

ANT: Res. Ex. N° 1/ ROL F-017-2015, de 9 de junio de 2015.

REF: Expediente Sancionatorio N° F-017-2015

MAT: 1. Presenta descargos. 2. Acompaña documentos. 3. Reserva de prueba. 4. Se tenga presente. 5. Apoderados.

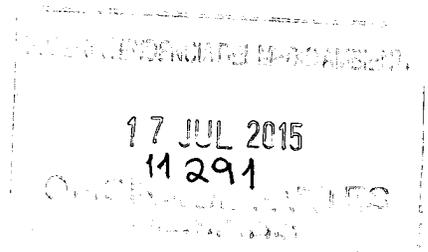
Santiago, 17 de julio de 2015

Sr. Federico Guarachi Zuvic

Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente
Teatinos N° 280 piso 8, Santiago

Presente

De nuestra consideración:



Mario Galindo Villarroel, en representación de Compañía Eléctrica de Tarapacá S.A., ambos domiciliados para estos efectos en Santa Rosa N° 76, piso 13, comuna Santiago, Región Metropolitana, vengo en presentar descargos en el proceso de sanción iniciado por la Resolución Exenta N° 1/F-017-2015, de 9 de junio de 2015 (en adelante e indistintamente, la “Res. Ex. N° 1” o la “formulación de cargos”) de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA”).

Estos descargos se presentan en la oportunidad legal y en los términos señalados en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, cuyo texto fue fijado por el Artículo Segundo de la Ley N° 20.417 (en adelante, “LO-SMA”), conforme a los antecedentes que se pasan a exponer.

I.-

**ANTECEDENTES GENERALES DE LA UNIDAD 1 DE LA CENTRAL
TÉRMOELÉCTRICA SAN ISIDRO**

El proyecto “*Central Termoeléctrica San Isidro*”, al cual integra la Unidad 1, cuenta con aprobación ambiental otorgada por la Res. Ex. N° 2/1997, modificada por la Res. Ex. N° 25/1999, ambas de la COREMA de la Región de Valparaíso, de titularidad de Compañía

Eléctrica de Tarapacá S.A, según consta en Res. Ex. N° 103, de 21 de marzo de 2014, de la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso.

La Unidad 1 de la Central Termoeléctrica San Isidro corresponde a una “Unidad Dual Petróleo-Gas”, de ciclo combinado formado por una turbina de gas y una caldera recuperadora de vapor, que opera mayoritariamente en base a gas natural y utiliza como combustible secundario Petróleo Diésel. En efecto, del total de 6.021,7 horas de funcionamiento en el periodo 2014, operó únicamente 79,1 horas con petróleo diésel, es decir, sólo un 1,3% del total de horas de funcionamiento.

Esta unidad cuenta con un equipo de CEMS validado por la Res. Ex. N° 358/14 de 17 de julio de 2014, cuyo equipo de material particulado (en adelante, “MP”) corresponde al modelo D-R 290, de marca Durag, del tipo “*in situ*”, que utiliza como principio de medición Transmisión – Absorción de Luz.

II.-

ANTECEDENTES DEL PROCESO DE SANCIÓN Y FORMULACIÓN DE CARGOS

Con fecha 4 de mayo de 2015, mi representada entregó los Reportes Trimestrales de los Monitoreos Continuos de Emisiones de la Unidad TG1 de la Central Termoeléctrica San Isidro I del periodo 2014, en cumplimiento del requerimiento de información formulado por la Res. Ex. N° 264 de 7 de abril de 2015 de la SMA.

En consideración a lo anterior, el examen de la información realizado por la SMA, contenido en el informe de fiscalización DFZ-2015-275-V-NE-IE, concluye que:

“En el 2º Reporte Trimestral se registraron 7 horas de inconformidad (horas que superan el límite de emisión de MP de 30 mg/Nm3) durante el estado en régimen de la fuente operando a base a petróleo como combustible. (...) En virtud de lo anterior, la Unidad TG1 de la Central Termoeléctrica San Isidro, no cumplió con el límite de emisión de MP durante las horas de funcionamiento de la fuente para el año 2014”.

La tabla N° 2 del anexo 1 de dicho informe contiene el resumen consolidado de datos en que se habría registrado incumplimiento durante el año 2014:

FECHA/H ORA	CONCENT RACION MP_MG/N M3	POTENCIA_BRUTA MWH	COMBUSTIB LE	ESTADO_UG E	TIPO_DATO MP	cumple
06-06-2014 22:00	91,478	194,014	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple
06-06-2014 23:00	72,938	194,036	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple
07-06-2014 3:00	38,977	194,033	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple
08-06-2014 7:00	40,766	192,647	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple
08-06-2014 8:00	53,375	195,326	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple
08-06-2014 10:00	31,206	195,302	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple
08-06-2014 12:00	32,651	186,984	PETROLEO_2	RE	DM	no cumple

Con fecha 9 de junio de 2015, el fiscal instructor emitió la Res. Ex. N° 1, por medio del cual se da inicio al presente procedimiento de sanción y resuelve formular cargos a Empresa Nacional de Electricidad San Isidro S.A., en los siguientes términos:

“I. Formular cargos en contra de Empresa Nacional de Electricidad San Isidro S.A. (...) por los hechos que a continuación se indican:

El siguiente hecho, acto u omisión constituye infracción conforme al artículo 35 letra h) de la LO-SMA, en cuanto corresponde a un incumplimiento de las normas de emisión cuando corresponda:

Superación de norma de emisión para Centrales Termoeléctricas en el año 2014, respecto de la Unidad Generadora N° 1 de la Central Termoeléctrica San Isidro (UGE San Isidro I)”.

Dicho hecho fue clasificado “como grave en virtud de la letra b) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que son infracciones graves, aquellas que han causado un riesgo significativo para la salud de la población”.

Finalmente, confiere un plazo de 15 días hábiles para presentar descargos, el cual fue ampliado por la Res. Ex. N° 2/ROL F-017-2015, de 2 de julio de 2015, por el término adicional de 7 días hábiles.

III.-

FORMULA DESCARGOS PARA EL HECHO QUE SE ESTIMA CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN

A continuación se exponen las alegaciones de hecho y de derecho asociadas al hecho que se estima constitutivo de infracción en la formulación de cargos.

1. ILEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y DEL CARGO FORMULADO POR PRETENDER EFECTUAR UNA APLICACIÓN RETROACTIVA – Y POR ENDE INCONSTITUCIONAL- DEL D.S. N° 13/2011 PARA CONFIGURAR LA SUPUESTA INFRACCIÓN IMPUTADA.

La formulación de cargos imputa a mi representada haber superado, durante 7 promedios horarios en el periodo 2014, el límite máximo de emisión de MP con combustible líquido de 30 mg/Nm³, fijado por el artículo 4° del D.S. N° 13/2011 y la sección 5. A.a) de la Circular IN. AD. N° 1/2015, que contiene la interpretación administrativa del citado decreto, ambos del Ministerio del Medio Ambiente.

Por ende, la formulación de cargos, así como el procedimiento administrativo al que da lugar, es manifiestamente contraria a derecho en cuanto, en infracción a la garantía de irretroactividad, pretende aplicar un régimen sancionatorio que no se encontraba perfeccionado, y con ello vigente, a la fecha de comisión de los hechos imputados, lo que claramente desfavorece a mi representada, afectando con ello su validez.

La jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría ha sido conteste en indicar que las normas interpretativas, en la medida que se limitan a declarar o fijar el sentido y alcance una norma, se entienden incorporadas en ellas, debiendo producir sus efectos desde la fecha de vigencia de la disposición normativa que interpreta¹; pero a su vez, ha distinguido claramente entre una norma interpretativa y una complementaria, a pesar de la nomenclatura asignada por la autoridad².

