td> </tr> <tr> <td>Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)</td> <td>Cada 12 meses.</td> </tr> </tbody> </table>	Tipo de fuente	Tipo de combustible	Periodicidad	Fuentes puntuales	Cualquier tipo	12 meses	Fuentes Grupales y <u>Calderas de Calefacción</u>	<u>Petróleo diésel o kerosene</u>	<u>Cada 36 meses</u>	Gas natural, Gas licuado, Gas de ciudad u otros similares	Exentas de acreditarse	Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)	Cada 12 meses.
Tipo de fuente	Tipo de combustible	Periodicidad													
Fuentes puntuales	Cualquier tipo	12 meses													
Fuentes Grupales y <u>Calderas de Calefacción</u>	<u>Petróleo diésel o kerosene</u>	<u>Cada 36 meses</u>													
	Gas natural, Gas licuado, Gas de ciudad u otros similares	Exentas de acreditarse													
	Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)	Cada 12 meses.													

11°. Que, a su vez, respecto de la clasificación de la infracción, el artículo 36 N° 3 de la LOSMA dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

12º. Que, en este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos del presente procedimiento, clasificar dicha infracción como leve, considerando que de manera preliminar, no era posible encuadrarla en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1º y 2º del citado artículo 36.

13º. La Resolución Exenta Nº 1/Rol F-024-2019 fue notificada personalmente al titular el día 13 de agosto de 2019.

14º. La citada resolución estableció en su Resuelvo III que el infractor tenía un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento, y de 15 días hábiles para formular sus descargos, respectivamente, ambos desde la notificación de la Formulación de Cargos.

15º. Que, con fecha 28 de agosto de 2019, la Sra. Jenny Rivas Rendel presentó un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC") dentro de plazo ante esta Superintendencia.

16º. Que, mediante Resolución Exenta Nº 2/Rol F-024-2019, con fecha 02 de octubre de 2019, la SMA solicitó al titular acreditar el poder de representación de Jenny Rivas Rendel, otorgándole un plazo de 5 días para ello.

17º. Que, dicha resolución fue enviada por carta certificada dirigida al domicilio registrado del titular, siendo recepcionada en la oficina de Correos de Chile de la comuna de Temuco, con fecha 08 de octubre de 2019, de acuerdo con la información proporcionada por Correos de Chile, mediante seguimiento asociado a la carta certificada Nº 11808516979990.

18º. Que, en virtud de la presunción establecida en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley Nº 19.880, se considera que el titular fue notificado de la Resolución Exenta Nº 2/Rol F-024-2019 con fecha 11 de octubre de 2019.

19º. Que, mediante Resolución Exenta Nº 3/Rol F-024-2019, con fecha 07 de noviembre de 2019, la SMA solicitó por segunda vez al titular acreditar el poder de representación de Jenny Rivas Rendel, o bien que la Comunidad de Copropietarios del Edificio Aillacara ratifique las gestiones realizadas por ella, otorgándole un plazo de 2 días para ello, bajo el apercibimiento de tener por no presentado el programa de cumplimiento.

20º. Que la Resolución Exenta Nº 3/Rol F-024-2019 fue notificada personalmente al titular el día 11 de noviembre de 2019.

21º. Que, si bien la Sra. Jenny Rivas Rendel presentó un Programa de Cumplimiento dentro de plazo ante esta Superintendencia, esta no acreditó encontrarse facultada para representar a la Comunidad dentro de los plazos establecidos mediante las Res. Ex. Nº2/ROL F-024-2019 y Res. Ex. Nº3 /ROL F-024-2019, haciéndose efectivo el apercibimiento señalado en esta última, motivo por el cual el PdC se tuvo por no presentado mediante Res. Ex. Nº4/ROL F-024-2019.

22º. Que, la Res. Ex. Nº4/ROL F-024-2019 fue enviada por carta certificada dirigida al domicilio registrado del titular, siendo recepcionada con fecha 22 de

noviembre de 2019, de acuerdo con la información proporcionada por Correos de Chile, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1180851703615.

23°. Fuera de plazo, la Sra. Jenny Rivas acreditó su facultad para representar a la Comunidad, mediante presentación de fecha 03 de diciembre de 2019, facultad que se tuvo presente mediante la Resolución Exenta N°5/Rol-F-024-2019, de fecha 12 de mayo de 2020.

24°. Que, la Res. Ex. N°5/ROL F-024-2019 fue enviada por carta certificada dirigida al domicilio registrado del titular, siendo recepcionada con fecha 25 de junio de 2020, de acuerdo con la información proporcionada por Correos de Chile, mediante seguimiento asociado a la carta certificada N° 1176247095211.

IV. PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

25°. Que la Resolución Exenta N° 1 / Rol F-024-2019 estableció en su resuelvo III que el titular tendría un plazo de 10 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC"), y de 15 días hábiles para formular descargos, ambos contados desde la fecha de la notificación de la formulación de cargos.

26°. Que, al respecto, cabe indicar que, habiendo sido notificada la Formulación de Cargos al titular (Res. Ex. N° 1/Rol F-024-2019), conforme se indica en el considerando 14° de esta resolución, la Sra. Jenny Rivas Rendel presentó un Programa de Cumplimiento dentro de plazo ante esta Superintendencia. Sin embargo, esta no acreditó encontrarse facultada para representar a la Comunidad dentro de los plazos establecidos mediante las Res. Ex. N°2/ROL F-024-2019 y Res. Ex. N°3 /ROL F-024-2019, haciéndose efectivo el apercibimiento señalado en esta última, motivo por el cual el PdC se tuvo por no presentado mediante Res. Ex. N°4/ROL F-024-2019.

