

17 JUL 2015

ANT: Res. Ex. N° 1/ ROL F-015-2015, de 9 de junio de 2015.

REF: Expediente Sancionatorio N° F-015-2015.

MAT: 1. Presenta descargos. 2. Acompaña documentos. 3. Designa 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 **Empresa Nacional de Electricidad S.A.** (en adelante “ENDESA”) 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-015-2015, 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 2° de la Ley N° 20.417 (en adelante, “LO-SMA”), conforme a los antecedentes que se pasan a exponer.

I.-

ANTECEDENTES GENERALES DE LA DE LAS UNIDADES GENERADORAS N° 3, 4 Y 5 DE LA CENTRAL TÉRMOELÉCTRICA HUASCO Y DE LA UNIDAD GENERADORA N° 1 DE LA CENTRAL TÉRMOELÉCTRICA DIEGO DE ALMAGRO

La Central Termoeléctrica Huasco perteneciente a Endesa ubicada en la Comuna de Huasco, Provincia de Huasco, en la Región de Atacama. Hasta el año 2007, contaba con

dos turbinas de vapor (unidades N°1 y N°2) y tres turbinas a gas (unidades N°3, N°4 y N°5), sin embargo las unidades a vapor fueron declaradas fuera de servicio durante este año. En la actualidad, la instalación en conjunto tiene una potencia instalada de 64,23 MW, y está compuesta de tres unidades generadoras del tipo turbinas a gas de ciclo abierto (TG), de 21,41 MW cada una, que utilizan como combustible petróleo diésel clase B.

Las unidades de generación N° 3, N° 4 y N° 5, cuentan con monitoreo alternativo, cuya aprobación consta en Resolución Exenta N° 331 de 30 de junio de 2014.

En tanto, la Central Termoeléctrica Diego de Almagro, también perteneciente a Endesa, ubicada en la Comuna de Diego de Almagro, Provincia de Chañaral, en la Región de Atacama, tiene una potencia instalada de 23,8 MW y está compuesta por una unidad generadora del tipo turbinas a gas (TG) que utiliza como combustible petróleo diésel clase B. la unidad en comento cuenta con monitoreo alternativo, cuya aprobación consta en Resolución Exenta N° 372 de 17 de julio de 2014.

II.-

ANTECEDENTES DEL PROCESO DE SANCIÓN Y FORMULACIÓN DE CARGOS

Con fecha 9 de junio de 2015, el fiscal instructor emitió la Res. Ex. N° 1/F-015-2015, por medio de la cual se da inicio al presente procedimiento de sanción y resuelve formular cargos a ENDESA.

De acuerdo a los considerandos 11, 13 y 14 de la referida Res. Ex. N° 1, la formulación de cargos se funda en que:

“(...) 11. Que, en el informe individualizado se establece que la empresa no ha reportado en la plataforma de termoeléctricas de esta Superintendencia ninguno de los 4 reportes trimestrales requeridos por la norma para evaluar su cumplimiento y que, por lo tanto, no es posible evaluar cumplimiento del límite de emisión de MP de Diego de Almagro.

13. Que, en los informes individualizados se verifica que la empresa respecto de las 3 unidades generadoras analizadas no ha reportado en la plataforma de termoeléctricas de esta Superintendencia ninguno de los 4 reportes trimestrales requeridos por la norma para evaluar su cumplimiento y que por lo tanto, no es posible evaluar cumplimiento del límite de emisión de MP en las unidades generadoras Huasco TG3, Huasco TG4 y Huasco TG5.

14. Que además se deja constancia que ENDESA S.A. respecto de la unidades generadoras Huasco TG4 y Huasco TG5 no contestó el formulario electrónico de termoeléctricas, donde se identifica e individualizan las centrales termoeléctricas y sus unidades generadoras respectivas.”

Por tanto, la Res. Ex. 1 resuelve:

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

- 1. Los siguientes hechos, actos u omisiones que constituyen infracciones conforme al artículo 35 j) de la LO-SMA, en cuanto corresponden a incumplimientos de los requerimientos de información que la Superintendencia dirige a los sujetos fiscalizados, de conformidad a la LO-SMA:*
 - 1. No presentar los reportes trimestrales de monitoreo continuo de emisiones actualizado respecto de la Unidad Generadora N° 1 de la Central Termoeléctrica Diego de Almagro (Diego de Almagro TG1).*
 - 2. No presentar los reportes trimestrales de monitoreo continuo de emisiones actualizado, respecto de la Unidad Generadora N° 3 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG3).*
 - 3. No presentar los reportes trimestrales de monitoreo continuo de emisiones actualizado, respecto de la Unidad Generadora N° 4 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG4).*
 - 4. No presentar los reportes trimestrales de monitoreo continuo de emisiones actualizado, respecto de la Unidad Generadora N° 5 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG4).*
- 2. Los siguientes hechos, actos u omisiones que constituyen infracciones conforme al artículo 35 e) de la LO-SMA, en cuanto corresponden a incumplimientos de las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparte en el ejercicio de las atribuciones que le imparte la LO-SMA:*
 - 5. No reportar en la plataforma electrónica de termoeléctricas el Formulario asociado a la Unidad Generadora N° 4 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG4).*
 - 6. No reportar en la plataforma electrónica de termoeléctricas el Formulario asociado a la Unidad Generadora N° 5 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG5).*

Los hechos constitutivos de las infracciones imputadas en los cargos N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4 fueron clasificadas como gravísimas en virtud de la letra e) del numeral 1 del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que son infracciones gravísimas, aquellas que hayan evitado el ejercicio de atribuciones de la Superintendencia.

A su vez, las hechos constitutivos de las infracciones de los cargos N° 5 y N° 6 son clasificadas como leves en virtud del numeral 3 del artículo 36 de la LO-SMA, que establece que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.

Finalmente, se confiere un plazo de 15 días hábiles para presentar descargos, el cual fue ampliado por la Res. Ex N°2/ROL F-015-2015, de 2 de julio de 2015, por el término adicional de 7 días hábiles.

III.-

FORMULA DESCARGOS PARA LOS HECHOS QUE SE ESTIMAN CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN

A continuación se exponen las alegaciones de hecho y de derecho asociadas a los hechos que se estiman constitutivos de las infracciones imputadas en la formulación de cargos.

1. EN RELACIÓN A LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE INFRACCIÓN N°^{OS} 1, 2, 3 Y 4, RELATIVOS A NO PRESENTAR LOS REPORTES TRIMESTRALES DE MONITOREO CONTINUO DE EMISIONES, RESPECTO DE LA UNIDAD GENERADORA N° 1 DE DIEGO DE ALMAGRO Y LAS UNIDADES GENERADORAS N° 3, N° 4 Y N° 5 DE LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA HUASCO.

1.1. Ilegalidad del procedimiento y del cargo formulado por pretender fraccionar o dividir el hecho constitutivo de infracción mediante la imputación de múltiples cargos en infracción al principio de tipicidad y de proporcionalidad.

Conforme al resuelvo I N° 1 de la formulación de cargos, se ha imputado a mi representada, de manera improcedente e ilegal, cuatro veces el tipo infraccional contenido en la letra j)

del artículo 35 de la LO-SMA, esto es el incumplimiento de los requerimientos de información que la Superintendencia dirija a los sujetos fiscalizados, respecto de un mismo y único hecho infraccional, por lo que se debe dejar sin efecto dichos cargos, por haberse formulado con abierta infracción a los artículos 49 y 60 de la LO-SMA y a los principios de tipicidad y proporcionalidad, que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Como se expondrá, se trata de un solo requerimiento de información, dirigido exclusivamente a mi representada en su calidad de sujeto fiscalizado, responsable de las unidades de generación singularizadas y obligado por el requerimiento contenido en la Res. Ex. N° 272/2015, mandato que tiene como único objeto para esa Superintendencia acceder a los antecedentes y datos que ahí se expresan.