Así, en el caso en análisis, si bien es efectivo que la Circular IN. AD. N° 1/2015, pese a haber sido dictada por el Ministerio del Medio Ambiente, invocando el ejercicio de la facultad del artículo 70 letra o) de la Ley N° 19.300, que encomienda al mismo *“Interpretar administrativamente las normas de calidad ambiental y de emisión, los planes de prevención y, o de descontaminación, previo informe del o los organismos con competencia en la materia específica y la Superintendencia del Medio Ambiente”*, su contenido permite afirmar, sin lugar a dudas, que no reviste tal naturaleza.

Lo anterior se concluye a la luz del concepto de norma interpretativa contenido en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Así, la Excma. Corte Suprema ha indicado que *“aunque la legislación positiva no define la ley interpretativa o declarativa, la doctrina generalmente aceptada entiende por tal la ley que se propone aclarar o*

¹ Véase, a modo ejemplar, el Dictamen N° 55.036 de 10 de septiembre de 1968, así como el Dictamen N° 21.746 de 1 de agosto de 1990.

² CGR. Dictamen N° 8715 de 8 de marzo de 1981.

determinar el sentido dudoso, obscuro o controvertido de otra ley " y que "no puede calificarse de interpretativo el precepto que manifiestamente considera una situación no prevista en la ley más antigua" y que "no puede estimarse como ley interpretativa una ley posterior si la existente es de sentido claro, no se presta a dudas y no requiere interpretación"³.

A mayor abundamiento, se ha recogido lo sostenido por los tratadistas al respecto, entre ellos "(...) don Luis Claro Solar manifiesta que las leyes interpretativas "no son más que una declaración del sentido de una ley que se presta a dudas. Al decidir cómo entenderse una ley interpretada, el legislador se limita a reiterar su voluntad ya existente, no a hacer una nueva declaración de su voluntad". Los señores Alessandri y Somarriva sostienen que las leyes interpretativas contienen una declaración del sentido de una ley que se presta a dudas, y agregan: "**Para que una ley pueda calificarse de realmente interpretativa, debe limitarse a declarar el sentido de otro precedente, pues si contiene normas nuevas o diversas, no puede atribuírsele tal carácter** "; y este Tribunal ha dicho en sentencias reiteradas que "no puede calificarse de interpretativo el precepto que manifiestamente considera una situación no prevista en la ley más antigua y que no puede estimarse como ley interpretativa una ley posterior si la existente es de sentido claro, no se presta y no requiere interpretación "⁴.

Por tanto, en el presente caso resulta evidente que la Circular IN. AD. N° 1/2015 no fija el sentido y alcance del D.S. N° 13/2011, sino que contempla expresamente situaciones no previstas por la norma de emisión, en particular la definición de conceptos que permiten la evaluación de cumplimiento de sus valores límites de emisión, por lo que no cabe aplicar retroactivamente sus disposiciones, siendo ello inconstitucional, en tanto atenta contra la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

La garantía de la irretroactividad encuentra su consagración constitucional en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, cuyo penúltimo párrafo prescribe "*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*".

En materia de derecho sancionatorio, en cuyo contexto se enmarcan las facultades de la SMA, las disposiciones normativas no pueden ser concebidas ni aplicarse en forma retroactiva por mandato constitucional, conforme dispone el artículo 19 N° 3 antes citado, por tanto, no pueden aplicarse para sancionar conductas acaecidas con anterioridad a la

³ Corte Suprema, 4 de octubre de 1974, consid. 25°. R.t. 71, 2a parte. Sec. 3a, pág. 189.

⁴ Corte Suprema, 11 de octubre de 1976, consid. 14° y 15°. R.F.M. N° 215, pág. 236; Corte Suprema, 30 de agosto de 1976, consid. T. R.F.M. N° 213, pág. 169. En el mismo sentido: Corte Suprema, 10 de septiembre de 1980, consid. 7o, 2a parte, sec. Ia, pág. 163.

entrada en vigencia de la disposición normativa, a menos que traiga consigo una consecuencia más favorable.

La doctrina nacional y comparada, la jurisprudencia judicial y del Tribunal Constitucional, y sucesivos dictámenes de la Contraloría General de la República, han señalado sin excepción que la aplicación en el tiempo de las normas sancionatorias se rige por un principio clave: la irretroactividad de la norma sancionatoria desfavorable.

Citando a Alcalde, el principio de irretroactividad puede entenderse como aquel según el cual la sanción debe estar expresamente contemplada en una ley promulgada con anterioridad a los hechos que configuran el ilícito sancionado⁵, definición en la que se incluye, junto con el principio de irretroactividad, el principio de legalidad y el de tipicidad. En general, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia el tratamiento de estos tres principios van de la mano, así la Contraloría General de la República señala: “(...) *en materia de sanciones administrativas rige plenamente el principio de la irretroactividad de la ley consagrado en los artículos 19, N° 3, inciso séptimo, de la Constitución Política, y 18 del Código Penal, en términos de que nadie puede ser castigado con otra sanción que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, a menos que la nueva ley favorezca al afectado*”⁶.

Por su parte, para Huergo “*aquí se deduce con claridad que la irretroactividad se aplica de un modo mucho más estricto en materia sancionadora. Una norma sancionadora (es decir que tipifique infracciones o sanciones) no puede aplicarse a conductas cometidas antes de su entrada en vigor*”⁷, mientras que para De Diego Diez, “*la irretroactividad de la norma, en cuanto tenga de “odiosa” o de perjudicial, se impone con carácter absoluto, no disponible por el legislador.*”⁸.

Ello pues esta garantía tiene su fundamento en la noción de seguridad jurídica, ya que “*incorpora la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes*”⁹. En el mismo sentido se pronuncia Cobo al señalar que la “*irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables tiene su fundamento en el principio de la seguridad jurídica, es decir, se ha de conocer en todo momento qué*

⁵ Alcalde., E. *Los principios generales del Derecho. Su función de garantía en el Derecho Público y Privado Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p. 231.

⁶ CGR, Dictamen N° 6.926, 23 de febrero de 2001. Véase también CGR, Dictamen N° 38075, 30 de septiembre de 2002.

⁷ Huergo, A. *Las Sanciones Administrativas*. Iustel, Madrid 2007, p. 423.

⁸ De Diego D. L. Alfredo. *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Bosch. Barcelona 2009, p. 213 y siguientes.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 177/1992, de 2 de noviembre, citado en Oliver. G. “*El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal*”, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXI, 2000, p. 108.

conductas son reprochables y que grado de reproche se establece a través de la sanción concreta.”¹⁰.

Esta ideas han sido recogidas plenamente por la doctrina nacional, así por ejemplo Rodríguez *“en atención al alcance (...) al término pena, (...) la exigencia de irretroactividad de las leyes que establecen los delitos y penas, contemplada en el artículo 19 N° 3, inciso 7° CPR, rige tanto en el ámbito criminal como en el administrativo”¹¹*. En el mismo sentido, Cordero señala *“como parte del mismo género, la pena penal y la pena administrativa se someten a un mismo estatuto constitucional, que consagra garantías mínimas tanto sustantivas como procedimentales: legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, justo y racional procedimiento previo”¹²*. Ello significa, para Camacho *“que no puede sancionarse una conducta que razonablemente no pueda ser comprendida dentro de una obligación o prohibición previamente establecida. Así mismo, las leyes más beneficiosas tienen efecto retroactivo. En consecuencia, las normas que supriman o reduzcan las sanciones podrán extinguir o suprimir las que se encuentren en trámite de investigación”¹³*.

Así también lo ha recogido la Contraloría General de la República, reconociendo que *“la excepción al principio de irretroactividad, atendida su naturaleza, debe ser interpretada y aplicada restrictivamente y, en consecuencia, sólo permite a la autoridad dictar actos administrativos que afecten situaciones jurídicas ya consolidadas, en la medida que aquéllos traigan aparejadas consecuencias más favorables para los interesados y, sin que, por cierto, se menoscaben o perjudiquen los derechos de terceros”¹⁴*.