27°. Sin perjuicio de lo anterior, de manera extemporánea, la Sra. Jenny Rivas acreditó su facultad para representar a la Comunidad, mediante la presentación de fecha 3 de diciembre de 2019, facultad que se tuvo presente mediante la Resolución Exenta N°5/Rol-F-024-2019, de fecha 12 de mayo de 2020.

V. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS

28°. Que, habiendo sido notificado el titular de forma personal, con fecha 13 de agosto de 2019, de la Resolución Exenta N° 1/Rol F-024-2019, que Formuló Cargos a la Comunidad de Copropietarios del Edificio Aillacara, el titular, pudiendo hacerlo, no presentó escrito de Descargos dentro del plazo otorgado para el efecto.

VI. DICTAMEN

29°. Con fecha 05 de agosto de 2020, el instructor derivó a este Superintendente el Dictamen del presente procedimiento sancionatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la LOSMA.

VII. INSTRUMENTOS DE PRUEBA Y VALOR PROBATORIO

30º. El artículo 51 de la LOSMA prescribe 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 crítica”*.

31º. Que, en razón de lo anterior, en primer lugar se deben evaluar los antecedentes incorporados al presente procedimiento con el objeto de distinguir si los mismos contienen pruebas, vale decir, información que permita comprobar la veracidad de los hechos infraccionales supuestamente cometidos por el titular, para luego apreciar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

32º. 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 8º, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”*. Por su parte, el artículo 8º de la LOSMA señala *“el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignent en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”*.

33º. 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 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”*.

34º. A su vez, la doctrina nacional ha reconocido el valor probatorio a las actas de inspección. En este sentido, Jaime Jara y Cristián Maturana han manifestado que *“(…) La característica relevante, pero problemática, que concierne a las actas de inspección radica en la presunción de certeza o veracidad que el Derecho reconocería. En virtud de esta presunción se ha estimado tradicionalmente que los hechos reflejados en el acta son ciertos, salvo prueba en contrario. Es decir, deben tenerse por verdaderos, a menos que quedare debidamente constatada su falta de sinceridad (...).”¹*

35º. Por lo tanto, y cumpliendo con el mandato legal, se utilizaron las reglas de la sana crítica para valorar la prueba rendida, valorización que se llevará a cabo en los capítulos siguientes, referidos a la configuración y calificación de la infracción, como de la ponderación de la sanción.

36º. En razón de lo anterior, corresponde señalar que los hechos sobre los cuales versa la Formulación de Cargos han sido constatados por funcionarios de esta Superintendencia en tres oportunidades distintas, con fechas 14 de marzo de 2017; 10 de mayo de 2018 y; 21 de junio de 2019; actividades que culminaron con la emisión de las respectivas Actas de Fiscalización, que forman parte de los Anexos de los Informes Técnicos de Fiscalización Ambiental “Edificio Aillacara”, disponibles en los expedientes DFZ-2017-2924-IX-PDA-IA; DFZ-2018-1586-IX-PPDA y; DFZ-2019-1164-IX-PPDA, respectivamente.

¹ JARA Schnettler, Jaime y MATURANA Miquel, Cristián. “Actas de fiscalización y debido procedimiento administrativo”. Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009. P. 11.

37º. En el presente caso, tal como consta en el Capítulo V de esta resolución, el titular no presentó Descargos ni alegaciones con el objeto de controvertir la certeza de los hechos verificados en las inspecciones ambientales mencionadas en el considerando anterior.

38º. Luego, el hecho consistente en que el titular no contaba con los informes isocinéticos al momento de las dos inspecciones ambientales señaladas y el hecho de que el titular no entregó los informes isocinéticos luego de que se le otorgara un plazo suficiente para hacerlo, permiten concluir fundadamente que el titular no realizó las mediciones de material particulado exigidas por el Plan de Descontaminación durante una frecuencia determinada, debido a que, teniendo a la vista el desembolso económico que las mediciones implican y que su razón de ser se debe a la fiscalización ambiental, las máximas de la experiencia indican que los titulares no realizan sus mediciones isocinéticas para mantenerlas bajo reserva sino que para hacer entrega de ellas a la autoridad competente. Por lo tanto, dichas constataciones gozan de una presunción de veracidad por haber sido efectuada por un ministro de fe, que no ha sido desvirtuada ni controvertida en el presente procedimiento.

VIII. SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

39º. Considerando lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por probado el hecho que funda la formulación de cargos contenida en la Res. Ex. N° 1/Rol F-024-2019, esto es, no haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético para la caldera marca Buderus, año de fabricación 2005, modelo GE 515/2955, con una potencia de 253.700Kcal/h y con número de registro 361, que utiliza petróleo diésel como combustible, para el periodo comprendido entre los años 2013 a 2018.

40º. Finalmente, el referido hecho se identifica con el tipo establecido en la letra c) del artículo 35 de la LOSMA, esto es, el incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación.

41º. En virtud de lo anterior, y considerando que no se presentaron medios de prueba que logren desvirtuar los hechos constatados, ni su carácter antijurídico, se entiende por probada y configurada la infracción en el presente procedimiento

IX. SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN

42º. En el presente capítulo se procederá a ponderar los antecedentes para determinar la clasificación de gravedad de la infracción, en conformidad a los argumentos de hechos y derecho esgrimidos en el capítulo anterior.

43º. Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, el hecho constitutivo de infracción que fundamentó la formulación de cargos fue identificado con el tipo establecido en la letra c) del artículo 35 de la LOSMA.

44º. En este sentido, en relación al cargo formulado, se propuso en la formulación de cargos clasificar dicha infracción como leve², considerando que, de manera preliminar, se estimó que no era posible encuadrarlo en ninguno de los casos establecidos por los numerales 1º y 2º del citado artículo 36.

45º. Al respecto, en el dictamen a que hace referencia el considerando 30º de esta resolución, el Fiscal Instructor de este procedimiento propuso mantener dicha clasificación, debido a que, de los antecedentes aportados al presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permitan clasificar la infracción como gravísima o grave, conforme a lo señalado en el acápite de valor de seriedad de esta resolución.

