

Deduce recurso de reposición.

SRA. MARIE CLAUDE PLUMER
SUPERINTENDENTA DEL MEDIO AMBIENTE

Rodrigo Guzmán Rosen y Cristián Ruiz Araneda, en representación de **ENAP Refinerías S.A.** (en adelante, e indistintamente “ENAP” o “ERSA”), en el marco del procedimiento sancionatorio **Rol F-025-2023** instruido mediante la Resolución Exenta N°1/Rol F-025-2023, de fecha 28 de junio de 2023 (en adelante, “la Resolución N°1” o “la formulación de cargos”, indistintamente), emitida por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “SMA” o “Superintendencia”, indistintamente), a Ud. respetuosamente digo:

Que, estando dentro de plazo, vengo en interponer recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta N°1031 (en adelante, “Resolución N°1031” o “resolución impugnada”), y notificada con fecha 4 de julio de 2024¹. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Orgánica de la SMA (“LOSMA”), en los términos que paso a exponer:

I. Resumen de las alegaciones

Se hace presente que los argumentos a desarrollar en este documento encuentran su origen en lo planteado por nuestra representada en las secciones III y IV del escrito de descargos, las cuales se dan por reproducidas. En síntesis, el recurso que aquí se deduce solicita que se deje sin efecto la resolución impugnada, sobre la base de las siguientes argumentaciones:

1. ERSA no incurrió en las imputaciones formuladas por la SMA

En primer término, cabe destacar que las emisiones de material particulado no excedieron los límites permitidos en el artículo 15 del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de Concón, Quintero y Puchuncaví (“Plan” o “PPDA CQP”).

Esto es así pues ante la formulación de la orden de autoridad que derivó en que ENAP debía utilizar toda su infraestructura para asegurar el abastecimiento de combustibles, nuestra representada, de acuerdo con lo dispuesto por distintas autoridades públicas, ejecutó una serie de

¹ La certificación de la notificación por correo electrónico de 4 de julio de 2024 consta en el expediente electrónico de este procedimiento.

actividades que permitieron armonizar el cumplimiento de las obligaciones del PPDA CQP y las relativas a la provisión de combustible.

En razón de ello, previa aprobación otorgada por la SMA, ENAP implementó un plan de compensación de emisiones de material particulado, de modo tal de cumplir los objetivos del PPDA QCP de manera alternativa. La efectividad de esas medidas fue acreditada por la propia Superintendencia y permitió que las emisiones se situaran bajo el límite exigible para el año 2022.

Por otra parte, la SMA yerra al concluir que ENAP excedió el límite de emisiones de SO₂ en 2022. Lo anterior, por cuanto se arroja la atribución de interpretar el Plan y en función de ello aplica incorrectamente y en perjuicio de los regulados la fórmula de cálculo de los límites de emisión establecida en el artículo 2° transitorio del Plan, concebida solo para su primer año de vigencia.

Como se verá, si la autoridad se hubiera limitado a contrastar las emisiones de SO₂ con los límites de emisiones anuales ya establecidos en el PPDA CQP, habría determinado que no hubo excedencia alguna y que se obtuvo un margen entre lo emitido y el máximo permitido.

2. Consideraciones respecto del Material Particulado para sostener que no se incumplió el PPDA CQP

La SMA sostiene que la instrucción de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“SEC”), al señalar que ERSA debía adoptar todas las medidas necesarias a que se refiere, era bastante amplia. No obstante, la instrucción era específica, en el sentido que las medidas debían tener por fin evitar el desabastecimiento de combustible, para lo cual se instruyó la utilización de toda la **infraestructura** disponible. Al respecto, cabe destacar que la SMA no tiene competencias para interpretar los actos administrativos de otros órganos de la Administración del Estado, como en este caso lo es la SEC.

La SMA sostiene que la base de las alegaciones de ERSA es que los plazos establecidos en el PPDA CQP para cumplir con los límites máximos de emisión eran estrechos. Indica que, si el problema era ése, bien pudo haber impugnado el Decreto que promulgó el Plan, cuestión que ERSA no hizo. En ese sentido, añade que la autoridad fiscalizadora no tiene atribuciones para modificar el Plan ni, por lo mismo, hacerse cargo del problema de los plazos ahí establecidos.

Agrega que ERSA, sabiendo de los plazos involucrados, podría haber adoptado otras medidas para ajustarse a las exigencias el Plan.

Al respecto, se debe tener presente que hubo un entendimiento común, entre ERSA, el Ministerio de Medio Ambiente, el Ministerio de Energía, la SEC y la SMA, respecto de la tensión en el cumplimiento del PPDA CQP y el cumplimiento de la orden de la autoridad sectorial en materia de combustibles en virtud de lo dispuesto en el DFL N° 1 de 1978, del Ministerio de Minería (en adelante, “DFL 1/1978), que mandata asegurar el abastecimiento de combustible. Para resolverse, se implementó un mecanismo de compensación de emisiones que fue aprobado por la propia SMA. Además de todo lo anterior, la única manera de cumplir con los límites de emisión – que no fuera la paralización del *Cracking* Catalítico (“FCCU”) con el subsecuente desabastecimiento – era poner en funcionamiento la unidad WGS en dicha planta.

Así, lejos de lo que sostiene la SMA², ERSA no desarrolló una estrategia orientada a generar el escenario necesario para que la SEC instruyera la reanudación de la unidad de Cracking Catalítico, sino que, todo lo contrario, a la luz de las obligaciones que le asisten como empresa pública, desplegó todas las diligencias pertinentes para conciliar el cumplimiento del Plan y del DFL 1/1978.

La SMA desconoce el efecto jurídico del mecanismo de compensación aprobada por ella misma bajo el argumento de que el Plan no contempla ese instrumento para estos casos. Además, indica que el acto administrativo a través del cual se aprobó la compensación señala claramente, en su parte final, que dicha aprobación se hacía sin perjuicio de las atribuciones de la propia Superintendencia, y en esa línea, estima que dicha cláusula los habilitó para formular cargos y finalmente sancionar.

Sobre esta materia, se debe tener presente:

- (i) Que la aprobación del mecanismo de compensación por parte de la Superintendencia implica claramente que dicha autoridad compartía el entendimiento común en el sentido que debía conciliarse el PPDA CQP con la orden de la SEC, y que, por ende, la compensación era la vía idónea para abordar el tema. De esta forma, no se comprende la dictación de un

² Considerandos 115 y 116.

acto que no produciría efectos jurídicos ni mucho menos – salvo desviación de poder - que, habiendo legitimado una solución, posteriormente la reproche punitivamente;

(ii) Que la compensación tuvo un efecto material evidente en términos ambientales, lo cual es reconocido expresamente en la Resolución de la Superintendencia; dado aquello, es arbitrario que, mediando ese reconocimiento, no se le atribuya un efecto jurídico. Si así fuese, y se considerase, la conclusión es que ERSA cumplió con los límites de MP del artículo 15 del Plan).

(iii) Que, ante la situación antes referida, esto es, la tensión entre la obligación de asegurar el abastecimiento de combustible y el cumplimiento del Plan -, había tres opciones. La primera, que ERSA optara por detener FCCU (principal fuente de emisiones de MP de la Refinería), lo que necesariamente generaría desabastecimiento. La segunda, que ERSA optara por cumplir sin más la orden de la SEC, utilizando toda su infraestructura, sin comprometer medidas ambientales de ningún tipo, con el correspondiente impacto negativo sobre el PPDA CQP. La tercera – compartida por todos los actores, pues era la que permitía satisfacer el cumplimiento de los dos cuerpos normativos -, fue que ERSA mantuviera operando la unidad de *Cracking* Catalítico y a la ejecutara medidas de compensación, conciliando así el interés público de abastecimiento de combustibles y el cumplimiento del Plan.

Finalmente, debe ser tenido a la vista la concurrencia de los presupuestos que permiten indicar que ha operado una situación de fuerza mayor, toda vez que, a pesar del actuar diligente por parte de ENAP en el cumplimiento de sus obligaciones, ni el contenido ni la oportunidad de la orden de la SEC fueron previsibles para nuestra representada. Asimismo, la SMA no ha podido argumentar en contra de la irresistibilidad de la orden de la SEC, confundiendo los términos del debate jurídico.

3. Consideraciones respecto del SO₂ para sostener que no se incumplió el PPDA CQP

La SMA, supuestamente basada en principios de gradualidad y progresividad, sostiene que la aplicación estricta y literal del artículo 2º transitorio del Plan, conduciría a que ERSA estaría sujeta a límites menos estrictos.

Al respecto, la norma es clara respecto a la época en que aplica, y siendo así, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Así, los principios que utiliza la autoridad no pueden ser instrumentos destinados a desvirtuar lo establecido nítidamente en la norma. De esta manera, aplicando lo dispuesto en dicha regla jurídica, efectivamente ERSA no sobrepasó el límite de emisión anual establecido por el PPDA para SO₂.

A su turno, se debe tener presente que la SMA no cuenta con habilitación legal para interpretar en estos términos el PPDA CQP, por lo cual su actuar se vuelve contradictorio con el principio de legalidad.

4. Consideraciones respecto a la calificación de gravedad para sostener que, en caso de mantenerse la infracción, ésta debería calificarse como leve

La SMA calificó la supuesta infracción como grave, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36, numeral 2 letra c) de la Ley N°20.417, indicando que se estaría afectando negativamente el cumplimiento de las metas y medidas del PPDA CQP.

Al respecto, no se han afectado negativamente los objetivos del PPDA CQP, según ha sido demostrado en diversos informes respecto al estado del medio ambiente en la zona. Adicionalmente, se expondrá que en la resolución sancionatoria se continúa infringiendo el principio *non bis in idem*, ya que la autoridad persiste en la calificación de un hecho como infracción y, al mismo tiempo, como agravante.

5. Sobre las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

Se argumentará que la SMA no realiza una adecuada fundamentación de la operación que le llevó a fijar el supuesto beneficio económico en 299 UTA, dado que las cifras que se exponen no permiten reconstruir el razonamiento de la autoridad. Lo anterior, pues no existen antecedentes suficientes en la Resolución sobre los cuales se pueda reproducir la forma en la que se determinó el monto de los costos retrasados a partir de los cuales se calcula el beneficio económico considerado para la determinación de la multa. Para estos efectos, es fundamental considerar que las inversiones que puede realizar ENAP requieren pronunciamientos y aprobaciones ministeriales, cuyos plazos no son conocidos previamente por ENAP ni dependen de ella, por lo cual el tiempo

que se cuenta para determinar los costos retrasados no comienza el día siguiente a la publicación del PPDA CQP.

Adicionalmente, la SMA ha incurrido en un error al considerar como agravantes ciertas sanciones que i) responden a otra Unidad Fiscalizable y ii) no se encuentran firmes, dado que están impugnadas tanto en sede administrativa como judicial.

II. Antecedentes generales

1. Sobre las actividades de ERSA

La Empresa Nacional del Petróleo fue creada por medio de la Ley N° 9.618 de 1950, que fijó su giro en el desarrollo de *“las funciones y derechos que corresponden al Estado respecto a la exploración y explotación de los yacimientos petrolíferos y respecto a la refinación y venta del petróleo obtenidos de ellos, como asimismo de los subproductos, serán ejercidos por dicha Empresa”*. Bajo el referido marco legal, en 2004 se constituyó la sociedad ENAP Refinerías S.A., luego de la fusión de las sociedades RPC S.A. y Petrox S.A.

En razón de lo señalado, a ERSA le son aplicables las disposiciones DFL 1/1978. Para el caso que nos ocupa será de especial relevancia su artículo 7°, en el que se establece: *“Cada productor o importador de combustibles líquidos derivados del petróleo tendrá la obligación de mantener una existencia media de cada producto equivalente a 25 días de su venta promedio de los últimos seis meses o de su importación promedio en el mismo lapso, si es efectuada para su propio consumo”*. La superlativa importancia de esta obligación será desarrollada más adelante, lo que no obsta para destacar su centralidad en este caso.

Actualmente, la empresa tiene una capacidad de destilación de 220.000 barriles diarios y **puede abastecer a través de la producción de sus Refinerías más del 60% de los requerimientos de combustibles en Chile**. En específico, la producción de gasolinas, diésel y kerojet de la Refinería Aconcagua abastece el 77%, 34% y el 40% del consumo la Región Metropolitana, respectivamente, además del 100% de la gasolina de aviación para todo el país incluyendo el transporte aeronáutico civil y de emergencias.

Por su parte, la Unidad de ***Cracking Catalítico*** (principal fuente emisora de MP) **produce el 50% de la gasolina consumida en la Región Metropolitana y el 80% del total de gas licuado de petróleo (GLP) que se produce en la Refinería Aconcagua**. Además, procesa aproximadamente el 60% del gas *oil* generado en las otras unidades de la Refinería.

Como es de conocimiento público, la situación ambiental de la zona de Concón, Quintero y Puchuncaví motivó al Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, “MMA” o “Ministerio”) a elaborar el PPDA CQP, que fue aprobado a través del Decreto Supremo N°105/2018 y publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de marzo de 2019.

Es necesario relevar nuevamente que ENAP desarrolla actividades en la comuna de Quintero y también en la comuna de Concón, mediante dos distintas unidades fiscalizables, según consta en el Catastro de Unidades Fiscalizables de la SMA:

- i. **Terminal Marítimo de Quintero ENAP**, emplazada en Camino Costero 701, **Quintero**.
- ii. **Refinería Aconcagua – Concón**, ubicada en Ruta Internacional CH-60 Av. Borgoño 25777, **Concón**.

The screenshot shows the 'Catastro de Unidades Fiscalizables' interface. It includes a search bar, a table with 2 results, and pagination controls. The table columns are: #, Unidad Fiscalizable, Nombre Razon Social, Región, Categoría, Comuna, and Detalle.

