

GPH

**DICTAMEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONATORIO ROL F-045-2019, SEGUIDO EN
CONTRA DE LA COMUNIDAD DE COPROPIETARIOS
DEL EDIFICIO CORDILLERA**

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE.

Este Fiscal instructor ha tenido como marco normativo aplicable al presente procedimiento administrativo sancionatorio, la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LO-SMA"); la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; la ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus modificaciones; 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° 288, de 13 de febrero 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; Resolución Exenta N° 85, de 22 enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales - Actualización; y la Resolución N° 7, de 26 de marzo de 2019, de la Contraloría General de la República, que fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

II. ANTECEDENTES GENERALES DE LA INSTRUCCIÓN.

A. Identificación del infractor

1. El presente procedimiento sancionatorio, Rol F-045-2019, iniciado con fecha 12 de agosto de 2018, fue dirigido en contra de la Comunidad de Copropietarios del Edificio Cordillera, Rol Único Tributario N° 56.043.370-0, en su calidad de titular del establecimiento "Edificio Cordillera", ubicado en calle Arturo Prat N° 955, comuna de Temuco, Región de la Araucanía.

B. Inspección ambiental

2. Mediante la Resolución Exenta N°1639, de fecha 28 de diciembre de 2018, que Instruye y fija Programas y Subprogramas Sectoriales de Fiscalización Ambiental de Planes de Prevención y/o Descontaminación para el año 2019, se

programó y subprogramó la fiscalización del cumplimiento del Plan de Descontaminación Atmosférica de Temuco y Padre Las Casas (en adelante, “PDA de Temuco y Padre Las Casas”).

3. Con fecha 14 de mayo de 2019, se llevó a cabo una actividad de inspección ambiental por funcionarios de esta Superintendencia al establecimiento “Edificio Cordillera”. La persona responsable durante la actividad de fiscalización fue don Wilson Bastias. La referida actividad culminó con la emisión del Acta de Inspección Ambiental, de la misma fecha, la cual forma parte del informe DFZ-2019-781-IX-PPDA.

4. En dicha inspección ambiental se constató el funcionamiento de una caldera de calefacción a leña, marca Servimet, año de fabricación 1993, con número de registro 78 en el Ministerio de Salud y con una potencia térmica de 600.000 kcal/h, equivalente a 698 kW, respecto de la cual se solicitó la entrega, dentro del plazo de 5 días hábiles, de la medición isocinética correspondiente al periodo comprendido entre los años 2018-2019.

C. Respuesta de la titular y requerimiento de información

5. Con fecha 22 de mayo del año 2019, la titular presentó una carta a esta Superintendencia en la que informó que la medición isocinética requerida durante la inspección ambiental sería realizada con fecha 17 de junio de 2019 por el Laboratorio Ambiental Spa.

6. Debido a lo anterior, con fecha 23 de julio de 2019, mediante Resolución Exenta OAR N° 27, esta Superintendencia reiteró la solicitud de entrega del informe isocinético dentro del plazo de 5 días hábiles.

7. La Comunidad no hizo entrega de la medición isocinética requerida durante la inspección ambiental, así como tampoco cumplió con la entrega tras el requerimiento de información realizado posteriormente, al vencimiento de la fecha que la misma Comunidad señaló para la realización de la medición, por lo que no acreditó la realización de la misma para el periodo comprendido entre los años 2018-2019.

D. Instrucción del procedimiento sancionatorio

8. Mediante Memorándum D.S.C. N° 329/2019, 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, para llevar adelante la instrucción del procedimiento sancionatorio, en virtud del artículo 49 de la LO-SMA. Y posteriormente, 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.