46º. Así, por lo considerado precedentemente, es de opinión de este Superintendente mantener igualmente dicha clasificación de la infracción, y calificar la infracción que se imputa en este procedimiento sancionatorio como leve.

47º. Por último, es pertinente hacer presente que de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del artículo 39 de la LOSMA, las infracciones leves podrán ser objeto de amonestación por escrito o multa de una hasta mil unidades tributarias anuales.

I. PONDERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA QUE CONCURREN A LAS INFRACCIONES.

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

48º. El artículo 38 de la LOSMA establece el catálogo o tipos de sanciones que puede aplicar la SMA, estos son, amonestaciones por escrito, multas de una a diez mil unidades tributarias anuales (UTA), clausura temporal o definitiva y revocación de la RCA.

49º. Por su parte, el artículo 39, establece que la sanción se determinará según su gravedad, en rangos, indicando el literal c) que "*(...)Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales (...)*".

50º. La determinación específica de la sanción que debe ser aplicada dentro de dicho catálogo, está sujeta a la configuración de las circunstancias indicadas en el artículo 40 de la LOSMA.

51º. 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 el documento "Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización 2017" de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "Bases Metodológicas"), aprobada mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 enero 2018, de la SMA 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

² El artículo 36 N° 3, de la LOSMA, dispone que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatoria y que no constituyan infracción gravísima o grave.

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.

52º. El artículo 40 de la LOSMA dispone que para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponderá aplicar, se considerarán las siguientes circunstancias:

- a) *La importancia del daño causado o del peligro 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 3º⁹.*
- h) *El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado¹⁰.*

³ En cuanto al daño causado, la circunstancia procede en todos los casos en que se estime exista un daño o consecuencia negativa derivada de la infracción, sin limitación a los casos en que se realice la calificación jurídica de daño ambiental. Por su parte, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en un resultado dañoso.

⁴ Esta circunstancia incluye desde la afectación grave hasta el riesgo de menor importancia 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, sean o no de importancia.

⁵ Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todas aquellas ganancias o beneficios económicos que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. Las ganancias obtenidas como producto del incumplimiento pueden provenir, ya sea por un aumento en los ingresos, o por una disminución en los costos, o una combinación de ambos.

⁶ En lo referente a la intencionalidad en la comisión de la infracción, es necesario manifestar que ésta implica el haber actuado con la intención positiva de infringir, lo que conlleva necesariamente la existencia de un elemento antijurídico en la conducta del presunto infractor que va más allá de la mera negligencia o culpa infraccional. También se considera que existe intencionalidad, cuando se estima que el presunto infractor presenta características que permiten imputarle conocimiento preciso de sus obligaciones, de la conducta que realiza en contravención a ellas, así como de la antijuricidad asociada a dicha contravención. Por último, sobre el grado de participación en el hecho, acción u omisión, se refiere a verificar si el sujeto infractor en el procedimiento sancionatorio, corresponde al único posible infractor y responsable del proyecto, o es un coautor de las infracciones imputadas.

⁷ La conducta anterior del infractor puede ser definida como el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el posible infractor ha observado a lo largo de la historia, específicamente, de la unidad de proyecto, actividad, establecimiento, instalación o faena que ha sido objeto del procedimiento administrativo sancionatorio.

⁸ La capacidad económica atiende a las particulares facultades o solvencia del infractor al momento de incurrir en el pago de la sanción.

⁹ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto del grado de ejecución de un programa de cumplimiento que haya sido aprobado en el mismo procedimiento sancionatorio

¹⁰ Esta circunstancia se determina en función de un análisis respecto de la afectación que un determinado proyecto ha causado en un área protegida.

- i) *Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*¹¹.

53º. En este sentido, corresponde desde ya indicar que las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, **no son aplicables** en el presente procedimiento:

- a. **Letra d), intencionalidad**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 78/2009.
- b. **Letra d), grado de participación**, puesto que la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor.
- c. **Letra e), conducta anterior negativa**, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional.
- d. **Letra h), detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado (ASPE)** puesto que el establecimiento no se encuentra en un ASPE.
- e. **Letra g), cumplimiento del programa de cumplimiento**, pues el programa de cumplimiento presentado por el titular en el presente procedimiento sancionatorio fue declarado inadmisibles por esta Superintendencia.

54º. Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la letra i) del artículo 40, en este caso **no aplican las siguientes**:

- a. **Letra i), respecto de cooperación eficaz**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan contribuido al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos.
- b. **Letra i) respecto de la adopción de medidas correctivas** puesto que el infractor no ha acreditado la realización de medidas correctivas posteriores a la formulación de cargos.

55º. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación se expone la ponderación de dichas circunstancias.

A. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción (artículo 40 letra c) de la LOSMA).

56º. Esta circunstancia se construye a partir de la consideración en la sanción de todo beneficio económico que el infractor ha podido obtener por motivo de su incumplimiento. El beneficio económico obtenido como producto del incumplimiento puede provenir, ya sea de un aumento en los ingresos, o de una disminución en los costos, o una combinación de ambos. En este sentido, el beneficio económico obtenido por el infractor puede definirse como la combinación de estos componentes, los cuales ya han sido definidos en las Bases Metodológicas Para la Determinación de Sanciones Ambientales.

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.

57º. Es así como para su determinación es necesario configurar dos escenarios económicos contrapuestos: un escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que efectivamente se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental y el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. A partir de la contraposición de estos escenarios, se distinguen dos tipos de beneficio económico de acuerdo a su origen: el beneficio asociado a costos retrasados o evitados y el beneficio asociado a ganancias ilícitas anticipadas o adicionales.