Al respecto, ilegalmente la Formulación de Cargos estima como hechos constitutivos de infracción, por separado, el no presentar los reportes trimestrales de monitoreo continuo de emisiones respecto de la Unidad Generadora N° 1 de la Central Termoeléctrica Diego de Almagro, de la Unidad Generadora N° 3 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG3), de la Unidad Generadora N° 4 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG4) y de la Unidad Generadora N° 5 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG5). Se identifica el resuelvo segundo de la Resolución Exenta N° 272/2015 como el requerimiento de información infringido, y las Resoluciones Exentas N° 163/2014 y N° 33/2015 son mencionadas como instrucciones generales asociadas a dicha infracción.

Corresponde tener en cuenta que la resolución individualizada en los cargos como el requerimiento infringido, contiene dos solicitudes de información dirigidas a ENDESA. En el resuelvo primero del acto en cuestión se requiere con carácter urgente la información exigida en la Resolución Exenta N° 33 de 2015, de la Superintendencia, esto es, las planillas XLS con la información actualizada en las que se declara las emisiones de material particulado para el año calendario 2014, para la UGE Bocamina I, Taltal TG1, Taltal TG2, y San Isidro II. Por su parte, en el resuelvo segundo se requiere con carácter urgente la información exigida en la Resolución Exenta N° 163 de 2014, de la Superintendencia, esto es, las planillas XLS con la información trimestral para todo el año calendario 2014, para la UGE Huasco TG3, Huasco TG4 y Huasco TG5, Quintero TG1B y Diego de Almagro TG1.

Ahora bien, es el requerimiento contenido en el resuelvo segundo de la Resolución Exenta N° 272/2015 el que sirve a esta Superintendencia para imputar el tipo infraccional de la

letra j) del artículo 35 de la LO-SMA respecto de las unidades generadoras Diego de Almagro TG1, Huasco TG3, Huasco TG4 y Huasco TG5.

Al respecto, cabe consignar que este requerimiento, aun cuando tenga por objeto recopilar los antecedentes de monitoreo exigidos en la Resolución Exenta N° 163 de 2014 antes referenciada, se encuentra dirigido exclusivamente a ENDESA como sujeto fiscalizado por esta Superintendencia, y solicita a mi representada como “un todo” la entrega de los reportes trimestrales asociados a las unidades generadoras Huasco TG3, Huasco TG4 y Huasco TG5, Quintero TG1B y Diego de Almagro TG1.

Se trata de un solo requerimiento de información dirigido a ENDESA, que genera la obligación de informar a la autoridad respecto de las unidades de generación que indica el respectivo acto administrativo, todas instalaciones de titularidad de mi representada. Este mandato comprende la solicitud de una serie de antecedentes y datos, en que se distinguen unidades generadoras con la finalidad de organizar la solicitud, entrega y análisis de la información requerida, más su incumplimiento está asociado a un único disvalor derivado de la no entrega de los antecedentes individualizados en el mismo y la afectación del respectivo bien jurídico que persigue resguardar el tipo infraccional contenido en el artículo 35 letra j) de la LO-SMA. En ningún caso el disvalor de la conducta se puede desagregar o fraccionar en razón de los distintos documentos requeridos y clasificados en el mismo requerimiento según cada una de las unidades de generación de propiedad de mi representada.

Al analizar la imputación contenida en la formulación de cargos, corresponde recalcar que nos encontramos frente a un mandato impartido a una misma persona jurídica, la que recibe en un mismo acto el requerimiento respecto de una serie de establecimientos de los que es responsable. Tal mandato no se dirige a distintos centros de decisión, generadores de actos volitivos separados e independientes, sino que a un único sujeto regulado cuya conducta infractora es objeto de reproche en sede administrativa. Como Ud. podrá apreciar, no existe motivo alguno para no aplicar en la especie la misma lógica con la que la Superintendencia juzga la conducta anterior de un sujeto regulado, atendiendo a su proceder en todos y cada uno de los establecimientos de su responsabilidad, y no descomponiendo el análisis por instalación, como aquí se pretende, al imputar el mismo hecho constitutivo de infracción cuatro veces.

De este modo, la SMA no puede imputar cuatro veces, como hecho infraccional, la no presentación de los reportes de monitoreo continuo de emisiones, por cuanto el hecho

infraccional –en los términos planteados por la Superintendencia– es uno solo, y corresponde a la no entrega de la información requerida en la Resolución N° 272/2015, con independencia de cuantas unidades generadoras pudiesen haber sido mencionadas en el mismo.

Cuando se pretende fragmentar el hecho constitutivo de infracción en la imputación de cuatro cargos de idéntico contenido material, reprochando cuatro veces la misma conducta, la Superintendencia incurre en una flagrante infracción de los artículos 49 y 60 de la LO-SMA. La primera disposición, referida al inicio de la etapa de instrucción del procedimiento sancionatorio, prescribe que esta se iniciará con una “*formulación precisa de los cargos*” la que señalará “*una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción*”, además de las normas, medidas o condiciones eventualmente infringidas y la sanción asignada. Nada más lejano a la exigencia de claridad y precisión que una imputación segmentada, descompuesta en forma artificial, que desconoce la unidad de acción que se deriva del mandato cuya presunta infracción se reprocha. Se realizan aquí un grupo de imputaciones donde hay una sola conducta, abriendo la puerta a una punición múltiple de la misma conducta, lo que repulsa a la ley, como se lee en el artículo 60: “*En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas*”. De manera que, de mantenerse los cargos formulados, y en definitiva, de estimar el Superintendente que mi representada es responsable, se podrían imponer cuatro sanciones administrativas por el mismo hecho, esto es, la presunta infracción de un requerimiento de información dirigido a ENDESA mediante la Res. Ex. N° 272/2015, asociado a una misma normativa, y respecto de instalaciones que se encuentran bajo su titularidad. Ello resulta improcedente y en tal sentido, corresponde desde ya dejar sin efecto los cargos formulados.

En términos más generales, la infracción de los artículos 49 y 60 de la LO-SMA en el marco de la formulación de cargos implica transgredir los principios de tipicidad y proporcionalidad, que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Se pretende ampliar el rango de infracciones administrativas previstas como tales por la ley por la vía de fraccionar el hecho constitutivo de infracción en cuatro cargos vinculados a cada unidad generadora involucrada. A partir de la Res. Exenta N° 272/2015 existía solo un deber de información, cuyo cumplimiento compelía a mi representada en su calidad de sujeto fiscalizado. Lo contrario, es decir, fraccionar el deber de información según el número de unidades de generación mencionadas en el requerimiento, además de aumentar la gravedad de cualquier eventual sanción, constituye una infracción a la letra j) del artículo 35 de la LO-SMA, el cual debe ser integrado con la

descripción típica del requerimiento de información respectivo¹, de modo que la actividad sancionadora de la SMA no puede extenderse a supuestos de realización que vayan más allá de lo señalado expresamente, sin que ello implique una flagrante violación al principio de tipicidad.

Este cometido vulnera asimismo la debida adecuación entre el disvalor del hecho y la sanción a imponer. Un ejercicio desproporcionado de la potestad sancionadora, traducido en la potencial aplicación de varias sanciones respecto de un mismo hecho infraccional, no se encuentra amparado por las reglas ni principios que rigen el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia.