De lo anterior, se sigue que la formulación de cargos adolece de un vicio de legalidad, que afecta su validez, toda vez que inició un procedimiento sancionatorio fundado en un régimen sancionatorio que no estaba perfeccionado y vigente a la época del acaecimiento de los hechos que se estiman constitutivos de infracción, que no puede aplicarse retroactivamente pues siendo desfavorable, la Constitución lo prohíbe expresamente.

Si bien es cierto que el límite máximo de emisión para MP entró en vigencia el 23 de diciembre de 2013, lo cierto es que el tipo infraccional únicamente queda establecido el 25 de febrero de 2015, al publicarse en el Diario Oficial la Circular IN. AD. N° 1/2015 del Ministerio del Medio Ambiente, que contiene la interpretación administrativa del D.S. N°

¹⁰ Cobo, T., *El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo*, 3ª Edición. Bosch, Barcelona, 2008, p. 25.

¹¹ Rodríguez, L., *“Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”*, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XI, 1987, pp. 155-156.

¹² Cordero, E., *“El Derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal”*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, N° 2, 2012, p. 152.

¹³ Camacho, G. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. *La actividad Sustancial de la Administración del Estado*. Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 213.

¹⁴ CGR. Dictamen N° 42.118, de 4 de agosto de 2009.

13, de 2011, MMA, norma de emisión para centrales termoeléctricas (en adelante, “Circular N° 1/2015”), la cual se dicta precisamente con el objeto de “uniformar criterios de aplicación, aclarar sentido y alcance de la norma y reemplazar la circular N° 2”.

En efecto, el artículo 4 del D.S. N° 13/2011 establece los valores límites máximos de emisión para fuentes existentes, indicando en su inciso tercero que:

“Los valores límites de emisión para Material Particulado (MP) (...) se evaluarán sobre la base de promedios horarios que se deberán cumplir durante el 95% de las horas de funcionamiento. El 5% de las horas restantes comprende horas de encendido, apagado o probables fallas”.

No obstante, la norma no define lo que entiende por “horas de funcionamiento”, lo que debe entenderse por el “5% restante” que comprende las “horas de encendido”, “apagado” o “probables fallas” ni el período durante el cual debe evaluarse el cumplimiento. En lo concreto, esto significa que **la norma por sí sola no permite determinar cuándo ha sido infringido el límite que establece.**

Tan evidente es lo anterior, que mediante ORD. N° 1510 de 26 de Junio de 2013, la SMA solicita al Ministerio de Medio Ambiente hacer uso de las facultades que establece la letra o) del artículo 70 de la Ley N° 19.300, para interpretar administrativamente la norma de emisión. En lo pertinente a estos descargos, la institución fiscalizadora solicitó que se interpretara, precisamente el sentido y alcance del inciso tercero del artículo 4°, pidiendo puntualmente interpretar:

i) El período durante el cual se debe evaluar la norma.

Sobre este punto, el Ord. SMA 1510/2013 indica que “la norma de emisión actual no establece un período de evaluación, pudiendo entenderse que ha quedado a criterio del fiscalizador establecer el período de evaluación (...)”. Cabe agregar que esta situación es reconocida por la propia Contraloría General de la República, que ha señalado “que la norma de emisión para centrales termoeléctricas no indicó explícitamente el periodo de tiempo sobre el cual se evalúan los porcentajes de cumplimiento del periodo de funcionamiento”¹⁵.

ii) El porcentaje de cumplimiento.

¹⁵ CGR. Dictamen N° 24.240, de 27 de marzo de 2015.

Señala a este respecto el citado Ord. N° 1510/2013 que *“la norma se debe evaluar en un período de funcionamiento en condiciones específicas (horas de funcionamiento en régimen o estado estacionario), indicando además las condiciones de excepción (en las mediciones no se consideran las partidas ni las paradas, ni períodos cortos de fallas de equipos de abatimiento).”*

La relevancia de la citada definición para efectos de evaluar el cumplimiento de la norma es manifiesta al indicar que *“la diferenciación entre “horas de funcionamiento” o “horas de funcionamiento en régimen” es crítica para la evaluación de la norma”* (el destacado es nuestro).

Por último, el citado Ordinario expresa la urgencia de la interpretación que se solicita ante la inminente entrada en vigencia de los límites establecidos en la norma para MP, por lo cual *“solicita resolver lo antes posible la presente solicitud de interpretación.”*

En respuesta, el Ministerio del Medio Ambiente emitió, primero la Circular IN. AD N° 2, de 18 de diciembre de 2013, luego, remplazando la circular con la Circular N° 3 del 05 de diciembre de 2014, y finalmente, con la Circular N° 1 publicada esta última en el Diario Oficial con fecha 25 de febrero de 2015, más de dos años después de la entrada en vigencia del límite de la norma (para MP).

La Circular IN.AD N° 2, de 18 de diciembre de 2013 señala que *“corresponde al Ministerio fijar el alcance, mediante interpretación administrativa, de qué debe entenderse por período de funcionamiento y en qué período de tiempo se realizará su evaluación”*. Con este objeto, indica que se podrán excluir del cumplimiento de los límites de emisión hasta un 5% de las horas de funcionamiento siempre que estén debidamente justificadas como horas de encendido, apagado, o probables fallas. La circular define período de funcionamiento como *“aquel período en el cual se quema combustible para generar electricidad o para cualquier otro propósito”*. Asimismo entiende período de encendido de la caldera o turbina aquel *“desde que se comienza a quemar combustible y finaliza cuando comienza a generar electricidad”*. En tanto, el período de apagado, *“comienza desde que se deja de generar electricidad o se deja de quemar combustible y finaliza cuando al mismo tiempo no se genera electricidad ni se quema combustible”*. En relación al período de evaluación de cumplimiento, la Circular adhiere a una evaluación trimestral, a ser verificado en los reportes trimestrales que cada titular de la fuente emisora debe realizar.

El contenido dado por el Ministerio del Medio Ambiente a estos conceptos, a través de la Circular IN.AD N° 2, en materia de encendido, funcionamiento y apagado impedía evaluar

adecuadamente el cumplimiento de la norma de emisión pues eran extraños a la actividad eléctrica, e incluso difería diametralmente de los conceptos propuestos por la propia SMA en el Ord. N° 1510 del 26 de junio de 2013 que solicitó la interpretación al Ministerio.

Más grave aún, a pesar de fijar el sentido y alcance de una norma de emisión aplicable a unidades de generación existentes y nuevas, acto que indudablemente mira al interés general, no fue publicada en el Diario Oficial de conformidad con lo prescrito en los artículos 48 letra a) y 49 de la Ley N° 19.880, fecha desde la cual se tendrán como auténticos y oficialmente notificados¹⁶.

La Circular IN.AD N° 2 es reemplazada de oficio por el Ministerio mediante la Circular N° 3, contenida en el oficio Ord. N° 144.792 de 5 de diciembre de 2014 del Ministerio de Medio Ambiente, que interpreta administrativamente, entre otros conceptos y criterios, los “*criterios de evaluación de cumplimiento de la norma*”. No obstante, nuevamente este acto administrativo de interés general no se publicó en el Diario Oficial.

Sin perjuicio de ello, la Circular N° 3 es reproducida por la Circular N° 1/2015 del Ministerio de Medio Ambiente que, en lo pertinente para estos descargos, define o redefine, según corresponde, lo que entiende por horas de funcionamiento, horas de operación en régimen, horas de encendido, horas de apagado, falla, detención programada, detención no programada, conceptos todos ellos esenciales para evaluar cumplimiento de la norma por cuanto hay incumplimiento si hay inconformidades únicamente en horas de funcionamiento, y en la medida que no se hayan justificado como horas de encendido, de apagado o falla.

Adicionalmente, la Circular N° 1/2015 fija los “*criterios de evaluación de cumplimiento de la norma*”, determinando que “*para el caso de la norma de emisión de MP SO₂ y NO_x se debe determinar el promedio horario de cada hora de funcionamiento **durante un año calendario***” (el destacado es nuestro).

