

ANT: Res. Ex. N° 1/ ROL F-016-2015, de 9 de junio de 2015.

REF: Expediente Sancionatorio N° F-016-2015

MAT: 1. Presenta descargos. 2. Acompaña documentos. 3. Reserva de prueba. 4. Reserva derecho a presentar Informe en Derecho 5. Apoderados.

Santiago, 17 de julio de 2015

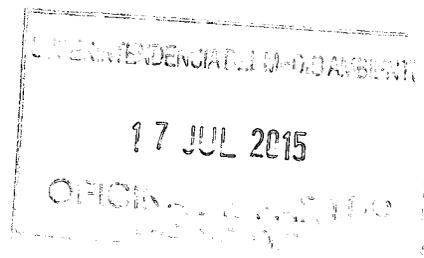
Sr. Federico Guarachi Zuvic

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 Empresa Nacional de Electricidad 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-016-2015, 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 UNIDAD 1 DE LA CENTRAL
TÉRMOELÉCTRICA BOCAMINA**

La Central Termoeléctrica Bocamina, de la cual forma parte la Unidad 1 (UGE Bocamina I), se ubica en la comuna de Coronel, provincia de Concepción, Región del Bío-Bío. La Unidad 1 se encuentra en operación desde el año 1970, es decir de manera previa a la entrada en vigencia del Sistema de Evaluación Ambiental. No obstante, ha sido regulada en

algunos aspectos por la Resolución Exenta N° 206 de 02 de agosto de 2007 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Bío-Bío, que aprueba ambientalmente el proyecto *“Ampliación Central Termoeléctrica Bocamina (Segunda Unidad)”* y en la Resolución Exenta N° 128, de 2 de abril de 2015, de la Comisión de Evaluación de la Región del Bío-Bío, que aprueba ambientalmente el proyecto *“Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad”*.

La UGE Bocamina I corresponde a una turbina de vapor que opera en base a carbón pulverizado, con una potencia bruta de 128 MW.

Cabe hacer presente que la UGE Bocamina I ha estado fuera de servicio por mantenimiento desde las 2:08hrs. del día 26 de agosto de 2014 hasta las 17:03hrs. del 13 de mayo de 2015, oportunidad en que volvió a sincronizarse con el SIC conforme acredita certificado emitido por el CDEC-SIC DO 0783/2015 y ficha de operación real año 2015, obtenida de la plataforma CDEC-SIC, que se acompaña en anexo a esta presentación. Actualmente esta unidad aún se encuentra en pruebas operacionales, para luego ser entregada al CDEC-SIC para su despacho comercial.

Esta unidad cuenta con un equipo de CEMS validado parcialmente por la Res. Ex. N° 222 de 08 de mayo de 2014 que *“Aprueba Informe de Resultados de Ensayos de Validación y Declara Certificado Parcialmente el CEMS de la Unidad de Generación Eléctrica Bocamina I con los alcances que indica”*, la Res. Ex. N° 276 de 10 de junio de 2014 que *“Aprueba Nuevo Informe de Resultados de Ensayos de Validación y Declara Certificado Parcialmente el CEMS de la Unidad de Generación Eléctrica Bocamina I con los alcances que indica”* y totalmente mediante la Res. Ex. N° 615 de 20 de octubre de 2014 que *“Aprueba Nuevo Informe de Resultados de Ensayos de Validación y Declara Certificado Totalmente el CEMS de la Unidad de Generación Eléctrica Bocamina I”*.

Mediante carta de JHG, de fecha 30 de septiembre de 2014, se comunica a la SMA sobre modificaciones que se contempla realizar a la UGE Bocamina I consistentes en i) la incorporación de un desulfurizador de gases, ii) la modificación del filtro de mangas, iii) la instalación de quemadores de bajo NOx consultando sobre cómo se debe operar en relación al CEMS de la unidad. La consulta es respondida por la SMA mediante ORD. N° 1935, de 18 de noviembre de 2014. Por presentación de 30 de enero de 2015, se informa a esta SMA sobre el estado de avance en la instalación y operación del sistema de abatimiento de SO₂, comprometido en la RCA N° 206/2007, y precisada mediante Res. Ex. N° 229 de 21 de agosto de 2007 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Bío-Bío. Finalmente, mediante presentación ingresada a la SMA, con fecha 19 de junio del presente

año, en carta GG N° 085, se da aviso de la ejecución de ensayos de revalidación de CEMS de gases y la realización de las auditorías anuales a los CEMS de material particulado y flujo.