58º. Se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios en este caso –los costos involucrados y las respectivas fechas en que fueron o debieron ser incurridos–, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia, la cual se encuentra descrita en las Bases Metodológicas.

59º. Para efectos de la estimación del beneficio económico y para todos los cargos analizados, se consideró una fecha estimada de pago de multa al 31 de julio de 2020, el valor de la UTA al mes de agosto de 2020 –para todos los valores expresados en UTA– y, una tasa de descuento de un 3,6%. Lo anterior atendido que el titular es una comunidad habitacional de copropietarios particulares, por lo tanto, es razonable suponer que los recursos no invertidos en el cumplimiento ambiental se asimilan a un ahorro en el pago de gastos comunes, y por consiguiente, el costo de oportunidad de dichos recursos corresponde a la rentabilidad que cada uno de los copropietarios obtiene sobre ese ahorro. Dada la diversidad de actividades posibles de los copropietarios y la falta de antecedentes sobre estas, se considerará que su costo de oportunidad es, al menos, la tasa de interés bancaria en un depósito a plazo¹².

(a) Escenario de Cumplimiento.

60º. En relación a este escenario, es necesario identificar las acciones y costos que, de haber sido implementados a tiempo, habrían posibilitado el cumplimiento de la normativa establecida en el D.S. N°78/2009. Dicha medida, en este caso, consistía en haber realizado una medición isocinética entre los años 2016 y 2018, respecto de la caldera del Edificio marca Burdenus, modelo Logano GE515, número de registro N°361 en la SEREMI de Salud de la Región de la Araucanía, situación que debió haberse constatado por lo menos en la última inspección ambiental, que es la de fecha 21 de junio de 2019.

61º. En consecuencia, bajo un escenario de cumplimiento normativo, la comunidad debió haber realizado un muestreo isocinético en el período comprendido entre los años 2016-2018, a fin de cumplir con la periodicidad de los muestreos de emisiones de las fuentes puntuales y grupales, y calderas de calefacción grupales, establecido en el D.S. N° 78/2009, situación que no fue constatada en el presente procedimiento.

¹² Como tasa de interés bancaria de referencia, se estimó pertinente utilizar la tasa de captación promedio del sistema financiero, nominal, en el plazo de 30 a 89 días, en el periodo 2014 al presente. El plazo de 30 a 89 días, se consideró que es el más adecuado, puesto que, de acuerdo a los datos publicados por el Banco Central, este corresponde al plazo de depósito con mayor monto de operaciones, con un 63,9% (Véase "Estadísticas de tasas de interés del sistema bancario". Estudios Económicos Estadísticos N° 113, julio 2015. Pág. 5.). De acuerdo a los datos publicados por el Banco Central, el valor promedio de los valores mes a mes de las tasas de captación a un plazo de 30 a 89 días, en el periodo enero 2014 a septiembre 2017 es de 3,6% (valor promedio anual). Fuente:

http://si3.bcentral.cl/Siete/secure/cuadros/arboles.aspx?idCuadro=TSF_24

62º. Respecto del costo por el muestreo isocinético, se considerará para estos efectos el valor de \$780.000, valor correspondiente a la cotización N°19-453, de fecha 26 de junio de 2019, además de la fabricación e instalación de plataforma metálica según requerimientos de la SEREMI de Salud, por un valor de \$700.000. La mencionada cotización fue presentada por el titular como respuesta al requerimiento de información de la última inspección ambiental.

63º. Para efectos de la estimación, se considera entonces que, en un escenario de cumplimiento, el titular debió realizar una medición isocinética durante el periodo de los años 2016-2018 con un costo de \$1.480.000, equivalentes a 2,4 UTA.

(b) Escenario de Incumplimiento

64º. El escenario de incumplimiento normativo concretamente dice relación con la falta en la periodicidad de las mediciones isocinéticas debidas a la caldera del Edificio Aillacara. Al respecto, el titular no acreditó la realización de la medición isocinética durante un único periodo de medición, entre los años 2016 a 2018, debido a que por el tipo de combustible le correspondía medir cada 36 meses.

(c) Determinación del beneficio económico

65º. En la siguiente tabla se resume el origen del beneficio económico, que resulta de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, así como también el resultado de la aplicación del método de estimación de beneficio económico utilizado por esta Superintendencia.

Tabla N° 2. Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción

Tipo de gasto	Medida	Costo Evitado (UTA)	Beneficio económico (UTA)
Costo evitado respecto de medición isocinética, mediante metodología CH-5, a ducto de la caldera de calefacción a petróleo, marca Burdenus, modelo Logano GE515, número de registro N°361 en la SEREMI de Salud de la Región de la Araucanía, para el período correspondiente entre 2013 y 2018.	Medición isocinética correspondiente al periodo de los años 2016 y 2018.	2,4	1,9

66º. En definitiva, se concluye que existe un beneficio económico por parte del titular, al no realizar la medición isocinética debida para el periodo comprendido entre los años 2016-2018. De acuerdo a lo anterior, y a partir de la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado

asociado a esta infracción asciende a **1,9 UTA**. Por lo tanto, la presente circunstancia será considerada como un factor para la determinación de la sanción específica aplicable a la infracción.

B. Componente de afectación

67º. Este componente se basa en el valor de seriedad, ajustado de acuerdo a determinados factores de incremento o disminución que concurren en el caso.

b.1 Valor de Seriedad

68º. 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 a la combinación del nivel de seriedad de los efectos de la infracción en el medio ambiente o la salud de las personas, y de la importancia de la vulneración al sistema jurídico de control ambiental. De esta manera, a continuación, se procederá a ponderar cada una de las circunstancias que 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 vulneración al sistema jurídico de control ambiental, quedando excluida del análisis las letras g) y h) del artículo 40 de la LOSMA, debido a que en el presente caso, como ya se indicó, no resulta aplicable.

b.1.1 Importancia del daño causado o del peligro ocasionado (letra a)

69º. 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.