#	Unidad Fiscalizable	Nombre Razon Social	Región	Categoría	Comuna	Detalle
1	TERMINAL MARITIMO DE QUINTERO ENAP	ENAP REFINERIAS S.A.	Región de Valparaíso	Infraestructura Portuaria	Quintero	Ver detalles
2	REFINERIA ACONCAGUA - CONCON	LINDE GAS CHILE S.A. CODELCO ENAP REFINERIAS S.A.	Región de Valparaíso	Instalación fabril	Concón	Ver detalles

Cada una de las unidades fiscalizables corresponde a instalaciones de distinta naturaleza, integradas por distintas obras y componentes y en la que se realizan actividades de variada índole. El Terminal Marítimo es una instalación portuaria en que se reciben, cargan y almacenan petróleo crudo, productos terminados y otras sustancias, mientras que la Refinería Aconcagua – Concón es una instalación fabril que procesa petróleo crudo y produce combustibles.

Esto es plenamente consistente con lo considerado por la propia SMA, toda vez que en la plataforma SNIFA da cuenta de que son dos unidades fiscalizables distintas, lo que es coherente con lo expuesto en los procedimientos sancionatorios rol F-030-2018 y D-097-2023, instruidos en contra de la Unidad Fiscalizable Terminal Marítimo de Quintero de ENAP, y rol D-004-2017 y F-085-2021, instruidos en contra de la Refinería Aconcagua – Concón. A su vez, esto es concordante con la aprobación del plan operacional a través de la Res. Ex. N°23/2022 para el Terminal

Marítimo y el plan operacional aprobado por medio de la Res. Ex. N°19/2022 para la Refinería Aconcagua - Concón, ambos al alero del PPDA CQP.

Esta precisión se efectúa con la finalidad de aclarar que ambas instalaciones corresponden a distintas unidades fiscalizables y evitar confusiones durante la sustanciación del presente procedimiento sancionatorio, las cuales se advierten con nitidez en los considerandos 2°, 5° y 216° de la resolución sancionatoria de esta SMA, en que las Unidades Fiscalizables son tratadas como una única unidad, lo cual ha tenido repercusiones tanto para la estimación de emisiones como en la determinación de la sanción aplicable, esto último, según consta en la Tabla 19 del referido acto de término. Al respecto, se hace notar que en el considerando 222° la SMA reconoce que se trata de dos unidades fiscalizables separadas.

En el mismo sentido, el PPDA CQP no habla en ningún caso del “complejo refinería”, sino que hace referencia a “Refinería Aconcagua de ENAP” y “ENAP Quintero” (artículo 2 IV).

A mayor abundamiento, es pertinente señalar que la unidad fiscalizable Terminal Marítimo Quintero genera un aporte de emisiones marginal y despreciable, por lo que, en términos prácticos el cumplimiento del artículo 15 del PPDA CQP se relaciona con la Refinería Aconcagua.

2. Emisiones máximas permitidas por el PPDA CQP

La SMA concluyó que se habrían superado los límites de emisión establecidos en el Plan, señalando que **durante el año 2022 habrían estado vigentes dos límites de emisión distintos** para MP, SO₂ y NO_x, como indicó de la siguiente forma en el considerando N° 4 de la formulación de cargos, y según fue reafirmado en la totalidad de la resolución impugnada³:

Tabla 3. Emisiones máximas permitidas para ENAP Refinerías Aconcagua

Emisiones máximas permitidas	Emisiones de MP (t/año)	Emisiones de SO₂ (t/año)	Emisiones de NO_x (t/año)
Antes de la publicación del presente decreto.	---	2.190	---
Durante la publicación del presente decreto.	918	1.492	1.169
En el plazo de 3 años contado desde la publicación del presente decreto.	230	1.145	935

Fuente. Tabla N°10 contenida en el Artículo 15 del PPDA CQP

Para tales efectos, la SMA estimó que durante el 2022 habría dos períodos de tiempo independientes entre sí, cada uno con sus respectivos límites de emisiones:

³ Esta tabla se acompaña también en el considerando 21° de la resolución sancionatoria.

- i. El primero comprendería el período entre el 1° de enero al 29 de marzo de 2022, en el que los límites de emisiones aplicables serían de 918 ton/año para MP y 1.492 ton/año para SO₂, a prorrata de los días del período.
- ii. El segundo abarcaría el período entre el 30 de marzo y el 31 de diciembre de 2022, con límites de emisión de 230 ton/año para MP y 1.145 ton/año para SO₂, a prorrata de los días del período.

Este cálculo del límite de emisiones se efectuó interpretando lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del PPDA CQP, que dispone:

“Artículo 2° transitorio. Si el periodo de cumplimiento de las emisiones máximas permitidas establecidas en la Tabla 6 del artículo 10, la Tabla 8 del artículo 12 y la Tabla 10 del artículo 15, no comenzare el 1° de enero, éstas se calcularán según la siguiente relación:

*Emisión Máxima Permitida = (Emisión Máxima Permitida / 365) * N° de días restantes.*

Donde el N° de días restantes corresponde a los días contados desde la entrada en vigencia del decreto hasta el 31 de diciembre de ese año”.

Cabe destacar que en el considerando N°8 de la formulación de cargos, así como en los considerandos 23° y 24° de la resolución impugnada, la SMA reconoció que ha aplicado la fórmula matemática de la norma transcrita a partir de un razonamiento por analogía, **toda vez que esta fórmula fue fijada para el primer año de la entrada en vigor del PPDA CQP⁴**, mas no para los años posteriores.

Como queda de manifiesto, la SMA no efectuó un cálculo anual (en el sentido de año calendario) de las emisiones, que es el periodo para el cual se establecen los límites de emisión, según se reitera a lo largo del PPDA CQP, sino que construyó y presentó un análisis para dos períodos independientes entre sí, y, de esa forma, como consta en la resolución sancionatoria en los considerandos 26° y 29° respectivamente, obtuvo los siguientes resultados tanto para las emisiones de MP como de SO₂, que le permitieron, apartándose del tenor literal de la disposición, configurar las supuestas infracciones a los límites de emisión de ambos contaminantes:

⁴ Conforme dispone el artículo 58 del Plan, su entrada en vigor se produjo el 30 de marzo de 2019.

Tabla 4. Toneladas de MP declaradas por titular

	Primer periodo (01-01-22 a 29-03-22)	Segundo periodo (30-03-22 a 31-12-2022)
Emisión declarada	195 ton	320 ton
Emisión autorizada	221 ton	175 ton
Excedencia	0 ton	145 ton

Fuente. Tabla 5 de Res. Ex. N° 1/Rol F-025-2023.

Tabla 6. Toneladas de SO₂ declaradas por titular

	Primer periodo (01-01-22 a 29-03-22)	Segundo periodo (30-03-22 a 31-12-2022)
Emisión declarada	343 ton	884 ton
Emisión autorizada¹⁰	360 ton	869 ton
Excedencia	0	15 ton

Fuente. Elaboración propia.

A partir de lo anterior, la SMA formuló a ENAP el siguiente cargo⁵:

“Haber superado el límite de emisión de MP y de SO₂ para el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 31 de diciembre de 2022”. Dicho cargo fue clasificado como grave, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36, numeral 2 letra c) de la Ley N° 20.417⁶.

III. De la Resolución N° 1031 que impone sanciones a ENAP

A continuación, se revisará la resolución sancionatoria, toda vez que contiene consideraciones y aseveraciones que no se condicen con los cuerpos regulatorios atingentes ni con los antecedentes que obran en el expediente administrativo, siendo, por tanto, un acto administrativo que adolece de vicios que deben ser enmendados en el marco de este recurso de reposición.

1. Sobre el carácter de la orden de la SEC

En el considerando 53° de la resolución impugnada la SMA hace cita extensa de lo ordenado por la SEC en el Oficio N° 126949/2022, para luego, en el siguiente considerando concluir que *“la instrucción de la SEC resultaba amplia respecto a las medidas que debía tomar la empresa a*

⁵ Resuelvo I.1, Res. Ex. N°1/ Rol F-025-2023.

⁶ Resuelvo II, Res. Ex. N°1/ Rol F-025-2023.

fin de evitar el desabastecimiento de combustibles, y se encontraba condicionada a la subsistencia del riesgo de abastecimiento.”. Lo destacado es del original.

Ante esto, indica en los siguientes considerandos que *“es relevante hacer presente que la obligación infringida se fundamenta en un instrumento normativo que contó con un extenso y abierto proceso de participación de forma previa a su promulgación (...) En ese sentido, el titular pudo proyectar anticipadamente la fecha límite de implementación de dicha medida o, en su defecto, de otras medidas idóneas, a fin de evitar sobrepasar el límite de emisión del PPDA CQP, resultando inoponible en sede sancionatoria la insuficiencia del plazo previsto en el Plan para la entrada en vigencia de los límites de emisión más estrictos para el titular.”.*

A lo señalado agrega que *“de haberse cumplido con el cronograma presentado por la propia empresa en enero de 2016, ante la Seremi del Medio Ambiente, no habría sido necesario evaluar siquiera la paralización de la Unidad de Cracking Catalítico, que finalmente generó la instrucción de la SEC alegada por el titular”.*

Frente a esto, se concluye en el considerando 61° de la resolución que *“el titular previó el retraso de la implementación de la medida de abatimiento señalada, lo que consta al menos desde el 14 de diciembre de 2018, fecha en la cual se presentó al MMA la Carta N° 176/2018, solicitando un mayor plazo para el cumplimiento de los límites de emisión determinados por el PPDA CQP”.*

A lo señalado habría que agregar lo expuesto en el considerando 105°: *“En suma, esta Superintendencia no ignora la existencia del PRE MP ni la instrucción emitida por la SEC, sin embargo, la formulación de cargos no corresponde a la instancia para el análisis de ambos elementos, toda vez que este da cuenta del inicio del procedimiento, pudiendo haberse ponderado dichas circunstancias en etapa de programa de cumplimiento, así como en etapa de dictamen, tal como ha sucedido en el presente caso”.*

Respecto a las alegaciones de ENAP sobre la falta de culpabilidad o dolo, así como la circunstancia de que la orden de la SEC configuraría un caso de fuerza mayor la SMA expresó lo siguiente en el considerando 115°: *“respecto de la supuesta concurrencia de fuerza mayor en los hechos, en relación con los requisitos para su procedencia, la instrucción de la SEC no puede estimarse como un hecho imprevisto, pues el titular mantuvo comunicaciones que permiten presumir que conocía las circunstancias necesarias a fin de justificar el incumplimiento del PPDA CQP, manteniendo la operación de la Unidad de Cracking Catalítico”.*

A esto último la autoridad agrega una – cuestionable – teoría según la cual ENAP durante todo el año de 2022 actuó abiertamente de mala fe: *“Así, a partir de la revisión de las comunicaciones vía correo electrónico que forman parte del Anexo 18 del escrito de descargos, **es posible concluir que ENAP desarrolló una estrategia orientada a generar el escenario necesario para que la SEC instruyera la reanudación de la Unidad de Cracking Catalítico al constatar la inminencia del riesgo de***

desabastecimiento de combustibles, preparando desde dicha instancia los medios que a su juicio lograrían justificar la infracción ante esta Superintendencia, los Tribunales y ante terceros.”. Lo destacado es propio.

Sobre este punto, cabe aclarar que la instrucción de la SEC se da en el marco de una situación real y no de un escenario creado, toda vez que fácticamente era imposible asegurar el abastecimiento de combustibles de parte importante del país sin mantener en funcionamiento la unidad de *Cracking* Catalítico.

2. Sobre la compensación aprobada mediante el PRE MP

Al respecto se indica que *“las medidas del PRE MP se habrían llevado a cabo durante parte del periodo infraccional, siendo posible distinguir un periodo sin implementación de medidas y un periodo donde se empezaron a ejecutar las iniciativas de reducción de emisiones”*.

Adicionalmente, se argumenta en el considerando 69° que *“el PPD A CQP no regula un mecanismo de compensación de emisiones en supuestos de superación de los límites de emisión específicos para cada titular. Lo anterior, debido a que dichos límites se establecieron en relación al promedio de emisiones de las fuentes del complejo durante los años 2015, 2016 y 2017, encontrándose vinculadas a la actividad productiva del titular. En la misma línea, el Ordinario SMA N° 2227/2022, citado por el titular, luego de señalar que los mecanismos de compensación propuestos por la empresa eran idóneos para lograr la reducción de emisiones de material particulado, indica que: “Lo anterior se informa sin perjuicio de las atribuciones que este Servicio puede ejercer de conformidad a la ley”, declarando expresamente que el pronunciamiento técnico conforme de los mecanismos de compensación propuestos no impide en modo alguno el ejercicio de las atribuciones legales de este Servicio, dentro de las que se encuentra formular cargos, frente a la constatación de una infracción a normativa ambiental de su competencia”*.

Asimismo, se arguye que: *“Sobre la compensación de emisiones de MP mediante el instrumento denominado PRE MP, se debe señalar que las medidas fueron ejecutadas al término del periodo infraccional. Así, las emisiones arrojadas por la empresa se enmarcan en el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 2022 y el 31 de diciembre de 2022, mientras que las emisiones evitadas por la empresa a propósito del PRE MP abarcan, en el mejor de los escenarios⁸³, el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 2022 y el 31 de diciembre de 2022”*.

No obstante, reviste especial relevancia lo aseverado en el considerando 68°, en el cual se concluye expresamente que: *“esta Superintendencia considera que el titular acreditó la ejecución del PRE MP y que las emisiones evitadas ascienden a un total de 185,5 toneladas de MP.”*. Lo destacado es propio.

3. Respecto a la aplicación del artículo 2º transitorio del PPDA CQP

La SMA reconoce en el considerando 76º que el artículo 2º transitorio del PPDA previó la hipótesis en que la entrada en vigencia del Plan ocurriera en una fecha distinta al inicio del año calendario, es decir, no desconoce que la antedicha disposición del instrumento de gestión ambiental sólo se refiere al año 2019. No obstante, a lo anterior agrega lo siguiente: *“esta forma de conversión de los límites de emisión resulta también aplicable a la situación observada durante el año 2022, considerando que durante la elaboración del Plan se desconocía la fecha exacta de inicio de vigencia del mismo y, por tanto, la fecha de inicio de los nuevos límites aplicables a contar del tercer año”*.