II.-

ANTECEDENTES DEL PROCESO DE SANCIÓN Y FORMULACIÓN DE CARGOS

Con fecha 28 de abril de 2015, mi representada entregó los Reportes Trimestrales de los Monitoreos Continuos de Emisiones de la UGE Bocamina 1 del periodo 2014, en cumplimiento del requerimiento de información formulado por la Res. Ex. N° 372, 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-2015-253-VIII-NE-EI, concluye que:

“La fuente emisora sobrepasa el límite de emisión de MP en operación en régimen durante el 1^{er}, 2^o y 3^{er} trimestre (Anexo 1. En el 4^o reporte trimestral la fuente estuvo en detención programada, sin embargo, se reportan emisiones de material particulado sobre el límite normado”.

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 la Empresa Nacional de Electricidad S.A., en los siguientes términos:

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

El siguiente hecho, acto u omisión constituye infracción conforme al artículo 35 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 Bocamina (UGE Bocamina 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”.

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 determinar el sentido dudoso, oscuro 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

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, 1° de septiembre de 1980, consid. 7°, 2ª parte, sec. Iª, pág. 163.

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 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*

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.

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. A tal conclusión nos conduce la Constitución [...] con la proscripción de que las disposiciones no favorables produzcan efectos retroactivos. [...]”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 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

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.

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.

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 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 Material Particulado (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° 13, de 2011, MMA, norma de emisión para centrales termoeléctricas, 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”*, *“horas de encendido”*, *“apagado”* o *“probables fallas”*, ni el período durante el cual debe evaluarse el cumplimiento.

Por lo anterior, 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:

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

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.

Señala a este respecto el citado Ord. 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, reemplazando la citada 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”*.

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

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 pretender 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 notificados.¹⁶

Pero sobre todo, es claro que, la norma interpretativa no se limita a fijar el sentido y alcance de la norma que interpreta, sino por el contrario, excede este ámbito fijando criterios para evaluar el cumplimiento de la norma, como el período durante el cual se evalúa el cumplimiento.

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, justamente los *“criterios de evaluación de cumplimiento de la norma”*. Nuevamente este acto administrativo de interés general no se publicó en el Diario Oficial.

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.

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 el caso, lo que entiende por horas de funcionamiento, horas de encendido, horas de apagado, falla, 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, e incluso introduce los conceptos de detención programada, detención no programada.

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).

De este modo, es claro que la norma que se denomina interpretativa, excede con amplitud las atribuciones de una norma interpretativa, pues, justificadamente o no, innova sobre la norma que dice interpretar, introduce conceptos, establece criterios que permiten evaluar el cumplimiento de la norma, por lo cual “*no puede atribuírsele tal carácter*”.

Tan evidente es esta innovación que en atención a los criterios de evaluación de cumplimiento fijados por la norma interpretativa, la 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 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, mediante una norma que no tiene la naturaleza de una norma interpretativa, quedó establecido el tipo infraccional por incumplimiento 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 sancionatorio 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 INFRAACCIONAL 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.

Sobre esta base, opera como eximente de responsabilidad administrativa el error invencible y, por tanto exculpante, que en el presente caso adoptó 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 sucede con 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

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°.

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

¹⁹ Ídem.

*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 2/2014, 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 aun, acá 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 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 pues no concurre el elemento culpabilidad en el supuesto incumplimiento de la norma de emisión, pues incurrió en un

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.

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 fijada mediante la Circular N°1/2015, 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.

3.1.1 El dato entregado por el CEMS es errado

En el improbable evento que se estime que la evaluación de cumplimiento del D.S. N° 13/2011 fijada mediante el texto de la Circular IN. AD. N° 1/2015, 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 promedios horarios durante el primer, segundo y tercer trimestre de 2014, de acuerdo a lo reportado por mi representada en el respectivo informe reporte trimestral.