9. Sobre la base de los antecedentes mencionados, con fecha 12 de agosto de 2019 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-045-2019, mediante la Resolución Exenta N° 1/Rol F-045-2019, que establece la formulación de cargos en contra de la Comunidad de Copropietarios del Edificio Cordillera, por no haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético para la caldera de calefacción a leña, marca Servimet, año de fabricación 1993, con número de registro 78 en el

Ministerio de Salud y con una potencia térmica de 600.000 kcal/h, para el periodo comprendido entre los años 2018 a 2019. 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, de conformidad con el artículo 46 de la Ley N° 19.880, supletoria a la LO-SMA, atendido lo dispuesto en el artículo 62 de esta última, la resolución previamente indicada, fue notificada personalmente, con fecha 14 de agosto de 2019, a la titular, a través del Sr. Wilson Bastías Maldonado, según consta en el acta de notificación respectiva.

III. CARGO FORMULADO

11. Mediante la Res. Ex. N° 1 / Rol F-045-2019, se formuló un cargo contra la titular, por el siguiente hecho acto u omisión que constituye infracción conforme al artículo 35 letra c) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas, medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y/o de Descontaminación:

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas									
1	No haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético para la caldera de calefacción a leña, marca Servimet, año de fabricación 1993, con número de registro 78 en el Ministerio de Salud y con una potencia térmica de 600.000 kcal/h, para el periodo comprendido entre los años 2018 a 2019.	<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="613 2133 1393 2277"> <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>Fuentes Grupales y</td> <td>Petróleo diésel o</td> <td>Cada 36 meses</td> </tr> </tbody> </table>	Tipo de fuente	Tipo de combustible	Periodicidad	Fuentes puntuales	Cualquier tipo	12 meses	Fuentes Grupales y	Petróleo diésel o	Cada 36 meses
Tipo de fuente	Tipo de combustible	Periodicidad									
Fuentes puntuales	Cualquier tipo	12 meses									
Fuentes Grupales y	Petróleo diésel o	Cada 36 meses									

N°	Hechos que se estiman constitutivos de infracción	Normas y medidas eventualmente infringidas							
		Calderas de Calefacción	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="873 431 1133 468">kerosene</td> <td data-bbox="1133 431 1396 468"></td> </tr> <tr> <td data-bbox="873 468 1133 618">Gas natural, Gas licuado, Gas de ciudad u otros similares</td> <td data-bbox="1133 468 1396 618">Exentas de acreditarse</td> </tr> <tr> <td data-bbox="873 618 1133 727">Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)</td> <td data-bbox="1133 618 1396 727">Cada 12 meses.</td> </tr> </table>	kerosene		Gas natural, Gas licuado, Gas de ciudad u otros similares	Exentas de acreditarse	Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)	Cada 12 meses.
kerosene									
Gas natural, Gas licuado, Gas de ciudad u otros similares	Exentas de acreditarse								
Biomasa (leña, aserrín, viruta, briquetas, etc.)	Cada 12 meses.								

IV. PRESENTACIÓN DE DESCARGOS

12. Cabe indicar que, con fecha 04 de septiembre de 2019, don Luis Raúl Vera González, administrador, en representación de la Comunidad de Copropietarios del Edificio Cordillera, encontrándose dentro del plazo para presentar descargos, presentó un escrito en el que señaló lo siguiente:

“1°) De acuerdo al cronograma anual de actividades de la Comunidad del Edificio Cordillera, rut señalado anteriormente, ubicada en calle Arturo Prat N°955 de la ciudad de Temuco y de acuerdo a la Resolución Exenta N°1639, durante el mes de junio se realiza la solicitud de muestreo isocinético al Laboratorio Axis Ambiental Spa.

*2°) El muestreo isocinético fue realizado por el Laboratorio Axis Ambiental Spa con **fecha 17 de junio de 2019**. Se adjunta aviso de muestreo enviado por el Laboratorio a la SMA.*

3°) Con fecha viernes 09 de agosto de 2019 el laboratorio señalado en el párrafo anterior, ubicado en la Región Metropolitana, envía por medio de correo electrónico el Informe con los resultados del muestreo realizado el 17 de junio de 2019.