¿Las razones de lo anterior? La supuesta aplicación de los principios de gradualidad y de progresividad de la protección ambiental. Respecto al primer principio se indicó que *“el PPDA CQP definió un periodo de adaptación a los límites de emisión más estrictos para el titular. Así como el límite del primer año se calcula para el periodo comprendido entre marzo y diciembre con una proporción, el límite del tercer año se calcula para marzo-diciembre, porque la condición de exigencia sobreviene ya habiéndose iniciado el año calendario”*.

Respecto al de progresividad se indica *“supone una perspectiva “no regresiva” que se entiende como la prohibición general de modificar a la baja los estándares ambientales internos y una faz “progresiva” que implica la necesidad de intensificar el nivel de protección ambiental en cada decisión legislativa o regulatoria”*.

En base a esto, la SMA concluye que la lectura de ENAP *“supone aplicar, una vez terminado el periodo de adaptación, un límite menos estricto que el que se concluye a partir de la solución contemplada en el propio PPDA CQP, otorgando una holgura adicional de 26 y 2 toneladas de MP y SO₂, respectivamente, ya que respecto del MP podrían haber emitido 201 toneladas para el segundo periodo, en lugar de 175 y respecto del SO₂ podrían haber emitido 886 toneladas SO₂, en lugar de 884, propuesta que además no fue considerada de acuerdo al tenor del Plan”*.

El razonamiento transcrito evidencia que la aplicación por analogía que la SMA hace del artículo 2º transitorio del PPDA CQP implica un ejercicio de interpretación de este instrumento de gestión ambiental, para lo cual no tiene competencia legal. Adicionalmente, tratándose de una norma de carácter transitorio y excepcional a lo contemplado en el PPDA, su aplicación debe ser restrictiva y limitarse al caso concreto para el cual está previsto.

4. Respecto a la calificación de gravedad del cargo

La SMA mantiene la calificación de gravedad que indicó en su formulación de cargos, teniendo como premisa principal lo siguiente: *“la meta y el objetivo del Plan incluyen no solo evitar la superación de la norma primaria, sino que también evitar la superación de los niveles de latencia, así como la reducción de episodios críticos”*.

La SMA establece que frente a la disminución sistemática de emisiones que se ha constatado en la zona en que rige el PPDA CQP esto *“no impide la configuración de la gravedad, debido a que se incumplió una de las medidas centrales para lograr el objetivo del PPDA CQP, independientemente del avance en reducción de emisiones global en relación con el escenario base del Plan (...) las conclusiones que permiten sostener que las medidas han sido eficaces por cuanto se ha logrado la reducción gradual de emisiones en la zona y no se han superado las normas de calidad del aire, no pueden ser utilizadas para estimar que el incumplimiento de una de las obligaciones del Plan sea marginal, ya que es el cumplimiento conjunto de las medidas definidas en el mismo el que permite lograr la meta prevista”*.

Lo anterior se complementa con que: *“Adicionalmente, cabe tener en consideración que no es posible vincular directamente la no superación de los niveles de concentración establecidos en normas primarias de calidad con las emisiones de una fuente, en este caso ENAP, toda vez que las estaciones de monitoreo de calidad del aire, miden la concentración de emisiones de todas las fuentes (y no sólo de ENAP), por lo que, incluso de existir en un determinado periodo de cumplimiento de dichas normas primarias de calidad, ello no podría ser utilizado como razón para indicar que no se han incumplido los objetivos del Plan por parte de una fuente”*.

La afirmación anterior parece desconocer que, siendo el principal emisor de MP según consta en el inventario de emisiones sobre el cual se elaboró el PPDA, el aporte de ENAP en la disminución de emisiones es gravitante en la consecución de los objetivos y metas del PPDA.

Habiendo expuesto sumariamente el contenido esencial de la resolución impugnada, a continuación, se desarrollarán los argumentos conforme a los cuales se debe absolver a ENAP del cargo imputado, y, por lo tanto, dejar sin efecto la sanción impuesta por la SMA.

V. Alegaciones y defensas para concluir que ENAP debe ser absuelto de la sanción impuesta

1. ENAP no incumplió el PPDA CQP, por lo que no se configuró la infracción imputada por la SMA

A. No se configuró la infracción imputada por cuanto no se superó el límite de emisiones de MP

La Superintendencia ha sancionado a ENAP porque es su parecer que la empresa habría superado uno de los dos límites de emisiones de MP que habrían estado vigentes en 2022, particularmente, entre el 30 de marzo y el 31 de diciembre de 2022.

Para arribar a ese convencimiento, la autoridad contrastó las emisiones declaradas por ENAP con el límite que, de acuerdo con la interpretación de la SMA, regiría en el período de 9 meses, y no consideró la compensación de emisiones del contaminante que fueron informadas y acreditadas por ENAP en el marco del PRE MP. Lo anterior, indicó, se debe a que las medidas comprendidas en el PRE se construyeron de un modo tal que solo podían ser valoradas después de la configuración de la infracción⁷, debido a que:

- a) El Plan no contempla la posibilidad de compensar emisiones ante superaciones de los límites fijados para cada titular⁸.
- b) Por el contrario, este instrumento solo regula la posibilidad de compensarlas en el marco de los proyectos o actividades que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y que superan un determinado umbral de emisiones por contaminante y no para las fuentes existentes⁹, para las cuales fija limitaciones a las emisiones¹⁰.

No obstante lo anterior, y tal como fue señalado, **la SMA determinó que la ejecución del PRE MP fue acreditada por ENAP y que permitió compensar la emisión de 185,5 toneladas del contaminante.**

Así las cosas, la SMA omite o desconoce el contexto en que se formuló y aprobó el PRE MP como instrumento de reducción de emisiones, así como las medidas que lo componen y el rol que en dicho proceso tuvieron distintos organismos públicos con competencia ambiental y energética, incluyendo a la propia SMA.

A esto hay que agregar que la SMA únicamente considera como válidos los datos de emisiones presentados en carta de 31 de enero de 2023, desestimando la rectificación efectuada por ERSA el 5 de abril del mismo año a través del sistema de seguimiento atmosférico (SISAT), **información acompañada de forma previa a la formulación de cargos.** Al respecto, y tal como lo señala la Resolución Exenta N° 2547/2021 de la SMA, los informes de seguimiento ambiental

⁷ Considerando 73°.

⁸ Considerando 69°.

⁹ Considerando 70°.

¹⁰ Considerando 71°.

requeridos en las normas de emisión de contaminantes a la atmósfera o en los planes de prevención y/o descontaminación (PPDA), deberán ser remitidos a través del Sistema de Seguimiento Atmosférico – SISAT.

De esta forma, el proceder de la SMA, en que se elige de forma arbitraria qué antecedentes ha de tomar en consideración para efectuar su fiscalización y posterior formulación de cargos riñe abiertamente con lo dispuesto en el artículo 17, letra g) de la Ley N° 19.880, en el cual se establece que las personas en sus relaciones con la Administración tienen derecho a: *“Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, **que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución**”*.

Asimismo, no es válido el descarte de la corrección efectuada a través del SISAT que realiza la autoridad en la resolución sancionatoria, indicando que ENAP debió incorporar nuevos fundamentos en abril de 2023 para su consideración, toda vez que la corrección de las emisiones informadas se hizo de forma previa a la formulación de cargos, en pleno desconocimiento de que se instruiría un procedimiento sancionatorio, por lo cual no se efectuó como un acto de argumentación o defensa en contra de una imputación realizada por la autoridad.

i. Elaboración del PRE MP y participación de la SMA en su génesis y ejecución

Como se indicó en el escrito de descargos, ENAP previó que no lograría cumplir los límites de emisiones de MP dentro del período correspondiente, en razón de que se encontraba en curso la implementación de la solución tecnológica necesaria para ello, particularmente el WGS.

Debido a lo anterior, **la única alternativa** que permitía reducir las emisiones consistía en detener el funcionamiento de la unidad de *Cracking* Catalítico, dado que es la unidad que genera el 84% de las emisiones anuales de MP de la refinería para el año 2022, cuestión que colisionaba con el cumplimiento de otras obligaciones legales a las que está sujeta la compañía, según lo regulado en el DFL 1/1978, y que se relacionan con su rol estratégico en el abastecimiento de combustibles para el país, además de la necesidad de contar con un inventario mínimo de combustibles. Todo lo anterior fue puesto en conocimiento de las Ministras del Medio Ambiente de la época y motivó la presentación de varias solicitudes para prorrogar el plazo de cumplimiento del nuevo límite de emisiones y de revisar y actualizar el PPDA.

Producto de esta imposibilidad técnica, con el objeto de no incumplir sus obligaciones ambientales, ENAP programó la detención de su unidad de *Cracking* Catalítico para el mes de julio de 2022. Dado que esta medida significaba incumplir sus obligaciones en materia de provisión de combustibles, se proyectó la generación de un déficit de producción y de un riesgo de

desabastecimiento a distintas regiones del país, situación que fue debida y oportunamente puesta en conocimiento de las autoridades de Energía y Medio Ambiente.

En ese orden de ideas, en marzo de 2022 ENAP comunicó a la SEC el crítico escenario proyectado y la necesidad de planificar medidas para hacer frente a esta crisis, lo que gatilló que la autoridad requiriera a la compañía que desarrollara un Plan de acción que diera cuenta de forma detallada de las actividades y cronograma de implementación de las acciones y medidas adoptadas y por adoptar con miras *“a dar cumplimiento a sus obligaciones legales y reglamentarias, en particular a la exigencia dispuesta en el artículo séptimo del DFL 1 de 1978, del Ministerio de Minería, en su calidad de productor e importador (...)”*. Cabe reiterar que, debido al carácter integrado de operación de las distintas plantas de la Refinería y a las condiciones logísticas, la única forma de dar cumplimiento a las exigencias de abastecimiento e inventario era mantener el FCCU en operación. Esto, debido a que dicha planta es la principal productora de gasolinas, y procesa el gas *oil* proveniente de otras plantas, por lo que su detención tiene impacto inmediato en la disponibilidad de gasolina y genera impactos en la operación global de la Refinería que no pueden ser absorbidos por la logística existente.

Lo anterior implica la imposibilidad constatada de cumplir las obligaciones del PPDA sin ajustar el funcionamiento de las instalaciones de la Refinería. Por ello, el 18 de julio de 2022 ENAP suspendió la carga de la unidad e informó a la SEC una nueva proyección del escenario derivado del déficit de producción de combustibles, y que se traduciría en generar un desabastecimiento crítico en gran parte del país, pues impactaría al 65% de la población y al 100% del consumo de gasolina de aviación. Consecuencia de lo anterior es que la SEC le ordenó que adoptara *“todas las medidas a su alcance, incluyendo la utilización de toda la infraestructura disponible para la producción de combustibles para efectos de evitar riesgos a la continuidad de abastecimiento de las gasolinas (...) Dichas medidas deberán ser adoptadas mientras subsista el riesgo de desabastecimiento que tenga impactos directos o indirectos para la población”*.

Para dar cumplimiento a la orden recién transcrita, el 26 de julio de 2022 ENAP informó a la autoridad que reanudó el funcionamiento de la unidad, operación que se mantuvo hasta el 15 de octubre de ese año, fecha en que se detuvo por haber sido mitigada la situación de riesgo que motivó la orden de la SEC, es decir, el riesgo de desabastecimiento que pudiera tener impactos directos o indirectos para la población.

Conforme al complejo escenario configurado, bajo la coordinación del Ministerio de Energía, tanto ENAP como la SMA y el Ministerio del Medio Ambiente propusieron y desarrollaron las medidas que permitieran compensar las emisiones que se generarían por sobre el

límite fijado en el PPDA CQP debido a la reanudación del funcionamiento de la unidad de *Cracking* Catalítico y así procurar que no se vulneraran los objetivos y metas del Plan.

Fruto de estas tratativas surgió el PRE MP, instrumento en el que la SMA tuvo un rol activo en la definición de los criterios técnicos, la formulación de observaciones, recomendaciones, mejoras y exigencias a la propuesta, además de su aprobación como mecanismo de compensación idóneo para lograr la reducción de emisiones de material particulado. Posteriormente, ello fue refrendado por dicha autoridad, que tuvo por acreditada su ejecución y que “*las emisiones evitadas ascienden a un total de 185,5 toneladas de MP*”¹¹, cifra que supera las 145 toneladas que, de acuerdo con la Superintendencia, ENAP habría emitido en exceso.

Todo lo anterior es relevante pues da cuenta de las circunstancias que gatillaron la génesis del PRE MP, los términos en que se elaboró e implementó y, por sobre todo, la asistencia brindada por la autoridad, su autorización para implementarlo y la validación de su efectividad lograda.

Todo este contexto permite afirmar que no es comprensible que la Superintendencia reprochara una supuesta excedencia de emisiones de MP y escapa de toda lógica que no otorgara efectos jurídicos en el marco del PPDA a la reducción de emisiones que tuvo por acreditada a través del PRE MP, bajo el argumento de que no es una herramienta contemplada en el PPDA.

Se debe recordar que la Superintendencia concurrió al entendimiento común de la situación crítica a que se enfrentó ERSa una vez emitida la instrucción de la SEC y participó de la definición y desarrollo de las acciones para reducir emisiones. En ninguna de las comunicaciones y gestiones hizo presente la imposibilidad o improcedencia de aplicar este mecanismo de reducción de emisiones ni su supuesta disconformidad con la estructura planteada en el PPDA. Por el contrario, lo validó como idóneo y reconoció sus efectos positivos.

Por ello, la pretensión de que el Plan no considera esta medida de compensación y, por tanto, que esta no es apta para que se le otorguen efectos jurídicos a su específico respecto, supone desconocer todo lo expuesto, particularmente la participación de la SMA, y establecer una suerte de distinción artificial entre la idoneidad de la medida para reducir emisiones y su aptitud para que esta reducción tenga relación alguna con el PPDA, todo lo anterior con el exclusivo propósito de instruir un procedimiento sancionatorio en contra de nuestra representada.