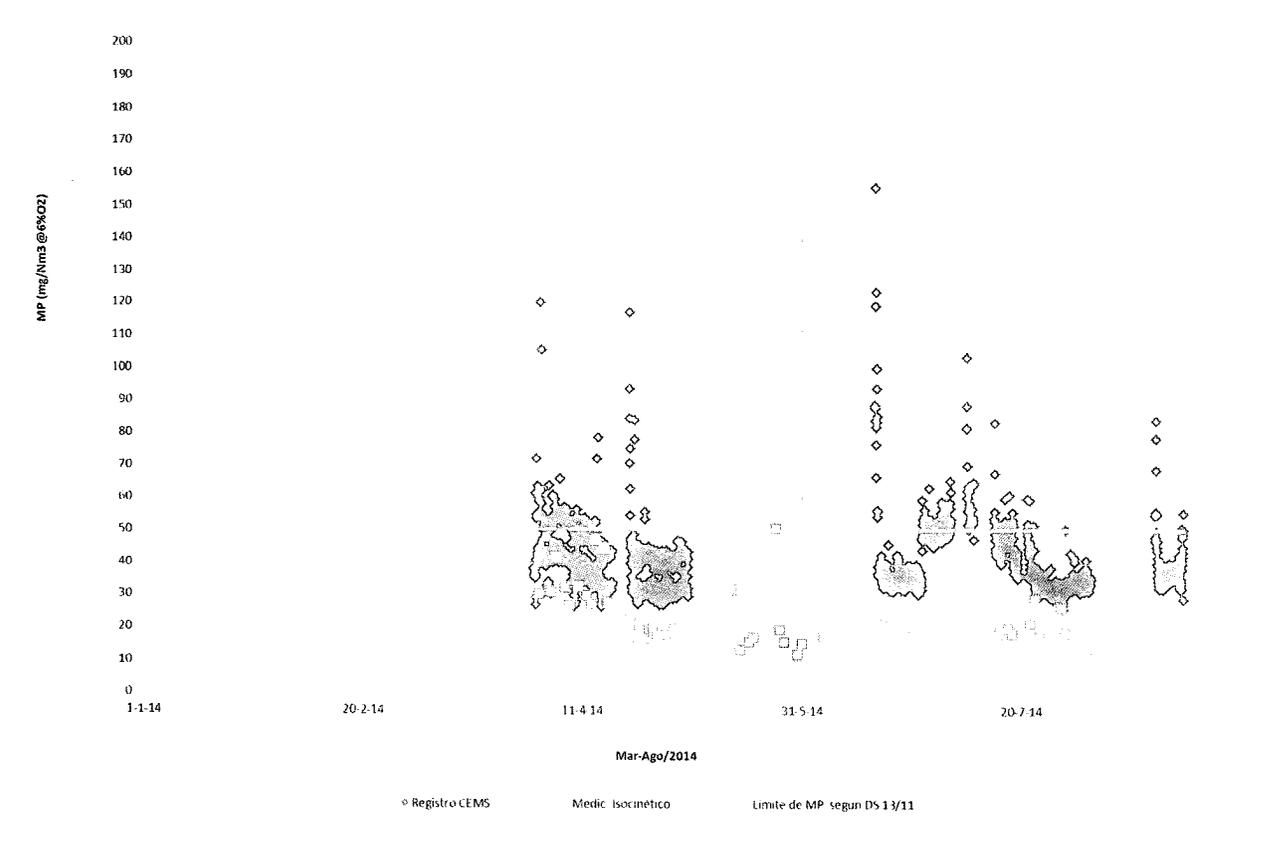
No obstante, se debe considerar que los datos medidos por el equipo de medición CEMS-MP en base a los cuales se informa la superación no eran datos confiables.

Al efecto, se acompaña a esta presentación Informe Técnico Estado CEMS-MP de julio 2015, elaborado por INERCO, consultora internacional especializada en sistemas de monitoreo continuo de emisiones y de reconocida expertise en el área, que identifica deficiencias tanto en el sistema de adquisición de datos del equipo de CEMS-MP de la UGE Bocamina I, como en el tratamiento de los mismos, que afecta la fiabilidad de los datos reportados.