En conclusión, habiendo esta Superintendencia imputado el tipo infraccional contenido en la letra j) del artículo 35 de la LO-SMA, el único hecho infraccional susceptible de imputarse a mi representada era la no entrega de la información requerida mediante Res. Exenta N° 272 respecto de las unidades de generación mencionadas en el resuelvo segundo de dicho acto administrativo.

En definitiva, la formulación de cargos de los cargos contenidos en el resuelvo I N° 1 de la Resolución Exenta N° 1/F-015-2015 adolece de ilegalidad, al imputar cuatro veces el tipo infraccional contenido en la letra j) del artículo 35 de la LO-SMA respecto de un mismo y único hecho infraccional, lo que infringe los artículos 49 y 60 del mismo cuerpo legal, así como los principios de tipicidad y proporcionalidad que rigen la actuación de la Superintendencia. Por ello, se solicita desde ya proceder a dejar sin efecto la formulación de cargos por constituir un acto arbitrario e ilegal.

¹ Al respecto, el tipo infraccional de la letra j) del artículo 35 de la LO-SMA, dada su falta de completitud, se puede asimilar al tipo infraccional de la letra a) del artículo 35 de la LO-SMA, respecto del cual el Segundo Tribunal Ambiental, en Rol R-06-2013, resolvió:

"Cuadragésimo noveno: Que otro argumento del reclamado tendiente a reconocer la existencia del concurso infraccional imperfecto, se refiere a que si entendemos que cada hecho constituye una infracción, se estaría ante una ley sancionatoria administrativa en blanco, cuyo complemento estaría entregado a cada Comisión de Evaluación Ambiental o al Director Ejecutivo del SEA, violándose rotundamente el principio de legalidad y de tipicidad, argumento que fue respaldado con el informe en derecho del profesor Jean Pierre Matus, que rola a fojas 702. Sobre el punto, este Tribunal entiende que se trata de un cuestionamiento de naturaleza constitucional que debiese ser planteado en dicha sede; sin perjuicio de ello, cabe señalar que el supuesto atentado a los principios de legalidad y tipicidad -en rigor, a éste último se presentaría igualmente si se entendiera que el artículo 35 letra a) se encuentra tipificado como una unidad jurídica infraccional que permite sancionar todos los incumplimientos como una sola infracción."

Esto es así, por cuanto para conocer cuál es la norma, la condición o la medida transgredida y, en definitiva, que el titular del proyecto conozca qué puede hacer y qué no -so pena de ser sancionado administrativamente siempre se debe estar necesariamente al contenido de la RCA específica y particular que resulta del proceso de evaluación ambiental del proyecto. Lo anterior se debe a que el tipo infraccional del artículo 35 letra a) no puede ser realizado por cualquier persona, sino que únicamente por un sujeto calificado, que es el titular de un proyecto y sólo respecto de su(s) RCA, de manera que el contenido de esta será fundamental para determinar si hay o no infracción".

1.2. Errónea fundamentación de los cargos e inaplicabilidad de la Resolución Exenta N° 33/2015 como instrucción general asociada al requerimiento de información que se estima infringido.

Sin perjuicio que el cargo formulado se refiere al incumplimiento del requerimiento de información formulado mediante Resolución Exenta 272/2015, esta Superintendencia ha vinculado al mismo, como normativa aplicable, la Resolución Exenta N° 33/2015, la cual como se pasará a explicar no resulta aplicable a las unidades generadoras que se han acogido a un monitoreo alternativo, dejando en evidencia con ello, un error en la fundamentación de la imputación que se ha efectuado a mi representada

Para contextualizar, cabe indicar que esta Superintendencia publicó el 25 de enero de 2013 en el Diario Oficial, esto es, seis meses antes que venciera el plazo de dos años para cumplir el artículo 8º del D.S. N° 13/2011 que exige contar con un sistema de monitoreo continuo de emisiones (CEMS), la Resolución Exenta N° 57/2013, que aprueba el "Protocolo para Validación de Sistemas de Monitoreo Continuo de Emisiones [CEMS] en Centrales Termoeléctricas", que estableció la programación general de ensayos de validación, incluyendo los requerimientos de información asociados y sus plazos de entrega; los ensayos de validación a ejecutar; los requerimientos generales y específicos para su validación; las fórmulas aplicables para cada ensayo; y en general, los requisitos necesarios para la aprobación de los CEMS.

Lo anterior, restringió el plazo de dos años que el artículo 9 de la norma había otorgado a las fuentes existentes para implementar los sistemas de monitoreo continuo de emisiones, a tan solo seis meses, dejando ello en evidencia que la dictación del protocolo se efectuó demasiado tarde, y que su aplicación inmediata constituyó una defraudación de la confianza legítima de los destinatarios de la norma de emisión que condujo a una serie de dificultades en el proceso de adaptación y a un bajo desempeño evidenciado por todos los actores involucrados.

Adicional a ello, recién el 18 de mayo de 2013, solo un mes previo al vencimiento del plazo de dos años antes referido, se publicó en el Diario Oficial el Anexo II de dicho protocolo, que fue aprobado mediante Resolución Exenta N° 438/2013. Este anexo se refiere a casos especiales de centrales termoeléctricas que, dada sus condiciones operacionales, les resulta técnicamente difícil el poder cumplir con los ensayos de validación, principalmente porque estos exigen niveles operacionales cuyas unidades generadoras no logran cumplir, incorporando "metodologías alternativas" para el monitoreo continuo establecidas en la

misma parte 75, volumen 40, del Código de Regulaciones Federales de la EPA, permitiéndoles acogerse a monitoreos alternativos.

Ahora bien, ante dicho escenario regulatorio, y reconociendo la complejidad del proceso de instalación y validación de los CEMS, que condujo a que una vez que entró en vigencia el límite de emisión de MP, esto es el 23 de diciembre de 2013, la mayoría de las unidades de generación eléctrica se encontrasen en proceso de certificación, el Ministerio del Medio Ambiente en uso de sus atribuciones legales, a través de la circular interpretativa N° 1 de 2015, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de febrero de 2015, dispuso que para el primer año de evaluación de la norma de emisión, la SMA podría utilizar un procedimiento de sustitución de datos de carácter especial, que sería aplicable por única vez para el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2013 y hasta la fecha de la conclusión de los ensayos de validación que sirvieron de base para la obtención de la certificación inicial del CEMS.

Por su parte, esta Superintendencia, en virtud de la interpretación analizada, con fecha 19 de enero de 2015, mediante resolución exenta N° 33, regula el procedimiento especial de sustitución de datos contemplado por el Ministerio para el primer año de evaluación de la norma de emisión, y divide el año calendario en dos períodos: (i) un primer período que transcurre desde el 23 de diciembre de 2013 hasta las 00:00 horas del día siguiente al que culminaron los ensayos de validación para MP y flujo, y (ii) un segundo período que transcurre desde dicha fecha hasta el 31 de diciembre de 2014. Cabe destacar que para el primer período se consideran las mediciones de MP que se hayan realizado bajo el método de referencia CH-5 y por parte de un laboratorio autorizado por la SEREMI de Salud, en tanto que para el segundo se consideran los datos adquiridos por el CEMS.

Dicho contenido, deja en evidencia que la Resolución Exenta N° 33/2015 no puede considerarse infringida, ya que tiene un ámbito restringido, que se refiere a los sujetos regulados que al no contar con sus CEMS validados, no pudieron disponer de datos adquiridos válidamente para el período evaluado, y que en virtud de esta instrucción general pueden sustituir los mismos, mediante el procedimiento especial en ella regulado.