Ello es así pues justamente el PRE MP surge como herramienta para que ENAP pudiera compensar las emisiones que emitiría por sobre el límite aplicable a 2022 en virtud de la orden de

¹¹ Considerando 68°.

la SEC, y con el propósito de resguardar el cumplimiento de los objetivos y metas del Plan. Esto es un aspecto no controvertido y sobre el cual la propia SMA estuvo en conocimiento – y no representó –, como consta tanto en las observaciones¹² que formuló con ocasión de la elaboración del instrumento como en el oficio en que lo validó¹³.

Para ser más claros: no se entiende –salvo arbitrariedad mediante sino desviación de poder–, por una parte, la SMA aprobara el mecanismo de compensación; que, por otra, reconozca los efectos materiales ambientales derivados de su ejecución; y que pese a todo lo anterior, formule cargos y luego sancione por haber superado los límites de emisión establecidos en el Plan, desconociendo los efectos jurídicos de dicha compensación.

No es coherente que la SMA aprobase la forma de compensar emisiones, pensando en que dicha compensación se realizaba en el marco de una situación de incumplimiento respecto de la cual posteriormente aplicaría sanciones a ENAP. La resolución recuerda que en la aprobación la SMA dejó a salvo el ejercicio de sus atribuciones y que ello justificaría el presente proceso sancionatorio; pero la forma razonable de entender aquello es que dicha reserva del ejercicio de sus potestades aplicara para el evento que la compensación no surtiese los efectos comprometidos. Entenderlo de forma diferente no permite comprender bajo las reglas de la lógica, que, habiendo aprobado la compensación, igual y a todo evento se aplicara una sanción.

Ni tampoco es coherente ni razonable aplicar una sanción a ENAP si el mismo acto administrativo que la aplica le reconoce un efecto material y ambiental al mecanismo de

¹² Anexo 24 del escrito de descargos, titulado “Observaciones Plan de Mitigación de ENAP en relación con el Plan de Prevención y Descontaminación de Concón, Quintero y Puchuncaví”. En él, se indica: “En la siguiente minuta se presentan observaciones de la revisión del documento denominado “MEDIDAS DE MITIGACIÓN PPDA CONCÓN – QUINTERO – PUCHUNCAVÍ”, junto con la respectiva memoria de cálculo, presentado por ENAP Refinerías Aconcagua, el cual contiene una descripción general de proyectos existentes y/o aprobados por el directorio de ENAP, como también de proyectos conceptuales donde se presentan medidas de mitigación destinadas a mejorar Calidad de Vida, Deporte, Educación y Turismo en la comuna de Concón. Dichas medidas se proponen para compensar las emisiones de Material Particulado del Complejo ENAP Refinería Aconcagua, en marco del Plan de Prevención y Descontaminación de Concón, Quintero y Puchuncaví, en adelante “PPDA CQP”, toda vez que debido a diversas dificultades no ha sido posible la implementación del proyecto que permitiría reducir las emisiones, denominado Wet Gas Scrubber, durante el año 2022, postergándose al 2023.”

¹³ En él, se indica: “Junto con saludar, mediante carta del ANT., se remitió a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “Superintendencia” o “SMA”), un Plan de Acción para la Reducción de Emisiones de Material Particulado (“Plan de Acción”), relacionado con la ejecución del proyecto Wet Gas Scrubber (en adelante, “WGS”) en la Unidad de Cracking Catalítico, con la finalidad de “(...) mitigar las externalidades que sus actividades pudieren ocasionar en las comunidades ubicadas en las cercanías de sus operaciones; y con la necesidad de tomar acciones de manera temprana para contribuir con los objetivos del PPDA, disminuyendo las emisiones de material particulado en fuentes distintas a la Refinería, sin perjuicio de la reducción de las emisiones propias una vez que el WGS se encuentre en operación”.

compensación. La única forma de comprenderlo es bajo la lógica de una evidente arbitrariedad o desviación de poder.

Cabe finalmente señalar que frente a la contingencia crítica en que se encontraba ENAP, y que no permitía el cumplimiento simultáneo puro y simple de la regulación de energía y de la ambiental, cabían dos posibilidades extremas: la primera, dar estricto cumplimiento al DFL 1/1978, pero no así a la establecida en el Plan; y la segunda, dar estricto cumplimiento a la regulación del Plan, pero no al referido decreto. ENAP tomó una tercera opción, que fue intermedia y por demás razonable: satisfacer las obligaciones contenidas en ambos estatutos, manteniendo por un lado el abastecimiento y adoptando un mecanismo de compensación de emisiones, por otro. Evidencia de lo anterior es que, una vez asegurado el abastecimiento de combustibles, es decir, superado el riesgo que justificó su operación, ERSA detuvo el FCCU.

ii. El desconocimiento del rol de la SMA en la formulación y aprobación del PRE MP redundaba en una vulneración de la confianza legítima y del principio que impide ir en contra de los actos propios

La Superintendencia desestimó las alegaciones de ENAP referidas a que, al no considerar las reducciones de emisiones obtenidas y acreditadas a través del PRE MP al contabilizar sus emisiones anuales infringió los principios de confianza legítima y de prohibición de actuar contra los actos propios.

Antes de revisar los fundamentos utilizados por la autoridad para arribar a su determinación, es necesario precisar que los términos en los que ENAP planteó que se configuró la vulneración de estos principios difieren de lo que la SMA tuvo a la vista al emitir la resolución sancionatoria, según indicó en ella.

Como se aprecia en el escrito de descargos, respecto a la vulneración del principio de confianza legítima nuestra representada sostuvo:

- ii. *“No será acorde al principio de protección de confianza legítima un repentino cambio en el entendimiento que la Administración del Estado sostiene respecto a la forma en que se acredita el cumplimiento de la normativa ambiental respecto a las emisiones atmosféricas o la inesperada ausencia de ponderación de las herramientas de corrección tempranas adoptadas en conjunto con la SMA por ENAP para compensar las emisiones atmosféricas.”*
- iii. *“Tal como ya ha sido dicho, este intercambio culminó con el Ord. N°2227, en el cual la SMA comunicó su aprobación de las medidas de compensación de emisiones, lo cual da a entender que la SMA ha manifestado su plena anuencia para que la contabilidad de las emisiones para el período 2022 sea*

efectuado incluyendo lo comprometido en el PRE MP, lo cual motivó las subsiguientes acciones de mi representada.”.

- iv. *“A partir de lo expuesto, no es coherente ni lógico que la SMA dé su aprobación a un plan de compensación de emisiones, el cual contenía una importante inversión por parte de mi representada, de más de 523 millones de pesos, para luego excluirlo de los antecedentes tenidos a la vista para i) efectuar el cálculo de emisiones del año calendario 2022; e ii) instruir un procedimiento sancionatorio que se fundamenta, precisamente, en la exclusión de las medidas de compensación anteriormente referidas.”.*
- v. *“En otros términos, no es coherente un actuar de la SMA que, luego de tramitar y aprobar el PRE MP, sencillamente lo excluyó de los antecedentes tenidos a la vista para configurar la supuesta infracción.”.*

De lo anterior fluye que lo que ENAP planteó como objeto de la infracción de la confianza legítima es la convicción de que la reducción de emisiones efectuada a través del PRE MP (incluida en el reporte de emisiones de 2023) sería considerada para efectuar el cálculo de emisiones correspondiente a 2022. Desde luego, a raíz de esa consideración, se acreditaría que ENAP compensó emisiones en una cantidad que lo situó en un escenario de cumplimiento, y eso generaría el convencimiento de que no sería objeto de reproche sobre el tema. Todo esto, amparado en una actitud proactiva y de entendimiento mutuo que propició la SMA.

En sentido similar, ENAP sostuvo que la infracción al principio que proscribe actuar contra los actos propios ocurrió en los siguientes términos:

- i. *“(…) intervino directamente en la elaboración del PRE MP mediante dos documentos con observaciones, las que fueron incluidas en el documento final, y finalmente consideró que las medidas son idóneas y suficientes para la reducción de emisiones de MP, y lo aprobó. En ese sentido, debió considerarlo para determinar el total de emisiones que generó ENAP en el año 2022 (información que fue incluida en el reporte a que se refiere el artículo 19 del PPD A para el año 2022, siguiendo la indicación de la SMA), en circunstancias que, habiendo manifestado su conformidad, es un elemento que debió ser incluido al momento de evaluar la procedencia de formular el cargo contra mi representada. Por el contrario, se trata de un antecedente que fue omitido deliberadamente.”*
- ii. *“En adición, yendo al proceso que antecedió a la dictación de ese acto administrativo, está envuelta la consecuencia lógica de que mi representada pudiera confiar legítimamente en que, llegado el momento de reportar el estado de cumplimiento de las medidas dispuestas en el PPD A CQP, serían contabilizadas las emisiones que fueron objeto de compensación en virtud del PRE MP autorizado y que de buena fe fue ejecutado diligentemente por mi representada. De esta forma, al aprobar la estrategia de reducción de emisiones, la autoridad generó la expectativa de que en la evaluación final de las emisiones de MP*

atribuibles a ENAP constataría el cumplimiento de las acciones de reducción y su efecto en el nivel de MP emitido.”.

- iii. *“Sin embargo, como es evidente, la SMA no lo consideró al momento de formular el reproche a mi representada, ya que la Resolución N° 1 no alude en ninguna de sus partes a la propuesta presentada por ENAP, a las observaciones efectuadas por la SMA durante la elaboración de esta, ni a su aprobación y posterior ejecución.”.*

Como se ve, la contradicción del acto propio que sostuvo nuestra representada no está configurada por la formulación del cargo a ENAP, pues eso requeriría que anteriormente la SMA hubiera garantizado que ello no ocurriría. En términos similares a la infracción de la confianza legítima, la contradicción se verificó al excluir del análisis de cumplimiento las reducciones de emisiones obtenidas en el marco del PRE MP, y es de allí de donde surgió el riesgo de que se formularan reproches a ENAP.

Sin embargo, la SMA estimó que *“el titular sostuvo que esta Superintendencia habría vulnerado ambos principios (...) como consecuencia de formular cargos”*¹⁴ y centró su análisis en determinar el alcance del acto en que manifiesta su aprobación respecto a la idoneidad del PRE MP como mecanismo para reducir emisiones, con el objeto de determinar si *“pudo haber generado la expectativa de que no se formularía cargos por la excedencia de MP y, al mismo tiempo, si la formulación de cargos constituye una vulneración a la doctrina de los actos propios”*¹⁵.

Todo lo anterior se hace presente para aclarar que el análisis de la SMA fue efectuado con base en premisas erradas y diversas a las alegadas por nuestra representada y que, por tanto, no es capaz de abordarlas de forma adecuada.

Consecuencia de lo anterior es que las razones que la autoridad utilizó en la resolución impugnada para justificar su actuación están orientadas a sostener que dichos principios no habrían sido infringidos con ocasión de la formulación del cargo. Sin perjuicio de ello, se utilizaron para descartar el fondo de las alegaciones de ENAP (con las prevenciones ya efectuadas en los párrafos anteriores), y por tanto son objeto de análisis en esta presentación.

Los motivos esgrimidos por la SMA para descartar que la confianza legítima y la prohibición de contravenir los actos propios hubieran sido vulnerados por ella se refieren al tenor del oficio en que se pronunció conforme con la idoneidad del PRE MP para reducir las emisiones de MP y

¹⁴ Considerando 94°.

¹⁵ Considerando 95°.

la supuesta consideración que ENAP otorgó a dicho instrumento, como acción a ser presentada en un eventual programa de cumplimiento.

Con respecto a lo primero, la SMA relevó que el oficio no solo expresa su opinión favorable, sino que además precisa que ello “*se informa sin perjuicio de las atribuciones que este Servicio puede ejercer en conformidad a la ley*”¹⁶, y ello entonces impide que la formulación de cargos pueda “*considerarse contrario a dicho oficio*”¹⁷.

Lo anterior es errado tanto por lo que se cuestionó no fue la determinación de formular el cargo, sino porque tampoco es suficiente para plantear que los principios no fueron vulnerados. La incorporación de esa frase no produce otro efecto que actuar como recordatorio a ENAP de que los actos emitidos por la SMA no son impedimento para que pueda ejercer sus funciones, cuestión que es de toda lógica y que no requiere de mención alguna para que se materialice.

La confianza legítima adquirida, se reitera, no se radicó en la expectativa de que la SMA no ejercería sus facultades legales y no formularía cargo alguno a la compañía, sino que giró en torno a que la autoridad contabilizaría la reducción de emisiones enmarcadas en el PRE MP para cuantificar las emisiones atribuibles a ENAP. El oficio bien podría no haber efectuado la precisión que destacó la Superintendencia y aun así se habría infringido el principio.

En ese sentido, entonces, es que Jorge Bermúdez planteó que “*la confianza que deposita el particular en la actuación administrativa merece amparo, puesto que “una práctica administrativa continuada puede generar –y de hecho genera- la confianza en el ciudadano de que se le tratará del mismo modo que en los casos anteriores. Por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva*”¹⁸.

Como se ha expuesto en el escrito de descargos y en esta presentación, la infracción de tales principios tuvo lugar toda vez que la SMA concurrió al entendimiento de la situación crítica a la que se enfrentó ENAP, participó en la elaboración y perfeccionamiento del PRE MP y no objetó su procedencia en el marco del Plan, lo validó como mecanismo idóneo para reducir emisiones y reconoció su efectividad en dicha gestión, pero inexplicablemente no lo consideró en la contabilidad de las emisiones para el año 2022 ni tampoco dentro de los fundamentos y motivación de la formulación de cargos.

¹⁶ Considerando 96°.

¹⁷ Considerando 97°.

¹⁸ BERMÚDEZ, Jorge (2011). *Derecho Administrativo General*, p.85.