En atención a la insuficiencia de los criterios de evaluación de cumplimiento contenidos en el D.S. N° 13/2011, la misma SMA dispuso de un procedimiento de sustitución de datos, mediante la Res. Ex. N° 33, de 19 de enero de 2015, “*para efectos de la correcta ejecución de la circular interpretativa*”, reconociendo en la misma que “*el límite de emisión de MP entró en vigencia el 23 de diciembre de 2013, pero dada la complejidad del proceso de instalación y validación de CEMS, a dicha fecha la mayoría de las unidades de generación*

¹⁶ Aún si se estimase que se trata de un acto de efectos individuales, esto es, aplicable a ciertas y determinadas instalaciones de generación eléctrica, el artículo 45 de la Ley N° 19.880 requiere su notificación a los interesados conteniendo su texto íntegro, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que ha quedado totalmente tramitado el acto. Esto es, debiera haberse notificado a más tardar el día 26 de diciembre de 2013.

eléctrica estaban en proceso de certificación. Tal situación trae como consecuencia que no sea posible disponer de datos adquiridos válidamente por CEMS por la totalidad del periodo evaluado” (artículo 3, punto 2).

Por tanto, resulta evidente que recién el 25 de febrero de 2015 quedó establecido el tipo infraccional por incumplimiento a los valores límites de emisión del D.S. N° 13/2011, que la formulación de cargos inconstitucionalmente pretende aplicar al período 2014, infringiendo la garantía de irretroactividad de los actos administrativos en el ámbito del derecho administrativo sancionador, consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

De lo anterior se sigue que la formulación de cargos se ha dictado con infracción a la ley, en particular, a la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 sobre irretroactividad de la ley sancionadora, toda vez que inició un procedimiento de sanción fundado en el régimen sancionatorio respecto de hechos acaecidos con anterioridad a su perfeccionamiento. En conclusión, la formulación de cargos adolece de vicio de legalidad que afecta su validez, y corresponde al órgano instructor de este procedimiento dejarla sin efecto.

2. ERROR EXCULPANTE INDUCIDO POR LA ADMINISTRACIÓN. EN EL IMPROBABLE EVENTO QUE SE ESTIME APLICABLE EL TIPO INFRACCIONAL PARA EL PERIODO 2014, HA EXISTIDO FALTA DE CERTEZA EN TORNO A LOS CRITERIOS PARA EVALUAR EL CUMPLIMIENTO DEL LÍMITE MÁXIMO DE EMISIÓN DE MP IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN Y NO A MI REPRESENTADA.

Conforme se reseñó en el punto anterior, en el supuesto que se estime aplicable el límite máximo de emisión de MP fijado en el artículo 4 del D.S. N° 13/2011, ha existido una absoluta falta de certeza respecto a los criterios destinados a evaluar el cumplimiento de la norma que resulta imputable a la Administración del Estado, que conlleva inequívocamente a concluir que no existe responsabilidad administrativa alguna para mi representada por la supuesta superación de la norma de emisión.

Existe un reconocimiento consensuado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁷, que permite afirmar que sólo podrá sancionarse al infractor que ha actuado en forma dolosa o culposa.

¹⁷ Véase como ejemplo, Cordero, E., *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Thomson Reuters, 2014, p. 251; y Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 7 de mayo de 2015 (R-38-2014), considerando 41°.

Sobre esta base, opera como eximente de responsabilidad administrativa el error invencible y, por tanto exculpante, que en el presente caso adopto la clara figura del error exculpante inducido por la Administración, que entre diversos supuestos, se refiere a “*aquel provocado por disposiciones administrativas de carácter general*”¹⁸, que sucede en el caso de “*normas reglamentarias confusas*”¹⁹, como el D.S. N° 13/2011, cuyo incumplimiento se imputa a mi representada.

La jurisprudencia ha recogido esta figura como eximente de responsabilidad, “[*La declaración*] fue consecuencia de una errónea interpretación de la normativa vigente basada en la falta de claridad de los textos aplicables (...) y en ausencia de jurisprudencia interpretativa en esta materia [lo] que tiene virtualidad suficiente para aceptar la falta de intencionalidad defraudatoria y, consecuentemente, para dejar sin efecto la sanción impuesta (...)”²⁰.

Esta figura tiene asidero pues “*en derecho administrativo sancionador no es posible este conocimiento intuitivo [como en el ámbito penal] acerca de las conductas prohibidas. Por ello en ocasiones va a exigirse un cabal conocimiento acerca de las circunstancias de hecho y de Derecho que rodean el ejercicio de ciertas actividades*”²¹.

En el caso de autos, ha sido la propia Administración quien ha dictado un acto administrativo confuso, esto es, el D.S. N° 13/2011, a tal punto que requirió de diversas interpretaciones para fijar su acertado sentido y alcance, contenidas en las sucesivas circulares interpretativas N°s 2/2013, 3/2014 y 1/2015 dictadas en ejercicio de la facultad interpretativa contenida en el artículo 70 letra o) de la Ley N° 19.300, por lo que no se puede pretender imputar a mi representada responsabilidad alguna, si fue la propia Administración quien indujo a error con sus múltiples actuaciones.

A mayor abundamiento, a la misma SMA se le atribuye expresamente la función de orientar a sus regulados “*en la comprensión de las obligaciones que emanan de los instrumentos individualizados en el artículo 2° de esta ley*”, conforme lo dispone el artículo 3° letra u) de la LO-SMA.

Más aún no se trata de imputar el ejercicio de atribuciones que requerían el previo impulso de los interesados. Conforme a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, corresponde a los órganos de la Administración

¹⁸ De Palma, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 1996, p. 168.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Sentencia Tribunal Supremo Español de 24 de octubre de 1974 (3.a, Ar. 4034: Gómez de Enterría). Citado en Nieto, A., *Derecho Administrativo Sancionador*. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2012. p. 362.

²¹ De Palma, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 1996, p. 163.

del Estado actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, deber que en materia de protección ambiental encuentra un fundamento constitucional, cuando el artículo 19 N° 8 encomienda al Estado velar porque el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. No pudo ser indiferente a la institucionalidad ambiental, ni ésta pudo mantenerse al margen del proceso de implementación de una norma tan relevante y con tal nivel de complejidad técnica como lo es el D.S. N° 13/2011, cuando el texto constitucional le impone asumir un rol activo en relación a promover el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental.

Por tanto, únicamente cabe absolver a mi representada ya que no concurre el elemento culpabilidad en el supuesto incumplimiento de la norma de emisión, pues incurrió en un error exculpante inducido por la Administración, a raíz de las múltiples y contradictorias interpretaciones (o más bien modificaciones y complementaciones posteriores), destinadas en apariencia a fijar el sentido y alcance del criterio de evaluación de cumplimiento de la norma de emisión.

3. EN SUBSIDIO, ALEGACIONES RESPECTO DEL HECHO SUPUESTAMENTE CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN CONTENIDO EN EL RESUELVO I DE LA FORMULACIÓN DE CARGOS

3.1. En el improbable evento que se estime aplicable para el periodo 2014 la evaluación de cumplimiento del D.S. N° 13/2011, y que no existe error exculpante inducido por la Administración, en caso alguno existe superación de la norma pues el dato entregado por el CEMS fue errado.

En el improbable evento que se estime que la evaluación de cumplimiento del D.S. N° 13/2011 era aplicable a la época de la supuesta superación de la norma en el periodo 2014, y que no existe error exculpante inducido por la Administración, en caso alguno existió tal superación pues el dato informado por el equipo de medición de CEMS de MP fue errado.

Al respecto, la formulación de cargos se funda en la supuesta superación del límite máximo de emisión de MP en 7 promedios horarios durante el segundo trimestre de 2014, de acuerdo a lo reportado por mi representada en el respectivo informe reporte trimestral.