En tanto que, en lo que respecta a las unidades generadoras con monitoreos alternativos aprobados por esta Superintendencia, a éstas no es factible aplicar el procedimiento especial de sustitución de datos, toda vez que dicho proceso de aprobación no contempla ensayo de validación alguno, que como se expuso, corresponde al hito que permite distinguir los períodos para la evaluación de cumplimiento del límite de MP.

Por ello, cabe relevar que las unidades generadoras en análisis se acogieron a monitoreos alternativos de sus emisiones, sometiendo a evaluación sus respectivos informes previos de validación en agosto de 2013, en tanto que los informes finales de metodologías para monitoreo alternativos fueron ingresados en diciembre de 2013, emitiendo la SMA con fecha 30 de junio de 2014 la Resolución Exenta N° 331, que aprobó la solicitud de monitoreo alternativo y designó metodología a utilizar para las unidades de generación eléctrica Huasco TG3, TG4 y TG5, y con fecha 17 de julio de 2014, la Resolución Exenta N° 372, que aprobó la solicitud de monitoreo alternativo y designó metodología a utilizar para la unidad de generación eléctrica Diego de Almagro TG. Si bien las unidades calificaban para todos los monitoreos alternativos descritos en el Anexo II del Protocolo, por factibilidad de implementación se escogió la metodología de Emisiones de Baja Masa (LME), comprometiéndose que sus monitoreos alternativos comenzarían solo una vez aprobada la presente metodología en un plazo máximo de tres meses desde su aprobación.

En consideración a ello, y al ámbito de aplicación de la Resolución Exenta N° 33/2015, que solo dice relación con sujetos regulados que cuentan con un CEMS certificado, no resulta admisible que esta Superintendencia en su formulación de cargos, vincule dicha instrucción general al incumplimiento del requerimiento de información contenido en la Resolución Exenta N° 272/2015. Más aun considerando que el requerimiento de información en cuestión, en su resuelvo segundo para fundamentar la entrega de los antecedentes requeridos hace mención exclusivamente a la Resolución Exenta N° 163/2014. En tanto que la Resolución Exenta N° 33/2015 es solo mencionada para efectos de fundamentar la solicitud de información contenida en su resuelvo primero, y que dirige a las UGE Bocamina I, Taltal TG1, Taltal TG2 y San Isidro II, todas fuentes emisoras que cuentan con su respectivo CEMS.

En razón de la errónea fundamentación de los cargos, que se basa en una instrucción general que no resulta aplicable a las unidades generadoras objeto de los cargos, se solicita dejar sin efecto cargos N° 1, 2, 3 y 4 de la formulación de cargos.

1.3. En subsidio, alegaciones respecto del hecho supuestamente constitutivo de infracción contenido en los numerales 1, 2, 3 y 4 de la formulación de cargos.

1.3.1. Falta de antijuridicidad de la conducta atendida la inexistencia del deber de reportar los informes trimestrales del año 2014.

En el evento que no se dejare sin efecto la Formulación de Cargos, se solicita absolver a mi representada de los cargos imputados por falta de antijuricidad de la conducta de mi representada, atendida la inexistencia del deber de reportar los informes trimestrales para el periodo de evaluación de la norma de emisión objeto del requerimiento de información que se estima infringido, a lo menos para los primeros tres trimestres del año 2014.

Conforme al punto 4 del Anexo II del Protocolo, referido a los requisitos generales de los monitoreos alternativos, el titular de la fuente puede solicitar a esta Superintendencia acogerse a una metodología alternativa de monitoreo para determinar el promedio horario de emisiones de los parámetros SO₂, NO_x, flujo y CO₂, para lo cual deberá presentar a la autoridad una solicitud formal junto a un informe para evaluar la petición. Luego se agrega que para el caso de la metodología para unidades LME, como es el caso que nos ocupa, la solicitud debe también especificar la fecha proyectada a la cual la metodología de LME será utilizada por primera vez.

Cabe indicar que habiéndose escogido la metodología de Emisiones de Baja Masa (LME) por factibilidad de implementación en las unidades de generación objeto de la formulación de cargos, en las respectivas solicitudes se comprometió que su utilización comenzaría una vez transcurridos tres meses contados desde su aprobación.

Por tanto, teniendo en consideración que con fecha 30 de junio de 2014, esta Superintendencia mediante Resolución Exenta N° 331, aprobó el monitoreo alternativo de las unidades de generación Huasco TG3, TG4 y TG5, y con fecha 17 de julio de 2014, mediante Resolución Exenta N° 372, aprobó el monitoreo alternativo para la unidad de generación N° 1 de Diego de Almagro, las primeras se encontraban autorizadas para hacer uso de la metodología LME recién en el mes de octubre de 2014, en tanto que la última en noviembre de 2014.

Es decir, con anterioridad a octubre de 2014, en el caso de las unidades TG3, TG4 y TG5 de la Central Termoeléctrica Huasco, y con anterioridad a noviembre de 2014, en el caso de la unidad TG1 de la Central Termoeléctrica Diego de Almagro, no era factible estimar emisiones, por expresa exigencia del Anexo II del Protocolo, el cual en su punto 4 dispone que “*no se podrá utilizar ningún método alternativo sin la previa aprobación por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente para su uso*”, y que “*la metodología de LME no podrá ser utilizar antes de la fecha de inicio indicada en la solicitud*”.

De esta forma, los periodos en que sí se podía hacer uso de la metodología, se restringen a los meses de noviembre y diciembre de 2014, en el caso de las unidades TG3, TG4 y TG5 de la Central Termoeléctrica Huasco, y al mes de diciembre en el caso de 2014, en el caso de la unidad TG1 de la Central Termoeléctrica Diego de Almagro, los cuales debiesen haberse reportado recién en enero de 2015, y por un período trimestral incompleto, de dos y un mes, respectivamente.

En consecuencia, ENDESA se encontraba eximida de reportar las estimaciones de emisiones correspondientes a los primeros tres trimestres del año 2014, durante el año 2014, periodo cuyos cuatro reportes trimestrales fueron requeridos por la Resolución Exenta N° 272/2015 errónea e ilegalmente.

Por ello, no se ajusta a derecho el contenido del requerimiento de información efectuado por esta Superintendencia mediante Resolución Exenta N° 272/2015, al exigir a mi representada la información a que se refiere la Resolución Exenta N° 163/2014, esto es, las planillas XLS con la información trimestral para todo el año calendario 2014, por cuanto en atención a lo ya señalado, no estaba obligada a generar la información requerida, lo que se ve confirmado además con el hecho que, a diferencia de las unidades que cuentan con CEMs, esta Superintendencia no estableció ningún procedimiento de sustitución de datos durante el periodo previo a la aprobación del respectivo monitoreo alternativo.

De modo que, el requerimiento que se estima infringido contiene una solicitud que excede el deber de información impuesto a mi representada por instrumentos normativos objeto de fiscalización (Anexo II) por lo que no puede configurarse la infracción al mismo.

Por tanto, ante la ausencia del deber de reportar mal pudo mi representada cumplir con el requerimiento de información que se estima infringido, por lo no concurre el elemento antijurídico en la conducta que permite configurar una infracción imputable a mi representada, debiendo, por tanto, procederse derechamente a la absolución de los cargos de los numerales 1,2, 3 y 4 de la formulación de cargos.

1.3.2. Error exculpante inducido por la Administración. Incompatibilidad entre el reporte aprobado para el monitoreo alternativo y el formato de reporte del Sistema de Información de Centrales Termoeléctricas de la SMA.