70º. En relación a esta circunstancia, cabe recordar que el concepto de daño al que alude este artículo es más amplio que el concepto de daño ambiental del artículo 2 letra e) de la ley 19.300, referido también en los numerales 1 letra a) y 2 letra a) del artículo 36 de la 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.

71º. Por otro lado, la expresión “importancia” alude al rango de magnitud, entidad o extensión de los efectos de la respectiva infracción, que determina la aplicación de sanciones más o menos intensas¹³. Ahora bien, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión imputable al infractor, susceptible de convertirse en el resultado dañoso. Por lo tanto, riesgo es la probabilidad que ese daño se concrete, mientras que daño es la manifestación cierta del peligro.

72º. En el presente caso, no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción, al no haberse

¹³ La referencia a la importancia del daño causado o del peligro ocasionado parece vincularse con otro criterio frecuentemente utilizado en las normativas sancionatorias: la gravedad de la infracción. Indica Bermúdez que la mayor o menor gravedad de las infracciones no puede ser indiferente a la hora de imponer una sanción en concreto. BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. Legal Publishing, Santiago, 2010, p.191.

constatado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno o más de sus componentes, ni afectación a la salud de las personas que sea consecuencia directa de la infracción constatada. Por lo tanto, **el daño no está acreditado en el presente procedimiento sancionatorio.**

73º. En cuanto al concepto de peligro, los tribunales ambientales han indicado que *“De acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de “peligro ocasionado”, es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma”*¹⁴. Vale decir, la distinción que realizan los tribunales entre el daño y el peligro indicados en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA, se refiere a que en la primera hipótesis -daño- la afectación debe haberse producido, mientras que en la segunda hipótesis -peligro ocasionado- basta con que exista la posibilidad de una afectación, es decir, un riesgo. En razón de lo anterior, para determinar el peligro ocasionado, se debe determinar si existió o no un riesgo de afectación.

74º. Conforme a lo ya indicado, el Servicio de Evaluación Ambiental -en el marco de una evaluación del riesgo para la salud de la población- definió el concepto de riesgo como la “probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”¹⁵. En este sentido, el mismo organismo indica que, para evaluar la existencia de un riesgo, se deben analizar dos requisitos: a) si existe un peligro¹⁶ y b) si se configura una ruta de exposición que ponga en contacto dicho peligro con un receptor sensible¹⁷, sea esta completa o potencial¹⁸. El SEA ha definido el peligro como “capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor”¹⁹. Conforme a lo anterior, para determinar si existe un riesgo, a continuación se evaluará si en el presente procedimiento los antecedentes permiten concluir que existió un peligro, y luego si existió una ruta de exposición a dicho peligro.

75º. Adicionalmente, es importante tener presente que en las comunas de Temuco y Padre Las Casas hay un riesgo pre-existente debido a que dichas comunas se encuentran saturadas por MP 10 y MP 2,5, y por tanto, en el supuesto de llegar a determinar un riesgo producido por la infracción en el caso en concreto, esto conduciría a un aumento del riesgo preexistente, el que puede llegar a ser significativo o no.

76º. En específico, respecto a la identificación de un riesgo, corresponde en primer lugar, identificar la fuente emisora y el contaminante, luego

¹⁴ Iltre. Segundo Tribunal Ambiental, sentencia en causa Rol R-128-2016, de fecha 31 de marzo de 2017 [caso MOP – Embalse Ancoa]

¹⁵ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

¹⁶ En este punto, debe indicarse que el concepto de “peligro” desarrollado por el SEA se diferencia del concepto desarrollado por los tribunales ambientales de “peligro ocasionado” contenido en la letra a) del artículo 40 de la LOSMA.

¹⁷ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. pág. 19. Disponible en línea:

http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

¹⁸ Véase Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. Al respecto, una ruta de exposición completa, es la que se configura cuando se presentan todos los elementos enlistados en la página 39 del documento, y una ruta de exposición potencial es aquella a la que le falta uno o más de los elementos indicados, pero respecto de la cual existe información disponible que indica que la exposición es probable.

¹⁹ Ídem.

establecer cuál es la ruta de exposición ya sea completa, o parcialmente completa, y finalmente determinar si existe población receptora de dichas emisiones, situación que se desarrollará en los considerandos siguientes.

77º. Respecto del primer punto a examinar, tanto la fuente emisora como el contaminante se encuentran identificados. Así, las emisiones a la atmósfera provienen de la combustión asociada a la caldera a petróleo del Edificio Aillacara, la cual emite, entre otros contaminantes, material particulado MP10 y MP2,5.

78º. Como complemento indispensable a la identificación del contaminante se encuentra la concentración del mismo, toda vez que el PPDA Temuco y Padre Las Casas establece una prohibición de superación de determinado límite del mismo, no existiendo una prohibición absoluta de emitir tal contaminante a la atmósfera. Por lo que, si una fuente emite una concentración de contaminante inferior al límite que establece el Plan, esta emisión no aumenta el riesgo en la zona sino que fue prevista dentro del cumplimiento del objetivo del Plan que es dar cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP10 y para material particulado respirable fino MP2,5, en un plazo de 10 años, según el D.S. N°78/2009 y el D.S. N°8/2015, respectivamente.

79º. Pese a lo anteriormente expuesto, la infracción en análisis, es decir, el incumplimiento de la obligación de medición de emisiones no permite caracterizar ni cuantificar el nivel de emisión de la fuente, que resulta ser indispensable a la hora de evaluar el cumplimiento de los límites de emisión y de esta manera cumplir con la meta de reducción de emisiones del Plan, lo que repercute en una mejora en la calidad del aire de la zona. Dicho de otra manera, no es posible confirmar ni descartar la configuración de un riesgo en el presente caso debido a que se desconoce si la fuente cumple o no el límite de emisión previsto para sus características.