Sobre lo segundo, la autoridad expuso en el considerando 98° de la resolución en comento que ENAP “consideró al PRE MP como una acción a ser presentada en un futuro programa de cumplimiento en el marco del eventual procedimiento sancionatorio por incumplimiento a los límites de emisión establecidos en el PPDA CQP, por lo que mal podría contar con confianza legítima respecto de que el PRE MP sería considerado como una forma de evitar la configuración de la infracción”.

Lo anterior, lo sostuvo con base en dos correos electrónicos en los que ENAP así lo habría planteado (uno de 24 de junio y otro de 18 de julio, ambos de 2022). En atención a su relevancia, se transcriben a continuación:

1. Correo de 24 de junio:

“Estimada Fernanda,¹⁹

Buenas tardes, un gusto saludarte.

Te comento que el día martes 28 tenemos sesión de directorio desde las 10:30 hasta las 18:00 hrs., por lo que está súper complicado para nosotros juntarnos ese día.

Efectivamente las alternativas exploradas el lunes 20 de junio van en la línea de desestimar la paralización del FCU de Refinería Aconcagua, eso es correcto, y así se lo transmití personalmente a la Sra. Presidenta. Lo que ocurre es que, analizadas las potestades legales de la SEC, advertimos que ellas tienen como presupuesto fáctico para su ejercicio la inminencia del riesgo, lo que sólo ocurriría si ENAP detiene efectivamente el cracking y acto seguido da cuenta a la autoridad que ello tendrá como resultado lógico-causal el desabastecimiento de combustibles en la RM. Generado el escenario para que la SEC actúe, ella debe oficiarnos y con éste antecedente se pone en marcha nuevamente el cracking. Cuando la SMA advierte el incumplimiento inicia un proceso sancionatorio (si no se hace funcionar el FCU, no estaríamos en una situación de infracción) y es en ese momento donde ENAP ya contaría con su Plan de Cumplimiento y sobre todo, tendría a mano el oficio de la SEC que le sirve como respaldo y justificación de su infracción ante la SMA, ante los Tribunales y ante terceros.

A la larga el cracking no se detiene y no se compromete el suministro de combustibles.

Espero se haya entendido el matiz.

Quedamos a total disposición.”

¹⁹ Se refiere a Fernanda Riveros Inostroza, jefa de la División Jurídica del Ministerio de Energía.

2. Correo de 18 de julio:

“Sr. Ruben Castillo²⁰

El día viernes en reunión telemática sostenida por la Gerencia General de ENAP y el Superintendente Sr. Emanuel Ibarra, le fue mostrado y comentado un Plan de Mitigación que se ha aprobado para ENAP en relación al PPDA Con-Con – Quintero – Puchuncaví, y se me solicitó en dicha reunión poder enviarle a usted la información para que a través de su persona sea revisado en cuanto a su memoria de cálculo y pertinencia para ser utilizado como un instrumento en programas de acompañamiento al cumplimiento, que mencionara el Superintendente en dicha reunión.

Esperando una buena acogida.

Le saluda atentamente,”

A diferencia de lo postulado por la SMA en el considerando 101° de la resolución impugnada, de las transcripciones anteriores no “se desprende” que el PRE MP fue concebido en el marco de un hipotético programa de cumplimiento asociado a un eventual procedimiento sancionatorio. Al examinar el primer correo, en caso alguno se hace referencia al PRE MP u otro instrumento de reducción de emisiones, por lo que no se entiende el razonamiento seguido para atribuir a la mención “Plan de Cumplimiento” (nótese que no dice *programa*) ese entendimiento.

Lo anterior, por lo demás, no puede ignorar que, como se dijo en los descargos y no fue objeto de controversia, las tratativas en que la SMA, ENAP y los ministerios de Medio Ambiente y Energía definieron, desarrollaron y aprobaron los mecanismos para reducir emisiones y permitir que ENAP cumpliera sus obligaciones ambientales en el marco de la orden formulada por la SEC, comenzaron en julio de 2022, es decir, en fecha posterior a la de este correo.

Por otra parte, en el segundo correo se alude a un “*Plan de Mitigación que se ha aprobado para ENAP en relación al PPDA Con-Con – Quintero – Puchuncaví*”, que equivaldría al PRE MP, expuesto al Superintendente del Medio Ambiente de la época. Este plan es enviado al destinatario del correo, entre otros fines, para que se revise su “*pertinencia para ser usado como un instrumento en programas de acompañamiento al cumplimiento, que mencionara el Superintendente en dicha reunión*” (nótese, nuevamente, que no dice programa de cumplimiento).

Al respecto, la SMA omite que la consideración de estos “programas de acompañamiento al cumplimiento” **provino desde la propia Superintendencia del Medio Ambiente y no de**

²⁰ Se refiere a Rubén Castillo Verdugo, jefe de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental de la Superintendencia del Medio Ambiente.

ENAP, quien en ese contexto efectúa la mención. **Atribuir a este mensaje una manifestación de la voluntad de la compañía de concebir al PRE MP como una herramienta eventual a utilizar en un hipotético programa de cumplimiento excede toda lógica y no se condice con su tenor ni contexto.**

Sin perjuicio de ello, si acaso ese hubiera sido el entendimiento de ENAP, la infracción a la confianza legítima y la contravención a los actos propios de todas formas se habría verificado. Esto, debido a que el entendimiento asentado era la aptitud del PRE MP como herramienta apta para reducir emisiones, en el marco del PPDA y en un contexto tal que ENAP debía dar cumplimiento a la orden de la SEC. Como se dijo, ese entendimiento se rompió al excluir de la contabilidad de emisiones las reducciones efectuadas mediante el PRE MP, y es en ese momento en que se generaron las vulneraciones alegadas.

iii. No corresponde exigir el cronograma de implementación del WGS presentado en 2016, esto es, de forma previa a la entrada en vigor del PPDA CQP en 2019

La Superintendencia desestimó la imposibilidad alegada por ENAP relativa a que no pudo detener la unidad de *Cracking* Catalítico a raíz de la orden emanada de la SEC y que en función de ello no pudo evitar exceder el límite de emisión de MP.

Para ello, relevó que desde 2015²¹, en el marco de la elaboración del anteproyecto del Plan, ENAP sabía que la implementación del WGS era la medida idónea para cumplir la reducción de emisiones que se exigiría en el futuro PPDA CQP, y que al menos desde diciembre de 2018 tenía conocimiento de la insuficiencia del plazo otorgado para implementarla. En razón de ello, afirmó en el considerando 61° de la resolución impugnada que la compañía pudo haber evaluado alternativas que le permitieran cumplir tanto el límite de emisión de 2022 como las obligaciones derivadas del DFL N° 1/1978.

Sin embargo, este razonamiento de la SMA es errado por dos motivos:

1. Desconoce las reglas asociadas a la vigencia y exigibilidad de las normas jurídicas y no atiende a los procesos públicos necesarios para que ENAP pueda efectuar inversiones, los cuales requieren pronunciamientos y aprobaciones ministeriales.
2. Asume que existen otras medidas técnicas que permitían cumplir el PPDA, distintas a la implementación del WGS.

²¹ Considerando 57°.

Respecto a lo primero, es del caso recordar que el PPDA CQP se contiene en el Decreto N° 105, de 27 de diciembre de 2018, del Ministerio del Medio Ambiente, el que fue publicado el 30 de marzo de 2019.

Lo anterior es de suma relevancia, pues solo desde ese momento su texto adquiere un carácter firme y nace a la vida del derecho, siendo exigible su cumplimiento, como se sigue de las reglas establecidas en la Ley N° 19.880, a propósito de la obligación de publicar actos administrativos en el Diario Oficial y el momento en que comienzan a producirse sus efectos, materias contenidas en sus artículos 48, 49 y 51. Al respecto, la normativa pertinente señala:

“Artículo 48. Obligación de publicar. Deberán publicarse en el Diario Oficial los siguientes actos administrativos:

- 1. Los que contengan normas de general aplicación o que miren al interés general;*
- 2. Los que interesen a un número indeterminado de personas;*
- 3. Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;*
- 4. Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y*
- 5. Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.*

(...)

Artículo 49. Autenticación. Los actos publicados en el Diario Oficial se tendrán como auténticos y oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento, salvo que se establecieren reglas diferentes sobre la fecha en que haya de entrar en vigencia.

Artículo 51. Ejecutoriedad. Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general.”

Con absoluta claridad, en ausencia de una excepción expresa, las normas transcritas atribuyen a la publicación de los actos en el Diario Oficial el momento desde el cual su cumplimiento es exigible. En el mismo sentido, los artículos 6° y 7° del Código Civil, disponen:

“Art. 6°. La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen.

(...)

Art. 7º. La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria.

Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial.

Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia.”

En el caso concreto de ENAP, esto es doblemente relevante. Por una parte, la primera propuesta de PPDA fue representada por la Contraloría General de la República y por ello sufrió modificaciones relevantes para efectos de su implementación, entre las que se encuentra la modificación del plazo fijado para implementar el WGS, única medida que permite dar cumplimiento al límite de emisión de MP.

Esta circunstancia – la modificación del texto definitivo propuesto del PPDA CQP después de que ENAP hubiera formulado sus observaciones – da cuenta de que resulta estéril cualquier pretensión de atribuir implicancia alguna a lo informado por ENAP en 2015, en el marco de la elaboración del anteproyecto de la primera versión del PPDA, respecto a cuál era la única medida idónea para obtener una reducción de las emisiones de determinados contaminantes.

Lo que ENAP sí hizo, de forma diligente como se ha acreditado y en todo caso sin que le fuera exigido, fue precisar el tiempo mínimo que requería para implementar el WGS. La SMA no precisa qué otra conducta pudo haber ejecutado nuestra representada, pero la sola pretensión de formular una exigencia en ese sentido y de deslizar un reproche por esa circunstancia supone desbordar los límites dentro de los cuales una norma jurídica produce efectos.

Por la otra, no puede ser soslayada la circunstancia de que ENAP es una empresa del Estado, que en su calidad de tal requiere del cumplimiento de distintas etapas y requisitos para que se le autorice a efectuar las inversiones que requiera con ocasión de sus proyectos y obligaciones²².

De forma particular, requiere obtener la recomendación de los Ministerios de Energía, Desarrollo Social y Familia respecto a sus proyectos y la aprobación del Ministerio de Hacienda sobre su ejecución y desembolso.

En ese marco, ENAP no podía iniciar el proceso de inversión del WGS mientras no existiera una obligación efectiva en ese sentido. Tal exigencia solo nació a la vida del derecho el 30 de marzo

²² Lo anterior conforme a las leyes N° 18.196, 18.482, 18.591 y 21.050.

de 2019, y recién en esa fecha la compañía pudo iniciar las gestiones correspondientes para obtener los pronunciamientos y autorizaciones ministeriales y así poder iniciar los procesos de licitación, la adquisición de la tecnología, el montaje y puesta en marcha del equipo²³. Esta limitación era insalvable en razón de que antes de la publicación del PPDA no existía otro título que contuviera la obligación de implementar el WGS en determinado plazo y que permitiera a ENAP adelantar los procesos necesarios al efecto.

Respecto a la afirmación de que ENAP pudo “*proyectar anticipadamente la fecha límite de implementación (...) de otras medidas idóneas, a fin de evitar sobrepasar el límite de emisión del PPDA CQP*”²⁴, ello parte de la premisa de que efectivamente existen esas otras medidas que permitían cumplir el límite del Plan, lo que supone, entonces, que son capaces de generar una reducción de emisiones de similar entidad a la obtenida gracias al WGS, lo que no es efectivo.

La implementación del WGS es la mejor tecnología disponible para obtener reducciones de emisiones en la cantidad que se necesitaba y que, además, ofrecía mejores condiciones de seguridad en su operación. De ello se dio cuenta en la consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental tramitada en 2013²⁵, oportunidad en que en el marco de la Resolución de Calificación Ambiental N° 016/2017, se evaluó el reemplazo de la medida de reducción de material particulado consistente en la instalación de un Precipitador Electrónico o Filtro de Manga por un WGS en la Refinería Biobío de ENAP.

Esta decisión se adoptó debido a que la operación de este equipo es eficiente y segura, aun cuando significaba incurrir en un mayor costo de inversión inicial y de mantención.

Finalmente, es del caso destacar que esta imposibilidad de adoptar otras medidas idóneas para evitar el incumplimiento del PPDA y viabilizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de energía y combustibles no se limita a lo anterior, sino que también se extiende a la falta de alternativas que durante 2022 ENAP podía adoptar. Ello, como se indicó en la carta dirigida el 18 de julio de 2022 a la SEC, se debe a que la opción para evitar el quiebre de stock de combustible

²³ El Estándar de Gestión de Inversiones, basado en la Ley N° 21.025, que Establece un nuevo Gobierno Corporativo de la Empresa Nacional del Petróleo, dispone en su punto 6.7: “*A diferencia de las iniciativas operacionales, todos los proyectos de inversión deben contar con aprobación de ciertos Ministerios respecto de su alcance, monto y plazo de ejecución.*

Los proyectos de inversión no pueden comprometer pagos a terceros mientras no estén aprobados por los Ministerios”.

²⁴ Considerando 56°.

²⁵ Carta N° 234, de 13 de agosto de 2013, dirigida a la directora del Servicio de Evaluación Ambiental de la región del Biobío.

consistía en reemplazar la falta de producción propia mediante la importación de productos terminados a través de buques.

Sin embargo, ello no era factible pues las condiciones climáticas que afectan la disponibilidad efectiva de los terminales, así como la operación interdependiente de las plantas de la Refinería (por la cual lo producido en una determinada planta forma parte de la carga de otra), implican fuertes restricciones logísticas que hacen imposible satisfacer la demanda nacional de combustibles mediante importación de productos terminados.

Finalmente, además de que la implementación del WGS era efectivamente la medida idónea y pertinente para reducir las emisiones de MP de la Refinería, es relevante destacar que su implementación sí se desarrolló en términos diligentes.