*4°) Con fecha **lunes 12 de agosto del presente año se entrega por Oficina de Partes** de la Superintendencia del Medio Ambiente, Región la Araucanía, copia de informe de muestreo isocinético 2019 de la caldera de calefacción de la Comunidad Edificio Cordillera, en forma escrita y digital.*

5°) Se adjunta última acta de Asamblea de Copropietarios de la Comunidad del Edificio Cordillera, donde se individualiza al Sr. Luis Raúl Vera González, RUT 12.929.085-4, para efectos de representación legal ante entidades públicas o privadas según establece la Ley de Copropiedad N°19.537, en su condición de Administrador del edificio.

Por lo antes mencionado se solicita: Acoger descargos ya que la Comunidad Edificio Cordillera ha cumplido con todas las actividades que permitieron emanar un informe con la medición isocinética y dentro de los plazos, sin embargo, dicho informe que realiza una empresa externa ubicada fuera de la Región de la Araucanía fue la que no cumplió con la fecha tope de entrega de dicho informe. Además del informe, el laboratorio adjunta correo electrónico donde indica las razones”.

13. En la presentación precedente, se acompañaron los siguientes documentos:

- 1) Aviso de muestreo/medición de Laboratorio Axis Ambiental SPA a esta Superintendencia;
- 2) Copia de email del representante del Laboratorio Axis Ambiental;
- 3) Copia del Acta de Asamblea de Copropietarios de Edificio Cordillera.

14. Los antecedentes mencionados se tuvieron por presentados mediante la resolución Res. Ex. N° 2 / ROL F-045-2019.

15. En el análisis de los descargos y documentos presentados por la titular, cabe señalar que efectivamente la Comunidad contrató los servicios del Laboratorio Axis Ambiental Spa, el que realizó una medición isocinética a la caldera del Edificio Cordillera con fecha 17 de junio de 2019, cuyos resultados se encuentran incorporados en el informe isocinético de 2019. Sin embargo, este fiscal advierte que dicha medición adolece de los siguientes dos vicios: (i) fue extemporánea, toda vez que se llevo a cabo fuera del periodo de medición y (ii) no es representativa respecto de la operación esperable de la caldera. Ambas deficiencias se detallarán a continuación:

16. Por una parte, respecto de la extemporaneidad de la medición, se debe considerar que la fuente debe medir cada 12 meses y que la medición anterior, es decir, la correspondiente al periodo de los años 2017-2018 fue realizada con fecha 08 de mayo de 2018, de conformidad al expediente DFZ-2018-1592-IX-PPDA¹.

17. Por otra parte, si bien en el informe isocinético 2019, elaborado por Axis Ambiental Spa se concluye que el resultado de concentración corregido de material particulado es de 36 mg/m³N, lo que formalmente se encuentra conforme con el límite de emisión establecido en el actual Plan de Descontaminación de Temuco y Padre Las Casas, existe una desviación en la metodología empleada por el Laboratorio, debido a lo siguiente: *“el muestreo se realiza bajo carga, respecto a su capacidad nominal debido a que la caldera se encuentra limitada por el quemador tipo fogón. No está diseñada para las capacidades del informe técnico individual²”*.

18. Debido a lo anteriormente señalado, la conclusión del informe respecto de la concentración de material particulado que emite la caldera del Edificio Cordillera no es representativa de la concentración de material particulado que puede emitir la misma funcionando a plena carga.

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

19. En relación a la prueba rendida en el presente procedimiento sancionatorio, es menester señalar, de manera general, que el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA, dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores, podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica³, es decir, conforme a las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

¹ En informe isocinético IG-2051-18, del Laboratorio Ambiquim Ltda., elaborado con fecha 07 de junio de 2018

² Informe Isocinético 2019, elaborado por Axis Ambiental Spa, página 8, contenido en el expediente del presente procedimiento sancionatorio.

³ 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

20. Por otra parte, el artículo 53 de la LO-SMA, establece como requisito mínimo del dictamen, señalar la forma cómo se han llegado a comprobar los hechos que fundan la formulación de cargos.

21. En razón de lo anterior, cabe señalar que la titular no realizó el reporte de sus mediciones a esta Superintendencia, motivo por el cual funcionarios de la SMA realizaron una inspección ambiental, con fecha 14 de mayo de 2019, solicitando a la titular hacer entrega de las mediciones isocinéticas al momento de la inspección, las que no fueron entregadas.