80º. Continuando con el análisis teórico respecto de la ruta de exposición, si bien se trata del medio atmosférico, la ruta de exposición va a determinar la forma en que interactúan ciertas variables atmosféricas que son las que finalmente van a determinar que el contaminante afecte a un receptor debido a la inhalación de este. Estas variables deben ser representativas del área donde se localiza la fuente de modo tal que representen de la mejor manera posible las circunstancias de este medio de propagación, sin embargo, no constan elementos que permitan caracterizarlo objetivamente, motivo por el cual no es posible calificar la ruta de exposición.

81º. Finalmente, al no poder establecer la distancia y trayectoria de la pluma de dispersión de las emisiones de la caldera, resulta impracticable con los antecedentes disponibles establecer cuantitativamente una población receptora y menos cuantificar eventuales personas afectadas. Basado en lo anterior, y al no contar con los elementos necesarios para su determinación, se puede concluir que no es posible en el presente caso determinar un riesgo certero.

82º. Que, de esta forma, se estima que no es posible determinar cuál es la contribución de la infracción al riesgo individualizado en los considerandos anteriores. Dado lo anterior, se estima que el disvalor aparejado a la hipótesis contenida en la letra a) del artículo N°40 de la LOSMA resulta indeterminado.

b.1.2 Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción (letra b)

83º. 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). Que, si bien los antecedentes acompañados en el presente procedimiento han permitido constatar la existencia de peligro para la salud de las personas, esta circunstancia del artículo 40 de la LOSMA no requiere que se produzca un daño o afectación, sino solamente la posibilidad de afectación asociada a un riesgo a la salud, sea este significativo o no.

84º. 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”*.

85º. Luego, en concreto, tal como se indicó en los considerandos anteriores relativos a la importancia del peligro ocasionado, debido a no cumplir con la obligación de realizar mediciones isocinéticas a la fuente e informarlas a esta Superintendencia, no resulta posible determinar el número específico de personas cuya salud pudo ser potencialmente afectada al no ser posible en el presente caso efectuar una relación entre los elementos de fuente contaminante y tasa de emisión con los demás elementos, que son la ruta de exposición y los receptores poblacionales de interés. Por lo tanto, **esta circunstancia no puede ser ponderada en este caso concreto**.

86º. La falta de información relevante para la determinación de las circunstancias a) y b) del artículo 40 de la LOSMA es consecuencia del incumplimiento de la obligación de realizar mediciones para determinar las emisiones de material particulado de la fuente, lo que será ponderado en el apartado siguiente.

b.1.3 Importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental (letra i)

87º. La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es una circunstancia que permite valorar la relevancia que un determinado incumplimiento ha significado para el sistema regulatorio ambiental, más allá de los efectos que la infracción ha podido generar. La valoración de esta circunstancia permite que la sanción cumpla adecuadamente su fin preventivo, y que se adecúe al principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

88º. 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.

89º. 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. En razón de lo anterior, se analizará la **importancia de las normas infringidas**, para luego determinar las **características de los incumplimientos específicos**, con el objeto de determinar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental respecto de cada uno.

90º. En el presente caso la infracción cometida implica la vulneración del Plan de Descontaminación Atmosférica para las comunas de Temuco y Padre Las Casas, establecido mediante el Decreto Supremo N° 78, del año 2009, del MINSEGPRES, el cual tiene por objetivo lograr que, en un plazo de 10 años, en la zona saturada que abarca dichas comunas, se dé cumplimiento a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado respirable MP10, contenida en el D.S. N°59, de 1998, del MINSEGPRES, Plan que fue actualizado mediante el D.S. N° 8/2015 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 a la norma primaria de calidad ambiental para material particulado fino MP2,5, en un plazo de 10 años.

91º. Se puede indicar que el sistema de control resultó vulnerado, pues la autoridad ambiental dejó de disponer de información relevante y necesaria para la determinación de las emisiones de material particulado, generadas por la Comunidad del Edificio Aillacara a la atmósfera, y con ella poder determinar si éstas se encuentran dentro de los límites establecidos. A mayor abundamiento, se puede señalar que el objetivo de la norma, basado principalmente en disminuir las concentraciones diarias de MP10 en las comunas de Temuco y Padre las Casas, hasta valores que se encuentren por debajo de los niveles considerados de saturación, no pudo ser cumplido a cabalidad, en consideración de que para lo anterior, dicho instrumento ambiental posee como medidas de control de emisiones asociadas a fuentes industriales, comerciales y calderas de calefacción, la medición de emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético a plena carga, de acuerdo al Método CH-5; el exceso de aire máximo en los combustibles; periodicidad de muestreos isocinéticos de emisiones de las fuentes puntuales, grupales y calderas de calefacción grupales; programas de fiscalización de cumplimiento de dicha norma y por último la acreditación de laboratorios que verificarán el cumplimiento de los valores de emisión definidos.

92º. Respecto a la infracción en análisis, se puede señalar que, al omitir la realización de las mediciones isocinéticas, el titular impide a la autoridad ambiental contar con el mencionado método de control de emisiones, y por consiguiente el objetivo que persigue el respectivo Plan de Descontaminación Ambiental se ve truncado por la ausencia de información completa relativa a los resultados de las mediciones requeridas. En definitiva, la eficacia del PPDA, como instrumento de gestión ambiental, se basa, entre otros aspectos, en el cumplimiento de la obligación de realizar mediciones y posteriormente reportarlas a la autoridad, con el objetivo de mantener un control de las emisiones de contaminantes en la zona saturada. De esta forma, el incumplimiento de dicha obligación afecta las bases del sistema de protección ambiental.