La irregularidad de los datos medidos por el CEMS-MP se hace patente cuando se los compara con las mediciones isocinéticas que se realizan en paralelo en la UGE Bocamina I, lo que puede apreciarse claramente en la gráfica que se presenta a continuación.

En efecto, en el período enero a agosto 2014 se realizaron en total 108 muestreos isocinéticos de material particulado en la Unidad 1. Estos muestreos contemplaron dos corridas de aproximadamente dos horas, una en la mañana y otra por la tarde. De estos valores se obtuvo un valor promedio para el día, como el promedio aritmético de los resultados de ambas corridas. Sus resultados se acompañan en anexo a esta presentación.

Gráfico comparación isocinéticos/CEMS²²



Las mediciones acompañadas acreditan que, con excepción de cuatro episodios puntuales, no se supera el límite de la norma de emisión para (MP) durante el período 2014. De hecho, de los valores de los muestreos isocinéticos, se obtuvo un promedio diario para el período analizado (Enero a Agosto) de 22 mg/m³N.

Lo señalado hasta ahora es consistente con el correcto estado de funcionamiento del sistema de abatimiento de emisiones de la Unidad 1, el Filtro de Mangas Marca ALSTOM, modelo LKPB 2x3x430-8, cuyo objetivo es la captación de la ceniza de los gases de la combustión

²² Se comparan los datos CEMS reportados con las mediciones isocinéticas disponibles

del carbón a la salida de la caldera puesto en servicio en marzo de 2007, que cuenta con una eficiencia de abatimiento que limita la emisión a 50mg/Nmg^3 , según dan cuenta especificaciones técnica del equipo que se acompaña en anexo a esta presentación.

La principal deficiencia en la adquisición de datos del equipo CEMS-MP de la UGE Bocamina I detectada por INERCO en febrero de 2015, de la que da cuenta informe acompañado a esta presentación, consiste en una falla en el sistema de purga diaria automática del equipo CEMS-MP, que no permite un adecuado mantenimiento del sistema.

El mismo informe constata que, por diseño, el equipo no emite una señal de alerta que permita al operador detectar oportunamente que los datos registrados eran datos no confiables, ni genera un registro de la falla.

La situación diagnosticada se encuentra corregida, habiéndose reemplazado el actuador eléctrico asociado a la válvula de purga del equipo, lo que consta en cotización, contrato de pedido y guía de despacho que se acompaña en anexo a esta presentación. Adicionalmente, la empresa implementó un Procedimiento de Revisión Diario del correcto estado de funcionamiento del CEMS, que se acompaña en anexo a esta presentación, el que permite prevenir y detectar oportunamente fallas del equipo e incorporó un programa para interrogar al equipo que permite mantener registro de las alarmas.

Finalmente, se ha elaborado un Programa de Capacitación Técnica CEMS 2015, que se acompaña a esta presentación, para fortalecer las competencias del personal a cargo de la operación y el mantenimiento de los equipos que conforman el CEMS, estableciendo procedimientos que aseguren la confiabilidad y calidad de los datos obtenidos.

En relación al tratamiento de datos crudos, respecto de los datos reportados originalmente, esto es, antes de la dictación de la Res. Ex. 33/2015 que exige re-reportar, el Informe de INERCO determina que, producto de la falta de configuración de la curva de correlación, y de la normalización de los datos, estos fueron infra-reportados. Se hace presente esta circunstancia por cuanto fueron estos los datos tenidos a la vista para la operación de esta unidad de generación durante el año 2014, entendiéndose que la norma durante el período evaluado no se encontraba superada. Los datos fueron corregidos para el segundo informe, reportado en cumplimiento de lo establecido en la Res. Ex 33/2015. De este modo, las deficiencias detectadas se encuentran corregidas, estando, como consta en esta presentación, el CEMS de la Unidad 1 en proceso de revalidación ante la SMA.

En conclusión, los datos medidos por CEMS y reportados a la SMA eran datos no confiables, de modo tal que no permiten obtener un dato comparable con el estándar de emisión establecido en la norma. Conforme dan cuenta las mediciones isocinéticas, con excepción de episodios puntuales, no se supera el límite de la norma de emisión para (MP) durante el período 2014.