22. Así, debido a que la titular no contaba con las mediciones isocinéticas al momento de la inspección ambiental, se le otorgó un plazo de 5 días hábiles, para que hiciera entrega de las mismas.

23. Con fecha 22 de mayo de 2019 la titular presentó una carta indicando que la medición sería realizada con fecha 17 de junio de 2019, motivo por el cual, con fecha 23 de julio de 2019 esta Superintendencia requirió a la titular la entrega del informe isocinético dentro del plazo de 5 días hábiles, entrega que no fue materializada.

24. En relación con lo anterior, el artículo 51 de la LO-SMA, señala que “los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconocen la calidad de ministro de fe, y que se formalicen en el expediente respectivo, tendrán el valor probatorio señalado en el artículo 8°, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se aporten o generen en el procedimiento”. Por su parte, el artículo 8 de la LO-SMA señala “el personal de la Superintendencia habilitado como fiscalizador tendrá el carácter de ministro de fe, respecto de los hechos constitutivos de infracciones normativas que consignen en el cumplimiento de sus funciones y que consten en el acta de fiscalización. Los hechos establecidos por dicho ministro de fe constituirán presunción legal”.

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

26. Así, el hecho consistente en que la titular no contaba con los informes isocinéticos al momento de la inspección ambiental señalada y el hecho de que la titular no entregó los informes isocinéticos luego de que se le otorgara un plazo suficiente para hacerlo tanto al momento de la fiscalización como posteriormente, mediante un nuevo requerimiento de información, realizado en julio de 2019, permiten concluir fundadamente que la titular no realizó las mediciones de material particulado exigidas por el Plan de Descontaminación con la frecuencia correspondiente, 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.

27. Respecto a los argumentos expuestos por la titular en su escrito de descargos, cabe hacer presente que estos no desvirtúan la constatación realizada por los ministros de fe, toda vez que la propia titular reconoce tácitamente haber

la prueba es el proceso intelectual por medio del cual, el juez o funcionario público, da valor, asigna mérito, a la fuerza persuasiva que se desprende del trabajo de acreditación y verificación acaecido por y ante él. Al respecto, véase Tavolari Raúl, El Proceso en Acción, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000, pág. 282.

realizado la medición fuera del periodo correspondiente, al señalar una fecha posterior de realización del muestreo, fuera del periodo de medición, teniendo a la vista que la fuente debe medir cada 12 meses y la última medición fue realizada con fecha 08 de mayo de 2018, de conformidad al expediente DFZ-2018-1592-IX-PPDA⁴.

28. Por lo tanto, este Fiscal considera que no existe oposición respecto de la configuración de la infracción, pues, el periodo de realización de las mediciones se cuenta desde la fecha de la última medición, y al momento de la inspección ambiental ya habían transcurrido los 12 meses exigidos por el Plan para el cumplimiento de los artículos pertinentes, lo que no es discutido por la titular, sino que confirmado al señalar una fecha posterior a la que le correspondía medir.

VII. CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

29. 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-045-2019, esto es, no haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético para la caldera de calefacción a leña, marca Servimet, año de fabricación 1993, con número de registro 78 en el Ministerio de Salud y con una potencia térmica de 600.000 kcal/h, para el periodo comprendido entre los años 2018 a 2019.

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

31. 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.

VIII. CLASIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN.

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

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

34. Lo anterior, dado que, de los antecedentes del presente procedimiento, no es posible colegir de manera fehaciente que se configure alguna de las causales que permiten clasificar las infracciones como gravísimas o graves.

⁴ En informe isocinético IG-2051-18, del Laboratorio Ambiquim Ltda., elaborado con fecha 07 de junio de 2018

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

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

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

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

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

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

- a) La importancia del daño causado o del peligro ocasionado.*
- b) El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción.*
- c) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción.*
- d) La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.*
- e) La conducta anterior del infractor.*
- f) La capacidad económica del infractor.*
- g) El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°.*
- h) El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado.*
- i) Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción”*.