En el improbable evento que se estime que mi representada debió reportar los resultados del monitoreo alternativo en el período evaluado, pese a no encontrarse obligada de

implementar la metodología, se solicita absolver a mi representada de los hechos infraccionales imputados atendida la concurrencia de un error exculpante inducido por las dificultades de implementación del sistema de seguimiento del D.S. 13/2011 para unidades de generación sometidas a monitoreo alternativo, que imposibilitaron efectuar los reportes.

Como ya se indicase, la unidad generadora N° 1 de Diego de Almagro y las unidades generadoras N° 3, N° 4 y N° 5 de la Central Termoeléctrica Huasco se encuentran sometidas a un monitoreo alternativo que incluye la aplicación de las siguientes metodologías: (i) “Unidad de baja emisión en masa de combustible” (LME), para el cálculo de los contaminantes SO₂, NOX y CO₂; (ii) “Factores AP 42”, para el cálculo de material particulado; (iii) “Metodología de largo plazo”, para el cálculo del consumo energético; y (iv) “Apéndice F del 40 CFR”, para el cálculo de caudal de gases.

Ahora bien, al momento de optar por dichas metodologías, y en cumplimiento de lo dispuesto en el punto 4 del Anexo II “Monitoreos alternativos y monitoreo en fuentes comunes, bypass y múltiples chimeneas”, que establece que, el titular de la fuente que postule deberá adjuntar un plan completo de monitoreo para la unidad, entre otros antecedentes, ENDESA dentro del contenido de los respectivos informes de postulación de fecha 20 de diciembre de 2013, presentó el desarrollo de las metodologías de cálculo, incluyendo la forma en que se reportarán los datos, acompañando incluso un formato de reporte de emisiones. Se acompaña copias de estas presentaciones y los formatos de estos reportes.

Cabe consignar que el formato de reporte de monitoreo alternativo que fue sometido a la aprobación de esta Superintendencia, se diseñó en función de los parámetros de entrada necesarios para el cálculo de emisiones para cada metodología aplicada. Además, en atención a que el Anexo II, para la metodología LME solo permite obtener datos de emisiones máximas y no en concentraciones como lo exige el D.S.N°13/11, se propuso un método para estimar éstas y así poder comparar los resultados con los límites normados.

Conviene también relevar que debido a que ninguna de las dos centrales termoeléctricas cuenta con un sistema automático de adquisición de datos que registre los datos de generación y consumo de combustible de forma instantánea, el modelo propuesto solo entrega valores diarios para cada parámetro calculado.

En el intertanto, con fecha 7 de abril de 2014 se publica la Resolución N° 163 ya antes referenciada, que determina que la única modalidad de envío de los reportes trimestrales de emisiones será mediante la plataforma del Sistema de Información de Centrales Termoeléctricas, en tanto que en el mismo mes esta Superintendencia emite la Guía de dicho sistema, definiendo la primera versión del formato del reporte trimestral, cuya

estructura de datos estaba formulada exclusivamente para centrales que cuentan con un monitoreo continuo de emisiones.

Posteriormente, con fecha 30 de junio de 2014, esta Superintendencia emite la Resolución Exenta N° 331, que aprueba solicitud de monitoreo alternativo y define la metodología a utilizar para las unidades de generación Huasco TG3, TG4 y TG5, para luego con fecha 17 de julio de 2014, mediante Resolución Exenta N° 372, se aprueba la solicitud de monitoreo alternativo y se define la metodología a utilizar para la unidad de generación N° 1 de Diego de Almagro. Se acompaña a esta presentación copia de planillas que conforman el reporte trimestral de emisiones de los monitoreos alternativos aprobados por la SMA

Cabe tener en cuenta que el uso de las metodologías de monitoreo alternativo comenzaría en un plazo máximo de tres meses contados desde la respectiva aprobación. En función de ello, en enero de 2015 la empresa SERPRAM entrega a ENDESA los informes trimestrales de emisiones de cada unidad, correspondientes al primer periodo de evaluación, y que fueron generados conforme al formato de registro diario aprobado por la Superintendencia en el marco de la aprobación de la metodología de monitoreo alternativo, y que pese a ello, no pudieron ser ingresados al sistema de información electrónico de la SMA por ser incompatibles con el formato establecido en la plataforma, según dan cuenta los correos electrónicos intercambiados con esta Superintendencia con fecha 16 de enero de 2015 que se acompañan a esta presentación.

Luego, en marzo de 2015, esta Superintendencia publica la segunda versión de la “Guía sistema de información centrales termoeléctricas”, cuya actualización define una nueva versión del formato del reporte trimestral de emisiones del monitoreo continuo de emisiones, y dispone que en caso de utilizar métodos alternativos, se deberá adjuntar un archivo de datos de promedios horarios en formato csv comprimido en zip, un documento que contenga una descripción de los contenidos mínimos solicitados en el informe (formato pdf y zip) y un archivo excel que justifique las horas que presenten fallas, indicando el tiempo transcurrido desde el momento de inicio de la falla hasta la superación de la misma.

Lo anterior, evidencia que la plataforma está estructurada exclusivamente para monitoreos alternativos que entregan datos horarios, y no diarios como acontece en el caso de los monitoreos de las unidades de generación en cuestión. Incompatibilidad que se verifica también al requerir el sistema de información la carga de todas estas planillas: Archivo de monitoreo datos crudos y normalizados (minuto a minuto); archivo de monitoreo en promedio horarios; archivo extraído del CEMS; informe ejecutivo de análisis y conclusiones; y documento justificación de fallas.

En un intento por solucionar este problema de incompatibilidad del formato de reporte, el 13 de marzo de 2015 el área de Medio Ambiente de ENDESA sostuvo una reunión con funcionarios de la SMA, según da cuenta el correo electrónico referido a la coordinación de la reunión en comento, de fecha 6 de marzo de 2015, que se acompaña a esta presentación. En la ocasión, la autoridad señaló que el problema en cuestión se habría generado por no haber declarado en el censo de termoeléctricas del periodo 2014 que las centrales estaban sometidas a un monitoreo alternativo, requisito habilitante del sistema de centrales termoeléctricas, en circunstancias que la información entregada en el censo del año 2014 sí da cuenta que estas unidades están sujetas a monitoreos alternativos.

El relato recién enunciado solo evidencia la falta de previsión por parte de esta Superintendencia para compatibilizar el sistema de reportabilidad de los monitoreos alternativos aprobados con las reglas de reportabilidad de su sistema informático configurado para unidades que disponen CEMs, cuestión que tampoco rectificó este año al emitir la nueva versión de la guía del Sistema de Información de Centrales Termoeléctricas.

Pese a estas dificultades, ENDESA ha propendido a ajustarse a los requerimientos del Anexo II, primero tramitando las solicitudes respectivas y hasta la fecha confiando en el amparo que le otorgan las aprobaciones de los monitoreos alternativos a que están sujetas sus unidades generadoras.

De ahí que, el pretender sancionar a mi representada por no haber hecho entrega de la información requerida, en circunstancias que la única vía para hacer entrega de la misma es la electrónica, y esta como ya se expuso, presenta incompatibilidades con el formato de reporte previamente aprobado por esta Superintendencia el año 2014, constituye una vulneración a exigencias tradicionales de certeza, conocimiento y estabilidad del derecho, a la certeza de la situación jurídica propia y a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas tanto de las conductas propias como de la conducta de la autoridad administrativa. Por ello, más allá de la mera constatación de la no entrega de la información requerida, corresponde que esta Superintendencia pondere estas circunstancias que inciden directamente en el disvalor de la infracción imputada.