No obstante, omite en considerar que el mismo Informe Reporte Trimestral, periodo 01/04/2014-30/06/2014, adjunto a esta presentación, mi representada informó a la SMA que *“durante el trimestre se presentan valores de material particulado que exceden el valor normado de 30 mg/Nm³ (límite combustible líquido), incluso durante la operación con gas*

natural licuado regasificado. Las altas concentraciones de MP dejan en evidencia una falla en el equipo, que de acuerdo a lo indicado por el proveedor de los equipos se explica a que los opacímetros condensan agua sobre el espejo. En estas condiciones, el rayo de luz incidente se refracta en vez de reflejarse, por lo que el instrumento interpreta ese menor reflejo como una cantidad de material particulado pasando por la chimenea. Esta es la razón por la cual los opacímetros indican contenido de MP incluso con la central detenida”.

En efecto, el “*Informe Visita Técnica – CT San Isidro*”, elaborado por el proveedor del equipo Autoflame Chile Ltda., adjunto a esta presentación, concluye que la posible causa de las lecturas erróneas puntuales se deben al “*empañamiento en el espejo del reflector y lente del cabezal óptico. Lo anterior producirá una cierta absorción del haz de luz que emite el cabezal óptico del equipo. Esta absorción va a ser interpretada por el equipo como una mayor presencia de material particulado en la chimenea. Por lo tanto, se va a generar una lectura más alta que no va a corresponder a lo real*”. Adicionalmente, el mismo informe indica que la posible causa del empañamiento del reflector se debe al vapor del soplador para aire de purga o la humedad que contiene este.

Por lo anterior, actualmente se encuentran en curso la ejecución de la recomendación planteada por el proveedor del equipo, en particular “*reemplazar el aire de purga proveniente del soplador por aire que provenga de alguna otra fuente*”. Al efecto, se acompaña informe técnico GE-PTCC-01-15 de 14 de julio de 2014, que acredita que con fecha 10 de julio de 2015 se ejecutó el cambio del aire de purga del reflector por aire de instrumento, ya que este último es seco y limpio, pues pasa por secadores a la salida de los compresores de aire, lo cual habría sido “*eficaz para evitar el cambio de humedad en el sector de la chimenea por vapores de agua provenientes de la torre de refrigeración y de las purgas de la caldera*”.

Resulta tan evidente que el dato medido por el lector es erróneo, que se ha efectuado una estimación de las potenciales emisiones máximas de material particulado procedentes de la turbina de gas de la Unidad N° 1, utilizando combustible líquido petróleo diésel, en el “*Informe Técnico sobre emisiones potenciales de MP. Central San Isidro. Unidad 1*” de Inerco, julio de 2015, adjunto a esta presentación.

El referido informe concluye que “*el contenido de cenizas del combustible, limitado por la normativa aplicable, conlleva que en emisión haya en torno a 2,5 mg/Nm³, b.s., 15% O₂, muy por debajo del valor límite de emisión (...)*”. Por su parte “*El cálculo de emisión de MP realizado con los factores de emisión EPA confirma que el nivel de emisión máximo de*

una turbina de gas que utiliza petróleo diésel grado A1 como combustible debe estar en torno a 2-6 mg/Nm³, b.s., 15% de O₂".

Esta conclusión resulta plenamente válida, particularmente en relación al cálculo de emisiones efectuado en base a los factores de emisión que dispone la EPA para el caudal de gases y para la emisión de MP para turbinas de gas utilizando combustible líquido, reseñado en el anexo F de la Parte 75, Subcapítulo C, Capítulo I, Título 40 de la EPA, en complemento con el capítulo 3, AP-42 de la EPA.

En conclusión, los datos medidos por CEMS no se corresponden con la emisión real de MP que pudo tener lugar, lo cual además se hace evidente con los resultados del cálculo de emisión de MP realizado a partir de los factores de emisión EPA, metodología de cálculo que permite contrastar, los resultados de medición con el factor de caudal de combustible líquido.

De esta manera, la SMA no puede considerar como un dato de carácter oficial para el cumplimiento del D.S. N° 13/2011, mediciones informadas a la propia autoridad como emitidas en falla del equipo de medición, y cuya falla se hace evidente si se contrastan los resultados medidos con los calculados en base a factores EPA.

A mayor abundamiento, se debe tener presente, que si se estima aplicable el D.S. N° 13/2011 para el periodo 2014, únicamente lo sería bajo la interpretación contenida en el Of. Circular IN. AD. N° 2, de 18 de diciembre de 2013, pues era el acto administrativo conocido, mas no vigente a la época de la comisión de los supuestos hechos infraccionales.

De acuerdo a la Circular N° 2 *"se podrán excluir del cumplimiento de los respectivos límites de emisión, siempre que estas horas estén debidamente justificadas como (...) fallas en los respectivos informes de cumplimiento que son reportados a la Superintendencia del Medio Ambiente"*.

Conforme se ha detallado latamente, el presente proceso de sanción se funda en la superación del límite máximo de emisión de MP durante 7 promedios horarios de funcionamiento de un total de 6.021 horas de funcionamiento en el periodo 2014, de las cuales únicamente 79 fueron en base a petróleo. Siendo excedencias que se encuentran justificadas, se excluyen del cumplimiento del respectivo del límite de emisión para MP, de acuerdo al artículo 4 del D.S. N° 13/2011.

En efecto, en el Informe Reporte Trimestral, periodo 01/04/2014-30/06/2014 se justificó a la SMA que existían superaciones al límite de emisión de MP debido a una falla del equipo de medición.

Por el contrario, no puede pretender aplicar la Circular N° 1/2015 que prescribe, en caso de falla del CEMS, que *“se deberá dar aviso inmediato a la SMA. Los datos tomados durante el periodo que dure la falla del CEMS deben ser sustituidos de acuerdo a lo señalado en el punto N° 5 de esta circular “Procedimientos de sustitución de datos”*, pues dicha circular y el procedimiento al que da origen, no estaban vigentes en el periodo en que falló el equipo de CEMS de MP, esto es, junio de 2014.

Por tanto, únicamente cabe absolver a mi representada por las supuestas excedencias al límite máximo de emisión de MP en tanto, en primer término no representa un dato oficial para efectos de evaluar el cumplimiento del D.S. N° 13/2011, pues se reportó la falla del equipo de medición del CEMS y, en todo caso, la supuesta superación se encuentra debidamente justificada por lo que se excluye del cumplimiento de la norma.

3.2. Errónea calificación de gravedad de la infracción. La infracción imputada, en caso de existir, es de carácter leve.

En el improbable evento que se estime que se configura una infracción, se hace presente que el supuesto hecho infraccional es de carácter leve y no grave, como califica la SMA en la formulación de cargos.

A juicio de la SMA, corresponde a una infracción grave en virtud del artículo 36 numeral 2 letra b) de la LO-SMA que dispone *“los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: (...) b) Hayan generado un riesgo significativo para la salud de la población”*.

De la redacción de la norma se desprenden las siguientes circunstancias que deben concurrir para calificar el hecho infraccional bajo esta circunstancia, a saber: i) Que se haya generado un riesgo; ii) Que ese riesgo sea significativo, iii) Que ese riesgo sea para la salud de la población.

Así, la mera superación de la norma de emisión, no es un antecedente suficiente para calificar un hecho infraccional como grave, sino que, conforme lo ha reconocido la propia

SMA, debe definirse luego del examen de todos los antecedentes que obren en el expediente administrativo sancionatorio²².

En el presente proceso de sanción no concurre ninguno de los supuestos que hacen aplicable esta circunstancia de gravedad.

a. Inexistencia de riesgo para la salud de la población.

En el presente caso, bajo el supuesto que se estime que existe una supuesta superación al límite de emisión de MP fijado en el artículo 4 del D.S. N° 13/2011, no se ha generado riesgo para la salud de la población.