40. Para orientar la forma de ponderar estas circunstancias, en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales antes referidas, además de precisar la forma de aplicación de cada una de estas circunstancias, se indica que para la determinación de las sanciones pecuniarias que impone esta Superintendencia, se realiza una adición entre un primer componente, que represente el “beneficio económico” derivado de la infracción, y una segunda variable, denominada “componente de afectación”, que representa el nivel de lesividad asociado a la infracción.

41. En este sentido, a continuación, se procederá a realizar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA, partiendo para ello por el análisis del beneficio económico obtenido como secuencia de la infracción, y siguiendo luego con la determinación del componente de afectación. Este último componente se encuentra basado en el “valor de seriedad de la infracción”, el cual considera la importan o seriedad de la afectación que el incumplimiento ha generado y la importancia de la vulneración al sistema de control ambiental, y se ajusta de acuerdo a determinados factores de incremento y disminución, considerando también el factor relativo al tamaño económico de la empresa.

42. Dentro de este análisis **se exceptuarán** las siguientes circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA: **la letra d)**, puesto que no constan antecedentes que permitan afirmar la existencia de una intención positiva o dolosa de infringir la norma contenida en el D.S. N° 8/2015 por parte de la titular y porque la atribución de responsabilidad de la infracción es a título de autor; **la letra e)**, en su dimensión de factor que incremente la sanción, puesto que el establecimiento no presenta infracciones a exigencias ambientales cometidas con anterioridad al hecho infraccional objeto del presente procedimiento, que hayan sido sancionadas por la SMA, un organismo sectorial o un órgano jurisdiccional; **la letra g)** pues el infractor no presentó un PdC en el procedimiento y; **la letra h)** puesto que en el presente caso el infractor no se encuentra en un área silvestre protegida del Estado.

43. Respecto de las circunstancias que a juicio fundado de la Superintendencia son relevantes para la determinación de la sanción y que normalmente son ponderadas en virtud de la **letra i)** del artículo 40 de la LO-SMA, **en este caso no aplican: la 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; **la letra i) respecto de falta de cooperación**, puesto que el infractor no ha realizado acciones que hayan dificultado al esclarecimiento de los hechos imputados y sus efectos.

44. Respecto a las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA que corresponde aplicar en el presente caso, a continuación, se expone la propuesta de ponderación de dichas circunstancias.

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

45. 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.

46. Además, para la ponderación de esta circunstancia es necesario configurar el escenario de cumplimiento normativo, es decir, el escenario hipotético en que se dio cumplimiento satisfactorio a la normativa ambiental, así como también configurar el escenario de incumplimiento, es decir, el escenario real en el cual se comete la infracción. En este sentido, se describen a continuación los elementos que configuran ambos escenarios, para luego entregar el resultado de la aplicación de la metodología de estimación de beneficio económico utilizada por esta Superintendencia.

47. Para efectos de la estimación del beneficio económico y para el cargo analizado, se consideró una fecha estimada de pago de multa al 30 de junio de 2020, el valor de la UTA al mes de mayo de 2020 —para todos los valores expresados en UTA— y, una tasa de descuento de un 3,6% asimilable a este establecimiento. Lo anterior, atendido que, la comunidad Edificio Cordillera, se trata de una comunidad habitacional de copropietarios particulares, y en base a lo anterior, 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 el ahorro. Dada la diversidad de actividades posibles de los copropietarios y la falta de antecedentes sobre esta, se toma el supuesto de que su costo de oportunidad es, al menos, la tasa de interés bancaria en un depósito a plazo.

I. Escenario de cumplimiento

48. 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 N° 78/2009. Dicha medida, en este caso, consistía en haber realizado la medición de sus emisiones de MP, mediante un muestreo isocinético para la caldera de calefacción a leña con número de registro 78, para el periodo comprendido entre los años 2018 a 2019. En el presente caso, si bien la titular presentó una copia del informe isocinético del año 2019, esta medición fue realizada fuera del periodo en el que le correspondía medir, de acuerdo a lo indicado precedentemente.