3.1.2 La falla del CEMS no se encuentra regulada en el período evaluado

En el período evaluado (2014), las fallas del equipo CEMS no se encontraban reguladas, pues no se encontraba vigente la Circular N° 1/2015 que prescribe que, en caso de falla del CEMS *“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”.*

Dicha circular, y el procedimiento al que da origen, no estaban vigentes en el periodo en que falló el equipo de CEMS de MP. De esta manera, la SMA no puede considerar como un dato de carácter oficial para el cumplimiento del D.S. N° 13/2011, mediciones no confiables, y que para efectos de evaluar cumplimiento de la norma y su reportabilidad, no se encontraba regulada en el período evaluado.

Por tanto, únicamente cabe absolver a mi representada por las supuestas excedencias al límite máximo de emisión de MP en tanto no representa un dato oficial para efectos de evaluar el cumplimiento del D.S. N° 13/2011, pues corresponde a datos no confiables, y que, para efectos de evaluar cumplimiento de la norma, situación que no se encontraba regulada en el período evaluado.

2.2 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, el hecho infraccional que se imputa 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 esta calificación: 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 sancionatorio²³.

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 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 Ambiental²⁴, 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.

²³ Considerando 45.7.1 de la Resolución Exenta N° 1339 de 27 de Noviembre 2013, Procedimiento Sancionatorio F-007-2013.

²⁴ 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.

De la formulación de cargos y de sus antecedentes, no existen elementos que permitan acreditar que mediante la supuesta superación de los valores límites imputados se ha expuesto a receptores a una situación de peligro concreto.

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 y acredite que existe un riesgo, el mismo numeral 2 letra b) del artículo 36 requiere que dicho riesgo sea de significancia²⁵.

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 norma²⁶, siendo claro que la mera superación de una norma de emisión no supone, de por sí, riesgo significativo para la salud de la población. 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 evaluar la significancia del riesgo en la salud “*la exposición deberá considerar la cantidad, composición, concentración, peligrosidad, frecuencia y duración de las emisiones*”²⁷.

En relación al grado de exposición, se acompañará en el marco de este procedimiento sancionatorio Informe de Análisis de Riesgo por MP debido a las emisiones de Bocamina 1 Endesa, Marzo a Agosto de 2014, elaborado por Geoaire Ambiental, que recopila y analiza información sobre los registros de concentración reportados a la autoridad ambiental, y las variables meteorológicas y de calidad de aire en las estaciones que disponen de información, para determinar si existe algún patrón asociado a un incremento de concentraciones de MP en días en que se habría superado la norma de emisión en la Unidad 1 de Bocamina.

El informe busca acreditar que en términos generales, la calidad de aire en las estaciones analizadas presentan días de buena y mala calidad del aire, y normalmente presentan un comportamiento distinto al que siguen las emisiones de la Unidad 1. Es decir, que no existe un efecto directo de las horas reportadas de superación de emisión en la Unidad 1 de Bocamina, con la calidad del aire de las estaciones aledañas a la Central Termoeléctrica.

²⁵ 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).

²⁶ Resolución Exenta SMA N° 695 de 24 de Noviembre 2014, Procedimiento Sancionatorio SMA D-014-2013.

²⁷ Considerando 365, Resolución Exenta SMA N° 695 de 24 de Noviembre 2014, Procedimiento Sancionatorio SMA D-014-2013.

Si se consideran como válidos los muestreos isocinéticos, se observa que los días en que se registraron emisiones mayores a 50 mg/m³N en Unidad 1 de Bocamina, (utilizando este método isocinético), la calidad del aire por MP2,5 y MP10, no se excedió en ninguna estación monitorea de la zona aledaña a la Central Termoeléctrica Bocamina, indicando de esta manera, que no existió riesgo para la salud de la población.

Sobre la magnitud de la supuesta superación, es preciso recordar que la norma no prohíbe la emisión de MP, sino que la regula, fijando un límite de emisión que considera aceptable. Incluso, la norma determina que puede ser superada, en las circunstancias que indica. Si bien se trata de casos debidamente justificados, lo cierto es que se admite una superación del límite de emisión de MP establecido por el legislador (en un 5% de las horas de funcionamiento), sin considerar que por ello se genera un riesgo significativo a la salud de la población.