Sobre esta base, la falta de reporte de los informes trimestrales derivada de las limitaciones informáticas del sistema de seguimiento de la norma diseñado por la Administración, opera como eximente de responsabilidad administrativa, bajo la figura del error invencible e inducido por la misma autoridad y, por tanto exculpante². Por ello, únicamente cabe

² 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.

absolver a mi representada pues no concurre el elemento culpabilidad en el supuesto incumplimiento imputado.

Finalmente, agregar que como documentos adjuntos a estos presentes descargos, se acompañan los respectivos comprobantes de los informes trimestrales del periodo objeto de evaluación de las unidades generadoras en análisis, que fueron cargados en el Sistema de Información de Centrales Termoeléctricas con fecha 13 de julio del presente. Al respecto, cabe hacer presente que la carga solo fue posible forzando la entrada de datos, es decir, completando los formatos de la plataforma de datos horarios y minutales solo con valores ceros, indicando en el resumen ejecutivo que los informes de monitoreo alternativo se encuentran en el apartado “Archivo extraídos del Cems”.

1.3.3. Errónea calificación de gravedad de los hechos constitutivos de infracción N° 1, 2, 3 y 4 de la formulación de cargos. La infracción imputada, en caso de existir, es de carácter leve.

En el improbable evento que se estime que se configuran las infracciones imputadas N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4 de la formulación de cargos, los supuestos de hecho infraccionales imputados son de carácter leve y en ningún caso constituyen infracciones gravísimas.

A juicio de la SMA, los cargos imputados corresponden a infracciones gravísimas en virtud del artículo 36 numeral 1 letra e) de la LO-SMA que dispone, “*1. Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que (...) e) Hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia*”.

De la lectura de los antecedentes en que se funda el presente procedimiento sancionatorio, resulta evidente que no concurren los requisitos que harían aplicable la calificación de gravísima a los hechos imputados.

De la redacción del artículo 36 numeral 1 letra e) de la LO-SMA se desprenden las siguientes circunstancias que deben concurrir para aplicar esta calificante de gravedad: (i) Entorpecimiento en el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia; e (ii) intención directa de producir dicho entorpecimiento; es decir, un elemento subjetivo doloso de generar el efecto de evitar el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia.

En primer lugar, no concurre el entorpecimiento de la actividad fiscalizadora de la Superintendencia, así como del resto de sus atribuciones. El acto aislado, de no haber hecho

entrega de los antecedentes individualizados en el requerimiento de información, no tiene capacidad para afectar de forma decisiva el funcionamiento correcto de la institución ni el ejercicio de sus atribuciones. Esto es, su función de control no puede resultar lesionada por la sola conducta imputada en esta formulación de cargos.

Por otra parte, la metodología de cálculo de MP aprobada para las cuatro unidades en análisis es la misma y se compone de fórmulas, adjuntas a esta presentación, en donde el valor de emisión de MP promedio horario es constante para estas unidades, y no depende de las condiciones de operación de cada unidad.

De modo que, al estar en presencia de un valor de emisión promedio horario fijo, que no depende del consumo de combustible ni de las características de éste, esta Superintendencia no puede pretender que la falta de reporte le impida conocer cuánto emitirá cada unidad, o si ellas cumplen o no el límite de MP de la norma fiscalizada.

Por otra parte, una potencial superación en las concentraciones de este parámetro que un reporte trimestral de monitoreo alternativo pudiese presentar, solo sería el resultado de un error en la definición de los factores de emisiones establecidos en la metodología, y no de emisión efectiva fuera de los valores límites de emisión. De ahí que el seguimiento de las unidades de generación sujeta a monitoreo alternativo se focalice el procedimiento de aprobación y definición de la metodología aplicable, y no en la revisión de los reportes asociados.

Habiendo descartado el elemento objetivo de esta calificante, es clara la falta de concurrencia del elemento doloso que exige la misma, según se desprende de la expresión “*deliberadamente*” que inicia la redacción de la letra e) del artículo 36 de la LO-SMA.

La intención deliberada de producir el entorpecimiento se deriva de la racionalidad de la aplicación de las hipótesis que en dicho literal se indican, ya que todas estas conductas requieren un actuar doloso que excede la mera negligencia del supuesto infractor.

En adición a lo anterior, esta misma Superintendencia ha señalado que la aplicación de esta circunstancia de gravedad requiere de antecedentes “*para acreditar que las infracciones (...) se hubieran cometido con el propósito de evitar el ejercicio de las atribuciones de esta Superintendencia (...)*”³. En otras palabras, el elemento subjetivo de esta circunstancia es preciso: “*impedir de manera deliberada el ejercicio de las atribuciones de la SMA. Tampoco basta que, en los hechos, se produzca un efecto entorpecedor, pues lo que la*

³ Informe de la SMA de fecha 5 de mayo de 2015, elaborado en el marco de las reclamaciones acumuladas ante el Segundo Tribunal Ambiental, roles R-64-2015 y R-65-2015, p. 31.

*circunstancia considera es que ese efecto se acompañe de la intención directa por producirlo*⁴ (el destacado es nuestro).

Ahora bien, en el caso concreto, no se evidencian elementos que den cuenta de dicha intención deliberada, por cuanto en ningún caso respecto a mi representada concurre una conducta que haya perseguido “deshacer, destruir o alterar” la información requerida para privarla de su existencia o utilidad ante esta Superintendencia, como tampoco concurre una conducta tendiente a “ocultar” o a “no exhibir” la información; por el contrario, tal como se indicó, ENDESA siempre manifestó una voluntad tendiente a cumplir con los requerimientos normativos, desde la obtención de la aprobación del monitoreo alternativo hasta el reporte del mismo. Dificultades asociadas a la implementación de los sistemas de seguimiento impidió cargar la información en cuestión, lo que en ningún caso puede constituir un elemento de dolo directo. En segundo lugar, la información en comento no contiene datos sustanciales, ni con capacidad suficiente para establecer la existencia de alguna infracción de competencia de esta Superintendencia, dado que en ninguno de los informes para el periodo de evaluación de la norma, se verifica una superación del límite de MP. Por el contrario, todos los informes trimestrales dan cuenta de su cumplimiento⁵.

Es más, el mismo requerimiento de información que se estima infringido, correspondiente a la Resolución Exenta N° 272/2015, en su resuelvo quinto, advierte que su incumplimiento, dado su carácter urgente, constituirá tan solo una infracción grave, de acuerdo a lo establecido en la letra f) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA. Sin perjuicio de estar de acuerdo con el pronunciamiento de esta Superintendencia, en cuanto a descartar la calificación como gravísima del incumplimiento del requerimiento a continuación se exponen las razones de hecho y derecho para descartar también la concurrencia de la circunstancia a que hace mención la Resolución Exenta 272/2015.

Al respecto, la letra f) del numeral 2 del artículo 36 de la LO-SMA exige para su concreción que la contravención a las disposiciones pertinentes “*conlleven el no acatamiento de las instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia*”. Es decir, la ley exige un reproche adicional a la mera infracción a las condiciones o disposiciones de sus instrucciones generales y/o específicas. De este modo, la circunstancia en cuestión exige que las instrucciones, requerimientos y medidas dispuestas por la Superintendencia, tengan el carácter de urgentes.

Ahora bien, el carácter urgente, como elemento normativo de la calificante de gravedad, debe entenderse aplicable tanto a las instrucciones como a los requerimientos y medidas de

⁴ Ídem, p. 31.