49. Respecto del costo por el muestreo isocinético, se considerará para estos efectos el valor de 50 UF, valor que es de referencia obtenido del Plan de Cumplimiento del ROL F-023-2017.

50. Para efectos de la estimación, se considera entonces que, en un escenario de cumplimiento, la titular debió realizar la medición isocinética durante el periodo del 9 de mayo 2018 al 8 de mayo 2019⁵, por lo que, suponiendo la realización de la medición en el mes de mayo del 2019, realizando los ajustes correspondientes de inflación, tributario y costo de oportunidad se obtiene un valor de CLP 1,386,005.

II. Escenario de incumplimiento

51. El escenario de incumplimiento normativo consistente en el escenario real en el cual se comete la infracción, que concretamente dice relación con la falta en la periodicidad de las mediciones isocinéticas debidas a la caldera del Edificio Cordillera. La titular no acreditó la realización de la medición correspondiente al periodo comprendido entre los años 2018-2019.

III. Determinación del beneficio económico

52. De conformidad a lo indicado precedentemente, a partir de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, se concluye que existe un beneficio económico originado a partir de los costos evitados asociados a la omisión en la realización de la medición isocinética respectiva.

⁵ Periodo en base a la última medición isocinética realizada el 8 de mayo 2018.

53. A continuación, la siguiente tabla contiene información relativa al beneficio obtenido por la comisión de la infracción:

Costo que origina el beneficio	Costos retrasados o evitados		Beneficio económico (UTA)
	\$	UTA	
Costos evitados al no efectuar las mediciones isocinéticas de MP correspondientes a los periodos para los cuales se configura la infracción.	1.386.005	2,3	1,8

54. Se concluye, entonces, que el Beneficio económico obtenido es de 1.8 UTA.

B. Componente de afectación.

B.1) Valor de seriedad

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

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

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

57. 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 intensas⁶. Ahora bien, cuando se habla de peligro, se está hablando de un riesgo objetivamente creado por un hecho, acto u omisión

⁶ 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.

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.

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

59. En cuanto al concepto de riesgo o peligro, de acuerdo a la definición adoptada por el SEA, ésta corresponde a la “*capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor*”⁷. A su vez, dicho servicio distingue la noción de peligro, de la de riesgo, definiendo a esta última como la “*probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor*”. La idea de peligro concreto, de acuerdo a como se ha comprendido la ponderación de esta circunstancia, se encuentra asociada a la necesidad de analizar el riesgo en cada caso, en base a la identificación de uno o más receptores que pudieren haber estado expuestos al peligro ocasionado por la infracción, lo que será determinado en conformidad a las circunstancias y antecedentes del caso en específico. Se debe tener presente que el riesgo no requiere que el daño efectivamente se produzca y que, al igual que con el daño, el concepto de riesgo que se utiliza en el marco de la presente circunstancia es amplio, porque éste puede generarse sobre las personas o el medio ambiente, y ser o no significativo.

60. Adicionalmente, es importante tener presente que en las comunas de Temuco y Padre de 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 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.

61. En específico, respecto a la identificación de un riesgo, corresponde en primer lugar, identificar la fuente emisora, luego establecer cuál es la ruta de exposición ya sea completa, o parcialmente completa, y finalmente determinar si existe población receptora de dichas emisiones.

62. 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 leña del Edificio Cordillera, la cual emite, entre otros contaminantes, material particulado.

63. 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.

64. En el presente caso, la medición de emisiones de material particulado que fue realizada fuera del periodo de medición, no sobrepasa los límites de emisión del Plan vigente, sin embargo, esta medición fue realizada a baja carga, motivo por el

⁷ Servicio de Evaluación Ambiental. 2012. “Guía de evaluación de impacto ambiental, riesgo para la salud de la población”. p. 19. Disponible en línea: http://www.sea.gob.cl/sites/default/files/migration_files/20121109_GUIA_RIESGO_A_LA_SALUD.pdf

cual este elemento no puede ser considerado para la configuración del riesgo, en el entendido de que la conclusión del informe respecto de las emisiones arrojadas a la atmósfera si bien, formalmente, se encuentran en un nivel tolerable para la zona, este resultado no es representativo de la concentración de material particulado que puede emitir la caldera funcionando a plena carga.