En efecto, el concepto de riesgo debe obedecer a ciertos criterios y circunstancias objetivas determinadas, no siendo sostenible la mera afirmación de su existencia sin antecedentes que lo sustenten, como lo realiza la formulación de cargos.

Si bien, la LO-SMA no entrega el concepto de riesgo, se puede acudir a la *“Guía de Evaluación Ambiental del Artículo 11 de la Ley N° 19.300; Riesgo para salud de la población”* del Servicio de Evaluación Ambiental²³, de 25 de septiembre de 2013, que define el riesgo como *“La probabilidad de ocurrencia del efecto adverso sobre el receptor”*, señalando que *“para que exista riesgo debe existir un peligro y haber una exposición a dicho peligro”*, entendiendo el peligro como la capacidad intrínseca que tiene un agente o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor, y la exposición como el potencial contacto de ese receptor con la fuente de la cual emana el peligro.

En consecuencia, se generará riesgo cuando exista al mismo tiempo un contacto potencial de un receptor con un agente que tenga la capacidad intrínseca de causar un efecto adverso. Luego, la propia guía indica que *“la sola presencia de contaminantes en el ambiente no constituye necesariamente un riesgo a la salud”* detallando que por el contrario deben existir 3 elementos de forma conjunta; (énfasis añadido): Una **fuente** contaminante, un **receptor**, y una **ruta de exposición** completa o potencialmente completa. De la formulación de cargos y de sus antecedentes, no existen elementos que permitan acreditar que mediante la superación de los valores límites imputados se ha expuesto a receptores a una situación de peligro concreto.

En el caso del riesgo a la salud de las personas, para los contaminantes normados, de conformidad a lo establecido por la normativa ambiental, su nivel aceptado se determina a partir de los valores límite establecidos en las Normas de Calidad Ambiental que, para el

²² Considerando 45.7.1 de la Resolución Exenta N° 1339 de 27 de Noviembre 2013, Procedimiento Sancionatorio F-007-2013.

²³ Cabe mencionar que la aplicación de esta guía para determinar la procedencia de la calificante en cuestión ha sido utilizada por la propia SMA, según su jurisprudencia administrativa, como en el caso de Resolución Exenta SMA N° 695 de 24 de Noviembre 2014, Procedimiento Sancionatorio SMA D-014-2013.

caso de la salud de la población, corresponde a las Normas Primarias de Calidad Ambiental²⁴.

Conforme a ello, la mera superación de la norma de emisión para centrales termoeléctricas no supone, de por sí, riesgo significativo para la salud de la población, sino que este debe evaluarse en base al estándar fijado por la norma de calidad primaria del aire para el respectivo contaminante.

Por lo tanto, el valor establecido en una Norma Primaria de Calidad Ambiental permite discernir si el riesgo es permisible, o no permisible. Al efecto, y para el caso que nos ocupa, actualmente se encuentra vigente una norma de calidad asociada al material particulado MP 10 (D.S. N°20/2012 del Ministerio del Medio Ambiente) y para MP 2,5 (D.S. N° 12/2011 del mismo Ministerio) que definen el nivel de riesgo significativo para la salud de la población.

A su vez, se puede concluir que el solo incumplimiento de una Norma de Emisión, no supone la generación de un riesgo a la salud de la población. Así, el D.S. N° 13/2011, del Ministerio del Medio Ambiente, establece que su objetivo es prevenir y controlar emisiones al aire de contaminantes con comprobados efectos crónicos y agudos sobre la salud de las personas y el medio ambiente, entre los que incluye, el material particulado, mas no estableció límites diferenciados en atención a la calidad del aire, que permitan concluir que el solo incumplimiento de sus límites implica riesgo a la salud de la población.

Siendo así, se adjunta a esta presentación, informe de análisis de mediciones de MP en la red de estaciones de monitoreo de calidad del aire para el periodo 2014, que da cuenta de los resultados de las mediciones en las estaciones establecidas en el Plan de Seguimiento Ambiental de la Central Termoeléctrica San Isidro. Este informe establece que *“durante el período de monitoreo comprendido entre el 1 de Enero al 31 de Diciembre de 2014, se concluye que el valor fijado en el Decreto Supremo N° 20/2013, que establece la norma de calidad primaria para Material Particulado Respirable MP 10, tanto para el periodo*

²⁴ Lo anterior es claro a partir de las definiciones dadas por la normativa para las normas de calidad y de emisión conforme se expresa en el art. 2 de la Ley 19.300.

El literal n) del artículo 2° de la Ley N° 19.300, establece que una Norma Primaria de Calidad Ambiental es *“aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población”* (Lo destacado es nuestro) Por su parte, de acuerdo a lo establecido en el literal o) del artículo 2° de la Ley N° 19.300, las Normas de Emisión *“...establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”*. A su vez, el artículo 33 del D.S. N°38/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, establece que *“Las normas de emisión constituyen un instrumento de gestión ambiental que podrá utilizarse con alguno de los objetivos que se señalan a continuación: a) La prevención de la contaminación o de sus efectos; (...)”*

anual, el percentil 98 y el límite fijado para 24 horas de medición jamás se sobrepasa en ninguna de las 5 estaciones de monitoreo de calidad del aire que integran al plan de monitoreo de la Central Termoeléctrica San Isidro”.

En adición a lo anterior, afirma que *“las supuestas superaciones al límite máximo permisible de MP para fuentes emisoras con combustible líquido, fijado en el artículo 4 del D.S. N° 13/2011 del Ministerio del Medio Ambiente, durante 7 promedios horarios en los días 6, 7 y 8 de junio de 2014, no habrían tenido incidencia en la calidad del aire, pues todas las estaciones de monitoreo registraron resultados que dan cuenta del comportamiento característico para el periodo otoño-invierno, según los resultados de años anteriores”.*

Por tanto, resulta evidente que no existe tal riesgo por la supuesta superación de la norma de emisión, en tanto no se habría superado la norma primaria de calidad del aire, ni existen antecedentes que permitan acreditar que se ha generado una situación de peligro concreto en receptores determinados.

Al respecto, la propia jurisprudencia de la SMA²⁵, ha sostenido que el riesgo debe estar sustentado por antecedentes técnicos suficientes que lo funden, y precisamente, en este caso, los antecedentes permiten afirmar precisamente lo contrario.

b. En el evento de considerar que existe un riesgo, no concurre el requisito de significancia establecido en la norma.

En el improbable evento que se entienda que existe un riesgo, el mismo numeral 2 letra b) del artículo 36 requiere que dicho riesgo sea de significancia²⁶.

La propia jurisprudencia administrativa de la SMA reconoce la aplicación de este criterio para calificar el riesgo, considerando al efecto el **grado de exposición a emisiones** y la **magnitud en la superación** de la norma²⁷.

Por su parte, la SMA ha razonado sobre la base de la letra c) del artículo 5 del D.S. N° 40/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el reglamento del SEIA, en el sentido que *“la exposición deberá considerar la cantidad, composición, concentración, peligrosidad, frecuencia y duración de las emisiones”*²⁸.

²⁵ Resolución Exenta N° 1339 de 27 de Noviembre 2013, Procedimiento Sancionatorio F-007-2013.

²⁶ A mayor abundamiento, durante la tramitación de la ley hubo modificaciones que derivaron finalmente en la actual redacción de la norma, donde se considera grave la infracción cuando ésta ha generado un riesgo significativo para la salud de la población. En particular en este literal, es cardinal el criterio de que el riesgo para la salud de la población no basta en sí mismo sino que debe ser grave, o como está redactado finalmente, el riesgo debe ser significativo. En efecto, hubo una indicación para que se considerase grave la infracción que haya generado riesgo para la salud de la población sin determinación de este grado de riesgo, indicación que finalmente fue rechazada (Historia de la Ley N° 20.417, Segundo Trámite Constitucional: Senado, Segundo Informe Comisión de Medio Ambiente P. 1632).

²⁷ Resolución Exenta SMA N° 695 de 24 de Noviembre 2014, Procedimiento Sancionatorio SMA D-014-2013.