Ello es así pues ENAP ejecutó todas las acciones requeridas para adquirir los implementos e instalar la solución tecnológica. Prueba de lo anterior es que pese a las disrupciones experimentadas a nivel mundial en las cadenas de suministros a raíz de la pandemia declarada por COVID – 19, se cumplió el cronograma de implementación comprometido.

iv. Sí se han verificado los presupuestos de fuerza mayor

Una primera cuestión que debe despejarse es que la fuerza mayor **corresponde a una exigente de la responsabilidad y no de la culpa**, por lo que, de verificarse sus presupuestos, ENAP no podría ser sujeto de responsabilidad administrativa, razón en virtud de la cual no le sería oponible la existencia de un régimen de culpa infraccional como pretende la SMA en el considerando 111° de la resolución impugnada.

A su vez, y desde su origen en el Derecho Romano, existe una diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, en función de la relevancia que tienen los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad en cada uno de ellos. Lo anterior es explicado con nitidez por la doctrina civilista nacional:

“[E]s posible sostener que la fuerza mayor, correspondiente a la noción de vis maior, alude a una fuerza ‘irresistible’ y ‘externa’, el caso fortuito, correspondiente al casus, alude a la ausencia de culpa. Así las cosas, ambos serían institutos liberadores de responsabilidad, pero el fundamento no era el mismo, pues no es lo mismo la ausencia de culpa (casus), que la causa extraña (vis). En otras palabras, mientras que la vis maior tiene un valor semántico “positivo” (algo que ocurre), casus tendría negativamente un significado, ab origine, en el ámbito de figuras delictuales, alusivo a aquello que es accidental en cuanto involuntario, y en una fase siguiente, en el ámbito de las relaciones obligatorias ex contractu, a aquello que ocurre sin culpa.

*En lo que aquí importa, de esa distinción se sigue una consecuencia significativa, esto es, que el caso fortuito aludía al ‘accidente’ que no se podía prever ni resistir: justamente porque era ‘imprevisible’ excluía la culpa. **Mientras que la fuerza mayor (vis maior o maior casus) aludía a un ‘evento’ que, aunque ‘previsible’, no podía resistirse (evitarse), justamente porque era ajeno al deudor,** y originariamente no nace como una delimitación de la responsabilidad (praestare) del deudor, sino para agrupar una serie acontecimientos naturales y humanos inevitables, como un terremoto, la tempestad, la invasión de estorninos, el ataque de enemigos, **los actos de autoridad,** etc.²⁶”*

En otras palabras, para la comprobación de la concurrencia de la fuerza mayor la imprevisibilidad juega un rol significativamente menor que la irresistibilidad, a diferencia de lo que ocurre respecto al caso fortuito.

Aun teniendo presente lo anterior, de todas formas se ha dado cuenta de que ENAP cumplió con su deber de actuación diligente, dado que a los dos meses de la entrada en vigencia del PPDA CQP, en mayo de 2019, ENAP presentó la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA del proyecto “Wet Gas Scrubber Proceso Cracking Catalítico”, el cual fue resuelto en octubre del mismo año por la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, indicando que no debía ingresar a evaluación ambiental.

Es importante resaltar que conforme a las reglas presupuestarias que rigen a las empresas públicas y a ENAP en especial, particularmente en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1986, del Ministerio de Minería (DFL 1/1986), modificado por la Ley N° 21.025, y el artículo 24 de la Ley N°18.482, no le era exigible la realización de un proyecto de inversión de forma previa a la publicación del PPDA CQP en el Diario Oficial, ya que, según se desarrollará más adelante, no es legalmente posible incurrir en ese gasto sin las correspondientes habilitaciones ministeriales, por lo que no es correcta la afirmación de la SMA en el considerando 112° de la resolución sancionatoria en el sentido de que ENAP debió realizar la inversión 75 meses antes de la entrada en vigor del referido instrumento de gestión ambiental.

Ante esto, se reitera que desde un primer momento ERSa le indicó al Ministerio del Medio Ambiente que el plazo necesario para implementar las medidas que le permitirían cumplir con la normativa ambiental era exiguo, intentando modificarlo una vez que el PPDA CQP entró en vigor,

²⁶ Lilian San Martín (2021). “El caso fortuito en la responsabilidad civil extracontractual”. En *Revista Ius et Praxis*, Talca, p. 5.

además de desarrollar junto a la SEC y luego con esta SMA un conjunto de medidas que le permitiera equilibrar el cumplimiento de sus obligaciones ambientales y sectoriales.

ENAP no pudo prever de antemano cuál sería la decisión específica que adoptarían las autoridades administrativas ante esta tensión normativa, tampoco que la SEC emitiría una orden y mucho menos cuál sería su contenido final, así como su oportunidad. Según se desprende de los antecedentes que obran en el expediente administrativo, lo que nuestra representada hizo fue poner en conocimiento de las distintas agencias involucradas en el cumplimiento del DFL 1/1978 y el PPDA CQP los antecedentes del caso, procurando, como se ha señalado, conciliar el cumplimiento de los dos cuerpos normativos.

En tal escenario, la decisión concreta y específica de la SEC no era previsible ni disponible para ENAP, sino que obedece al ejercicio de sus atribuciones privativas.

Por otra parte, la SMA en su resolución no responde satisfactoriamente a la alegación de la irresistibilidad de la orden de la SEC, intentando argumentar que ésta obedece a una falta de diligencia de ENAP. No obstante, el carácter imperativo de un acto de autoridad no proviene de la actitud de un sujeto regulado, sino del poder público con el que aquélla ha sido investida. En este orden de ideas, la autoridad de fiscalización ambiental vuelve a confundir los términos de la discusión, dado que lo que se argumentó en su oportunidad es que ENAP no podría contravenir el contenido de la orden emitida por la SEC, debate que la SMA intenta llevar al plano de la diligencia debida, cuando lo que corresponde es discutir si efectivamente había margen para desoír lo mandado por la autoridad sectorial.

Dicho de otro modo, la discusión de la fuerza mayor no se centra en la diligencia del regulado, dado que obedece a constatar si la ocurrencia de una causa externa tiene la suficiente entidad como para liberar a un sujeto de su responsabilidad.

Por lo mismo, y ante el caso de que la SMA insista en excluir al PRE MP de la contabilidad de emisiones de ENAP para el año 2022, debe considerarse que operó una causal de fuerza mayor que exime a nuestra representada de su responsabilidad administrativa.

B. No se configuró la infracción imputada, pues no se superó el límite de emisiones de SO₂

i. Existe una desviada aplicación por analogía del artículo 2º transitorio del PPDA

Como se señaló en el escrito de descargos, la SMA efectuó el cálculo del límite de emisiones para el año 2022 a partir de una aplicación por analogía del artículo 2º transitorio del PPDA CQP.

Esta aplicación fue el elemento que permitió a la autoridad concluir que existía una supuesta infracción del límite de emisiones de SO₂.

Dada la centralidad de la disposición en cuestión, volveremos a citarla porque es necesario tener en consideración el tenor literal de esta disposición:

“Artículo 2° transitorio. Si el periodo de cumplimiento de las emisiones máximas permitidas establecidas en la Tabla 6 del artículo 10, la Tabla 8 del artículo 12 y la Tabla 10 del artículo 15, no comenzare el 1° de enero, éstas se calcularán según la siguiente relación:

*Emisión Máxima Permitida = (Emisión Máxima Permitida / 365) * N° de días restantes.*

Donde el N° de días restantes corresponde a los días contados desde la entrada en vigencia del decreto hasta el 31 de diciembre de ese año”.

A juicio de la autoridad, este artículo transitorio no sólo se refiere a la situación en el prevista, a saber, cómo resolver la situación de la entrada en vigor de los límites de emisión en el año 2019 con posterioridad al 1° de enero, sino que esta disposición contiene, a su vez, una solución para los años en que se apliquen nuevos límites.

En otras palabras, esta disposición, pese a su literalidad, no sólo sería aplicable para el año 2019, sino que también para el 2022. ENAP ha señalado en su escrito de descargos que esta forma de interpretar la disposición en que se le asocia una extensión mayor a la pretendida por el regulador no es en sí problemática, siempre y cuando se considere que el límite de emisiones sigue estando fijado para un año calendario.

No obstante, la SMA va más allá de lo descrito previamente, ya que sostiene que para un mismo año calendario, 2022, se contaba con dos límites de emisiones diferenciados. Este procedimiento se expone con notoria claridad en el considerando 23° de la resolución impugnada: *“En vista de lo anterior, se debe tener presente que los límites de emisión se establecieron en toneladas anuales, por lo que resulta necesario determinar de qué forma estos límites de emisión anuales pueden ser aplicados a dos periodos distintos dentro un mismo año calendario. Al respecto, el PPDA CQP en su artículo 2° transitorio, resuelve esta situación, **respecto de los límites de emisión del artículo 15 aplicables durante el primer año de vigencia**”²⁷.*

²⁷ Lo destacado es propio.

A partir del párrafo transcrito, se advierte que la misma SMA reconoce el carácter anual de los límites de emisión establecidos por el PPDA CQP, sin embargo, y sin norma que lo establezca, divide el año en dos periodos.

ii. La SMA extiende artificialmente la aplicación del artículo 2° transitorio al punto que ha creado una nueva norma

El problema obvio de lo anterior es que, como la propia autoridad reconoce, el artículo 2° transitorio ofrece una solución para el primer año de vigencia de los límites del PPDA CQP, no para el tercero. Esto último es relevante, dado que la norma citada no está diseñada para el contexto al que la SMA intenta darle aplicabilidad, vulnerando la regla de interpretación según el cual cuando el sentido de la ley es claro, no se puede desatender el tenor literal de una norma a pretexto de consultar su espíritu, que en este caso ni siquiera es así, ya que, más que buscar el espíritu de lo previsto por este artículo, derechamente pretende dotar de otros alcances a dicha disposición, a través de la interpretación de la norma para lo cual no tiene competencia, sustituyendo al regulador y haciendo una aplicación extensiva de una norma transitoria y excepcional.

De esta forma, se pasa por alto aquella regla según la cual lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (Arts. 19 y 23 del Código Civil, respectivamente). Ningún principio puede utilizarse para alterar el sentido y alcance dado expresamente por una norma jurídica como la que ahora se examina.

Asimismo, y dada la particularidad de la hipótesis que cubre la norma, no existe una habilitación expresa ni implícita para que la autoridad estime que en el tercer año de vigencia del instrumento de gestión ambiental en cuestión debía eliminarse la lógica de un año calendario e interpretar los límites de emisiones en base a dos “anualidades” o períodos diferenciados e independientes, a saber, uno que va desde el 1 de enero de 2022 al 29 de marzo del mismo año y otro que va del 30 de marzo al 31 de diciembre de 2022.

Ante ello surge la pregunta sobre qué criterios jurídicos fueron utilizados para este particular proceder. La lectura de la resolución sancionatoria en la sección abocada a describir la configuración de la infracción (Ordinal VI, letra A²⁸) no ofrece ningún argumento, ya que simplemente se anuncia la forma en que la SMA dará aplicabilidad a la norma de marras, dejando la explicación para un apartado posterior, en el cual se encarga de rebatir los argumentos expuestos por nuestra representada en el escrito de descargos.

²⁸ Cfr. Considerandos 22°, 23°, 24°, 29° y 31° de la resolución sancionatoria.

Pues bien, la respuesta a lo anterior comienza a delinearse en el considerando 77° de la resolución sancionatoria, oportunidad en que la SMA indica que *“esta forma de conversión de los límites de emisión resulta también aplicable a la situación observada durante el año 2022, considerando que durante la elaboración del Plan se desconocía la fecha exacta de inicio de vigencia del mismo y, por tanto, la fecha de inicio de los nuevos límites aplicables a contar del tercer año.”*.

Llama la atención esta justificación, toda vez que aprovecha el desconocimiento de la autoridad reguladora respecto al día exacto de entrada en vigencia del PPDA CQP (2019), razón por la cual se introdujo la solución del artículo 2° transitorio en dicho instrumento, para declarar que, entonces, el proceder de la SMA era el correcto (2022). La primera objeción que se puede formular a este argumento es que el MMA efectivamente previó una entrada en vigor de los límites de emisión para una fecha posterior al 1° de enero de 2019, dejando una regla que daría una solución de continuidad, por lo que, de haber querido **crear anualidades diferenciadas e independientes** para el 2022, lo habría manifestado en el propio PPDA CQP, toda vez que tuvo a la vista los antecedentes necesarios para concluir que el 2022 habría dos límites de emisión vigentes. Sin embargo, esto no ocurrió.

Es decir, la SMA aprovecha esta necesaria norma transitoria del PPDA CQP para torcer la lo previsto por el regulador, ofreciendo una “solución” que no se encuentra en la literalidad del artículo 2° transitorio ni en ninguno de los 58 artículos que componen el referido instrumento. Nuevamente, este recurso, recurrir al espíritu de la regulación o a la supuesta voluntad implícita del regulador, no se justifica en ningún criterio, parámetro o canon de interpretación que sea plausible.

Lo anterior es necesario, ya que la lógica del artículo 2° transitorio consiste en asumir que el período que va desde la publicación del PPDA CQP al 31 de diciembre de 2019 corresponde a **un año calendario**, y no reconoce que existan dos anualidades diferenciadas, las cuales serían independientes entre sí e incapaces de mezclarse.

Tampoco se ofrece explicación jurídica positiva de por qué se aparta del entendimiento de obligaciones asociadas a años calendario, la cual está en todo el PPDA CQP (ver artículos 19 y 25) y se opta por una lectura en que se establecen períodos distintos con límites diferenciados.

Así las cosas, la autoridad de fiscalización ambiental indica en los considerandos 79° y siguientes de la resolución sancionatoria que para determinar los límites de emisión aplicables para el año 2022 interpretó el artículo 2° transitorio del PPDA CQP de conformidad con los principios de gradualidad y progresividad, ya que, de otro modo, se estaría dando a ENAP un margen para

emitir más SO₂. De esta manera, lo que la SMA en realidad hace es modificar los límites establecidos por el PPDA CQP, sustituyendo al regulador.

iii. La SMA ha interpretado el PPDA CQP sin contar con habilitación legal para estos efectos

De inmediato debe despejarse una situación del todo relevante, a saber, que la SMA reconoce que para dar aplicación al antedicho artículo debe efectuar una lectura del mismo en base a ciertos principios del Derecho Ambiental, es decir, debe interpretar la disposición para otorgarle aplicabilidad al caso en cuestión. Sin embargo, la SMA no cuenta con potestad legal para interpretar este instrumento de gestión ambiental.