65. 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.

66. 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.

67. 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 LO-SMA resulta indeterminado.

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

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

69. En este orden de ideas, la afectación concreta o inminente de la salud atribuida al comportamiento de un infractor determina la gravedad de la infracción, mientras que la entidad y cuantía de la sanción a aplicar será definida por el número de personas que pudieron verse afectadas, sin perjuicio de la clasificación que se asignó con anterioridad.

70. 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.

71. Luego, en concreto, tal como se indicó en los considerandos anteriores relativos a la importancia del peligro ocasionado, 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.

B.1.3) Vulneración al sistema de control ambiental (artículo 40 letra i) de la LO-SMA).

72. 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.

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

74. 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.

75. 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.

76. 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 Cordillera 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.

77. Respecto a la infracción en análisis, se puede señalar que, al omitir la realización de las mediciones isocinéticas, la 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.

78. 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 LO-SMA. 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, lo que no ocurre en el presente caso, toda vez que esta Superintendencia cuenta con la información relativa a las mediciones previas al periodo de los años 2018-2019, y con la medición realizada con retraso para el periodo por el cual se formularon cargos. Sin embargo, al analizar el informe isocinético del año 2019, fue posible constatar que la medición a la caldera del Edificio Cordillera se realizó a baja carga, no a plena carga como establece la Resolución Exenta N°128, de fecha 25 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente⁸, motivo por el cual estos resultados no pueden considerarse certeramente como representativos del funcionamiento de la fuente.

79. 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 afectados a ellas, y, además, en la carencia de información relevante y fidedigna para la mantención del control de emisiones en la zona saturada, 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

80. Tal como se señaló precedentemente, no se ponderarán circunstancia de la letra d) ni la letra e) del artículo 40 de la LO-SMA, así como tampoco 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.3) Factores de disminución.

81. A continuación, se procederá a ponderar todos los factores que pueden disminuir el componente de afectación. Ahora bien, no se analizará

⁸ Resolución Exenta N°128, de fecha 25 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Dicta Instrucciones de Carácter General que Establece Directrices Específicas para la Operatividad de las Entidades Técnicas de Fiscalización Ambiental Autorizadas en el Componente Ambiental Aire y Revoca Resolución que Indica

la circunstancia establecida en la letra d), por las razones ya señaladas en el presente dictamen, además, teniendo en consideración que la Comunidad no presentó un programa de cumplimiento durante el presente procedimiento administrativo sancionatorio, no se ponderará la circunstancia establecida en la letra g) del artículo 40 de la LO-SMA. Considerando, finalmente, que en este caso no ha mediado una autodenuncia, ni cooperación eficaz en el procedimiento y/o investigación, no se ponderarán dichas circunstancias en virtud de la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA.

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

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

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

b.3.2) Aplicación de medidas correctivas (artículo 40 letra i) de la LO-SMA)

84. Respecto a la aplicación de medidas correctivas, esta Superintendencia pondera la conducta posterior del infractor, respecto de las acciones que este haya adoptado para corregir los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos.

85. 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.

86. Tal como se señaló a propósito de la valoración de la prueba, quedó por acreditado que el muestreo fue realizado fuera del periodo de medición, teniendo a la vista que la fuente debe medir cada 12 meses y la medición anterior fue realizada con fecha 08 de mayo de 2018, de conformidad al expediente DFZ-2018-1592-IX-PPDA, por lo que al momento de la inspección ambiental ya habían transcurrido los 12 meses exigidos por el Plan para el cumplimiento de la norma pertinente.