⁵ Las excedencias de SO₂ y NO_x por sobre la norma que consignan los informes gatillarán ante la SMA la solicitud de un cambio en la metodología del cálculo.

la SMA, y apunta, como es natural, a sancionar la desobediencia a órdenes de la autoridad que, de no ser prontamente cumplidas, pueden conllevar un daño ambiental relevante y cierto a los componentes ambientales asociados.

Bajo este criterio, la SMA sancionó a Arica Seafoods S.A., mediante Res. Ex. N° 1027 de 23 de septiembre de 2013, en el marco del proceso de sanción rol D-005-2013, por no entregar la información requerida en tiempo y forma (cons. 51).

No obstante, el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, acogió la reclamación deducida por el titular en contra de la referida resolución, en sentencia de 17 de diciembre de 2014 (rol R-26-2014), indicando que “*(...) para que proceda la aplicación del criterio contenido en la letra f) del numeral 2º, se debe entender que no se trata de un mero “no acatamiento” – pues ello ya está contemplado en la conducta tipificada en el artículo 35 letra j) – sino que exige que el mismo esté revestido de una cierta entidad, que en este caso está dada por la urgencia material de la instrucción, requerimiento o medida dispuesta por la SMA*” (cons. 30 y 31) (el énfasis es nuestro).

En cumplimiento de lo anterior, mediante la Res. Ex. N° 224, de 26 de marzo de 2015, la SMA dicta una nueva resolución sancionatoria, recalificando la infracción a leve pues “*el requerimiento de información realizado a Arica Seafoods Producer S.A. no revistió la urgencia necesaria para configurar la hipótesis del artículo 36 N° 2 letra f) de la LO-SMA. Lo anterior debido a que la información fue solicitada en el contexto de diligencias preliminares de investigación, sin que existieran ni denuncias en contra de Arica Seafoods Producer S.A. ni antecedentes que dieran cuenta de una necesidad especialmente urgente de contar con dicha información*” (cons. 41).

Bajo este mismo criterio, la SMA, al resolver el proceso de sanción Rol D-15-2013 seguido en contra de Endesa por el proyecto Central Térmica Bocamina, mediante Res. Ex. N° 489/2014, reclasificó las infracciones asociadas a incumplimientos a requerimientos de información de la SMA de graves a leves dado que “*ninguno de los requerimientos que se determinaron incumplidos tenían el carácter de urgentes*” (cons. 47).

Por tanto, resulta evidente que la aplicación de esta circunstancia requiere de la existencia de un requisito de urgencia material.

Si bien la Resolución Exenta N° 272/2015 requiere con carácter urgente esta información, este mero pronunciamiento no basta para cumplir con el criterio de urgencia material requerido por el Ilustre Tribunal Ambiental.

Además de ya haber evidenciado que los informes en comento no dan cuenta de superación del límite de MP, al respecto conviene también hacer presente que las unidades generadoras

en cuestión poseen pocas horas de operación al año, por ser unidades de respaldo, descartándose con ello cualquier posibilidad de daño ambiental relevante o cierto a los componentes ambientales asociados. Se acompañan certificados del CDEC SIC que informan los períodos en que las unidades generadoras no registraron producción de energía entre el 23 de diciembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2014, sin perjuicio que dicha información también se encuentra contenida en los reportes trimestrales ingresados el 13 de julio del presente a la plataforma electrónica de esta Superintendencia. A continuación se expone un cuadro que resume las horas de operación de cada unidad durante el año 2014:

Unidad	Horas de operación			
	1er trim	2do trim	3er trim	4to trim
TG3 Huasco	1,78 (12 febrero)	0,54 (4 abril)	0,53 (20 julio) 6,5 (09 septiembre)	8,49 (7 noviembre) 0,37 (11 diciembre)
TG4 Huasco	0,25 (28 marzo)	0	0	0,25 (22 noviembre) 0,37 (10 diciembre)
TG5 Huasco	1,48 (12 febrero) 0,43 (25 marzo)	0	1,4 (20 julio) 0,35 (9 septiembre) 3,28 (11 septiembre)	7,46 (7 noviembre) 0,35 (10 diciembre)
TG1 DDA	0,15 (09 febrero)	0	5,68 (10 septiembre)	8,16 (7 noviembre)

Por tanto, no concurriendo las circunstancias de los numerales 1 y 2 del artículo 36 de la LO-SMA, los hechos constitutivos de infracción deben ser calificados como infracciones de carácter leve, lo cual es consistente con las decisiones de la SMA en casos análogos, y en los cuales ha sustentado la calificación de leve de aquellas infracciones relacionadas con entrega de información relativa a monitoreos, en su baja lesividad.

En efecto, ha señalado “*En respaldo de la mencionada clasificación de las infracciones [leves], la baja lesividad en general de estos incumplimientos, considerando que estos*

corresponden a la omisión de entrega de monitoreos, en tanto, obligaciones relativas al seguimiento del proyecto establecidas en la RCA (...)"⁶

Por tanto, en el improbable evento de estimar que se han cometido las infracciones imputadas, no concurre ninguno de los supuestos que hacen aplicable para ellas la calificante de gravísima que invoca a la formulación de cargos, ni tampoco grave, por lo que corresponde que sean recalificadas como leves.

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

En el improbable evento de considerar que se configuran las infracciones imputadas, se solicita graduar la sanción aplicable considerando la falta de concurrencia de circunstancias que aumentan el monto de la sanción y la concurrencia de circunstancias que disminuyen el componente disuasivo de la misma.

a. Falta de concurrencia de circunstancias agravantes respecto de los hechos infraccional N° 1, 2, 3 y 4 de la formulación de cargos.

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

En este caso, dada la naturaleza de la infracción imputada en el cargo en que se funda la Res. Ex. N° 1/F-015-2015, no existe un daño acreditado ni se ha generado peligro. En consecuencia, la importancia del daño causado o del peligro ocasionado no concurre y por tanto, no puede considerarse para aumentar el componente disuasivo para la supuesta infracción imputada.

- *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 la cantidad de afectados por las conductas que se califiquen como infracciones.

⁶ Res. Ex. N° 777 de 29 de diciembre de 2014, que resolvió el proceso de sanción rol D-21-2013 seguido en contra de Minera Invierno S.A., cons. 54.

Se hace presente que para que opere esta agravante la naturaleza de la infracción imputada debe tener la aptitud suficiente para afectar la salud de la población, lo que en el caso concreto no concurre por cuanto los informes en comento no dan cuenta de ninguna superación del límite de MP, y las unidades generadoras en cuestión poseen pocas horas de operación al año, por ser unidades de respaldo, descartándose con ello cualquier posibilidad de riesgo para la salud de las personas.

- ***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 de la no entrega de la información atendida la falta del deber de aplicar la metodología respectiva y efectuar el reporte a que se refiere el requerimiento de información que se estima infringido. Por otra parte, de la aplicación de la metodología es claro que no existiría excedencia alguna que se pudiera imputar a mi representada.

- ***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*”.

Al respecto, cabe relevar que esta circunstancia ha sido establecida como una calificante, para efectos de incrementar la sanción cuando dicho incumplimiento hubiese sido doloso, esto es, cuando existe una voluntad deliberada que va más allá de la simple inobservancia de las exigencias que se estiman infringidas.

En las supuestas infracciones imputadas no existe antecedente alguno en este proceso que denote o haga presumir que por parte de mi representada una intención deliberada de entorpecer la actividad fiscalizadora de esta Superintendencia. Es más, como ya se indicase, en ningún caso respecto a mi representada concurre una conducta que haya perseguido “deshacer, destruir o alterar” la información requerida para privarla de su existencia o utilidad ante esta Superintendencia, como tampoco concurre una conducta tendiente a “ocultar” o a “no exhibir” la información, por el contrario, tal como se indicó

precedentemente, ENDESA siempre manifestó una voluntad tendiente a cumplir con los requerimientos normativos, desde la obtención de la aprobación del monitoreo alternativo hasta el reporte del mismo, pese a los problemas administrativos y metodológicos que impidieron cargar la información en cuestión, lo que en ningún caso puede constituir un elemento de dolo directo.