En efecto, en ninguno de los literales del artículo 3 de la LOSMA se otorga habilitación a la SMA para interpretar un Plan de Prevención y/o Descontaminación. Esta facultad se encuentra arraigada en el Ministerio del Medio Ambiente, según consta en el artículo 70, letra o) de la Ley N°19.300, en el que se dispone lo siguiente:

“Artículo 70.- Corresponderá especialmente al Ministerio:

*o) **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.*

El Ministerio del Medio Ambiente podrá requerir a los jefes de los servicios y organismos con competencias en materia ambiental, informes sobre los criterios utilizados por el respectivo organismo sectorial en la aplicación de las normas y planes señalados en el inciso anterior, así como de las dudas o dificultades de interpretación que se hubieren suscitado y de las desviaciones o distorsiones que se hubieren detectado.

El Ministerio podrá, además, uniformar los criterios de aplicación y aclarará el sentido y alcance de las normas de calidad ambiental y de emisión, cuando observe discrepancias o errores de interpretación.”.

Es decir, dado que en el PPDA CQP no se detallaba la forma en que debía determinarse el límite de emisiones para el año calendario 2022, la SMA estaba obligada a consultar al MMA el procedimiento en que correspondía fijarse. No obstante, en vez de haber seguido el conducto legal para estos efectos, la autoridad de fiscalización se atribuyó una facultad privativa de otra repartición pública, en una manifiesta y ostensible vulneración al principio de legalidad.

Cabe hacer presente que el deber de consultar al MMA ante las dudas de cómo debe aplicar el PPDA CQP no es algo desconocido para la SMA, ya que en un procedimiento sancionatorio similar seguido en contra de nuestra representada, rol F-085-2021, ante la necesidad de dar una adecuada inteligencia al artículo 17 de este instrumento, dirigió al Ministerio el Oficio Ordinario N° 2869 de 20 de 2020, consultando qué parámetros deben medirse de manera continua para el Cracking Catalítico y las Unidades Recuperadoras de Azufre. Esto demuestra que la Superintendencia no puede acusar desconocimiento respecto a los límites que rigen su actuación administrativa, ni del rol que la ley ha reservado al MMA al momento de interpretar las normas de un Plan de Prevención y/o Descontaminación.

Por lo tanto, al efectuar la señalada interpretación de modo privado con el mero objetivo de iniciar un procedimiento que lleve a una sanción administrativa, la SMA ha intervenido en la esfera de atribuciones de otro ente público, algo que se encuentra estrictamente vedado, tanto en la Constitución Política de la República (artículos 6° y 7°) como en el artículo 2° de la Ley N°18.575, vulnerando el principio de legalidad que debe regir la actuación de la Administración del Estado. A continuación, se citan las referidas normas constitucionales.

“Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.” (Lo destacado es propio).

Por su parte, en el artículo 2° la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado se ha dispuesto lo siguiente:

*“Artículo 2°.- Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. **Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones***

que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”. Lo destacado es propio.

Se hace presente que esta forma de atribuirse potestades que no le han sido asignadas por ley ya ha sido objeto de reproche por la judicatura ambiental, según consta en sentencia de fecha 23 de noviembre de 2020, recaída sobre la causa R-140-2016, en la que el Segundo Tribunal Ambiental concluye lo siguiente en el considerando 145°:

“La resolución sancionatoria adolece de graves vicios de legalidad en cuanto a su motivación, pues ha configurado la infracción sobre la base de un cargo formulado de manera imprecisa y abierta, vulnerando el principio de tipicidad, para luego hacerse la SMA de una potestad interpretativa que no le corresponde, estableciendo al efecto un límite de extracción arbitrario y una obligación inexistente, sin requerir, previamente, la interpretación de las respectivas RCA al órgano por ley designado.”. Lo destacado es propio.

iv. La interpretación de la SMA no es más favorable con el Medio Ambiente

Ahora bien, ¿es efectivo que esta interpretación de la SMA es más favorable con el Medio Ambiente? Si se atiende a lo informado por ENAP, y que se contiene en la siguiente tabla de la formulación de cargos, se podrá apreciar con una aritmética básica que lo afirmado por la autoridad no es del todo efectivo:

Tabla 6. Toneladas de SO₂ declaradas por titular

	Primer periodo (01-01-22 a 29-03-22)	Segundo periodo (30-03-22 a 31-12-2022)
Emisión declarada	343 ton	884 ton
Emisión autorizada¹⁰	360 ton	869 ton
Excedencia	0	15 ton

Fuente. Elaboración propia.

Como se aprecia, para el año calendario 2022 ENAP emitió 1227 toneladas de SO₂. No obstante, si hubiese emitido la totalidad de emisiones que la SMA determina para cada período de dicho año, habría podido emitir 1229 toneladas. ¿Cómo es posible que una interpretación más favorable con el Medio Ambiente le hubiese permitido emitir a ENAP más toneladas de SO₂ de las que efectivamente emitió? ¿Cómo es posible que en base a esa misma interpretación que le permite emitir más a ENAP se pueda sugerir que se protege al Medio Ambiente? Y, finalmente, ¿Cómo se puede sostener un procedimiento sancionatorio a partir de una lectura que fuerza a

ENAP a emitir más toneladas de SO₂ de las que efectivamente liberó al ambiente? Ninguna de estas interrogantes recibe respuesta adecuada en el actuar de la SMA.

Todo lo dicho bastaría para cerrar en este punto la argumentación, no obstante, cabe indicar que la SMA realizó esta interpretación direccionada de una disposición del PPDA CQP de forma totalmente privada, sin comunicar a nuestra representada que para el año calendario 2022 habría de fiscalizar dos períodos independientes con un límite de emisión para cada uno, en razón de su entendimiento de las reglas del Plan. En efecto, no hubo ningún acto de comunicación público o privado en que la autoridad pusiera en conocimiento a ERSA de que la forma de interpretar los límites de emisión variaría para el tercer año de entrada en vigor del PPDA CQP.

Al respecto, un elemento a tener en cuenta es que los reportes de emisiones se hacen de forma anual, sin distinguir períodos, por lo que si la interpretación de la SMA fuera correcta en el marco del PPDA, esta debiera requerir reportes parciales para cada uno de los periodos. De esta forma, el verificador del cumplimiento de los límites de emisión del PPDA no se condice con la interpretación que la SMA ha dado para este caso particular.

En efecto, ni siquiera después de recibida la Carta 135 en enero de 2023, mediante la cual ENAP cumplió la obligación del artículo 19 del PPDA CQP consistente en informar las emisiones anuales de la Unidad Fiscalizable, se indicó que la fiscalización del cumplimiento de los límites del artículo 15 se efectuaría de conformidad al entendimiento en análisis. Es decir, ENAP sólo fue notificado de esta nueva lectura de la SMA en la formulación de cargos, lo que permite afirmar sin error que esta interpretación se realiza con el único propósito de instruir un procedimiento sancionatorio en contra de ERSA.

En este orden de ideas, no obedece a la lógica de un debido proceso administrativo sancionador que se amplíe de forma discrecional el sentido y alcance de una norma contenida en un instrumento de gestión ambiental con el único propósito de sancionar a un administrado, sin previamente haber delimitado públicamente cuál era el entendimiento que la propia SMA le estaba dando a una determinada norma.

Es por lo anterior que tanto el cargo formulado como la sanción impuesta no pueden prosperar, razón por la cual se debe dejar sin efecto la resolución impugnada.

v. De todas formas, las emisiones están sobrestimadas por la SMA

Sin perjuicio de que lo argumentado es suficiente para decretar la ilegalidad del acto sancionatorio, si la SMA perseverara en su aplicación del artículo 2º transitorio, tampoco se configuraría incumplimiento de los límites contenidos en el artículo 15 del PPDA CQP. Esto es

así, pues, como fue indicado en Carta ERSA N° 003 de 10 de enero de 2023, en virtud de las características del combustible empleado por la Cogeneradora, **sus emisiones efectivas de SO₂ no fueron 53,21 toneladas, sino que 1 tonelada**, lo que arroja una diferencia de 52,21 toneladas que fueron consideradas en exceso en el cómputo de la autoridad y que deben ser sustraídas de su estimación para el presente procedimiento.

Como se indicó anteriormente en el escrito de descargos y continúa ocurriendo en la resolución sancionatoria, la SMA no ha considerado esos datos actualizados para efectos de instruir el procedimiento sancionatorio. Pues bien, si lo hubiera hecho, habría observado que para el primer período de 2019 (88 días) las emisiones de SO₂ ascendieron a 330,41 toneladas, dando cuenta de una holgura de 29,58 toneladas para el cumplimiento de la norma, mientras que para el segundo período (277 días) fueron de 844,37 toneladas, verificando una holgura de 24,62 toneladas respecto de lo contemplado en el PPDA CQP. De esta manera, **se obtiene un valor anual de 54,21 toneladas por debajo del límite anual de emisiones.**

A todo lo señalado en este apartado, cabe hacer presente que la autoridad al momento de formular cargos no tomó en consideración una carta de rectificación presentada por ERSA al menos cinco meses antes de la notificación de dicha resolución, vulnerando nuevamente lo dispuesto en el artículo 17, letra g) de la ley N° 19.880, por cuanto no tuvo a la vista todos los antecedentes aportados por ENAP al momento de dictar la resolución que dio inicio al presente procedimiento sancionatorio.

De todas formas, se hace presente que en la resolución sancionatoria la SMA únicamente hace alusión a la carta enviada al titular a través del Ord. N° 1467, de 7 de junio de 2024, mediante la cual respondió a la misiva enviada por ERSA en enero de 2023, manifestando exclusivamente su desacuerdo genérico con lo indicado por nuestra representada en dicha oportunidad, sin que en la resolución impugnada se refleje una argumentación autosuficiente que permita entender el rechazo de la autoridad al cálculo corregido efectuado por ENAP.

C. En subsidio, no se han afectado negativamente los objetivos del PPDA CQP, por lo que no se puede calificar la supuesta infracción como grave

En el improbable caso que esta SMA no corrija la resolución sancionatoria, y mantenga la imputación de la infracción a ERSA, es pertinente tener presente las siguientes consideraciones respecto de la calificación de gravedad:

i. La SMA continúa infringiendo el principio *non bis in idem*

Tanto en la formulación de cargos como en la resolución sancionatoria la SMA calificó la supuesta infracción como grave, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36, numeral 2 letra c) de la Ley N°20.417, indicando que se estaría afectando negativamente el cumplimiento de las metas y medidas del PPDA CQP. Este punto se sostiene exclusivamente en lo siguiente:

“Así, el hecho de superar el límite de emisión anual de MP y de SO2 afecta negativamente el cumplimiento de las metas del Plan, por aumentar las emisiones proyectadas para el año 2022. Lo anterior, especialmente considerando que ENAP Refinerías Aconcagua corresponde a una de las tres grandes fuentes emisoras que representan los principales aportes de SO2, NOx y MP en la zona regulada por el PPDA CQP”.

En la resolución impugnada la autoridad desarrolla con mayor detalle los presupuestos que le permitieron calificar como grave la supuesta infracción. En este sentido, inicia su razonamiento exponiendo que la meta y el objetivo del PPDA incluyen no sólo evitar la superación de la norma primaria, sino que también evitar la superación de los niveles de latencia, así como la reducción de episodios críticos.

Ante la argumentación desplegada por ENAP respecto a que no podría existir una afectación negativa de los objetivos del Plan, ya que no ha existido superación de la norma de calidad que le sirve de fundamento, la SMA simplemente reitera que el supuesto incumplimiento del límite de emisiones sería de por sí una falta grave, dada la centralidad de esta medida para el cumplimiento de los objetivos del PPDA, agregando que: *“por lo tanto, las conclusiones que permiten sostener que las medidas han sido eficaces por cuanto se ha logrado la reducción gradual de las emisiones en la zona y no se han superado las normas de calidad del aire, no pueden ser utilizadas para estimar que el incumplimiento de una de las obligaciones del Plan sea marginal”.*

El problema de esta argumentación es que la SMA no contrasta las emisiones de ERSa con algún parámetro objetivo que permitiera determinar la afectación negativa de los objetivos del PPDA. En otros términos, a la fecha no ha ponderado exacta o aproximadamente la cantidad de toneladas emitidas efectivamente por ENAP durante el año 2022 (considerando las compensaciones logradas con el Plan de Acción), con relación al estado de la calidad del aire en la zona, lo que le habilitaría para eventualmente haber concluido que existe una afectación negativa.

Es decir, la SMA insiste en que el constatar el incumplimiento de una disposición del PPDA tiene como consecuencia inmediata su calificación de gravedad, puesto que siempre significará una afectación negativa a los objetivos de dicho Plan. Es decir, **la SMA continúa calificando un**

determinado hecho como infracción y, al mismo tiempo, como agravante, lo cual está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta forma de calificación automática de una infracción como grave por el sólo hecho de vulnerar una norma ha sido criticada por el Segundo Tribunal Ambiental con sede en Santiago, el cual, en sentencia de 18 de julio de 2021, recaída en causa rol R-233-2020, específicamente en su considerando vigésimo quinto expone:

*“Que, en cuanto a la concreción del peligro, éste no aparece debidamente justificado en la resolución, toda vez que, en la práctica, se funda únicamente en los altos niveles de superación del límite normativo. **Lo anterior implica utilizar dicha superación, tanto para justificar el tipo infraccional como para agravar la sanción, lo cual, en virtud del principio non bis in idem, resulta improcedente**”* (destacado propio).