93º. Es más, la carencia de información respecto a la concentración de emisiones de material particulado que emite una fuente determinada genera entre otros efectos, la imposibilidad de determinar el daño o el peligro que implica el funcionamiento de dicha fuente en la zona saturada de material particulado, y por consiguiente, impide determinar el número de personas potencialmente afectadas en su salud, motivo por el cual no pueden ponderarse con certeza las letras a y b del artículo 40 de la LOSMA. Esta consecuencia se agrava todavía más si la fuente no ha realizado medición en periodos anteriores o posteriores al periodo donde se configura la infracción, debido a que no existe referencia alguna acerca de la concentración del contaminante que es emitido a la atmósfera.

94º. En este sentido, la sanción impuesta con motivo de este tipo de infracciones se justifica tanto en el desincentivo al incumplimiento futuro de este tipo de obligaciones en los titulares afectos a ellas, y, además, en la carencia de información relevante para la mantención del control de emisiones en la zona saturada.

95º. En concreto, para efectos de ponderar el grado de vulneración al sistema de protección ambiental, y determinar el valor de seriedad de las infracciones en particular, debe considerarse la extensión del periodo infraccional. En este caso, consta en el procedimiento sancionatorio, que el titular no realizó las mediciones correspondientes desde el año 2016 al año 2018, inclusive, es decir, omitió un periodo de medición, motivo por el cual esta circunstancia será ponderada en la determinación de la sanción final, en los términos ya expuestos.

b.2 Factores de incremento

96º. Tal como se señaló en el considerando 55º de esta resolución, no se ponderarán circunstancia de la letra d) ni la letra e) del artículo 40 de la LOSMA, restando únicamente por analizar la falta de cooperación en la investigación o el procedimiento en virtud de la letra i) del mismo artículo, atendidas las consideraciones antes expuestas.

b.2.1 Falta de cooperación (Artículo 40 letra i) de la LOSMA)

97º. En el presente procedimiento hubo un requerimiento de información por cada una de las tres inspecciones realizadas al Edificio Aillacara, con fechas 14 de marzo de 2017; 10 de mayo de 2018 y; 21 de junio de 2019, respectivamente. Así, en la inspección del 14 de marzo de 2017 se requirió al titular la entrega del documento que acredita la declaración de emisiones del año 2010 y las mediciones isocinéticas de la caldera realizadas desde el año 2013 a la fecha de la inspección, ambos dentro del plazo de 5 días hábiles. En segundo lugar, durante la inspección del 10 de mayo de 2018, se requirió al titular, nuevamente, la entrega del documento que acredita la declaración de emisiones atmosféricas del año 2010 y los informes de mediciones isocinéticas de la caldera desde el año 2015 a la fecha de la inspección dentro del plazo de 5 días hábiles.

98º. Finalmente, en la inspección del 21 de junio de 2019, se solicitó al titular la entrega de los informes de mediciones isocinéticas de la caldera desde el año 2017 a la fecha de la inspección dentro del plazo de 5 días hábiles. Esta última información no fue entregada, pero dentro de plazo, el titular presentó una carta a esta Superintendencia indicando que no habían realizado las mediciones.

99º. Debido a que el titular no respondió dos de los tres requerimientos de información que realizó esta Superintendencia, esta circunstancia será ponderada en la determinación de la sanción final.

b.3 Factores de disminución

b.3.1 Irreprochable conducta anterior (letra i)

100º. 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, entre las cuales se cuenta la conducta anterior negativa -en los términos descritos anteriormente-, entre otras situaciones señaladas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales.

101º. Luego, se hace presente que no existen antecedentes que den cuenta de la existencia de procedimientos sancionatorios previos de los órganos de competencia ambiental sectorial, dirigidos contra la Comunidad, a propósito de incumplimientos al PDA de Temuco y Padre Las Casas.

102º. Asimismo, en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan descartar una conducta anterior irreprochable, por lo que esto será considerado como una circunstancia que procede como un factor de disminución del componente de afectación para efectos de la sanción correspondiente.

103º. En virtud de lo anterior, se **configura la presente circunstancia del art. 40 de la LOSMA, para efectos de disminuir el componente de afectación de la sanción a aplicar.**

b.3.2 La capacidad económica del infractor (letra f)

104º. 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 Pública. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

105º. Para la determinación de la capacidad económica de un infractor, esta Superintendencia considera dos criterios: tamaño económico y capacidad de pago. El tamaño económico se asocia al nivel de ingresos anuales, actuales o potenciales del infractor, y normalmente es conocido por esta Superintendencia de forma previa a la aplicación de sanciones, lo cual permite su incorporación en la determinación de sanciones de forma general. Por otra parte, la capacidad de pago tiene relación con la situación financiera específica del infractor en el momento de la aplicación del conjunto de las sanciones pecuniarias

determinadas para el caso bajo análisis de acuerdo a las reglas generales, la cual, normalmente no es conocida por esta Superintendencia de forma previa a la determinación de sanciones²⁰.

106º. Debido a que en el presente procedimiento sancionatorio no constan antecedentes que permitan determinar el tamaño económico del titular, se tomará como referencia los análisis realizados en la materia en casos del mismo rubro, y que han sido objeto de procesos sancionatorios por parte de esta Superintendencia.

107º. En este sentido, se tomó como referencia el resumen anual de liquidaciones de gastos comunes, entregadas a esta Superintendencia por parte de infractores similares²¹ al del caso concreto, las cuales dan cuenta de ingresos en un rango de 600 y 2.400 UF anuales, es decir, el tamaño económico de la Comunidad copropietarios edificio Aillacara, podría ser clasificado, en el tercer rango de microempresa.

108º. En base a lo descrito, **al estar categorizada como Micro 3, se concluye que procede la aplicación de un ajuste para la disminución del componente de afectación de la sanción que corresponda aplicar a la infracción, asociado a la circunstancia de capacidad económica.**

b.3.3 Ponderación de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia de COVID-19 (letra i).