En segundo lugar, la información en comento no contiene datos sustanciales, ni con capacidad suficiente para establecer la existencia de alguna infracción de competencia de esta Superintendencia, dado que en ninguno de los informes para el periodo de evaluación de la norma, se verifica una superación del límite de MP.

- ***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.

b. Concurrencia de circunstancias atenuantes

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 anterior y posterior positiva del infractor, la cual se plasma en su voluntad de hacerse cargo de la infracción que se le imputa y sus efectos.

Nuestra compañía, en su afán de trasparencia de su gestión ambiental, y pese a la falta de exigibilidad de la aplicación de la metodología alternativas de medición para los primeros tres trimestres del año 2014, en esta presentación se da cuenta de la carga de los reportes trimestrales del periodo objeto de evaluación (2014) en el Sistema de Información de Centrales Termoeléctricas de esta Superintendencia, mediante comprobantes que se adjuntan en un otrosí de esta presentación.

2. EN RELACIÓN A LOS HECHOS INFRACCIONALES N°S 5 Y 6, RELATIVOS A NO REPORTAR EN LA PLATAFORMA ELECTRÓNICA DE TERMOELÉCTRICAS EL FORMULARIO ASOCIADO A LAS UNIDADES GENERADORAS N° 4 Y N° 5 DE LA CENTRAL TERMOELÉCTRICA HUASCO (HUASCO TG 4 Y TG 5)

El numeral 2 del Resuelvo I de la formulación de cargos imputa a mi representada incumplimientos a las normas e instrucciones generales que la Superintendencia imparte en el ejercicio de las atribuciones que le imparte la LO-SMA, en virtud del artículo 35 letra e) de la LO-SMA, por cuanto no se habrían reportado en la plataforma electrónica de termoeléctricas el Formulario asociado a las Unidades Generadoras N° 4 y N° 5 de la Central Termoeléctrica Huasco (Huasco TG 4 y TG 5).

Al efecto, se estima incumplida la Res. Ex. N° 36/2014 de la SMA, cuyo artículo 2 requiere “*identificar e individualizar las centrales térmicas, sus unidades de generación eléctrica y sus características, sus chimeneas y sus características, los equipos de abatimiento de emisiones instalados y sus descripciones, la descripción de los equipos de abatimiento, los sistemas de monitoreo continuo de emisiones instalados, y el acceso remoto a los datos de monitoreo*”.

En el presente caso, no se ha configurado infracción alguna, por cuanto se ha dado cumplimiento a la instrucción general establecida en la Res. Ex. N° 36/2014 de la SMA al haber remitido en la Plataforma Electrónica de Termoeléctricas el referido formulario asociado a la Central Termoeléctrica Huasco, que incluye en el punto 3, referido a las características de las unidades de generación, las unidades denominadas TG 3, TG 4 y TG 5.

En efecto, se acompaña copia del comprobante de remisión de antecedentes del censo de centrales termoeléctricas de fecha 29 de abril de 2014, código CT7, que certifica la completa recepción de la información reportada. Estos antecedentes fueron actualizados con fecha 14 de mayo de 2014, para las unidades de generación de la Central Termoeléctrica Huasco, según se acredita con copia de certificado adjunto a esta presentación de dicha fecha.

Por tanto, resulta acreditado que no existe el supuesto de hecho que daría lugar a la infracción, por lo que únicamente cabe absolver a mi representada por los cargos formulados en el numeral 2 del Resuelvo I, relativos a los hechos N° 5 y N° 6.

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. En relación a los cargos N° 1, 2, 3 y 4, **dejar sin efecto la Formulación de Cargos** por pretender fraccionar o dividir ilegalmente el hecho constitutivo de infracción mediante la multiplicidad de cargos imputados, en infracción al principio de tipicidad y proporcionalidad, y contener errores manifiestos en la imputación del requerimiento de información infringido, y **subsidiariamente, absolver** a mi representada, tanto por no concurrir el requisito de antijuricidad respecto a su conducta como por concurrir un error exculpante inducido por la Administración, o en su defecto, en el caso que estime que concurre la infracción, **recalificarla de gravísima a leve y aplicar la mínima sanción que en derecho corresponda.**
2. En relación a los cargos N° 5 y 6, **absolver** a mi representada por no configurarse los hechos infraccionales que se le imputan.

PRIMER OTROSÍ: Solicito tener por acompañados, en formato papel y en archivo electrónico (1 CD) los siguientes documentos:

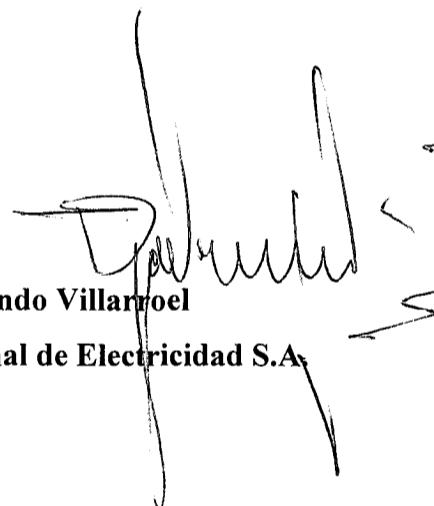
1. Copias de correos electrónicos de fecha 13 de julio del presente, emitidos por centrales.termicas@sma.gob.cl, que dan cuenta de la recepción de los informes trimestrales de emisiones de material para todo el año calendario 2014, de las unidades Huasco TG3, Huasco TG4, Huasco TG5 y Diego de Almagro TG1, en el Sistema de Información Centrales Termoeléctricas de la Superintendencia del Medio Ambiente.
2. Copia de carta del CDEC SIC de 14 de julio de 2015, DO0832/2015 que acompaña Certificados CDEC SIC de 14 de julio de 2015, que informan los periodos en que las unidades generadoras no registraron producción de energía entre el 23 de diciembre de 2013 y el 31 de diciembre de 2014.
3. Copia de comprobantes de remisión de antecedentes del censo de centrales termoeléctricas de fecha 29 de abril de 2014 y de fecha 14 de mayo de 2014, referidos a la unidades TG4 y TG5 de la Central Termoeléctrica Huasco.
4. Minuta “Fórmulas de Metodología de Cálculo de MP”.
5. Copia de Planillas de reporte trimestral de emisiones de los monitoreos alternativos aprobados por la SMA.
6. Copia de solicitudes de monitoreo alternativo de las unidades TG3, TG4 y TG5 de la Central Termoeléctrica Huasco y de la unidad TG1 de la Central Termoeléctrica Diego de Almagro (cartas conductoras, informes previos de validación e informes de postulación).

7. Copia de correos electrónicos intercambiados con funcionarios de la Superintendencia del Medio Ambiente de fecha 16 de enero de 2015 y 6 de marzo de 2015 para efectos de solucionar las dificultades presentadas al cargar los informes en la plataforma electrónica.

Se solicita tener a la vista los informes trimestrales de emisiones ingresados a la plataforma electrónica de esta Superintendencia con fecha 13 de julio del presente.

SEGUNDO OTROSÍ: En escritura pública que se acompaña consta el poder en función del cual actuó 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. Empresa Nacional de Electricidad S.A.