²⁸ Considerando 365, Resolución Exenta SMA N° 695 de 24 de Noviembre 2014, Procedimiento Sancionatorio SMA D-014-2013.

Sobre el particular, es preciso destacar que la propia norma establece un límite de emisión que considera aceptable, e incluso determina que existen situaciones en las cuales dicho límite puede ser superado. Si bien se trata de casos justificados, lo cierto es que admiten una superación del límite de emisión establecida por el legislador, sin considerar que por ello se genera un riesgo significativo a la salud de la población.

En el caso de la Unidad N° 1 de la Central Térmica San Isidro, se imputa una superación puntual de 7 promedios horarios de funcionamiento, que corresponde a un total de 0,1% del total de horas de funcionamiento en el periodo 2014. A mayor abundamiento, el funcionamiento mismo de la Unidad 1 de San Isidro en base petróleo durante el periodo 2014, en el cual aplica el límite máximo de emisión de MP, representó un total de 1,3% de las horas en funcionamiento en régimen.

Por tanto, resulta evidente que la supuesta superación de la norma en caso alguno reviste la magnitud requerida para considerarse un riesgo de significancia.

La misma SMA ha reconocido la baja lesividad de eventos que tienen la potencialidad de afectar la salud de la población, descartando la generación de riesgos para la misma. Así, en el procedimiento sancionatorio seguido en contra de ENDESA por la Central Termoeléctrica Bocamina, respecto a la superación del límite de emisiones del parámetro CO establecido en la RCA, señaló que *“En respaldo de la mencionada clasificación de la infracción A.2 (leve), cabe reiterar la baja lesividad del incumplimiento, considerando los antecedentes expuestos en el apartado relativo a la configuración de las infracciones, que en suma dan cuenta que, si bien la Primera Unidad excedió el valor fijado por la tabla 11 de la RCA N° 206/2007, esa cifra corresponde a un 12,7% del valor de emisión fijado para el Complejo Termoeléctrico, límite que no fue superado en dicha ocasión. Por ende, en virtud de lo señalado, se descarta la generación de riesgo en la salud de las personas derivados de esta infracción”*²⁹ (Énfasis añadido).

En razón de lo expuesto, se solicita recalificar la gravedad de la infracción, modificándola de grave a leve en atención a que los requisitos del artículo 36 numeral 2 letra e) de la LO-SMA no concurren en el presente caso, en cuanto la mera superación de la norma de emisión no es antecedente suficiente para sostener la existencia de un riesgo en la salud de la población ni menos de carácter significativo.

²⁹ Considerando 45.1 Res. Ex. N° 421 de 11 de Agosto 2014, Procedimiento Sancionatorio D-015-2013.

3.3 Falta de concurrencia de circunstancias que aumentan el monto de la sanción y concurrencia de circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la sanción respecto del cargo formulado

A continuación se analiza la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA al caso particular, en el supuesto que se estime que se configura una infracción del artículo 35 letra h) de la LO-SMA.

a. Falta de concurrencia de circunstancias que aumentan el componente disuasivo de la sanción y beneficio económico

En el presente caso no concurren las circunstancias que aumentan el componente disuasivo de la sanción ni el beneficio económico establecidas en los literales a) a i) del artículo 40 de la LO-SMA, lo que se acredita a continuación.

- ***La importancia del daño causado o del peligro ocasionado***

Esta circunstancia se refiere a la “*importancia del daño o peligro ocasionado por la infracción*”, que corresponde a la magnitud, en términos de intensidad, extensión y persistencia del daño y de la reversibilidad y recuperabilidad del medio ambiente afectado, y a su probabilidad de ocurrencia, en caso del peligro ocasionado.

En este caso, de la infracción imputada en el cargo en que se funda la Res. Ex. N° 1, no existe daño ni se ha generado peligro como consecuencia de la supuesta superación del límite de emisión de MP fijado por el artículo 4 del D.S. N° 13/2011, por cuanto, como se señalara, aun cuando se estimara que se produjo la superación del límite máximo de emisión de MP con combustible líquido de 30 mg/Nm³, esta se produciría sólo durante un total de 7 horas de funcionamiento en el período 2014, en concreto durante los días del 6 al 8 de junio de 2014.

En consecuencia, dada la magnitud, intensidad, extensión y persistencia del supuesto peligro que este conllevaría, no tiene la importancia requerida para que se considere como circunstancia que aumente el componente disuasivo de la sanción para el cargo.

Aún más, el informe de calidad del aire para las estaciones de monitoreo en la zona, adjunto a esta presentación, da cuenta que se ha dado estricto cumplimiento a la norma primaria de calidad del aire de MP 10, establecido en el D.S. N° 20/2013 del Ministerio del Medio Ambiente.

- ***Número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción***

Esta circunstancia establecida en el artículo 40 de la LO-SMA se refiere al “*número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción*”. Esta circunstancia exige la concurrencia de peligro de daño a la salud de la población para su aplicación y atiende a la cantidad de eventuales afectados por las conductas que se califiquen como infracciones.

Se hace presente que para que opere esta agravante naturalmente hay que considerar la magnitud y extensión del posible peligro de daño imputado, y como se estableció en el punto anterior ello es marginal por corresponder el evento de superación de la norma de emisión puntual de sólo 7 promedios horarios en el periodo 2014, no existiendo antecedentes que permitan acreditar que receptores determinados estuvieron expuestos a una situación de peligro concreto derivado de las superaciones a la norma que se imputan.

- ***Beneficio económico obtenido con motivo de la infracción***

La letra c) del artículo 40 de la LO-SMA se refiere al “*beneficio económico obtenido con motivo de la infracción*”, y tiene como supuesto que el posible infractor haya obtenido ganancias derivadas de las posibles infracciones imputadas.

En el presente caso, para el cargo imputado no se derivaron ganancias del evento puntual de superación de la norma de emisión. En efecto, se hace presente el estudio destinado a definir la causa de la falla del equipo CEMS-MP, así como la acción correctiva ejecutada han integrado los costos de administración general, estimándose estos de carácter marginal.

- ***La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma***

Esta circunstancia corresponde a la establecida en la letra d) del artículo 40 de la LO-SMA que establece dos circunstancias para la determinación de las sanciones: “*La intencionalidad en la comisión de la infracción*” y “*el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma*”. Estas dos circunstancias en caso alguno concurren en las posibles infracciones imputadas como se indica a continuación.

En cuanto a la intencionalidad, entendida como el dolo o voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas, no existe antecedente alguno que denote o haga presumir que, por parte de mi representada, concurrió una voluntad específica consciente y voluntaria de infringir el límite máximo de emisión de MP fijado por el D.S. N° 13/2011 que se le imputa.

En el presente proceso de sanción, la Unidad N° 1 de la Central Termoeléctrica San Isidro cuenta con CEMS validados por la propia SMA, mediante la Res. Ex. N° 358 de 14 de julio de 2014, a partir de los ensayos de validación efectuados por laboratorio acreditado mediante Res. Ex. N° 6342 de 12 de marzo de 2002 del Servicio Nacional de Salud de la Región Metropolitana, y Res. Ex. N° 10192 de 7 de marzo de 2008 de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana, adjuntos a esta presentación.

No obstante lo anterior, se dio aviso oportuno a la SMA de la falla del equipo de medición de MP en el Informe Reporte Trimestral, periodo 01/04/2014-30/06/2014, y se realizaron las acciones destinadas a establecer la causa y ejecutar las recomendaciones efectuadas por el proveedor del equipo, Autoflame Chile Ltda., según se indicó en lo principal de este escrito.

En efecto, mi representada ha actuado de buena fe reportando los resultados de emisiones de la Unidad N° 1 trimestralmente e, incluso, en virtud de lo dispuesto en la Res. Ex. N° 33/2015 de la SMA, sustituyendo los datos para el periodo 2014.