Es así que en el caso de la Unidad N° 1 de Bocamina, se imputa una superación de 340 horas, de un total de 8.976 horas en el año 2014, de las cuales 4.512 corresponden a horas de funcionamiento. Por tanto, resulta evidente que, una supuesta superación de un 2,5%, respecto de las horas en funcionamiento, es decir, 2,5% por sobre lo aceptado por 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 Completo 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”*²⁸ (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 antecedentes suficiente para sostener la existencia de un riesgo en la salud de la población ni menos de carácter significativo.

²⁸ Considerando 45.1 Res. Ex. N° 421 de 11 de Agosto 2014, Procedimiento Sancionatorio D-015-2013.

2.3 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, la infracción imputada en el cargo en que se funda la Res. Ex. N° 1, no ha causado daño ni 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, la supuesta superación del límite máximo de emisión de MP con combustible sólido de 50 mg/Nm³, no configura por el solo hecho de la superación, un daño o peligro. Por el contrario, de acuerdo a lo ya señalado, la superación imputada no resulta significativa en relación a lo admitido por el propio legislador.

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 una agravante para el presente cargo.

- ***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

conurrencia 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 no se configura por el sólo hecho de la superación, ni por ese solo hecho resultará significativo.

- ***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. Por el contrario, de ello se derivaron gastos para mi representada consistentes en costos adicionales destinados a identificar la falla del equipo y ejecutar las recomendaciones asociadas.

- ***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.

Esta unidad cuenta con un equipo de CEMS validado por la SMA mediante Res. Ex. N° 222 de 08 de mayo de 2014, Res. Ex. N° 276 de 10 de junio de 2014, y Res. Ex. N° 615 de 20 de octubre de 2014.

Las causas de las fallas del CEMS fueron estudiadas, detectadas, luego corregidas, de acuerdo se ha acreditado en esta presentación. Adicionalmente, se acompaña en anexo a esta presentación formato de adjudicación directa de 7 de abril de 2014, para para investigar

potenciales fallas en el CEMS 1, y contrato cerrado para la prestación de estos servicios, de 10 de abril de 2014.

Se implementaron protocolos que permitan verificar el correcto estado de funcionamiento del CEMS, programando capacitaciones para los operarios durante este año.

El equipo se encuentra en proceso de revalidación según da cuenta presentación ingresada a la SMA con fecha 19 de junio del presente año, en la que se da aviso de la ejecución de ensayos de revalidación de CEMS de gases y la realización de las auditorías anuales a los CEMS de material particulado y flujo.

El sistema de abatimiento es mantenido en correcto estado de funcionamiento. A mayor abundamiento, para asegurar el cumplimiento del D.S N° 13/2011 se requirieron modificaciones a la Unidad N° 1, las que fueron ejecutadas al amparo de la Res. Ex. N° 347/2014, mediante la cual el Servicio de Evaluación Ambiental de la Región del Bío-Bío se pronuncia sobre la consulta de pertinencia asociada, la que se acompaña en anexo a esta presentación.

Por último, se acompaña a esta presentación Procedimiento Ambiental Control y Ajustes de Emisiones Por Chimenea, que establece las acciones operacionales que se deberán ejecutar para asegurar que los parámetros relacionados con las emisiones atmosféricas de la Unidad 1 cumplan con los valores límites establecidos en las normas vigentes aplicables, y en la RCA.

Estas acciones tendientes al cumplimiento son clara manifestación de la falta de intencionalidad en la comisión de la infracción.

- ***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 ENDESA ha demostrado su disposición al cumplimiento del D.S 13/2011.

En efecto, la empresa ha ejecutado modificaciones en la Unidad 1, tendientes a asegurar el cumplimiento de la norma, las que se encuentran amparadas por la Res. Ex. N° 347/2014. Adicionalmente, el sistema de abatimiento es mantenido en correcto estado de funcionamiento.

Mi representada cuenta con CEMS validados por la SMA, no obstante lo cual, para asegurar el cumplimiento con la norma, se encargaron estudios que permitieran detectar una probable falla del equipo, la que fue corregida tras ser diagnosticada.

Se acompaña en anexo a esta presentación formato de adjudicación directa de 7 de abril de 2014, para para investigar potenciales fallas en el CEMS 1, y contrato cerrado para la prestación de estos servicios, de 10 de abril de 2014.

El equipo se encuentra en proceso de revalidación, lo que consta a esta Superintendencia, sin perjuicio de lo cual se acredita en esta presentación. ***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, de acuerdo a lo acreditado, mi representada tomó las acciones correctivas necesarias para superar la falla del equipo, ha ejecutado los estudios destinados a verificar la causa de la falla, así como ha implementado las recomendaciones del proveedor.

Adicionalmente, el CEMS de la Unidad N° 1 se encuentra en proceso de revalidación, con el cual se compromete la auditoría anual de los CEMS de material particulado y flujo.

Por otra parte, se implementó un protocolo de verificación del correcto estado de funcionamiento del CEMS para prevenir y detectar oportunamente fallas del equipo. La empresa ha elaborado un Programa de Capacitación Técnica CEMS 2015, que se acompaña en anexo a esta presentación, para fortalecer las competencias del personal a cargo de la operación y el mantenimiento de los equipos que conforman el CEMS, estableciendo procedimientos que aseguren la confiabilidad y calidad de los datos obtenidos.

A mayor abundamiento, se acompaña a esta presentación Procedimiento Ambiental Control y Ajustes de Emisiones Por Chimenea, que, como fuera indicado, establece las acciones operacionales que se deberán ejecutar para asegurar que los parámetros relacionados con las emisiones atmosféricas de la Unidad 1 cumplan con los valores límites establecidos en las normas vigentes aplicables, y en la RCA.

Finalmente, si bien hasta el 2014 la operación del Filtro de Mangas se hacía conforme a las recomendaciones del Fabricante (ALSTOM), en cuanto a no utilizar el Filtro de Mangas mientras se estuviera con combustible líquido, este año se han incorporado nuevas prácticas operacionales que consisten en mantener siempre operativo el filtro de mangas durante todo el proceso de encendido, operación y detención de la central. Esto se logra básicamente protegiendo las mangas de la agresión del combustible líquido mediante la aplicación estricta de un material protector (Precoat).

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 concurrencia 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 Certificado de CDEC-SIC DO 0783/2015
2. Copia de Ficha Operación Real CDEC-SIC 2015
3. Copia de Res. Ex. N° 222 de 08 de mayo de 2014 que “Aprueba Informe de Resultados de Ensayos de Validación y Declara Certificado Parcialmente el CEMS de la Unidad de Generación Eléctrica Bocamina I con los alcances que indica”.
4. Copia de Res. Ex. N° 276 de 10 de junio de 2014 que “Aprueba Nuevo Informe de Resultados de Ensayos de Validación y Declara Certificado Parcialmente el CEMS de la Unidad de Generación Eléctrica Bocamina I con los alcances que indica”.
5. Copia de Res. Ex. N° 615 de 20 de octubre de 2014 que “Aprueba Nuevo Informe de Resultados de Ensayos de Validación y Declara Certificado Totalmente el CEMS de la Unidad de Generación Eléctrica Bocamina I”.
6. Copia de Carta de JHG de 30 de septiembre de 2014 consulta sobre modificaciones en Unidad 1.
7. Copia ORD. SMA N° 1935, de 18 de noviembre de 2014.
8. Copia de Carta GG N° 026 de 30 de enero de 2015 informa estado de avance desulfurizador.
9. Copia de Carta GG N° 085 de 19 de junio de 2015 da aviso de la ejecución de ensayos de revalidación.
10. Informe Técnico Estado CEMS-MP asociado a la Unidad 1 de la Central Térmica Bocamina”, elaborado por INERCO, de fecha Julio de 2015.
11. Mediciones Isocinéticas enero a agosto 2014 UGE Bocamina I
12. Copia de Ficha técnica Filtro de Manga (Anexo 7 Contrato Llave en Mano)
13. Copia Cotización Actuador Eléctrico N° 116016 de 19 de marzo 2015
14. Copia Contrato Cerrado (ZECU) 6500373852 de 31 de marzo 2015
15. Copia Guía de Despacho Actuador Eléctrico N° 27419 18 de mayo 2015

16. Copia Factura Actuador Eléctrico N° 000033415 de 28 de mayo 2015
17. Procedimiento de Revisión Diario de CEMS. Protocolo Control y Ajuste de Emisiones.
18. Copia Res. Ex. 347/2014 de 08 de septiembre de 2014 que se pronuncia sobre consulta de pertinencia
19. Programa Capacitación CEMS 2015
20. Copia Formato Adjudicación Directa de 7 de abril de 2014
21. Copia Contrato Cerrado (ZEUC) 6500242135
22. Protocolo de Control y Ajuste de Emisiones por Chimenea
23. Copia autorizada de escritura pública que acredita mi personería para representar a Endesa 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. 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.

Mi representada rendirá al menos las siguientes probanzas:

1.- Documental.

- a. Documental que se acompaña con esta presentación.

En el primer otrosí de esta presentación se acompañan diversos documentos en parte de prueba de los hechos que se alegan y se solicita tener a la vista otros que obran en poder de la Administración.

2.- Testimonial.

Mi representada presentará la declaración de al menos los siguientes testigos:

- a. Sr. Alberto Rodríguez de la Paz, profesional que desarrolló las actividades que dan cuenta el informe denominado “Informe técnico Estado CEMS-MP Asociado a la Unidad 1 de la Central Térmica Bocamina”, elaborado por INERCO, de fecha Julio de 2015.

Esta diligencia es toda relevancia pues permitirá verificar de manera directa a la Superintendencia de que, por los motivos técnicos que se explicitan en el citado informe, los datos aportados por el CEMS de la Central Bocamina I son errados, antecedente de hecho en el cual se fundan los descargos de mi representada.

Estimamos que la declaración ante esta Superintendencia del autor del informe permitirá, en primer término, dar cuenta de manera acabada de las metodologías aplicadas para el desarrollo del informe y la validez de sus conclusiones, y en segundo lugar, siendo esto de mayor relevancia, poder formular de manera directa por parte de la SMA aquellas consultas que permitan disipar cualquier duda respecto de la validez técnica del informe acompañado.

- b. Sr. Pedro Sanhueza, autor del informe denominado “Análisis de Riesgo por MP debido a las emisiones de Bocamina 1 Endesa, Marzo a Agosto de

2014”, elaborado por Geoaire Ambiental que se acompañará en el marco del presente procedimiento sancionatorio

Al igual que la diligencia anterior su desarrollo permitirá al Sr. Fiscal Instructor efectuarse una opinión directa respecto de las metodologías implementadas en el desarrollo de este informe, la validez de sus conclusiones y solventar dudas técnicas que puedan surgir a partir del análisis del documento acompañado a esta presentación.

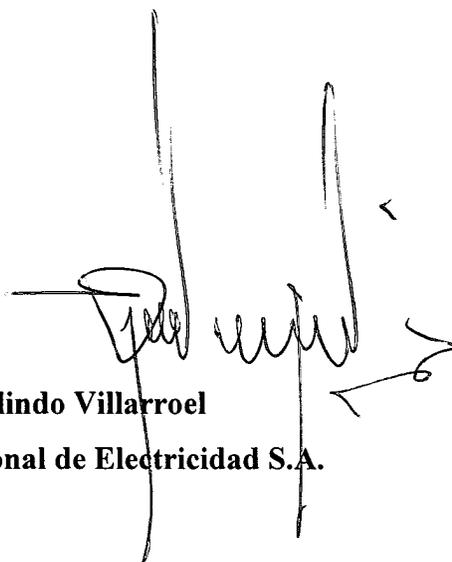
Los autores del informe señalado cuya citación solicitamos corresponden a:

Los testigos serán presentados directamente por mi representada previa coordinación de fecha y hora con el Sr. Fiscal.

TERCER OTROSI: Informe en Derecho. Téngase presente que mi representada acompañará un Informe en Derecho con el objeto de poder establecer –al menos- 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.

CUARTO OTROSI: En escritura pública que se acompaña consta el poder en función del cual actúo en representación de ENDESA S.A. así como el 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, le saluda atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mario Galindo Villarroel'. The signature is stylized and includes a large vertical stroke on the left side. There are some small marks and arrows pointing to specific parts of the signature.

Mario Galindo Villarroel
pp. Empresa Nacional de Electricidad S.A.