Más aún: en su resolución y en esta materia, a pesar de que reconoció un efecto material y ambiental concreto a la compensación, no lo considera para los fines de entender que, habiéndose ejecutado las acciones asociadas a ese mecanismo, los objetivos del Plan no fueron frustrados.

ii. La SMA no fundamenta adecuadamente la calificación de gravedad

Como se argumentó en el escrito de descargos, lo afirmado por la SMA no se condice con lo constatado en el Informe técnico sobre el Cumplimiento de Normas de Calidad del aire por MP_{2,5}, MP₁₀, Plomo y SO₂, de la División de Fiscalización y Conformidad Ambiental (DFZ-2023-67-V-NC), correspondiente al año 2022 (Anexo 42), del cual se desprende que no se han afectado negativamente los objetivos del PPDA CQP si para el mismo año calendario en que se constataron las supuestas excedencias, todas las normas de calidad del aire se cumplieron, y, es más, en prácticamente todas las mediciones de las normas de calidad atmosférica se encontraban por debajo de la situación de latencia. Es decir, para el período cubierto por el análisis de una división de la propia SMA, se está dando cumplimiento efectivo a los objetivos y metas del PPDA CQP.

Para rebatir este argumento, la SMA indica que en una estación de monitoreo Quintero se constató una superación del 84% del límite de la norma respecto a MP_{2,5}. A esto agrega que *“incluso de existir en un determinado periodo de cumplimiento de dichas normas primarias de calidad, ello no podría ser utilizado como razón para indicar que no se han incumplido los objetivos del Plan por parte de una fuente, toda vez que la fuente en cuestión podría no haber reducido emisiones, y aun así podrían haber disminuido las concentraciones de un contaminante por la reducción de otras fuentes que si cumplieron con los*

límites de emisión establecidos en el Plan”. Este razonamiento finaliza con que “la adecuación a la norma no necesariamente es apta para asegurar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, razonamiento que lleva a concluir que un análisis meramente formal resulta insuficiente”.

Este razonamiento confunde lo esgrimido por ENAP. Nuestra representada ha señalado que, suponiendo que se haya configurado la infracción, de esta circunstancia no se sigue lógicamente que dicha infracción deba ser calificada como grave de forma inexorable, ya que para ello se requiere demostrar una afectación negativa de los objetivos del Plan. Luego, si los objetivos del plan se están cumpliendo, como ha concluido la propia SMA, no han sido afectados negativamente. No se puede afirmar, sin caer en contradicción, que los objetivos del PPDA CQP han sido satisfechos y, a su vez, indicar que un incumplimiento puntual los ha afectado negativamente. Es dicho umbral argumentativo el que nunca ha sido satisfecho por la SMA, tanto en la formulación de cargos como en la presente resolución sancionatoria. La afirmación transcrita desconoce asimismo que es el mismo PPDA CQP el que califica a ENAP Refinería Aconcagua como la gran fuente emisora de MP, por lo que los aportes en la reducción de emisiones por parte de ENAP no pueden sino considerarse como relevantes y determinantes para la consecución de los objetivos y metas del PPDA.

No obstante, y en una aproximación improcedente, la SMA insiste en que, dado que un PPDA puede tener objetivos amplios e indeterminados, cualquier incumplimiento de su normativa supondrá la afectación grave de aquéllos, aunque estos nunca sean explícitos para el caso particular. Es decir, la autoridad puede desentenderse del deber de motivar un contenido esencial de sus actos de gravamen, apoyándose en un razonamiento circular.

A mayor abundamiento, **se alude a la superación de una norma medida en una estación de monitoreo – Quintero – la cual no se relaciona con ENAP Refinería Aconcagua, sino que con otras fuentes ubicadas en la bahía**, lo que nuevamente muestra que la autoridad reprocha a nuestra representada circunstancias que nada tienen que ver con una afectación grave al PPDA CQP.

Por lo tanto, demostradas las carencias lógicas y de motivación que posee el acto para sostener que la supuesta infracción ha de calificarse como grave, en caso de que esta autoridad persevere en considerar que se ha incumplido el límite de emisiones del PPDA CQP, esto sólo puede ser calificado como una infracción leve pues no se verifica en el caso la circunstancia que permita dicha clasificación.

D. Análisis de las circunstancias del artículo 40 de la Ley N° 20.417 para la determinación específica de las sanciones

1. Errores en el cálculo del Beneficio económico

La superación del límite de emisiones en que ENAP habría incurrido en caso alguno se relaciona con costos que hayan sido retrasados o evitados en los términos desarrollados por las Bases Metodológicas para la determinación de sanciones ambientales de la SMA, ni mucho menos a la obtención de ganancias anticipadas o adicionales.

Como se ha indicado en esta presentación y en el escrito de descargos, las mejoras tecnológicas asociadas a la disminución de emisiones de SO₂ (precursor del MP) sí fue ejecutada, aun cuando el cronograma de implementación del WGS difirió de los plazos contemplados en el PPDA publicado en marzo de 2019.

A su turno, debe considerarse que, en adición a la inversión propia de la implementación del WGS (USD 66.318.249), se debió asumir el costo de la ejecución del PRE MP por un total de 760 millones de pesos²⁹.

La autoridad considera que los costos fueron retrasados por nueve meses, en función de haber considerado que el último día en que debía acreditarse el cumplimiento de las obligaciones del artículo 15 del PPDA CQP corresponde al 4 de octubre de 2022. La determinación propiamente tal del beneficio económico se expresa en el considerando 163° de la resolución impugnada:

*“De conformidad a lo indicado precedentemente, a partir de la comparación de los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, se concluye que existe un beneficio económico a partir del retraso de los costos asociados a la implementación del WGS, correspondiente a la medida idónea para volver al cumplimiento del artículo 15 del D.S. N° 105/2018, que ascendieron a un total de MCLP 38.830.348 equivalentes a 49.200 UTA. Sin embargo, se consideraron también los costos adicionales en que incurrió el titular por motivo de la implementación de medidas para la reducción de emisiones de MP por un total de MCLP 521.499 equivalentes a 661 UTA. De acuerdo a lo anterior, y a partir de la aplicación del método de estimación utilizado por esta Superintendencia, el beneficio económico estimado asociado a esta infracción asciende a **299 UTA**”.*

²⁹ Cabe hacer presente que la SMA en el considerando 157° de la resolución impugnada estimó estos costos en \$521.499.070

164° La siguiente tabla presenta un resumen de la información relativa al beneficio económico que se estima obtenido por la comisión de la infracción:

Tabla 17. Resumen de la ponderación de beneficio económico

Costo que origina el beneficio ⁶²	Costo retrasado (UTA)	Período / fechas	Beneficio Económico (UTA)
Retraso de los costos de implementación del equipo de abatimiento idóneo para lograr la reducción de emisiones suficiente, a fin de no haber excedido el límite de emisiones de MP y SO ₂ .	49.200	Varias fechas dentro del periodo junio 2016 a junio 2023 ⁹² al periodo marzo 2017 a marzo 2024 ⁹³ .	299

Fuente. Elaboración propia.

Es necesario hacer presente que la supuesta fecha en que se inició el incumplimiento fue fijada en el 4 de octubre de 2022³⁰, teniendo a la base de este cálculo la interpretación extensiva que la SMA efectúa del artículo 2° transitorio del PPDA CQP, lo cual, como ha sido expuesto en esta presentación, consiste en un procedimiento ilegal, dado que supone una interpretación del Plan, operación respecto de la cual la SMA no cuenta con habilitación legal y en una aplicación extensiva de una norma excepcional.

Al tratarse de una circunstancia cuantitativa de determinación de la multa, es requisito indispensable para una adecuada motivación del acto que contiene la sanción que se exprese adecuadamente el procedimiento conforme al cual se ha determinado el beneficio económico. Esto ha sido expuesto por la Excma. Corte Suprema en la sentencia recaída sobre la causa rol 17.136-2016, en donde se diferencia el estándar de claridad que debe tener una circunstancia cuantitativa en contraposición a una cualitativa:

*"Este examen requiere necesariamente una distinción previa, en tanto, como ya se adelantó, el artículo 40 de la ley N° 20.417 contiene un listado de circunstancias a considerar, las cuales pueden clasificarse en cualitativas y cuantitativas. **Así, por ejemplo, el beneficio económico obtenido con motivo de la anomalía o el número de personas cuya salud pudo afectarse con la contravención son circunstancias cuantitativas, esto es, aquellas cuya ponderación daría pie para asentar la regulación del monto en cálculos específicos,** de manera de*

³⁰ Considerando 160°.

impedir que exista una mayor conveniencia en el pago de la multa que el cumplimiento de la normativa ambiental. Por otra parte, la concurrencia de las circunstancias cualitativas requiere de un examen a la luz de los hechos específicos que fundan la sanción, por cuanto no es posible un cálculo exacto y ex ante de su incidencia".

No obstante, y pese a la consideración de los antecedentes de costos asociados a la implementación del WGS y del PRE MP, acciones consideradas como efectivas, oportunas y eficaces por la propia SMA en su resolución sancionatoria³¹, la autoridad no ofrece una exposición acabada respecto a la forma en que determinó el beneficio económico. En otros términos, no se aprecia el cálculo a través del cual la autoridad determinó el beneficio económico, dado que los guarismos empleados para su fijación no permiten un acabado entendimiento, volviendo a la resolución en ininteligible.

Aun cuando la resolución contuviera la motivación suficiente que permitiera reproducir el razonamiento en virtud del cual se llega a la determinación del monto de costos retrasados y beneficio económico, la SMA no considera las reglas particulares que regulan a ENAP en materia de inversiones en su calidad de empresa pública. Éstas están contenidas en el Estándar de Gestión de Inversiones de ENAP, basado en el DFL 1/1986 modificado por la Ley 21.025, que Establece un nuevo Gobierno Corporativo de la Empresa Nacional del Petróleo, según el cual **todos los proyectos de inversión deben contar con aprobación de ciertos Ministerios respecto de su alcance, monto y plazo de ejecución y que los proyectos de inversión no pueden comprometer pagos a terceros mientras no estén aprobados por los Ministerios**, atendiendo a su vez, lo dispuesto en los artículos 11 de la ley N°18.196, 68 de la ley N°18.591, 24 de la ley N°18.482, 3 del decreto ley N°1.056, de 1975, y 29 y 44 del decreto ley N°1.263, de 1975.

Lo anterior es relevante pues el periodo que se debe considerar para determinar los costos retrasados y posteriormente el beneficio económico y la multa no puede contabilizarse desde que el primer PPDA CQP fue elaborado, sino que desde ENAP contaba con todas las aprobaciones requeridas para materializar la inversión, de conformidad con la preceptiva presupuestaria antes citada, para lo cual era necesario que la exigencia de reducción de emisiones estuviera vigente, es decir, con el PPDA CQP definitivo publicado en el Diario Oficial, luego de lo cual -a los dos meses de la entrada en vigencia del Plan- ENAP presentó la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA del proyecto "Wet Gas Scrubber Proceso Cracking Catalítico", el cual fue resuelto en octubre del

³¹ Considerandos 239° y 240°.

2019 por la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental, dando el paso habilitante para el desarrollo de la inversión requerida.

2. No corresponde considerar la supuesta conducta anterior negativa

Respecto a la conducta anterior negativa que pudiera ser reprochada a nuestra representada para su unidad fiscalizable Refinería Aconcagua - Concón, se hace presente que no ha sido sancionada tanto por la SMA como por autoridades sectoriales por algún hecho constitutivo de infracción que se asimile al cargo formulado.

No obstante, la SMA incorpora en esta categoría procedimientos sancionatorios que se encuentran todavía en curso³², además de incorporar artificialmente dentro de la Unidad Fiscalizable “Refinería Aconcagua - Concón” a la Unidad Fiscalizable “Terminal Marítimo de Quintero ENAP”, indicando expresamente que *“para efectos del presente procedimiento y dictamen, se ha considerado a todas las unidades como parte de una sola unidad fiscalizable, siguiendo así el tratamiento unitario que realiza tanto el PPD A CQP y el propio titular en sus presentaciones”*.

Esta consideración de la conducta anterior, además de estar incluyendo a otras unidades fiscalizables (Terminal Marítimo, rol F-030-2018), se fundamenta en un error esencial, dado que considera dentro del cálculo procedimientos que todavía están en curso, ya que las resoluciones en que se contienen las eventuales sanciones no se encuentran firmes: i) en el rol F-030-2018 se ha presentado un recurso de reposición el 27 de noviembre de 2023, el cual no ha sido resuelto; y, ii) la resolución sancionatoria impuesta en contra de ENAP Refinerías S.A. en el procedimiento F-085-2021 se encuentra actualmente en conocimiento del Segundo Tribunal Ambiental, ya que fue impugnada a través de una reclamación judicial, siendo substanciada en causa rol R-427-2023.

Es del caso indicar que, en cuanto a la irreprochable conducta anterior, el Segundo Tribunal Ambiental en causa R-140-2016, interpreta que consiste en no haber sido *“sancionado por infracción ambiental o sectorial alguna al momento del inicio del procedimiento sancionatorio”*³³. Por lo cual, es necesario que la sanción se encuentre firme, esto es, que no pendan procedimientos de impugnación, algo que no ocurre en la especie.

Lo anterior se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 56, inciso segundo de la LOSMA, en el cual se establece que: *“Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”*. Es

³² Considerando 223°.

³³ Segundo Tribunal Ambiental. R-140-2016, considerando 124°.

decir, *contrario sensu*, al no ser exigible, las sanciones a las que se refiere la autoridad no han nacido todavía a la vida del derecho, por lo cual, no corresponde que sean incorporadas dentro del razonamiento para incrementar el quantum de la sanción aplicable en el presente caso.

POR TANTO,

Solicitamos respetuosamente, tener por presentado en tiempo y forma el recurso de reposición, acogiéndolo en todas sus partes y, en su mérito, dejar sin efecto la resolución N°1031 de la Superintendencia del Medio Ambiente. En consecuencia, absolver a ENAP Refinerías S.A. del cargo formulado a través de la Res. Ex. N°1/ ROL F-025-2023. En el caso de que aquello no se acogiera, se solicita que la supuesta infracción sea recalificada como leve, y se disminuya la multa, dando correcta aplicación a las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.