- ***El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado***

Esta circunstancia está regulada en el artículo 40 letra h) de la LO-SMA que se refiere a “*El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado*”, la que no concurre en el presente caso pues no se ubica en un área silvestre protegida del Estado.

- b. Concurrencia de circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la sanción.**

Se hace presente que en el caso, concurren las siguientes circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la sanción:

- ***Conducta anterior positiva asociada al cumplimiento***

De acuerdo al artículo 40 letra e) de la LO-SMA se considera “*la conducta anterior del infractor*” para la determinación de la sanción. En este marco, lo cierto es que Compañía Eléctrica Tarapacá S.A. no ha sido sancionada por la SMA. Si bien la SMA ha formulado cargos en contra de mi representada mediante Ord. U.I.P.S. N° 21 de 8 de enero de 2014, asociado a la causa ROL F-022-2013, y Res. Ex. N° 3/ROL F-049/2014 de fecha 14 de agosto de 2014, en ambos casos se ha declarado la ejecución satisfactoria del programa de cumplimiento, por lo que se han concluido ambos procedimientos administrativos sancionatorios sin sanción alguna.

- **Conducta posterior positiva asociada al cumplimiento**

De acuerdo a la letra i) del artículo 40 de la LO-SMA, para la determinación de la sanción específica se considerará “*todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción*”. En dicho contexto, puede considerarse como criterio la conducta posterior positiva del infractor, la cual se plasma en su voluntad de hacerse cargo de la supuesta infracción que se le imputa y sus efectos.

Al respecto, mi representada reportó a la SMA la falla del equipo de medición en el respectivo reporte trimestral, al tiempo que ha ejecutado los estudios destinados a verificar la causa de la falla, así como ha implementado las recomendaciones del proveedor.

Aún más, ha realizado la auditoría anual requerida por la SMA, cuyo Informe de Resultados Auditorías Anuales en CEMS Unidades TG1A y TG1B de la Central Quintero y Unidad I de la Central San Isidro, fue ingresado a la SMA con fecha 12 de junio de 2015.

IV.-

PETICIÓN CONCRETA AL FISCAL INSTRUCTOR DEL PROCEDIMIENTO

En consideración a los argumentos de hecho y de derecho expuestos solicitamos tener por presentados los descargos en forma y dentro de plazo y, en su mérito:

1. **Absolver a mi representada** de la infracción al artículo 35 letra h) de la LO-SMA por la superación al límite máximo de emisión de MP fijado en el artículo 4 del D.S. N° 13/2011 y la Circular N° 1/2015, en atención a la ostensible **ilegalidad cometida al imponer un régimen sancionatorio que no estaba vigente a la época de la supuesta comisión del hecho infraccional**, y **SUBSIDIARIAMENTE**, en el evento que se estime aplicable dicho régimen, **por imputarse a un error inducido por la Administración** que exculpa de responsabilidad a mi representada.
2. **EN SUBSIDIO**, en el improbable evento que se estime aplicable el D.S. N° 13/2011 con su complementación administrativa retroactiva, absolver a mi representada **pues los datos entregados por el equipo de medición de MP no resultan válidos** a la luz de la falla del equipo de medición de MP reportada oportunamente a la SMA; y en el improbable supuesto que se consideren como **datos válidos**, **recalifique la infracción de grave a leve y aplique la mínima sanción que en derecho corresponda**, en razón de la clara concurrencia de circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la sanción y la falta de

conurrencia de beneficio económico y de aquellas que aumentan el componente disuasivo.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a usted por acompañados con esta presentación, en formato papel y electrónico (1 CD), los siguientes documentos:

1. Copia de Informe Reporte Trimestral, periodo 01/04/2014-30/06/2014.
2. Copia de “*Informe Visita Técnica – CT San Isidro*”, elaborado por Autoflame Chile Ltda.
3. Copia de informe técnico GE-PTCC-01-15 “*Modificación de aporte de aire purga al equipo de medición de concentración de material particulado Durag D-R290 de chimenea HRSG San Isidro I*” de 14 de julio de 2014.
4. Copia de “*Informe Técnico sobre emisiones potenciales de MP. Central San Isidro. Unidad I*”, elaborado por Inerco.
5. Copia de “*Informe de análisis de mediciones de MP en la red de estaciones de monitoreo de calidad del aire para el periodo 2014*”, elaborado por Endesa.
6. Copia de Resoluciones del Laboratorio: Res. Ex. N° 6342, de 12 de marzo de 2002, del Servicio Nacional de Salud de la Región Metropolitana y Res. Ex. N° 10192, de 7 de marzo de 2008, de la SEREMI de Salud de la Región Metropolitana.
7. Copia de carta de JHG de 12 de junio de 2015 que ingresa el informe de auditoría de San Isidro I.
8. Copia de mandato que acredita mi personería para representar a Compañía Eléctrica de Tarapacá S.A.

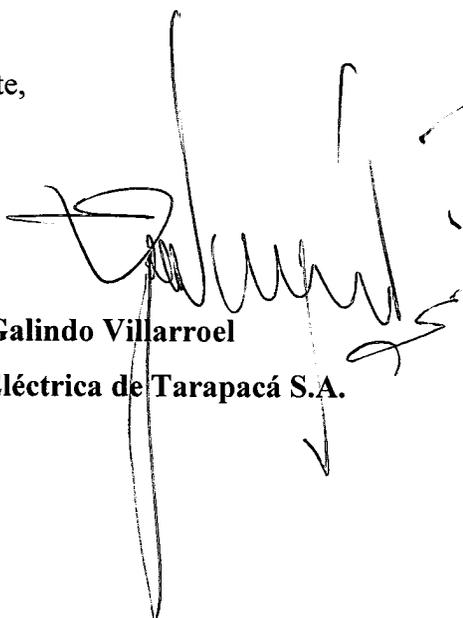
SEGUNDO OTROSÍ: Se hace presente que nuestra compañía hará uso de los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción de este procedimiento sancionatorio, de modo de acreditar los hechos en los cuales fundamenta sus descargos, en particular a fin de acreditar que los datos registrados por el CEMS-MP que fundamentan el presente proceso de sanción en caso alguno son válidos, así como la inexistencia de riesgo para la salud de la población por la supuesta superación de la norma de emisión. Estos medios de prueba buscarán acreditar las circunstancias objetivas de los supuestos de hechos de este procedimiento y las circunstancias subjetivas que configuran las circunstancias alegadas.

TERCER OTROSÍ: Se hace presente al Sr. Fiscal Instructor del Procedimiento Sancionatorio que, con el objeto de reforzar las alegaciones que sustentan los descargos formulados, mi representada acompañará Informe en Derecho durante la etapa de instrucción de este procedimiento de sanción con el objeto de poder establecer que, en la especie, los cargos formulados han efectuado una aplicación retroactiva de los límites de emisiones establecidos en el D.S. 13/2011, efectuándose en consecuencia una formulación

cargos que infringe disposiciones establecidas en nuestra Constitución en relación a los límites que debe respetar el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Este informe en derecho será desarrollado por un profesor de Derecho Administrativo de reconocido prestigio.

CUARTO OTROSÍ: En escritura pública que se acompaña consta el poder en función del cual actúo en nombre y representación de la reclamante y de los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión CECILIA CAROLINA URBINA BENAVIDES, JOSÉ LUIS FUENZALIDA RODRÍGUEZ, PABLO EDUARDO ORTIZ CHAMORRO, ELIANA IRENE FISCHMAN KRAWCZYK, DORIS PATRICIA SEPÚLVEDA SOLAR, PABLO IGNACIO MÉNDEZ ORTIZ, y WALDA ALEJANDRA FLORES GONZÁLEZ, todos domiciliados para estos efectos en calle La Concepción N° 141, oficina N° 1106, comuna de Providencia, región Metropolitana.

Sin otro particular, se despide atentamente,



Mario Galindo Villarroel
pp. Compañía Eléctrica de Tarapacá S.A.