87. No obstante lo anterior, como se indicó previamente, la titular acompañó entre otros documentos, copia del informe isocinético solicitado en la inspección ambiental, cuya medición fue realizada con fecha 17 de junio de 2019,

88. El mencionado informe isocinético de 2019, elaborado por Axis Ambiental Spa, si bien da cuenta de un cumplimiento formal del límite de concentración de material particulado respecto de la caldera a leña del Edificio, este cumplimiento no es material, debido a que el muestreo no fue realizado a plena carga.

89. De esta manera, debido a que este Fiscal considera que el muestreo realizado por Axis Ambiental Spa incumplió con los requisitos metodológicos necesarios para estimar el resultado promedio de emisión de material particulado sea concordante con la realidad de operación normal y esperable, esta medida no cumple con el requisito de efectividad, teniendo presente que si bien la titular permite que la autoridad ambiental cuenta con información asociada a la cantidad de emisiones arrojadas a la atmósfera, esta información no es representativa de la realidad, toda vez que la medición no fue realizada a plena carga. En consecuencia, no se ponderará en la sanción la aplicación de medidas correctivas.

b.2.3) Ponderación de las circunstancias extraordinarias asociadas a la pandemia COVID-19

90. Conforme a lo instruido por los memorándums N° 7/2020 y N° 89/2020, ambos de esta Superintendencia, 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.

91. 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.

92. Así las cosas, resulta necesario que esta Superintendencia internalice los efectos económicos de la pandemia de COVID-19 al ejercer su potestad sancionatoria, en particular tomando en cuenta que conforme al artículo 40, letra i) de la LOSMA, para la determinación de las sanciones específicas que en cada caso corresponda aplicar, se considerará "todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción". La circunstancia de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias para el normal funcionamiento de las empresas, resulta del todo relevante para determinar la sanción que será propuesta al Superintendente.

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

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

94. La capacidad económica ha sido definida por la doctrina española a propósito del Derecho Tributario, como la potencialidad económica vinculada a la titularidad y disponibilidad de la riqueza, con la aptitud, la posibilidad real, la suficiencia de un sujeto de derecho para hacer frente a la exigencia de una obligación tributaria concreta por parte de la Administración Pública⁹. De esta manera, la capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor.

95. 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 sanciones¹⁰.

96. Debido a que en el presente procedimiento sancionatorio no posee antecedentes que permitan determinar el tamaño económico, 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.

97. En este sentido, se tomó como referencia el resumen anual de liquidaciones de gastos comunes¹¹, entregadas a esta Superintendencia por parte de infractores similares 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 de Copropietarios del Edificio Cordillera podría ser clasificado en el tercer rango de microempresa.

98. 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.

X. TIPO DE SANCIÓN A APLICAR

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

⁹ CALVO Ortega, Rafael, Curso de Derecho Financiero, I. Derecho Tributario, Parte General, 10ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 52; citado por MASBERNAT Muñoz, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España" Revista Ius et Praxis, Año 16, Nº 1, 2010, pp. 303 - 332.

¹⁰ 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.

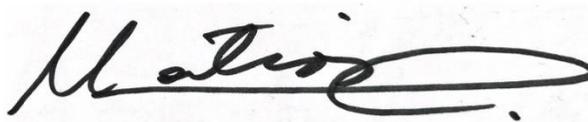
¹¹ Sancionatorio ROLF-024-2016 Comunidad Edificio Castilla.

XI. PROPUESTA DE SANCIÓN O ABSOLUCIÓN.

100. En virtud del análisis realizado en el presente dictamen, y en cumplimiento del artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la siguiente sanción que a juicio de este Fiscal Instructor corresponde aplicar a la Comunidad de Copropietarios del Edificio Cordillera.

101. Se propone como sanción una multa de 1,0 UTA, respecto al hecho infraccional consistente en la vulneración al artículo 23 del D.S. N°78/2009, al haber incumplido con la periodicidad en la realización de las mediciones de emisiones de MP, respecto de la caldera a leña con número de registro 78 en el Ministerio de Salud para el periodo comprendido entre los años 2018 a 2019.

Sin otro particular, se despide atentamente.



Matías Carreño Sepúlveda

Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente