
En lo principal, formulan descargos; **en el primer otrosí**, acompañan documentos; y, **en el segundo otrosí**, reserva de prueba.

**SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE
FISCAL INSTRUCTORA DOÑA LILIAN SOLÍS SOLÍS**

José Domingo Ilharreborde Castro y José Pedro Scagliotti Ravera en representación de **ENAP Refinerías S.A.**, en autos sobre proceso administrativo sancionatorio expediente Rol D-042-2022, a la Fiscal Instructora doña Lilian Solís Solís respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("LOSMA"), presentamos descargos en relación a los cargos formulados en contra de nuestra representada mediante Resolución Exenta N°1/ Rol D-042-2022 de 10 de marzo de 2022 (en adelante e indistintamente, "Formulación de Cargos" o "Res. Ex. N°1").

Conforme se analizará en este escrito, y en concordancia con los documentos e informes que se acompañan al mismo, así como también la prueba que será rendida, es posible concluir que no se configura el hecho infraccional imputado en el cargo N°1. En este sentido, la supuesta infracción estaría dada por que ENAP Refinerías S.A. ("ERSA") no habría realizado el reemplazo de una de las antorchas de la Refinería Biobío por otra de mayor capacidad. A juicio de la Superintendencia del Medio Ambiente ("SMA"), dicha circunstancia constituiría un incumplimiento de una medida establecida en una Resolución de Calificación Ambiental ("RCA") para eliminar o reducir efectos adversos del proyecto.

Ahora bien, como se expondrá a continuación, el reemplazo de la antorcha por otra de mayor capacidad no tuvo como objeto la minimización de impactos, sino que se trataba de una mejora operativa contemplada para posibilitar el aumento de flujo de la Refinería Bio Bío. Sin embargo, en los hechos, dicho flujo no se vio aumentado, sino que, por el contrario, experimentó una reducción sustancial.¹

¹ Informe técnico de fiscalización ambiental. Refinería ENAP BIOBÍO. DFZ-2018-2158-VIII-RCA, p. 2 y 70.

Por su parte, en lo que respecta al cargo N°2, refiere a errores u omisiones puntuales y formales al momento de reportar distintos parámetros en la Ventanilla Única de Emisiones y Transferencia de Contaminantes (“RETC”), explicada por limitaciones técnicas y tecnológicas del sistema, así como también hechos ajenos y externos a nuestra representada. Sin embargo, en los hechos se cumplió con la obligación de monitorear y reportar de acuerdo a lo ordenado por la Resolución que aprueba el Programa de Monitoreo (Resolución Exenta N°1807/2010).

En este sentido, lo cierto es que ERSA ha efectuado los monitoreos en la forma exigida en dicho programa, dando cuenta de los resultados a la SMA a través del RETC, sin que ellos den cuenta de una superación o incumplimiento a la norma de emisión respectiva. Las mínimas discordancias en cuanto al reporte de la frecuencia del monitoreo respecto de determinados parámetros se explican debido a limitaciones técnicas y operativas del Sistema de Ventanilla Única del RETC al momento de cargar y procesar la información. No obstante, se presentaron los documentos que dan cuenta que los parámetros fueron monitoreados de acuerdo a la frecuencia exigida en el Programa de Monitoreo y reportados en los certificados de laboratorio ingresados al Sistema de Fiscalización de Emisión de Residuos Industriales Líquidos de la Ventanilla Única del RETC.

En los próximos párrafos, se explicarán aquellos antecedentes que permiten ponderar adecuadamente los cargos formulados. Asimismo, se explicará por qué los hechos infraccionales contenidos en la Formulación de Cargos no han producido efectos negativos y de qué manera concurren ciertas circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para ponderar la eventual sanción que se imponga.

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. La Refinería Biobío

ERSA es titular de la unidad fiscalizable Refinería ENAP Biobío (“Refinería”), localizado en la comuna de Hualpén, provincia de Concepción, Región del Biobío. La Refinería inició sus operaciones en 1966, bajo el nombre Refinería Concepción. A más de 55 años de su puesta en marcha, la Refinería posee más de 20 unidades productivas, compuesta por un conjunto de instalaciones destinadas a procesar o refinar el petróleo crudo, a fin de obtener productos derivados que cumplan las normas de calidad vigentes en el país, para su comercialización y abastecimiento del mismo.

La Refinería se compone por diversas plantas de procesamiento de crudos y cargas complementarias.² También existen plantas de tratamiento de diversos subproductos y estanques de almacenamiento para los productos líquidos y gaseosos que se procesan.³ Finalmente se contemplan oleoductos para transportar materias primas y productos desde el terminal marítimo en San Vicente hacia la Refinería (y viceversa), y desde la Refinería hasta la ciudad de San Fernando, con las respectivas estaciones de bombeo.

La Refinería ha permitido a los habitantes, industrias y hogares de toda la zona centro sur del país contar con una fuente segura y confiable de combustibles de alta calidad, cruciales para la descontaminación de las zonas urbanas del país. Sus operaciones comenzaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (“SEIA”), de forma tal que únicamente los proyectos posteriores a 1997 se encuentran regulados o contenidos en alguna RCA.

En lo que respecta al sancionatorio de autos, mediante la Resolución Exenta N°65, de fecha de fecha 22 de marzo de 2004 (“RCA N°65/2004”), la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región del Biobío calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) del “Proyecto Mejoramiento Calidad de Diesel” (“Proyecto”). Éste consiste en el mejoramiento de la calidad del petróleo diésel producido por las unidades de destilación atmosférica, así como también aumentar la producción del mismo, pero sin implicar un aumento en la capacidad global de refinación de crudo.

Para dichos efectos, el Proyecto consideraba las siguientes unidades:

- Planta de Hidrodesulfurización N°2 de 1,900 m³/día;
- Aumento capacidad de Planta de Hidrocracking de 1,430 a 2,400 m³/día;
- Reemplazo de antorcha L-1360; y
- Nueva Torre de Enfriamiento de 1,200 l/s

² Entre ellas, Topping y Vacío I, Topping y Vacío II, Visbreaking, Cracking Catalítico, Reformación Catalítica Continua, entre otras Hidrotratamiento de Diesel 1, Hidrotratamiento de Diesel 2, Desulfuradora de Gasolina de Cracking (HDG), Hidrocracking, Isomerización, Separadora y Purificadora de Propileno, Planta de Hidrógeno CHT, Coquización Retarda (Coker) e Hidrotratamiento de Diesel (HDT), Cogeneración, Planta de Hidrógeno de Bío Bío (CHBB), propiedad de Linde y operada por ERBB; Planta de Hidrocracking Suave de gas oil (MHC).

³ Merox de kerosene, gasolina y gas licuado, Plantas de Recuperación de Azufre, Tratamiento de Gases, Tratamiento de Aguas Ácidas, Tratamiento de Aguas Aceitosas, suministros de agua de refrigeración, vapor y energía eléctrica, estanques para almacenamiento de petróleo crudo, productos intermedios y finales.

2. El Sistema de Antorchas de la Refinería

El sistema de antorchas de una refinería de petróleo es un mecanismo de seguridad concebido para combustionar los gases que se liberan en eventos causados por perturbaciones en la operación de las unidades de proceso de la Refinería, de manera de evitar que dichos gases se emanen directamente a la atmósfera sin una combustión previa.

La Refinería cuenta con tres antorchas ("Sistema de Antorchas") que conforman el sistema de seguridad de gases residuales con que cuenta la Refinería. Estas consisten en un dispositivo o sistema usado para la evacuación segura de los gases a través de su combustión controlada el cual constituye el mecanismo integrado de seguridad y control de emisiones y que actúa por oxidación térmica, transformando vapores de hidrocarburos en dióxido de carbono y vapor de agua principalmente, garantizando la seguridad de la misma y el correcto funcionamiento de las unidades productivas.

Las antorchas existentes en la Refinería corresponden a las siguientes:

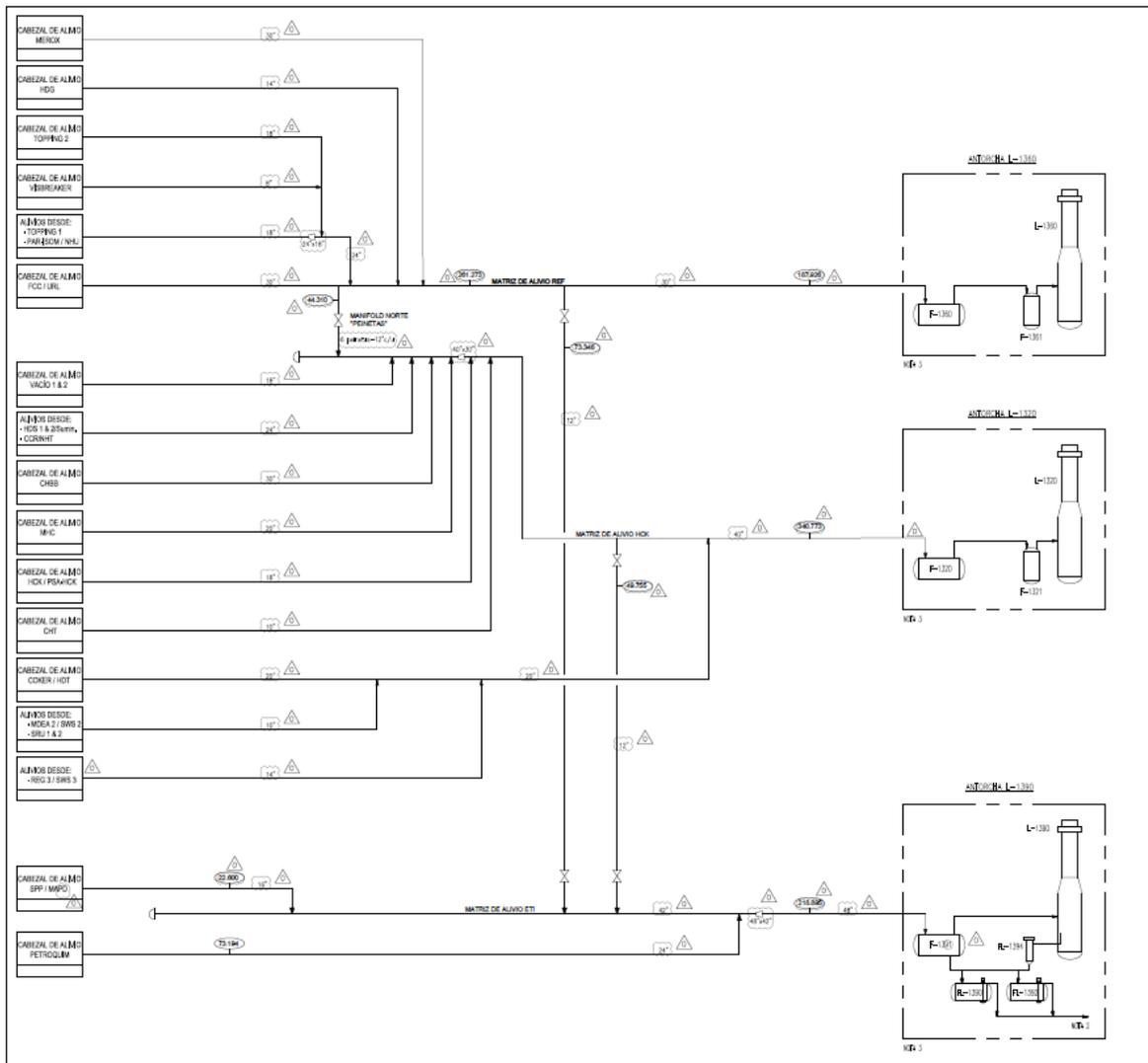
- (i) L-1390: Antorcha de Etileno-Petroquim, que se encuentra ubicada más alejada de la comunidad contigua a la Refinería. Actualmente, esta antorcha opera como preferencial, manteniendo su sello hidráulico en un bajo nivel para recibir las descargas de otras plantas de proceso en condiciones normales.
- (ii) L-1320: Antorcha de Hidrocracking, que en las condiciones operacionales actuales se encuentra operando sólo con un mínimo flujo de purga.⁴
- (iii) L-1360: Antorcha de Refinería, que en las condiciones operacionales actuales se encuentra operando sólo con un mínimo flujo de purga.

En el caso de refinerías que cuentan con más de una antorcha, la práctica mundial más utilizada es operarlas en forma interconectada a fin de constituir un

⁴ El flujo de purga refiere a la cantidad de gases que requieren ser combustionados por la respectiva antorcha. El hecho de que dos de las tres antorchas opere con un mínimo flujo de purga da cuenta de que el Sistema de Antorchas de la Refinería no sólo tiene la capacidad suficiente para absorber los gases de la totalidad de los procesos de la Refinería, sino que incluso se encuentra sobredimensionado para el caudal de gases a tratar en condiciones normales y de emergencia, tal como se constata en el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental.

sistema de antorchas, pudiendo usar una de ellas en forma preferente por sobre otras, como es el caso de la Refinería, en la cual, desde aproximadamente el año 2005, se utiliza de forma preferente la Antorcha L-1390. Esto es de suma relevancia, puesto que el cargo N°1 se refiere a la falta de reemplazo de la Antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad, no obstante que dicho reemplazo ninguna influencia tiene en el hecho de que la antorcha principal que absorbe gran parte del flujo de gases residuales de la Refinería es la L-1390.

Como se dijo, las antorchas operan como un sistema interconectado, haciendo posible derivar a cualquier antorcha las descargas gaseosas de las diferentes unidades de proceso ante un requerimiento puntual. A su vez, es posible independizarlas para realizar mantención a cada una de ellas. A continuación, se acompaña un esquema del Sistema de Antorchas:



Esquema Sistema de Antorchas en ERBB (considera proyectos existentes y en construcción)

Los gases que recibe el Sistema de Antorchas provienen de las distintas unidades de proceso de la Refinería, ya sea por sistemas de control propios de la

operación, puesta en marcha y/o detención de las unidades y/o eventos operacionales no deseados. La combustión de estos gases, con contenido de ácido sulfhídrico e hidrocarburos, constituye una fuente de emisión de gases hacia la atmósfera. Consecuentemente, se han adoptado medidas para monitorear y controlar el desempeño de las antorchas y sus emisiones, entre las que destacan:

- (i) Instalación de un analizador en línea para la antorcha L-1390, el cual mide la composición de los gases que se envían a esta antorcha para ser combustiónados.
- (ii) Instalación de un sistema de medición y control de la razón hidrocarburo/vapor inyectado en la antorcha L-1390. La inyección de vapor se realiza tanto en la corona del quemador como en el quemador mismo, a modo de atomizador, lo que favorece una combustión limpia y disminuye el humo generado en el proceso de quemado.
- (iii) Instalación durante el año 2014 de una cámara infrarroja que monitorea el comportamiento térmico de la llama de la antorcha L-1390, con el fin de verificar la combustión en la antorcha.
- (iv) Sistema de monitoreo de calidad del aire, que mide la concentración de distintos parámetros en el aire a través de estaciones ubicadas en distintos puntos de la comuna de Hualpén y Talcahuano, además se cuenta con una torre meteorológica, lo cual permite llevar el seguimiento de cumplimiento de la normativa de calidad del aire.

3. El sistema de tratamiento de Riles

Para la refinación del petróleo crudo, se utilizan aguas en las diferentes unidades de producción, principalmente para refrigeración, la cual posterior a su uso, tratamiento y monitoreo, es devuelta en gran parte al Río Biobío.

Los sistemas y equipos que componen el sistema de tratamiento Riles de la Refinería aseguran la eficiencia del tratamiento y el cumplimiento de la normativa ambiental vigente.

El sistema de tratamiento de Riles la Refinería está compuesto por una Planta de Flotación⁵ cuyo objetivo es recoger las aguas aceitosas y, a través de procesos fisicoquímicos, obtener aguas claras, aireadas y enfriadas; y tres piscinas de retención cuyo objetivo es contener y homogenizar el agua, previo envío del efluente al río Biobío.

Para efectos de verificar el cumplimiento de los parámetros establecidos en la tabla N°2 del D.S. N°90/2000, la Superintendencia de Servicios Sanitarios (“SISS”), mediante Resolución Exenta N°1807 de 23 de junio de 2010 (“Res. N°1807/2010”) estableció un nuevo programa de monitoreo de la calidad del efluente generado por la Refinería, cuyos resultados son reportados en el sistema ventanilla única del RETC.

II. LA FORMULACIÓN DE CARGOS Y SUS ANTECEDENTES

1. De los antecedentes de la Formulación de Cargos

Con fecha 27 de febrero de 2019 la SMA realizó actividades de inspección ambiental de la Refinería para verificar las condiciones de operación producto de un incidente ambiental ocurrido el 15 de febrero de 2019. En dicha actividad se realizaron visitas a diversas unidades de la Refinería (Oficina Administrativa; Área Bombas de Lubricación Turbogenerador; Depósito de Caliza; Depósito de Petcoke; Estación de medición de ruido, entre otras).

Posteriormente, el día 03 de junio de 2021, ERSA reportó a la SMA el incidente de caída de potencia eléctrica interna de la Refinería que determinó la detención de emergencia de varias de sus unidades. Ante la detención de emergencia, la Refinería cuenta con un sistema de alivio de gases, canalizándolos hacia el Sistema de Antorchas para su combustión de forma segura, lo que genera mayor luminosidad de la llama y humos.

Lo anterior motivó una segunda visita inspectiva a fin de obtener información acerca del incidente y observar el funcionamiento de las antorchas. De acuerdo al acta de inspección ambiental, los fiscalizadores observaron que la Antorcha L-1390 presentaba llama activa y combustión con producción de humos visibles, mientras que la Antorcha L-1320 se observó con llama y sin humos visibles. Respecto de la

⁵ Esta a su vez se compone de las siguientes unidades: Pozo de alimentación API; Separadores API; Estanques de slop; Pozo Alimentación DAF; Estanques Separadores DAF.

Antorcha L-1360, los fiscalizadores no efectuaron observaciones en relación con la producción de llamas o humos visibles.

Ese mismo día, la Sra. Romina Medina Calderón presentó ante la Superintendencia una denuncia en la que se señala que en la Refinería se registró la presencia de una columna de humo y de llamaradas.

Como fue informado por ERSA, el incidente se produjo debido al posamiento de un ave en las líneas de alta tensión que alimenta Petroquim desde barra de 66 kV de la subestación Petropower, provocando una falla entre fases a tierra. El tiempo de recuperación de voltaje supera el tiempo necesario para evitar la actuación de protecciones en motores eléctricos. Esto provocó la detención de las unidades de la Refinería, actuando el sistema de seguridad canalizando gases al Sistema de Antorchas. De esta forma, la columna de humo y de llamaradas se explica por el correcto y adecuado funcionamiento del Sistema de Antorchas, cuya antorcha principal a la cual llega la mayoría de flujo, es la Antorcha L-1390 que es aquella que presentaba llama y humos visibles según las observaciones de los Fiscalizadores.

Cabe destacar que la activación del Sistema de Antorchas, según se explicará más adelante, operó adecuadamente para hacerse cargo de la situación de emergencias, logrando absorber los gases generados por la Refinería en una situación de emergencia como la ocurrida.

De acuerdo a la Formulación de Cargos, los resultados de ambas actividades inspectivas son presentados en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2018-2158-VIII-RCA ("IFA 2018"), que concluye como hallazgo el hecho de que el ERSA no ha realizado el reemplazo de la antorcha L-1360, de acuerdo a la RCA N°65/2004.

Por otra parte, la División de Fiscalización remitió al Departamento de Sanción y Cumplimiento para su tramitación, en el marco de la fiscalización de la norma de emisión D.S. N°90/2000, diversos informes de fiscalización cuyas fechas van desde el año 2013 a 2021.⁶

⁶ En particular, se trata de los siguientes informes de fiscalización: DFZ-2013-4153-VIII-NE-EI; DFZ-2013-4273-VIII-NE-EI; DFZ-2013-4611-VIII-NE-EI; DFZ-2013-4909-VIII-NE-EI; DFZ-2013-6483-VIII-NE-EI; DFZ-2013-6886-VIII-NE-EI; DFZ-2014-1860-VIII-NE-EI; DFZ-2014-3066-VIII-NE-EI; DFZ-2015-9179-VIII-NE-EI; DFZ-2016-7703-VIII-NE-EI; DFZ-2017-2054-VIII-NE-EI; DFZ-2020-1742-VIII-NE; DFZ-2020-1743-VIII-NE; DFZ-2020-1744-VIII-NE; DFZ-2021-1420-VIII-NE; DFZ-2022-330-VIII-NE.

2. De los cargos

El cargo N°1 de la Formulación de Cargos se refiere a *“No efectuar el reemplazo de la antorcha L-1360, de acuerdo con lo comprometido en la RCA N°65/2004”*.

Por su parte, el cargo N°2 se refiere a que *“El establecimiento industrial no reportó la frecuencia de monitoreo exigida en su Programa de Monitoreo mensual asociado al D.S. N°90/2000 (Resolución Exenta N° 1807/2010 SISS), en los meses de marzo a diciembre de 2019, en marzo de 2020 y en noviembre de 2021”*.

El primer hecho fue tipificado conforme al artículo 35 letra a) de la LOSMA por supuestos incumplimientos a los considerandos 3.1 y 3.2 de la RCA N°65/2004, mientras que el segundo hecho fue tipificado de acuerdo al artículo 35 letra g) de la LOSMA, por supuesto incumplimiento al artículo 1 del D.S. N°90/2000 y la Res. N°1807/2010 de la SISS.

En cuanto a la calificación de los cargos, el cargo N°1 fue calificado como grave, toda vez que consistiría en un hecho, acto u omisión que incumple gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva RCA, en virtud del artículo 36 N°2 letra e) de la LOSMA. Por su parte, el cargo N°2 fue calificado como leve, conforme al artículo 36 N°3 del mismo cuerpo legal.

A continuación se exponen aquellos antecedentes de hecho y de derecho para efectos de desvirtuar los hechos infraccionales imputados por la Formulación de Cargos, analizando cada uno de los dos cargos por separado.

III. **NO SE CONFIGURA EL HECHO INFRACCIONAL DESCRITO EN EL CARGO N°1: NO SE HAN VERIFICADO LOS PRESUPUESTOS DE HECHO PARA PROCEDER AL REEMPLAZO DE LA ANTORCHA L-1360**

Conforme se argumentará a continuación, de acuerdo a la capacidad actual del Sistema de Antorchas, el mismo resulta plenamente adecuado para los volúmenes de producción actual de la Refinería. Como consecuencia de lo anterior, no se han verificado los presupuestos de hecho, derivados de la RCA N°65/2004,

para efectos de que fuera necesario realizar el reemplazo de la antorcha L-1360, determinando que no exista infracción alguna en el actuar de mi representada.

- 1. La capacidad de diseño del sistema de antorchas aprobado por la RCA N°65/2004 fue determinado en base a aumentos de flujos futuros que no han generado. En consecuencia, el reemplazo de la antorcha L-1360 no es exigible.**

De acuerdo a lo establecido en la RCA N°65/2004 *“El Proyecto contempla la implementación y/o mejora de cuatro unidades al interior de la refinería cuyo objetivo final es mejorar la calidad del petróleo producido por las unidades de Destilación Atmosférica, así como también aumentar la producción del mismo en una de sus unidades.”*⁷ Asimismo, se establece claramente que *“El proyecto no implica un aumento en la capacidad global de refinación de crudo.”*

El Proyecto considera las siguientes unidades:

- Planta de Hidrotratamiento de Diesel (HDS N°2): Esta unidad ha sido diseñada para retirar los compuestos azufrados contenidos en el diésel producido en la unidad de destilación atmosférica, puro o en mezcla con aceite decantado liviano (es decir Light Cycle Oil (COL)) de la unidad de Cracking Catalítico. Debe destacarse que esta planta era idéntica a la existente a esa fecha en cuanto a capacidad y operación.
- Aumento capacidad de Hidrocracking: La unidad de Hidrocracking, que no aporta gases adicionales al Sistema de Antorchas, tiene por finalidad convertir gas oil de las unidades de vacío I y II en diésel de bajo contenido de azufre y nitrógeno. Adicionalmente, permite mejorar la calidad del gas oil no convertido antes de alimentarlo a la unidad de cracking catalítico (FCCU). Este aumento de capacidad se basa fundamentalmente en cambio de catalizadores y condiciones de operación, por lo que no se contemplaron cambios significativos en lo que se refiere a recipientes, salvo en lo que se relaciona con el transporte de fluidos (compresores y bombas), los cuales se cambian por otros de mayor capacidad.

⁷ RCA N° 65/2004, considerando 3.1.

- Torre Enfriamiento: El objetivo de esta unidad, que no aporta gases al Sistema de Antorchas, es suministrar agua de refrigeración, a través de un circuito cerrado, en cantidad y temperatura necesaria para asegurar el normal funcionamiento de las unidades de proceso (Hidrocracking; Hidrocracking de Conversión Media; Planta de Hidrógeno). Si bien el consumo de agua para estas unidades se estimó en 1,800 m³/h (500 l/s), se proyectó instalar esta torre de enfriamiento de 4,320 m³/h con el fin de abastecer a futuro otras plantas de la Refinería. De acuerdo a la ingeniería básica este proyecto debería reducir en a lo menos un 10% el consumo de agua de la refinería.
- Reemplazo de la Antorcha L-1360: De acuerdo a lo declarado en la DIA, el objetivo de reemplazar la antorcha L-1360 es incrementar la capacidad del sistema de antorchas, lo que “*permitirá absorber de mejor forma proyectos futuros*”. En el siguiente capítulo se abordará la justificación de esta unidad.

Es importante destacar que el reemplazo de la Antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad no tuvo como objetivo eliminar o reducir los efectos adversos del Proyecto o de la Refinería, sino que responde a una necesidad de tipo operativa, esto es, posibilitar y hacer factibles ampliaciones a la Refinería que impliquen un aumento de flujo de las unidades.

Tal como se señaló en la evaluación ambiental del Proyecto, el sistema de antorchas de la Refinería ha sido diseñado de acuerdo a criterios del American Petroleum Institute (API-521) para combustionar la totalidad de los gases residuales generados en una condición de emergencia, considerando velocidades máximas de gases y radiación. En efecto, la tabla 2.3.3.1 de la DIA del Proyecto indica que la capacidad de diseño del sistema de antorchas era de 1.400.000 Kg/h, bajo el siguiente detalle (tabla 2.3.3.1 de la DIA):

	L-1390	L-1320	L-1360	Total
Flujo (kg/h)	600.000	600.000	200.000	1.400.000

Luego, en la misma DIA del Proyecto (tabla 2.3.3.2), se individualizan los aportes al Sistema de Antorchas en un escenario de emergencia eléctrica. Según se indica en la DIA, la capacidad del Sistema de Antorchas es suficiente para hacerse cargo de los gases producidos por la Refinería en el peor escenario posible. En efecto, en la evaluación ambiental, de acuerdo a la metodología validada en esa fecha, se determinó que el flujo total de la Refinería en cuanto a aportes al Sistema

de Antorchas ante una falla eléctrica total era el siguiente detalle (tabla 2.3.3.2 de la DIA):

Plantas	Flujo 2004 (kg/h)	Flujo futuro (kg/h)
COKER-HDT	62.410	62.410
Depentanizadora	35.000	35.000
Destilación Atmosférica Y Vacío I	66.982	66.982
Destilación Atmosférica y Vacío II	75.990	75.990
Etileno	145.000	145.000
Hidrocracking	99.300	99.300
Hidrocracking de Conversión Media	124.390	124.390
Hidrodesulfurización	148.800	297.600
Isomerización	107.700	107.700
Petroquim	135.000	135.000
PSA	5.220	5.220
Saturación de Benceno	51.940	51.940
Unidad recuperadora de livianos (URL)	184.550	184.550
Viscoreducción	63.738	63.738
Falla eléctrica total	1.306.020	1.454.820

En base a los antecedentes de la tabla anterior, la DIA planteó incrementar la capacidad del Sistema de Antorchas, conforme al siguiente detalle (tabla 2.3.3.3 de la DIA):

	L-1390	L-1320	L-1360	Total
Flujo (kg/h)	600.000	600.000	701.000	1.901.000

Así las cosas, el reemplazo de la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad respondía a que el Proyecto consideró un aumento de flujo del proceso de Hidrodesulfurización (148.800 a 297.600 kg/h) que determinaba que el aporte de las plantas en escenario de emergencia eléctrica, de acuerdo a la metodología empleada, superara levemente la capacidad del Sistema de Antorchas existente en dicho escenario.

Adicionalmente, tal como se declara en la DIA del Proyecto, el reemplazo de la Antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad no sólo tenía como objeto hacerse cargo del aumento de flujo generado por el proceso de Hidrodesulfurización, sino que, además, permitiría absorber de mejor forma los flujos generados por proyectos futuros (la DIA indica expresamente que *“en base a los antecedentes presentados se proyecta incrementar la capacidad del sistema de antorchas de acuerdo a lo indicado en la tabla 2.3.3.3, **situación que permitirá absorber de mejor forma proyectos futuros**”* (el destacado es nuestro)).

En efecto, son justamente esos aumentos futuros de flujos los que explican la razón de ser de ese reemplazo. Así, por lo demás, se declaró expresamente en el Resumen Ejecutivo de la DIA, al indicarse que *“se pretende optimizar el sistema de disposición de gases residuales denominado sistema de antorchas, **ya que ante nuevas ampliaciones** una de las principales consideraciones que se debe tener en cuenta es la capacidad de la refinería para disponer los gases que se generan en un escenario de emergencia eléctrica general. Por esta razón, se proyecta cambiar la antorcha de refinería (L-1360) por una de mayor capacidad, de mayor altura y más alejada de la población”* (el destacado es nuestro).

Lo anterior fluye además al analizarse los aumentos proyectados en la DIA. En efecto, si se analizan las cifras antes indicadas, el aumento de carga en el peor escenario de falla eléctrica, incluyendo el aumento proyectado en el proceso de Hidrodesulfurización (de 148.800 a 297.600 kg/h), sólo implica un aumento de capacidad del Sistema de Antorchas de 1.306.020 a 1.454.820 kg/h. En otras palabras, la capacidad del Sistema de Antorchas existente al momento de evaluarse ambientalmente la DIA era casi suficiente para hacerse cargo del nuevo flujo asociado al aumento proyectado en el proceso de Hidrodesulfurización. De esta forma, el aumento en la capacidad de la antorcha L-1360 proyectado en la DIA (de 200.000 a 701.000 kg/h) sólo se explica en la medida que se materializaran los aumentos futuros de flujos a los que expresamente hace alusión la misma DIA (*“permitirá absorber de mejor forma proyectos futuros”*).

En definitiva, el reemplazo de la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad se justifica principalmente por razones de tipo operativo, pues permitiría hacerse cargo de los eventuales aumentos de flujos futuros de la Refinería que, en la práctica, no se han generado. Por lo mismo, al no haberse generado el escenario proyectado por la DIA, no se ha entonces verificado el hecho que hacía exigible el reemplazo de la antorcha L-1360.

En el mismo sentido, si los flujos esperados de la Refinería en el peor escenario no superan la capacidad total del Sistema de Antorchas, aun considerando el aumento proyectado del proceso de Hidrodesulfurización, no se justifica el reemplazo de una de ellas por otra de mayor capacidad. En este contexto, y como se señalará a continuación, se debe tener presente que el flujo generado por la Refinería no ha aumentado, sino que, al contrario, ha disminuido. Al mismo

tiempo, la operación del Sistema de Antorchas ha sido optimizado, no siendo la antorcha L-1360 la que absorbe el flujo principal de la Refinería.

La conclusión anterior no se altera por el hecho de que la misma RCA N°65/2004 dispone que el reemplazo de la antorcha L-1360 implica mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente. Esas mejores condiciones de operación y quemado están proyectadas para la generación de eventuales futuros aumentos de flujo a los que hace alusión la DIA, los que no se han verificado. De esta forma, y según se demostrará, en base al actual Sistema de Antorcha, y considerando la capacidad actual de la Refinería, las condiciones de operación y quemado de gases residuales se desarrolla en óptimas condiciones.

De esta forma, a la fecha no se ha verificado el evento que hacía necesario el reemplazo de la antorcha L-1360, determinando que no exista infracción alguna a la RCA N°65/2004.

2. En los hechos, el volumen de producción real y actual de la Refinería es sustancialmente inferior al proyectado en la RCA N°65/2004. En consecuencia, la capacidad del Sistema de Antorchas es suficiente para hacerse cargo de las descargas en el peor escenario

A mayor abundamiento, y pese a que no se ha verificado el hecho previsto en la RCA N°65/2004 para proceder al reemplazo de la antorcha L-1360, se debe tener presente que el volumen de producción de la Refinería es sustancialmente menor al previsto en la referida RCA. De esta forma, la capacidad actual del Sistema de Antorchas posee, con holgura, capacidad para absorber el flujo de gases de la Refinería aun en el peor escenario de emergencia.

En primer lugar, se debe tener presente que las plantas de Etileno y Bensat dejaron de operar hacia el año 2014. Lo anterior ha determinado una disminución del flujo total de la Refinería equivalente a 145.000 kg/h para Etileno y 51.940 kg/h para Saturación de Benceno (según los flujos indicados en la DIA antes señalada).

Adicionalmente, cabe destacar que, a partir del año 2004, ERSA ha llevado a cabo una constante evaluación y seguimiento de los cambios en el Sistema de Antorchas, tanto en requerimientos como en capacidades. En este contexto, el informe elaborado el año 2007 por P&A y KBC titulado "Determinación de máxima

carga real esperada de alivio a la antorcha L-1390 de Etileno-Petroquim” se basó en una actualización y modernización de la metodología de evaluación de requerimientos de descarga.

En efecto, a partir de este estudio se utiliza la metodología de Máximo Caudal Real Esperado (“MCRE”), metodología desarrollada e implementada por la consultora internacional KBC.⁸ La modelación de MCRE desarrollada por KBC reduce notablemente las estimaciones de requerimientos de descargas de la Refinería, estimándola en 605.414 kg/h. A su vez, actualizó las capacidades del Sistema de Antorchas, de acuerdo al siguiente detalle:

	L-1390	L-1320	L-1360	Total
Flujo (kg/h)	340.000	370.000	196.000	906.000

En el año 2018 KBC elaboró un nuevo análisis como base para dimensionar una eventual nueva Antorcha⁹ y establecer los requerimientos de descargas. De acuerdo a este análisis, la base de diseño de una eventual nueva antorcha (en reemplazo de la L-1320 y L-1360) fueron los mismos valores que el informe del año 2008: 605.000 kg/h para refinería + 235.000 kg/h para Etileno-Petroquim, dando una necesidad total de diseño de 840.000 kg/h. Esta necesidad de antorcha se corrige por la salida de Etileno y de Bensat (unidades no operativas), por lo que los requerimientos de antorchas bajan a 679.000 kg/h.

Cabe destacar que la validez del modelo MCRE se ha visto reforzada por las descargas de la Refinería en situaciones extremas de emergencias. En efecto, la estimación de descargas para el terremoto ocurrido en Chile en febrero del año 2010 fue de 635.000 kg/h, lo que es consistente con las descargas estimadas por el modelo, ratificándose en terreno que el sistema funcionó y soportó efectivamente la descarga de toda la refinería el año 2010. Misma situación ocurrió con la falla de alimentación eléctrica a la Refinería que generó la detención de todo el complejo el año 2018, y posteriormente, el año 2021, incidentes en los cuales el sistema de antorchas operó adecuadamente soportando la descarga total de las unidades de proceso.

⁸ Metodología publicada en "Oil & Gas Journal, 15 de Diciembre 1997, Anexo B.

⁹ Esto, a fin de implementar eventuales nuevos proyectos (v.gr., nueva isomerizadora, unidad de desasfaltado, o ampliación de capacidades de unidades ya existentes).

De esta forma, considerando las capacidades actualizadas del Sistema de Antorchas determinadas por KBC (906.000 kg/h) -incluyendo la actualización del flujo del proceso de Hidrodesulfurización que, en la práctica, genera un flujo muy por debajo del estimado en la tabla 2.3.3.2 de la DIA, y que era justamente la ampliación que se mencionó en el marco de la RCA N°65/2004-, el mismo posee capacidad suficiente para absorber los requerimientos de descarga de la Refinería (605.000 kg/h). Aún más, dicha capacidad es suficiente incluso si se consideraran en operación las plantas de Etileno y Bensat, para las cuales KBC estimó un flujo de 235.000 kg/h, lo que daría un requerimiento total de la Refinería equivalente a 840.000 kg/h, inferior a los 906.000 kg/h de capacidad del Sistema de Antorchas.

En definitiva, el Sistema de Antorchas está diseñado para soportar sin problema la descarga total de las unidades de proceso de la Refinería. En consecuencia, el reemplazo de la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad ha perdido oportunidad y carece de cualquier justificación, más aún cuando la antorcha principal de la Refinería que opera con preferencia a las demás es la antorcha L-1390.

3. En subsidio de lo anterior, el reemplazo de la antorcha no es una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto

En subsidio de lo anterior, y para el improbable evento de que la SMA estime que sí se ha verificado el supuesto que hacía exigible el reemplazo de la antorcha L-1360, se debe tener presente que dicho reemplazo no constituía una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto. En consecuencia, y de estimarse efectivo el Cargo N°1, el mismo debe ser recalificado como leve, por no concurrir los supuestos del artículo 36 N°2 letra e) de la LOSMA para que el mismo sea calificado como grave.

De acuerdo al artículo 36 N°2 de la LOSMA "*Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: (...) e) incumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental*".

La Formulación de Cargos, en virtud de la disposición transcrita, calificó como grave el cargo N°1, en atención a los considerandos 3.1 y 3.2 de la RCA N°65/2004.

De acuerdo a lo expuesto previamente, el reemplazo de la Antorcha L-1360 responde a una exigencia operativa ante el aumento de flujo total de la Refinería, el cual, muy por el contrario, disminuyó. De esta forma, y de acuerdo a lo que se expondrá, no nos encontramos en la hipótesis del literal e) del artículo 36 N°2 de la LOSMA, por lo que el cargo debe ser recalificado como leve.

En efecto, para que se configure la agravante del literal e) del artículo 36 N°2 de la LOSMA se requiere que se configuren, copulativamente, los siguientes requisitos:

- (i) Existencia de medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad.
- (ii) La RCA debe establecer que dichas medidas se adoptan para minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad calificado por dicha RCA
- (iii) Debe existir un incumplimiento grave de la respectiva medida

A continuación, se analizará cada uno de los requisitos establecidos en la norma:

3.1. El reemplazo de la antorcha L-1360 forma parte integrante del Proyecto y no es una medida que tenga como objeto eliminar o minimizar los efectos adversos del mismo

Conforme expresamente dispone el considerando N°3.1. (Descripción General del Proyecto) de la RCA N° 65/2004, el Reemplazo de la Antorcha forma parte integrante del Proyecto sometido a evaluación y calificación.

Al ser una de las unidades que, desde un inicio de la evaluación forma parte integrante del Proyecto, por definición, el reemplazo de la antorcha L-1360 no puede ser una medida para reducir efectos adversos. En otros términos, el reemplazo de la antorcha no puede ser Proyecto y medida a la vez: o es parte integrante del Proyecto o es una medida para hacerse cargo de los efectos del mismo.

Por otra parte, las medidas para hacerse cargo de los efectos adversos de un Proyecto pueden consistir en medidas de mitigación, reparación y/o compensación -para el caso de los impactos significativos- o compromisos

ambientales voluntarios, exigencias o condiciones -para el caso de los impactos significativos-¹⁰.



Guía para la determinación y justificación del Área de Influencia (SEA, 2017)

Dado que el Proyecto fue evaluado mediante una DIA, no se contemplan medidas tendientes a reducir o eliminar impactos significativos. Respecto de los impactos no significativos, la RCA no considera el reemplazo de la Antorcha L-1360 como un compromiso ambiental voluntario, ni como una exigencia ni como una condición, sino como una parte integrante del Proyecto.

Corroborando todo lo anterior el hecho de que en la evaluación ambiental del Proyecto en ningún momento la autoridad hizo referencia a algún efecto adverso del Proyecto que debía ser reducido o eliminado por el reemplazo de la antorcha.

En definitiva, según la respectiva RCA, el reemplazo de las antorchas no es una medida para eliminar o reducir efectos adversos del Proyecto, sino que es una parte integrante del mismo. Dicha circunstancia, conforme se argumentará a continuación, no se altera por el hecho de que el considerando 3.2 de la RCA

¹⁰ El hecho de que las medidas contempladas para eliminar o reducir impactos no significativos se consignan en una RCA bajo la forma de compromisos ambientales voluntarios, exigencias o condiciones se desprende de los artículos 18, 19, 44, 56 y 68 del Decreto Supremo N°40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

N°65/2004 indique que el reemplazo de la antorcha L-1360 implica mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente. Esas mejores condiciones de operación y quemado están proyectadas para un evento de aumentos de flujos, los que no se han verificado.

3.2. La RCA no establece el reemplazo de la Antorcha como una medida para eliminar o reducir los efectos adversos del Proyecto

Al momento de calificar la infracción N°1 como grave, la Formulación de Cargos hace referencia a los considerandos 3.1 y 3.2 de la RCA del Proyecto. Ahora bien, si se lee con detenimiento dichos considerandos, no se desprende que la RCA establece el reemplazo de la antorcha L-1360 como una medida para hacerse cargo de los efectos adversos del Proyecto sometido a evaluación y calificación ambiental.

En efecto, el considerando 3.1 refiere a la “Descripción General del Proyecto”, capítulo en el cual, como se indicó, se describen de forma genérica las cuatro unidades implementadas por el Proyecto.

Por su parte, en el considerando 3.2, la única referencia al reemplazo de la antorcha L-1360 es el siguiente:

“El reemplazo de la antorcha L-1360 implica mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente, mejorando las condiciones para una mejor dispersión de gases en la atmósfera”.

Tal como se señaló, el reemplazo de la antorcha L-1360 por una de mayor tamaño respondía a una necesidad operativa ante futuras ampliaciones de la Refinería que determinarían un aumento de flujo hacia el Sistema de Antorchas. En efecto, según se explicó en el capítulo, el aumento en la capacidad de la antorcha L-1360 proyectado en la DIA (de 200.000 a 701.000 kg/h) sólo se explica en la medida que se materializaran los aumentos de flujo.

Es decir, su reemplazo implicaría *“mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente”*, pero en la medida que se materializaran los aumentos de flujo, cuestión que nunca sucedió. Es más, ocurrió justamente lo contrario, pues existen procesos de la Refinería que han sido

datos de baja, lo que ha determinado que, en los hechos, el requerimiento de antorchas sea mucho menor.

Asimismo, se reitera que el reemplazo de la antorcha no se consignó en la RCA ni como un compromiso ambiental voluntario, ni como una exigencia o condición. Por el contrario, tal como queda de manifiesto en el considerando 3.1, el reemplazo de la antorcha L-1360 forma parte del Proyecto.

En este sentido, debe señalarse que la RCA refiere específicamente al Mejoramiento Calidad de Diesel. Por ello, si bien el reemplazo de la antorcha L-1360 se considera una mejora operativa, esta mejora es de la Refinería (asociada a los aumentos de flujo) y no del Proyecto que fue sometido a evaluación.

3.3. No ha existido incumplimiento grave de la supuesta medida

A mayor abundamiento, aún de estimarse que el reemplazo de la antorcha es una medida para eliminar o reducir los efectos adversos del Proyecto, no ha existido un incumplimiento grave de ella.

Conforme al criterio sostenido por la SMA para efectos de determinar la concurrencia de la causal contenida en el artículo 36 N°2 letra e) de la LOSMA¹¹, debe analizarse si se verifican los siguientes requisitos respecto de la supuesta infracción en cuestión, ninguno de los cuales concurre para el caso de ERSA:

- (i) La relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto identificado en la evaluación: como se señaló, en la evaluación ambiental del Proyecto en ningún caso la autoridad hizo referencia a algún efecto adverso del Proyecto que debía ser reducido o eliminado por el reemplazo de la antorcha.

Por el contrario, la autoridad ambiental se concentró en los efectos que podría generar la nueva antorcha¹², ante lo cual el titular propuso un Compromiso

¹¹ Dicho criterio se encuentra contenido, entre otros, en los procedimientos sancionatorios F-054-2014, F-025-2013, y D-015-2013.

¹² En efecto, la Subdirección del Ambiente del Servicio de Salud de Talcahuano señaló en oficio ordinario N°11.A.5/15 de 01 de marzo de 2004: "*Nuestra Subdirección, habiendo revisado y analizado las respuestas a las observaciones en agenda N° 1 de la DIA proyecto 'Mejoramiento Calidad de Diesel' de ENAP Refinerías S.A., y luego de visita en terreno en conjunto con el*

Ambiental Voluntario consistente en minimizar la emisión de humos de las antorchas ante eventos no controlados que superen los sistemas de respaldo existentes.

Por lo demás, y más allá de que el reemplazo de la antorcha L-1360 está asociada a aumentos futuros de flujo que no se han materializado a la fecha, en los hechos, incluso en eventos de emergencia, no ha existido superación de las normas primarias de calidad. En efecto, conforme al informe preparado por GAC Consultores, adjunto en un otrosí, *“las concentraciones registradas por las estaciones de monitoreo de calidad del aire, en los días en que ocurrieron emergencias, se encuentran muy por debajo de los límites de concentraciones horarias indicadas para las normas primarias para calidad del aire de SO₂ y de NO₂, por lo tanto, las emisiones generadas en estos eventos no produjeron un aumento relevante de los niveles de SO₂ y NO₂ medidos.”*¹³

Desde este punto de vista, y conforme a las capacidades reales de la Refinería, el reemplazo de la antorcha L-1360 es totalmente irrelevante para hacerse cargo de las emisiones.

- (ii) La permanencia en el tiempo del incumplimiento: en cuanto a dicho criterio, si bien el reemplazo de la Antorcha L-1360 no se ha efectuado, ello obedece a que no se ha verificado el supuesto de hecho que hacía exigible ese reemplazo. Además, como ya se señaló, con el transcurso del tiempo los flujos de la Refinería no aumentaron. Sino que, por el contrario, disminuyeron. De esta forma, más allá de que el reemplazo aún no es exigible, la finalidad perseguida con el reemplazo se encuentra cumplida por el solo hecho de no aumentar el flujo de la Refinería debido a las medidas operativas adoptadas por ERSA.

proponente, informa lo siguiente; Normativa de Carácter Ambiental aplicable 1. - D.S. 144/61 No se acredita su cumplimiento La respuesta aportada no permite asegurar que no habrá desde la nueva antorcha a construir efectos negativos adversos que generen riesgos y/o molestias en la salud de la población, por la emisión de contaminantes diversos debido a la quema de gases livianos, en razón principalmente a eventos tecnológicos como caída del sistema interconectado central y caída de la termoeléctrica Petropower Energía (actual proveedor) que requieran de las paradas de unidades de la planta ENAP Refinerías BioBio, que necesariamente obliguen a alinearse hacia las antorchas. Proponente debe presentar antecedentes sobre los sistemas de respaldo utilizados en la actualidad, o a usar que permitan minimizar la emisión de humos desde antorchas ante eventos no controlados durante la detención de unidades de la refinería”.

¹³ GAC (2022). Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N° 1., p. 22.

- (iii) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación: Como se señaló, si bien el reemplazo de la antorcha no se ha efectuado por no ser aun exigible, en los hechos ERSA ha adoptado una serie de medidas tendientes a reducir el flujo hacia las Antorchas, a fin de monitorear y controlar el desempeño de las antorchas. La efectividad de esas medidas se ve corroborada con las conclusiones obtenidas por GAC Consultores en su informe, comprobándose el cumplimiento de las normas primarias de calidad y, de esa forma, la ausencia de riesgos a la salud de la población.

En consecuencia, no puede estimarse que la infracción imputada en el cargo N°1 constituye un incumplimiento grave de una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, de forma tal que procede que la misma sea recalificada a leve.

4. A mayor abundamiento, la sanción administrativa ha perdido oportunidad, por prescripción o decaimiento

Ya se ha señalado que el reemplazo de la antorcha L-1360 ha perdido oportunidad, sea porque no se ha verificado el hecho que lo hacía exigible, sea porque el flujo total de la Refinería no ha aumentado, o sea porque el flujo es dirigido con preferencia a la Antorcha principal L-1390.

En este contexto, es relevante destacar que la autoridad ambiental tenía conocimiento desde hace mucho tiempo que el reemplazo de la antorcha L-1360 no se había efectuado, sin que haya procedido a formular cargos a ERSA. Al respecto, cabe destacar los siguientes hitos:

- Con fecha 26 de febrero de 2009 se realizó una visita inspectiva por la Comisión Regional de Medio Ambiente de Biobío, constatando que "*Se tiene pendiente la construcción del reemplazo de la antorcha L-1360*" (así consta en el expediente electrónico del Proyecto en la página web del SEA, en el segmento Seguimiento y Fiscalización).
- Por otra parte, el 13 de febrero de 2013 fue enviado a la SMA el documento titulado "Informe técnico de emisiones de las principales FF del inventario de ERBB, analizando datos de emisión actuales y pasadas en caso de reducciones, para Chimenea Horno MHC, Chimenea Incinerador Planta de

Azufre N° 2, Chimenea Planta de Hidrógeno CHT, Horno de Carga de HDS2, Antorcha L-1360, para concentración y/o carga emitida”, documento que fue analizado por la SMA sin formular ninguna observación.

- Finalmente, debe tenerse presente que desde la inspección a la Refinería de 27 de febrero de 2019 hasta la Formulación de Cargos han transcurrido más de tres años.

De esta forma, habiéndose dictado la RCA N°65/2004 hace más de 15 años, y estando en conocimiento por más de 10 años la autoridad ambiental que una de las unidades contempladas en el Proyecto no se ha instalado, no procede que en el año 2022 efectúe un reproche de dicha situación, más aún cuando el reemplazo de la Antorcha L-1360 no se justifica ni operativa ni ambientalmente (teniendo presente los cambios de configuración del Sistema de Antorchas, donde la antorcha L-1390 -la más alta y la más alejada de la comunidad- opera como preferencial, según lo explicado anteriormente).

Lo anterior además debe ser ponderado de acuerdo con el principio de la confianza legítima, conforme al cual, tal como ha señalado la Excma. Corte Suprema: *“las actuaciones de los poderes públicos generan confianza entre los destinatarios de sus decisiones, resultando una manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica”*¹⁴. Asimismo, se ha señalado que *“la confianza legítima del administrado reposa en la certidumbre que la Autoridad actúan conforme a Derecho y no se equivoca, por lo cual los derechos que se desprende de sus determinaciones integran su patrimonio y no pueden ser afectada”*. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que dicho principio *“exige que se mantengan las situaciones que han creado derecho a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración (...) supone el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto esta lo seguirá haciendo de la misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales y económicas) similares”*¹⁵.

En el caso de autos, el hecho de que la SMA estuviera en conocimiento desde hace más de 8 años de la supuesta infracción imputada, sin proceder a

¹⁴ Corte Suprema, 21 de abril de 2021, rol N° 44608-2020.

¹⁵ Cordero Vega, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters., pp. 307-308.

realizar reproche alguno, generó necesariamente la confianza legítima en nuestra representada de que la ausencia de reemplazo de la antorcha no configura un incumplimiento a la RCA N°65/2004.

Por otra parte, el hecho de que la autoridad ambiental que estuvo en conocimiento de la supuesta infracción haya dejado transcurrir este extenso tiempo para formular cargos, da cuenta que el reemplazo de la Antorcha L-1360 no es una medida para reducir efectos adversos del Proyecto. No resulta razonable pensar que, de tratarse de una medida para reducir efectos adversos, la autoridad ambiental hubiera dejado transcurrir tal cantidad de tiempo sin formular reproche alguno.

De esta forma, y sólo a mayor abundamiento de lo previamente expuesto, la supuesta infracción imputada en el cargo N°1 se encuentra prescrita de conformidad al artículo 37 de la LOSMA,¹⁶ habiendo transcurrido con creces el plazo de tres años desde la supuesta comisión de la infracción, que según la Formulación de Cargos, ocurrió el 01 de agosto de 2004.¹⁷ En efecto, según la teoría del caso de la Formulación de Cargos, en esa fecha sería exigible el reemplazo de la Antorcha L-1360, por lo que desde la comisión de la supuesta infracción ha transcurrido con creces el plazo de tres años para que opere la prescripción.

Ahora bien, en el evento de considerar que nos encontramos ante una infracción de carácter permanente o continua -lo cual no ha sido sostenido en la Formulación de Cargos, al fijar el momento de la comisión el 01 de agosto de 2004- es razonable entender que la prescripción comienza a correr desde que la autoridad toma -o debió tomar- conocimiento de la supuesta infracción.

Así, se ha sostenido que *“en estos casos en los que la Administración ha tenido constancia de los hechos constitutivos de la infracción continuada, debiera jugar a favor del administrado el instituto de la prescripción de la misma”*¹⁸, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha señalado en ese mismo sentido:

¹⁶ *“Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas.”*

¹⁷ De acuerdo al Considerando 40° de la Formulación de Cargos, el reemplazo de la Antorcha L-1360 *“debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004”*.

¹⁸ Ribas Rodríguez, Fátima (2021). El conocimiento de la administración de las infracciones continuadas a efectos de la prescripción. *Economist&Jurist*.

“La pasividad administrativa mantenida a lo largo de prácticamente 28 años, del todo punto reprobable, como —con toda razón— enfatiza la sentencia recurrida, no puede determinar, como sostiene la Administración autonómica en su recurso que al tratarse de una actividad continuada y realizarse la última venta en el año 2005, es a esa fecha a la que debe referirse el dies a quo del inicio del plazo de prescripción de la infracción, pues las actividades de ejecución material de las construcciones y de las incipientes obras de urbanización y el conjunto de circunstancias antes indicadas no pudieron pasar desapercibidos para las Administraciones que debieron ya entonces, desde los primeros momentos, realizar las potestades previstas en el ordenamiento urbanístico para frenar la parcelación ilegal.”¹⁹

Una interpretación distinta a la aquí sostenida se traduciría en una imprescriptibilidad de facto, y sería contraria a los fundamentos del instituto de la prescripción. En efecto, esta institución permite dar estabilidad a las relaciones jurídicas, otorgando seguridad, al mismo tiempo que opera como sanción a la pasividad de quien, pudiendo ejercer una facultad o derecho, no lo hizo.

Una institución que se relaciona estrechamente con los fundamentos previamente expuestos, es el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, el cual ha sido definido por la Corte Suprema como *“la extinción de un acto administrativo provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo.”*²⁰ En esa misma sentencia, la Corte sostuvo:

“El elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos es el tiempo excesivo transcurrido para la declaración de responsabilidad de la empresa sujeta a supervisión y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción, que excedió los tres años contados desde que se interpusiera reposición administrativa en contra de la resolución sancionatoria. Ello ha afectado el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo.”²¹

¹⁹ Tribunal Supremo Español, 11 de junio de 2013, Recurso de casación N°1397/2011. Este mismo criterio se ha seguido en Chile en un reciente caso de un procedimiento administrativo sancionatorio incoado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Véase al respecto, Corte Suprema, 17 de febrero de 2022, rol N°38.540-2021, considerando 5°.

²⁰ Corte Suprema, rol N°6739-2012.

²¹ Corte Suprema, rol N°6739-2012.

En cuanto al plazo que debe respetar la *Administración* para sustanciar un procedimiento administrativo sancionatorio, la jurisprudencia ha estimado que es aquel contemplado en el artículo 53 de la Ley N°19.880, es decir, dos años. Refiriéndose a ello, la Corte Suprema señaló:

“Resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo, transformándolo abiertamente en legítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica.”²²

Cabe destacar que, en una reciente sentencia, el Segundo Tribunal Ambiental sostuvo que el procedimiento administrativo sancionatorio, para efectos de la institución del decaimiento del procedimiento administrativo sancionador, se inicia con el Acta de Inspección Ambiental:

“Que consecuentemente, este Tribunal debe reprochar el largo tiempo transcurrido desde que la SMA recibió conforme el Acta de Inspección Ambiental (17 de noviembre de 2017, visualizado en la letra (e) de la figura N° 2), hasta el nombramiento del fiscal instructor (3 de junio de 2020, visualizado en la letra (f) de la figura N° 2), y la consiguiente apertura de la fase de instrucción, mediante la dictación de la Resolución N° 1/ROL D-073-2020, de 8 de junio de 2020 (letra (g) de la figura N°2), toda vez que superó con creces el plazo de dos años que contempla el artículo 53 de la Ley N° 19.880”²³.

²² Corte Suprema, 18 de marzo de 2021, rol N°95.140. En el mismo sentido, nuestro Máximo Tribunal sostuvo: *“una razón adicional para asentar la existencia del decaimiento, es que el objeto jurídico del acto administrativo, cual es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor”* (Corte Suprema, 26 de marzo de 2019, rol N° 23056-2018).

²³ Segundo Tribunal Ambiental, 28 de febrero de 2022, rol R N° 269-2020.

En el caso de autos, debe considerarse que la primera Acta de Inspección que da origen a la Formulación de Cargos es de fecha 27 de febrero de 2019, transcurriendo con creces el plazo de dos años señalado, y sin perjuicio de que la autoridad ambiental ya tenía conocimiento desde mucho antes que el reemplazo de la Antorcha L-1360 no se había llevado a cabo.

De esta forma, el procedimiento administrativo sancionador en contra de nuestra representada en relación con el Cargo N°1 ha perdido oportunidad, sea porque ha operado la prescripción, sea porque ha transcurrido el plazo para que opere el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador.

IV. NO SE CONFIGURA EL HECHO INFRACCIONAL DESCRITO EN EL CARGO N°2

1. No existió incumplimiento a la Res. 1807/2010 de la SISS: se han realizado los reportes de la frecuencia de monitoreo exigida en el Programa de Monitoreo

De acuerdo a la Formulación de Cargos, ERSA “no reportó la frecuencia de monitoreo exigida en su Programa de Monitoreo mensual asociado al D.S. N°90/2000 (Resolución Exenta N° 1807/2010 SISS), en los meses de marzo a diciembre de 2019, en marzo de 2020 y en noviembre de 2021”. En síntesis, los parámetros que no habrían sido monitoreados conforme al Programa de Monitoreo son los siguientes:

Período	Parámetro
Marzo 2019 a diciembre 2019	Caudal, pH y temperatura
Marzo 2020 y noviembre 2021	Aceites y grasas, aluminio, DBO5, hidrocarburos fijos, Índice fenol, nitrógeno total Kjeldahl, sólidos suspendidos totales, sulfato.

Conforme se expondrá a continuación, la mayoría de los parámetros fueron reportados en la frecuencia exigida en el Programa de Monitoreo y la información fue puesta en conocimiento de la SMA. De esta forma, no existe un incumplimiento de la Res. 1807/2010, sino que un problema formal al ingresar la información correspondiente en la plataforma de reporte.

1.1. Respecto de los parámetros Caudal, pH y temperatura: al momento de cargar la información al sistema se acompañaron los certificados de laboratorio que dan cuenta que se efectuaron los monitoreos conforme a la frecuencia exigida en la Res. N°1807/2010 de la SISS

Respecto de estos parámetros, es importante destacar que el problema se generó debido a la carga de información en el Sistema de Ventanilla Única del RETC, dada la imposibilidad de ingresar más de un dato por parámetro, viéndose nuestra representada en la necesidad de informar un valor promedio.

Sin perjuicio de lo anterior, al momento de cargar la información se acompañaron todos los certificados de análisis de laboratorio del periodo marzo-diciembre 2019 en los cuales se aprecia claramente que la frecuencia de los monitoreos fue efectuada conforme a lo exigido en el Plan de Monitoreo.

Por ello, respecto de los parámetros Temperatura y pH no existió un incumplimiento a la Res. N°1807/2010 de la SISS, puesto que sí se realizaron los reportes en la frecuencia exigida. Ello se corrobora con el hecho de que, al momento de cargar la información, se acompañaron los certificados de laboratorio que acreditan que se realizaron 12 muestras puntuales para ambos parámetros en cada día de control (4 mensuales), por lo que dicha información sí estaba en poder de la autoridad ambiental.

1.2. Respecto del problema de reporte en el mes de marzo 2020: existencia de caso fortuito o fuerza mayor derivado de la pandemia Covid-19

Respecto al reporte del monitoreo de los parámetros aceites y grasas, aluminio, DBO5, hidrocarburos fijos, Índice fenol, nitrógeno total Kjeldahl, sólidos suspendidos totales, sulfato, sulfuro y zinc para el mes de marzo 2020, estos no pudieron ser realizados de la forma indicada en la Res. N°1807/2010 por indicación del Centro EULA-CHILE, de la Universidad de Concepción debido a la pandemia Covid-19. Dicha circunstancia se hizo saber a la SMA al momento de cargar la información.

En efecto, conforme a la Carta de fecha 31 de marzo de 2020 que se acompaña en el Primer Otrosí, dicho Centro indicó: *“Por medio de la presente, expresarles nuestra disposición respecto de la continuidad de nuestro cese de funciones por esta semana en consideración del estado de progreso del COVID-19*

en el país. Esto quiere decir que todos los servicios de muestreo y análisis se mantienen suspendidos, esta situación se está evaluando periódicamente”.

Lo anterior se explica por las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria consistentes en una serie de restricciones a la movilidad (cuarentenas, pases de movilidad, aforos, etc.), todo lo cual configuran actos de autoridad cuyo mandato no se puede desobedecer, más aún en el delicado e incierto contexto sanitario en que se encontraba nuestro país durante el primer semestre del año 2020.

De esta forma, la ausencia de los reportes conforme a lo exigido el Programa de Monitoreo no resulta causalmente imputable a nuestra representada, operando en este punto la eximente de responsabilidad del caso fortuito o fuerza mayor, al tratarse el Covid un hecho que, en aquella fecha, resultaba absolutamente imprevisto e imposible de resistir.

1.3. Respetto del problema de reporte en el mes de noviembre 2021: Omisión del Laboratorio de Hidrolab sobre la entrega de resultados

Respetto al reporte del monitoreo de los parámetros aceites y grasas, aluminio, DBO5, hidrocarburos fijos, Índice fenol, nitrógeno total Kjeldahl, sólidos suspendidos totales, sulfato, sulfuro y zinc para el mes de noviembre 2021, estos no pudieron ser realizados de la forma indicada en la Res. N°1807/2010 debido al incumplimiento contractual por parte del Laboratorio Hidrolab. Se adjunta en otrosí de esta presentación carta con notificación de incumplimiento a dicha empresa.

De esta forma, la supuesta infracción imputada a nuestra representada no le es imputable, por provenir de retrasos de una empresa externa, como es el Laboratorio Hidrolab, que no son imputables a nuestra representada.

Demás está decir que los muestreos y análisis en comento, para tener validez, deben necesariamente provenir de una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental con alcances autorizados para el tipo de variable o componente que se monitorea. Si esa entidad incurre en atrasos, no existe de parte del mandante acciones o medidas que puedan ser tomadas para evitar ese atraso. En otras palabras, al tratarse de materias cuyo muestreo y/o reporte es exclusivo para determinadas entidades, el atraso en que las mismas incurran, aun cuando no sea imputable al mandante, acarrearía su responsabilidad. Lo anterior, desde luego, iría

en contra de las normas básicas sobre responsabilidad en materia de procedimientos administrativos.

V. CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA LOSMA

Para el improbable evento de que la SMA estime que se configuran las infracciones imputadas en la Formulación de Cargos, a continuación se analiza la aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA al caso particular, tomando en consideración aquellas directrices establecidas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, de diciembre de 2017 ("Bases metodológicas").²⁴

Como cuestión preliminar, y sin que lo señalado a continuación signifique reducir el alcance de las alegaciones efectuadas al momento de analizar cada una de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, es necesario hacer presente consideraciones generales sobre la naturaleza de los cargos imputados y su nula aptitud para generar efectos negativos al medio ambiente:

- Respecto del Cargo N°1, se reitera nuevamente que el Sistema de Antorchas existente en la Refinería funciona correctamente y permite absorber la totalidad de los gases evacuados por la Refinería en una situación de emergencia.

Esta circunstancia determina que la ausencia de reemplazo de la antorcha L-1360 por una de mayor capacidad no tiene aptitud alguna para generar un efecto negativo al medio ambiente o a las personas, lo cual consta en el informe de GAC Consultores adjunto en un otrosí.

- Respecto del Cargo N°2, al tratarse de supuestas infracciones que dicen relación con errores puntuales al momento de cargar información al sistema de Ventanilla Única RETC, estas no son susceptibles de causar efecto negativo alguno. Este es el criterio que ha sustentado la SMA tanto en la Guía para la presentación de programa de cumplimiento por infracciones tipo

²⁴ Cabe hacer presente que el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa rol R-44-2014, dispuso que "a juicio de este tribunal y a diferencia de lo señalado por la reclamante, la naturaleza jurídica de las circunstancias contenidas en el artículo 40 de la Losma, y en este caso particular, de su literal d), no es la de una agravante. Por el contrario, se trata de criterios o factores de modulación que el legislador ha entregado a la autoridad administrativa para que ésta determine y fundamente conforme a la concurrencia o no de ellas, la sanción específica que impondrá finalmente al infractor."

a las normas de emisión de Riles²⁵, como en otros procedimientos sancionatorios.²⁶ Sin perjuicio de lo anterior, de igual forma se adjunta en un otrosí un informe preparado por GP Consultores que da cuenta de lo anterior.

1. La importancia del daño causado o del peligro ocasionado: las supuestas infracciones no han causado daño alguno y no han ocasionado peligro

Esta circunstancia refiere a la existencia de un daño frente a la constatación de afectación a la salud de las personas y/o menoscabo al medio ambiente, sean o no significativos los efectos ocasionados. Asimismo, comprende también el concepto de peligro, esto es, la capacidad intrínseca de una sustancia, agente, objeto o situación de causar un efecto adverso sobre un receptor.²⁷

Al respecto, como se ha adelantado, las infracciones imputadas a ERSA no han ocasionado un daño ni tampoco han generado un peligro como consecuencia de la ausencia de un reemplazo de antorcha por otra de mayor capacidad ni de la falta de reporte de determinados parámetros.

Como se señaló, el Sistema de Antorchas (incluyendo la antorcha L-1360) está diseñado para absorber con holgura la totalidad de los gases generados en la Refinería, aún en el peor escenario. De esta forma, ningún daño o peligro de daño se configura con el hecho de no haber aumentado la capacidad de una de las Antorchas.

En relación con el incidente puntual de 03 de junio de 2021 cabe destacar que el sistema de antorchas operó adecuadamente soportando la descarga total de todas las unidades de proceso (al igual que lo ocurrido para el terremoto del año 2010).

²⁵ En efecto, respecto de la infracción consistente en “No reportar la frecuencia de monitoreo exigida en su Programa de Monitoreo”, la guía sostiene: “La presente infracción no configura efectos negativos sobre el medio ambiente o la salud de las personas dado que representa una falta formal a la obligación de la norma de emisión y no existen suficientes antecedentes que permitan levantar un riesgo asociado a su incumplimiento”.

²⁶ Por ejemplo, Resolución Exenta N° 375/2022 de la SMA.

²⁷ La distinción entre dos hipótesis para esta circunstancia ha sido recogida por la jurisprudencia, en específico el Segundo Tribunal Ambiental, en la causa rol R-58-2015, considerando cuadragésimo octavo: “Que, a juicio de este Tribunal, y tal como lo ha indicado en sentencias anteriores, es necesario recordar que en este numeral existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, de resultado, exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda es una hipótesis de peligro concreto, un riesgo de lesión, mas no la producción de la misma.”

Como se señaló, debido a las mejoras implementadas en el Sistema de Antorchas de la Refinería y a su forma de operar, éste cuenta con capacidad suficiente para el requerimiento de su máximo flujo esperado (679.000 kg/h). Por otra parte, para reducir los requerimientos hacia el Sistema de Antorchas, se ha incorporado tecnología en los sistemas de protecciones de las unidades de proceso que sincronizan acciones rápidas y coordinadas para proteger la integridad de las plantas, disminuyendo los requerimientos de descarga al Sistema de Antorchas.

Adicionalmente, las antorchas L-1360, L-1320 y L-1390 funcionan como un sistema interconectado, conformando un sistema integrado para la evacuación de los gases, con flujo preferencial hacia la antorcha L-1390.

Debe tenerse presente que las emisiones de antorchas declaradas en el RETC son menores a las aprobadas por la RCA N°65/2004 estimadas para el Proyecto en situación normal y de emergencia:

NOx					
t/a					
Fuente	RETC 2017	RETC 2018	RETC 2019	RCA N° 065/04	
				Normal	Emergencia
Sistema de antorchas	49	40	53	72	292

MP					
t/a					
Fuente	RETC 2017	RETC 2018	RETC 2019	RCA N° 065/04	
				Normal	Emergencia
Sistema de antorchas	0	0	0	0	36,5

SO ₂					
t/a					
Fuente	RETC 2017	RETC 2018	RETC 2019	RCA N° 065/04	
				Normal	Emergencia
Sistema de antorchas	919	685	803	1.278	9.490

En relación con lo anterior, los datos crudos y gráficos de calidad de aire y dirección del viento en el período 31-05-2021 a 04-06-2021 dan cuenta que el único parámetro que sobrepasó la norma primaria de calidad es el MP 2.5 en la estación Junji, los días 01 y 02 de junio, por lo que estos valores no tienen relación con el incidente ocurrido el 03 de junio de 2021.

Como señala el informe preparado por GAC Consultores acompañado en un otrosí, “el aporte en emisiones de la antorcha L-1360 al sistema total de antorchas

es marginal, estimándose para el año 2021 un 3% de participación en las emisiones de NO_x y de un 0,1% de las emisiones de SO₂²⁸ (...) “En términos de emisiones el ‘No efectuar el reemplazo de la antorcha L-1360, de acuerdo con lo comprometido en la RCA N°65/2004’, no generó emisiones adicionales a las aprobadas en la RCA N°65/2004, tanto para el sistema de antorchas como para la antorcha L-1360, si no que las emisiones fueron reducidas debido a mejoras implementadas en la planta.”²⁹

Respecto a las emisiones generadas durante períodos de emergencias, como la ocurrida en junio de 2021, el informe establece que “las concentraciones registradas por las estaciones de monitoreo de calidad del aire, en los días en que ocurrieron emergencias, se encuentran muy por debajo de los límites de concentraciones horarias indicadas para las normas primarias para calidad del aire de SO₂ y de NO₂, por lo tanto, las emisiones generadas en estos eventos no produjeron un aumento relevante de los niveles de SO₂ y NO₂ medidos.”³⁰

Respecto de los efectos que pudo tener la falta de reemplazo de la antorcha L-1360 sobre la salud de la población, se ha estimado que este es nulo o insignificante aún en escenario más conservador. Así, respecto de los efectos en salud de SO₂, además de que no se ha superado la norma primaria diaria para dicho contaminante, el riesgo esperado para el día del incidente es menor de 1 en un millón. Así, en base a las definiciones de las agencias internacionales para calificar el riesgo como aceptable o esencialmente insignificante, se concluye que “**la exposición a SO₂ en los días de incidentes aún en las condiciones más conservadoras y sobrevaloradas, como ya se expuso, no generó riesgo a la salud de la población de la comuna de Hualpén.**”³¹

En relación con los efectos en salud de NO₂ se arriba a la misma conclusión, esto es, “*que en todos los días de incidentes y para la mayoría de las mediciones en las ERP no se produce ningún riesgo en exceso ni incremental a la salud.*”³²

Finalmente, debemos hacer presente que según consta en el Acta de Inspección Ambiental de 03 de junio de 2021, a propósito del incidente ambiental de esa misma fecha, los Fiscalizadores observaron únicamente que “*la Antorcha L-*

²⁸ GAC (2022). Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N° 1., p. 10.

²⁹ GAC (2022). Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N° 1., p. 10.

³⁰ GAC (2022). Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N° 1., p. 22.

³¹ GAC (2022). Evaluación de riesgo a la salud debido a emisiones atmosféricas por no reemplazo de antorcha L-1360., p. 22.

³² GAC (2022). Evaluación de riesgo a la salud debido a emisiones atmosféricas por no reemplazo de antorcha L-1360., p. 23.

1390 presenta llama activa y combustión con producción de humos visibles, igualmente se observa la Antorcha 1320 con llama y sin humos visibles”, sin hacer reparos respecto al funcionamiento de la antorcha L-1360 cuya ausencia de reemplazo se reprocha. Tomando en cuenta lo anterior, si se considera hipotéticamente operativa la antorcha de reemplazo al momento del incidente, el Sistema de Antorchas se habría comportado de la misma manera, toda vez que los gases habrían sido igualmente dirigidos con preferencia a la Antorcha L-1390.

En relación con el Cargo N°2, como ya se señaló, refiere a una infracción formal que no es susceptible de causar algún tipo de daño o peligro al medio ambiente. Para descartar los efectos negativos que pudo tener el hecho infraccional imputado en el cargo N°2, ERSA encargó un informe a GP Consultores, en el cual se analiza el efecto sobre la calidad de aguas sobre el Río Bío Bío de la descarga de los Riles tratados de la Refinería.

Es importante destacar que la ausencia de reporte de la frecuencia exigida en un Programa de Monitoreo no implica la superación de los parámetros allí establecidos. Teniendo en consideración lo anterior, el informe preparado por GP Consultores que se acompaña en un otrosí de esta presentación, realiza un estudio histórico de las mediciones disponibles para todos los parámetros, estableciendo que la gran mayoría de ellos está por debajo del límite normativo presentando una baja variabilidad histórica.

Teniendo en consideración lo anterior, resulta absolutamente improbable que en los períodos puntuales en que no se habría reportado conforme a la frecuencia exigida en el Programa de Monitoreo, se hubiera presentado una superación de los parámetros que pudieran generar algún tipo de efecto negativo sobre el medio ambiente. Así, se indica que *“Los parámetros de la descarga mantienen un comportamiento estable a través del tiempo, en cumplimiento con el DS 90/2000 - Resolución Exenta N°1807/2010 SISS (...) respecto al cuerpo receptor de la descarga de los Riles tratados de ENAP Refinería S.A., se observa que parámetros analizados no presentan una variación que pueda asociarse a la emisión.”*³³

En consecuencia, al no existir efectos derivados de las supuestas infracciones imputadas, la presente circunstancia no puede ser considerada como un factor de aumento de la eventual sanción ni tampoco para efectos de la

³³ GP Consultores (2022). Informe de análisis y estimación de efectos. Cargo N° 2 Res. Ex. N°1 / Rol D-042-2022., p. 31.

asignación del puntaje de seriedad, atendido la inexistencia de daños o peligros derivados de los supuestos hechos infraccionales.

2. El número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción: las supuestas infracciones no tienen la aptitud de haber afectado a las personas

La concurrencia de esta circunstancia está determinada por la existencia de un número de personas cuya salud pudo haber sido afectada, debido a un riesgo que se haya ocasionado por la o las infracciones cometidas³⁴.

Al igual que en el caso anterior, y conforme se argumentó latamente, las supuestas infracciones cometidas por ERSA no tienen la aptitud para afectar a las personas ni al medio ambiente. El Sistema de Antorchas de la Refinería soporta adecuadamente y con holgura el flujo máximo esperado en un escenario de emergencias, de manera que en nada influye el hecho de que no se haya aumentado su capacidad a través del reemplazo de una de las antorchas (que, por lo demás, opera en su mínima potencia).

Por otra parte, el hecho de no reportar determinados parámetros a monitorear en la frecuencia exigida, es una omisión formal que no puede afectar a las personas.

3. El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción: ERSA no obtuvo beneficio económico producto de las supuestas infracciones

Esta circunstancia opera sobre la base de que el presunto infractor haya obtenido ganancias derivadas de las infracciones imputadas, ya sea por una disminución en los costos (costos retrasados o evitados) o por un aumento en los ingresos (ganancias anticipadas o adicionales) que no hubiese tenido lugar en ausencia de la presunta infracción.

³⁴ Debe realizarse una diferenciación entre esta hipótesis y aquellas incluidas en la letra a), así como lo ha señalado el Segundo Tribunal Ambiental en la causa rol R-128-2016, considerando cuadragésimo tercero: *“Que, la citada circunstancia, incorpora una hipótesis de peligro, adicional a aquella establecida en el literal a) del artículo 40 de la LOSMA. La diferencia, en este caso, radica en que la circunstancia contenida en la letra b) del citado artículo 40 se encuentra restringida a un criterio cuantitativo, dado que ésta se refiere estrictamente al número de personas cuya salud pudo afectarse, siendo justamente la cantidad potencial de personas que pudieron verse afectados, lo que deberá considerar la SMA para su graduación y consecuencial incidencia en la determinación de la sanción definitiva.”*

En el caso de autos, las supuestas infracciones cometidas por nuestra representada no le han reportado beneficio económico o ganancia alguna. En concreto, no existen costos asociados a exigencias legales o reglamentarias que hayan sido retrasados o evitados, ni tampoco ganancias anticipadas o adicionales que se hayan percibido como consecuencia de las presuntas infracciones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que respecto del cargo N°1, nuestra representada ha incurrido en costos para reducir los requerimientos hacia el Sistema de Antorchas. En efecto, para reducir los requerimientos hacia el Sistema de Antorchas y asegurar su operación, se han adoptado las siguientes medidas:

- Incorporación de tecnología en los sistemas de protecciones de las unidades de proceso que sincronizan acciones rápidas y coordinadas para proteger la integridad de las plantas, disminuyendo los requerimientos de descarga al Sistema de Antorchas.
- Interconexión de las tres antorchas para que estas funcionen como un sistema integrado para evacuación de gases.
- Instalación de un analizador en línea para la antorcha L-1390.
- Instalación de un sistema de medición y control de la razón hidrocarburo/vapor inyectado en la antorcha L-1390.
- Instalación de una cámara infrarroja que monitorea el comportamiento térmico de la llama de antorcha L-1390.
- Sistema de monitoreo de calidad del aire

Además, como se señaló, en los hechos, el flujo de la Refinería ha disminuido, principalmente asociado al retiro de operación de las Plantas de Etileno y Bensat, y además producto de la no generación de los aumentos futuros de flujo que justificaban el reemplazo de la antorcha L-1360. Desde este punto de vista, mal podría sostenerse que el no reemplazo de la misma haya podido generar un beneficio económico a ERSA.

Respecto del Cargo N°2, nuestra representada incurrió en los costos asociados a sus obligaciones de monitoreo, y la supuesta infracción refiere a un error formal que no implica beneficios económicos.

En consecuencia, la presente circunstancia no puede ser considerada como un factor de aumento, al no existir beneficios económicos asociados a las presuntas infracciones imputadas.

4. La intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma: no hay intencionalidad de parte de ERSA

Esta circunstancia considera dos elementos: la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma.

Respecto a la intencionalidad, la misma se verifica cuando el infractor comete dolosamente el hecho infraccional.³⁵ En el caso de autos, no existe dolo por parte de nuestra representada en los supuestos hechos infraccionales. Como ya se explicó, respecto del cargo N°1, debido a las mejoras implementadas en el Sistema de Antorchas de la Refinería y a su forma de operar, el mismo es capaz de absorber la totalidad de los gases en el peor de los escenarios.³⁶

Respecto del cargo N°2, en el evento de estimarse que no se ha reportado en la frecuencia exigida, ello refiere una infracción meramente formal, de carácter involuntario y e inimputable, que por lo demás no afecta la evaluación del cumplimiento del D.S. N°90.

Respecto a la autoría y grado de participación, refiere a las diferentes maneras en que un infractor puede involucrarse en la comisión de la infracción, ya sea en su ejecución material, como en su planificación y dirección. Ahora bien,

³⁵ Para circunscribir el estudio de la intencionalidad debe tenerse en cuenta que, conforme lo señalado por la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, rol R-6-2014, considerando centésimo decimosexto: “[...] queda claro que el elemento de intencionalidad es exigido por ley respecto de la ‘comisión de la infracción’, y no respecto de la generación de daño alguno [...]”, por lo que el análisis debe centrarse en el hecho infraccional y no en el daño que la infracción habría generado.”

³⁶ Como señala la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema en la causa rol 24422-2016, considerando decimosexto: “la intencionalidad, en sede administrativa sancionadora, corresponde al conocimiento de la obligación contenida en la norma, así como de la conducta que se realiza y sus alcances jurídicos”, razón por la cual no concurría en esta situación el dolo, por entender que se estaba cumpliendo con el contenido de la norma.

cuando la atribución de responsabilidad es a título de autor, cuyo es el caso de autos, la sanción aplicable no se verá alterada por esta circunstancia, ni para su incremento ni para su disminución.

En consecuencia, al no existir intencionalidad en la comisión de las supuestas infracciones, no corresponde que la presente circunstancia sea considerada como un factor de aumento de la eventual sanción.

5. La conducta anterior del infractor

Esta circunstancia analiza el comportamiento, desempeño o disposición al cumplimiento que el infractor mantuvo en la unidad fiscalizable antes de la ocurrencia del hecho infraccional que es objeto del procedimiento sancionatorio.

A este respecto, si bien en el año 2013 la Refinería fue objeto de una sanción por parte de la SMA, la misma refirió a temas diferentes a los hechos investigados en el presente procedimiento sancionatorio.

Por consiguiente, no procede que esta circunstancia sea utilizada como factor de aumento respecto de todas las infracciones imputadas.

6. La capacidad económica del infractor

La capacidad económica atiende a la proporcionalidad del monto de una multa con relación a la capacidad económica concreta del infractor. Este ajuste pretende, que las sanciones asociadas a hechos infraccionales equiparables, tengan un impacto económico acorde a la capacidad económica del infractor, y además evitar que una sanción impacte en exceso a personas o empresas que se encuentran en una condición económica especialmente desfavorable.³⁷

En consecuencia, no corresponde que la presente circunstancia sea considerada como un factor de aumento o disminución de la eventual sanción.

³⁷ A este respecto la SMA ha resuelto en la Resolución Exenta N°455/2015 del procedimiento administrativo sancionatorio rol D-020-2013 que *“a partir del análisis realizado [a través del método de ratios financieros], se desprende que efectivamente la empresa se encuentra actualmente en una situación financiera particular, especialmente en lo que respecta a su capacidad de hacer frente a sus obligaciones de corto plazo con terceros, a los cuales se adiciona la multa impuesta por la SMA. En consecuencia, de acuerdo a los antecedentes analizados, esta SMA considera procedente la aplicación de un ajuste por ‘capacidad de pago’ estableciéndose un límite para la multa total en proporción a los ingresos de venta del año 2014, sobre la base de un porcentaje que se encuentra en el rango utilizado en las experiencias comparadas.”*

7. El cumplimiento del programa señalado en la letra r) del artículo 3°

Dicha circunstancia no aplica al caso concreto, pues nuestra representada no ha presentado un Programa de Cumplimiento.

8. El detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado

Dicha circunstancia no aplica al caso concreto pues la Refinería no se ubica en un área silvestre protegida del Estado.

9. Todo otro criterio que, a juicio fundado de la Superintendencia, sea relevante para la determinación de la sanción

La SMA ha establecido los siguientes criterios en el marco de esta letra, las cuales aplican como un factor de disminución de la sanción que sea aplicable:

- Cooperación en la investigación y/o procedimiento: en el marco de esta circunstancia, se analiza el comportamiento o conducta del supuesto infractor en relación a su contribución al esclarecimiento de los hechos imputados, sus circunstancias y/o sus efectos, durante el proceso de investigación y/o durante el procedimiento sancionatorio. Al respecto, se debe señalar que, tal como consta en todas las actas inspectivas de la SMA, así como de los otros organismos que visitaron la Refinería, nuestra representada facilitó todos los antecedentes disponibles y otorgó todas las facilidades posibles para que las fiscalizaciones se llevaran a cabo con éxito. Asimismo, respondió en forma oportuna, íntegra y útil todos los requerimientos de información que se le hicieron y concurrió oportunamente a todas las citaciones, reuniones y audiencias a las que fue citado con el objeto de lograr el pronto esclarecimiento de los hechos.
- Adopción de medidas correctivas: esta circunstancia refiere a aquellas acciones que se han adoptado para corregir los hechos constitutivos de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos. En concreto, se evalúa si el infractor ha adoptado o no acciones para volver al cumplimiento y subsanar los efectos de su infracción. Al respecto, respecto del cargo N°1 nos remitimos a lo expuesto respecto a la adopción de acciones para mejorar la eficacia del Sistema de Antorchas,

así como la reducción de los flujos de la Refinería. Respecto del cargo N°2, ERSA ha adoptado las medidas pertinentes en relación con la descarga y monitoreo de riles. En este punto, nos remitimos a lo expuesto en relación con las acciones adoptadas por ERSA que permiten asegurar las condiciones de descarga al Río Biobío.

- Vulneración al sistema de regulación ambiental: esta circunstancia implica ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental que la infracción ha conllevado, es decir, determinar qué tan perjudicial ha sido ese incumplimiento específico para la efectiva protección del medio ambiente y esta ponderación se realizará en virtud de un análisis de la forma específica del incumplimiento.

En este sentido, respecto del cargo N°1, debe tenerse en cuenta lo señalado anteriormente, en cuanto al hecho imputado dice relación con la ampliación de la capacidad del Sistema de Antorchas, en circunstancias de que su capacidad es suficiente para absolver sin problemas la totalidad del flujo de la Refinería en el peor escenario. De esta forma, la supuesta infracción imputada no ha implicado una vulneración a la efectividad del sistema de protección ambiental, por cuanto el Sistema de Antorchas de la Refinería ha funcionado de forma correcta y ha cumplido debidamente sus objetivos, sin que se haya superado los límites máximos de emisión ni aún en el peor de los escenarios, razón por la cual la infracción tendría una baja lesividad.

Respecto del cargo N°2, la eventual falta de reporte de determinados parámetros según la frecuencia exigida corresponde a una infracción formal de ingreso de información a la ventanilla única que no implicó incumplir las obligaciones de monitoreo ni la superación de los límites máximos de emisión, razón por la cual no se configuraría una alteración alguna al sistema de protección de regulación ambiental, pudiendo realizar la evaluación de cumplimiento pertinente.

POR TANTO,

a la señora Fiscal Instructora doña Lilian Solís Solís respetuosamente pedimos: tener por presentados, dentro de plazo, los descargos, acogerlos en todas sus partes y, en definitiva, absolver a ERSA de todos los cargos contenidos en la Formulación de Cargos. En subsidio, y para el improbable evento de que no se

decida absolver a nuestra representada, solicitamos se sirva recalificar el cargo N°1 lo como leve, aplicando a su vez, respecto todos los cargos formulados, la menor sanción que en derecho proceda.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a la señora Fiscal Instructora doña Lilian Solís Solís tener por acompañados los siguientes documentos:

1. GAC (2022). Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N°1.
2. GP Consultores (2022). Informe de análisis y estimación de efectos. Cargo N°2 Res. Ex. N°1 / Rol D-042-2022., con sus respectivos apéndices, incluyendo la carta de Centro EULA-Chile, Universidad de Concepción, de fecha 31 de marzo de 2020; y la carta con notificación de incumplimiento enviada a Laboratorio HIDROLAB S.A.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a la señora Fiscal Instructora doña Lilian Solís Solís tener presente que nuestra representada hará uso de todos los medios de prueba que franquea la ley durante la instrucción del procedimiento sancionatorio de autos para efectos de acreditar los hechos en los cuales se fundamentan sus descargos. En este sentido, nuestra representada rendirá al menos prueba documental, acompañando en otrosí de esta presentación diversos documentos que acreditan las defensas de nuestra representada. Asimismo, en el transcurso del procedimiento sancionatorio se acompañará aquella prueba documental que esta parte estime necesaria para argumentar su defensa.