109º. En el presente apartado se ponderará como circunstancia excepcional el impacto de la pandemia que se encuentra actualmente en curso. Como es de público conocimiento, el país se encuentra atravesando una crisis sanitaria causada por la pandemia de coronavirus (COVID-19). Al respecto, el Ministerio de Salud decretó alerta sanitaria por emergencia de salud pública de importancia internacional, mediante D.S. N° 4, de 5 de enero de 2020. Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud calificó el brote de COVID-19 como una pandemia global. Luego, el 18 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, mediante el D.S. N° 104, de 18 de marzo de 2020, modificado luego por el D.S. N° 106 de 19 de marzo del mismo año.

110º. Es un hecho público y notorio que el manejo sanitario de la pandemia de COVID-19 ha generado restricciones a los derechos de las personas. Estas restricciones significan, en adición a las consecuencias inherentes a la crisis sanitaria, un impacto económico significativo, al afectarse la operación tradicional de las empresas, situación que está afectando transversalmente a los distintos actores de la economía nacional, aunque con distinta intensidad según el tamaño económico o giro de los mismos.

111º. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la

²⁰ Este aspecto es considerado de forma eventual, excepcional y a solicitud expresa del infractor una vez que tome conocimiento de las sanciones respectivas, quien debe proveer la información correspondiente para acreditar que efectivamente se encuentra en situación de dificultad financiera para hacer frente a estas.

²¹ Sancionatorios Roles F-024-2016 y F-019-2018, contra la Comunidad de Copropietarios del Edificio Castilla y contra la Comunidad de Copropietarios del Edificio Marquis, respectivamente.

determinación de la sanción". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción.

112º. Al respecto, para efectos de cuantificar el impacto de la crisis sanitaria en la actividad de los diferentes actores económicos, se tuvo a la vista la Segunda Encuesta a Empresas ante COVID-19, efectuada por la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile en el mes de abril de 2020²², conforme a la cual es posible observar la capacidad de funcionamiento promedio de las empresas, según su tamaño, respecto de su funcionamiento bajo condiciones normales. En base a una proyección de la capacidad de funcionamiento promedio por tamaño de empresa para el periodo abril-diciembre 2020, se establecieron factores de ponderación base para la determinación de las sanciones, los cuales, de acuerdo a la categoría de tamaño económico del infractor, resultan en una disminución de la sanción a aplicar. Conforme a lo anterior, se aplicará el factor correspondiente al infractor en el presente caso, lo que se verá reflejado en la parte resolutive de esta resolución.

113º. En virtud de lo anteriormente expuesto, estese a lo que resolverá este Superintendente.

RESUELVO:

PRIMERO. En atención a lo expuesto en la presente resolución:

Respecto del **único cargo** consistente en *"no haber realizado la medición de emisiones de MP respecto de la caldera marca Buderus, año de fabricación 2005, modelo GE 515/2955, con una potencia de 253.700Kcal/h y con número de registro 361, que utiliza petróleo diésel como combustible, para el periodo comprendido entre los años 2016 a 2018"*, **aplíquese a la Comunidad de Copropietarios del Edificio Aillacara, una multa de una unidad tributaria anual (1 UTA).**

SEGUNDO. Recursos que proceden contra esta resolución y beneficio del inciso final del artículo 56 de la LOSMA. De conformidad a lo establecido en el párrafo 4º 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, ante 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, en cuyo caso, no será exigible el pago mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta.

Para el caso que el infractor no interponga reclamo de ilegalidad ante el Tribunal Ambiental en contra de las resoluciones de la Superintendencia que impongan sanciones pecuniarias y pague la respectiva multa, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación de la resolución, se le reducirá un 25% del valor de la multa.

²² Disponible en <https://www.cnc.cl/wp-content/uploads/2020/04/Resultados-Segunda-Encuesta-Empresas-ante-COVID19-Abril.pdf> [fecha última visita: 21 de mayo de 2020].

Dicho pago deberá ser acreditado en el plazo señalado, presentando copia de la consignación del valor de la multa reducida efectuado en la Tesorería General de la República.

TERCERO. Del pago de las sanciones. De acuerdo a lo establecido en el artículo 45 de la LOSMA, las resoluciones de la Superintendencia que apliquen multa tienen mérito ejecutivo.

El monto de las multas impuestas por la Superintendencia serán a beneficio fiscal, y deberá ser pagado en la Tesorería General de la República, dentro del plazo de diez días, contado desde la fecha de notificación de la resolución sancionatoria, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 56 ya citado. El pago de la multa deberá ser acreditado ante la Superintendencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta debió ser pagada.

El sitio web de esta Superintendencia dispuso un banner especial denominado “pago de multa”, que indica detalladamente las instrucciones para realizar adecuadamente el pago. Dicha información se puede obtener a través del siguiente enlace:

<https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-regulados/pago-de-multas/>

El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia en conformidad a la ley, devengará los reajustes e intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario.

Si el infractor fuere una persona jurídica, las personas naturales que la representen legalmente o que actúen en su nombre, serán subsidiariamente responsables del pago de la multa.

CUARTO. 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.

QUINTO. 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.


CRISTÓBAL DE LA MAZA GUZMÁN
SUPERINTENDENTE DEL MEDIO AMBIENTE



Rol F-024-2019

Carta Certificada:

- Comunidad de Copropietarios del Edificio Aillacara, calle Inglaterra N° 0420, Comuna de Temuco, Región de La Araucanía.

CC:

- Fiscalía, SMA.
- División de Sanción y Cumplimiento, SMA.
- Oficina Regional Región de La Araucanía, SMA.
- Oficina de Partes, SMA.

N° expediente ceropapel: 18.765/2020

N° memorandum: