

En lo principal, deducen recurso de reclamación; **en el primer otrosí**, acompañan documentos; **en el segundo otrosí**, acreditan personería y acompañan documento en que consta; **en el tercer otrosí**, patrocinio y poder; y, **en el cuarto otrosí**, forma de notificación.

ILUSTRE TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL

José Domingo Ilharreborde Castro y José Pedro Scagliotti Ravera, abogados, en representación, según se acreditará, de **ENAP Refinerías S.A.**, con domicilio en Avenida Apoquindo 2929, piso 5, Las Condes, Santiago, a S.S. Ilustre respetuosamente decimos:

Encontrándonos dentro de plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LOSMA”) y el artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600, deducimos recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N°454, de fecha 10 de marzo de 2023 (“Resolución Recurrída”), por medio de la cual la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA” o “Superintendencia”) resolvió el procedimiento administrativo Rol D-042-2022, seguido en contra de nuestra representada, disponiendo la aplicación de una multa ascendente a 1.870,8 UTA, por haber incurrido nuestra representada, a juicio de la SMA, en dos hechos infraccionales consistentes en el no reemplazo de la antorcha L-1360 y el no reportar la frecuencia de monitoreo exigida en su Programa de Monitoreo Mensual asociado al D.S. N° 90/2000 en los meses de marzo a diciembre de 2019.

Conforme se analizará en este escrito, y en concordancia con los documentos y pruebas que se acompañarán, es posible concluir que no se configura el hecho infraccional imputado en el Cargo N°1, esto es, el no reemplazo de la antorcha L-1360. En este sentido, la supuesta infracción estaría dada por que ENAP Refinerías S.A. (“ERSA”) no habría realizado el reemplazo de una de las antorchas de la Refinería Biobío por otra de mayor capacidad. A juicio de la SMA, dicha circunstancia constituiría un incumplimiento de una medida establecida en una Resolución de Calificación Ambiental (“RCA”) para eliminar o reducir efectos adversos del proyecto.

Ahora bien, como se expondrá a continuación, el reemplazo de la antorcha por otra de mayor capacidad no tuvo como objeto la minimización de impactos, sino que se trataba de una mejora operativa contemplada para posibilitar el aumento de

flujo de la Refinería Biobío. Sin embargo, en los hechos, dicho flujo no se vio aumentado, sino que, por el contrario, experimentó una reducción sustancial.¹ Además, para proceder al reemplazo de la antorcha L-1360 debían verificarse una serie de presupuestos que en los hechos no se verificaron. La no ocurrencia de dichos hechos hace innecesario el cambio del actual Sistema de Antorchas, el cual tiene la capacidad suficiente para hacerse cargo de las descargas de gases residuales, aún en el peor escenario.

Para efectos de dar por acreditada la supuesta infracción, la SMA estima que el reemplazo no estaba condicionado al aumento de flujo y volumen de producción de la Refinería. En su lugar, concluye que el reemplazo debió haberse hecho de acuerdo al cronograma establecido en la Declaración de Impacto Ambiental (“DIA”) del “Proyecto Mejoramiento Calidad de Diesel” (“Proyecto”). A raíz de lo anterior, determina que el reemplazo de la antorcha L-1360 debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004.

Ahora bien, lo anterior implica dar una interpretación antojadiza de la DIA y la RCA N°65/2004, por cuanto supone desatender las cuestiones de hecho del Proyecto y los distintos motivos y circunstancias tenidas en cuenta para efectos de su ejecución. Desde este punto de vista, el cronograma en cuestión gozaría de fuerza vinculante sobre cualquier otro contenido de la DIA o RCA N°65/2004, sin perjuicio de que en los hechos no se haya verificado ninguno de los presupuestos operacionales que hacían necesario ese reemplazo.

Al mismo tiempo, supone pasar por alto el hecho de que el Cronograma de actividades de Reemplazo de la antorcha L-1360 establecido en la Tabla 2.10.3 de DIA indica expresamente que se trata de fechas estimadas. En consecuencia, es abiertamente contradictorio con el texto de la DIA indicar que el reemplazo de la antorcha debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004. Además, mal podría haber estado implementado, toda vez que la RCA recién fue dictada con fecha 22 de marzo de 2004. Lo anterior es de suma gravedad, pues es justamente esa fecha a partir de la cual la SMA realiza los cálculos para determinar el supuesto beneficio económico que nuestra representada habría obtenido a raíz de esta infracción.

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

Adicionalmente, la Resolución Recurrída sostiene que el Sistema de Antorchas contemplado en la RCA N°65/2004 no solo supondría contar con una mayor capacidad de quemado de gases residuales que el actualmente existente, sino que éstos además serían tratados en mejores condiciones de operación, lo que se traduciría en una mejor dispersión de gases en la atmósfera. Sin embargo, si hoy se realizara el reemplazo de la antorcha L-1360, no existiría ningún cambio en las condiciones de operación y quemado de gases de la Refinería, tal cual como será acreditado, por cuanto los supuestos de hecho que en la descripción de proyecto se consideraron para los efectos de proceder al reemplazo de la señalada antorcha, a la fecha no se han verificado.

En efecto, y según consta del informe técnico que se acompaña a esta presentación, elaborado por Green Ingeniería y Consultoría, la nueva antorcha no incorpora mejoras tecnológicas en la infraestructura del Sistema de Antorchas. Sólo correspondía al reemplazo de una antorcha existente que es de igual tipo que la propuesta en la RCA N°65/2004, solo con diferencia en la altura, tamaño y ubicación, pero no en tecnología. En consecuencia, una nueva antorcha no habría significado mejores condiciones de operación y quemado de gases.

Al mismo tiempo, el Sistema de Antorchas de la Refinería no corresponde a un sistema de tratamiento de gases como lo interpreta la SMA. Por el contrario, corresponde a un sistema de seguridad de la Refinería, que opera en casos excepcionales ante eventos operacionales no deseados. En consecuencia, una nueva antorcha no habría implicado un mejor tratamiento de gases de la Refinería.

Es del caso hacer presente que, para arribar a dicha conclusión, la SMA no se basa ni señala ningún antecedente concreto en la Resolución. Al contrario, alude a que las máximas de la experiencia llevarían a pensar de esa forma. Sin embargo, un razonamiento como ese es inconsistente con el resto de la información proporcionada por nuestra representada que fue analizada por la SMA.

En efecto, como bien fue probado en el marco del procedimiento sancionatorio, y según se desarrolla en esta presentación, el Sistema de Antorchas existente es adecuado para las capacidades de la Refinería. Prueba de lo anterior, y como expresamente lo reconoce la SMA, es que *“para ninguno de los cargos formulados existen antecedentes que permitan confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, al no haberse constatado, dentro del procedimiento sancionatorio, una pérdida, disminución,*

detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno de más de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas que sea susceptibles de ser ponderadas.”²

Asimismo, tal como fue demostrado en el “Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N°1” acompañado a los descargos, y como afirma la Resolución Recurrída en su considerando 121°, no se presentaron alteraciones significativas para los parámetros de SO₂, MP₁₀ ni NO_x durante los días de emergencia ambiental. Adicionalmente, la SMA constató que también se daba cumplimiento a la Norma Primaria de Calidad de Aire para Dióxido de Azufre.

Lo anterior es además reforzado por el informe de Green Ingeniería y Consultoría, acompañado en un otrosí de esta presentación, en base al cual, de acuerdo con los resultados obtenidos a partir de la aplicación de la metodología de cálculo de emisiones de la EPA, el cambio propuesto en la RCA N°65/2004 no implica ningún efecto desde el punto de vista de generación o disminución de emisiones atmosféricas respecto del Sistema de Antorchas actual. Lo anterior, toda vez que las emisiones de contaminantes dependen de la generación de los gases debidos a eventos causados por perturbaciones internas o externas en la operación de las unidades de proceso de la Refinería, independiente de la tecnología, tamaño, forma de operación y/o ubicación de las antorchas.

Sin embargo, pese a dichas constataciones, la SMA concluye que nuestra representada, a consecuencia del supuesto incumplimiento, habría generado peligro de daño ambiental y una situación de riesgo de afectación de la salud de la población (pese a que, por norma expresa, si se cumple una norma primaria de calidad, no se verifica la condición de riesgo a la salud que la misma busca prevenir).

Así las cosas, la SMA parte de la base de un análisis exclusivamente teórico, desconociendo por completo los hechos concretos -curiosamente también citados por la SMA en la Resolución Recurrída- que demuestran la operación de la Refinería dentro de los rangos permisibles. Así, resulta contradictorio que la SMA, por una parte, haga alusión a dichos antecedentes para descartar la existencia de consecuencias negativas para luego, a reglón seguido, desconectarse de dichas declaraciones y hacer un análisis totalmente teórico y de supuestos.

² Considerando 115 de la Resolución Recurrída.

Luego, dicho análisis, además de no estar sustentado en antecedentes concretos, supone adoptar una posición que es especialmente perjudicial para nuestra representada. En efecto, supone desatender de los antecedentes concretos para asumir un escenario hipotético que coloca a ERSA en la peor posición, usando dicho ejercicio teórico para abultar la multa que decidió imponer a nuestra representada. En consecuencia, se trata de un ejercicio totalmente arbitrario por carecer de antecedentes y fundamentos que la respalden, y que convierte a la multa en una sanción abiertamente desproporcionada.

Las circunstancias anteriores denotan la falta de fundamentación en que incurre la Resolución Recurrída y que ameritan su anulación. Dicha carencia, además de manifestarse en la forma como la SMA asume cuál sería la condición operativa de la Refinería de haberse reemplazado la antorcha L-1360, es evidente a la hora de ponderarse las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA.

En efecto, la Resolución Recurrída adolece de una clara explicación para efectos de justificar acabadamente, en términos concretos y precisos, las razones que tuvo para arribar a un beneficio económico como el imputado. Lo anterior es de la mayor relevancia, si se tiene en cuenta que, del monto de la multa aplicada al cargo N°1 -1.867 UTA- el beneficio económico -1.696 UTA- representa un porcentaje sustancial. Lo mismo sucede con el resto de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, donde el análisis de la SMA se limita a indicar que serán consideradas, pero sin especificar en qué magnitud y bajo qué criterios.

Lo anterior, además de atentar contra el deber de fundamentación de los actos administrativos, coloca a esta parte en una situación de indefensión, pues condiciona la revisión judicial del acto en cuestión.

Finalmente, cualquiera sea la posición que se siga, lo cierto es que la sanción administrativa ha perdido oportunidad, ya sea por prescripción o por decaimiento, procediendo que se declare la absolución de nuestra representada. En este orden de ideas, y para efectos de descartar la prescripción, no resulta razonable, como lo hace la SMA, recurrir a la tesis de las infracciones permanentes. En el presente caso, es la misma SMA la que ha concluido que la infracción contenida en el cargo N°1 tuvo una fecha cierta de comisión. En consecuencia, se trata de una infracción instantánea, pero de efectos permanentes, en las cuales el plazo de prescripción se computa desde que se consuma la infracción (01 de agosto de 2004 según lo

indicado por la propia SMA) y no desde que se agotan sus efectos como la SMA pretende sostener.

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. La Refinería Biobío

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

La Refinería se compone por diversas plantas de procesamiento de crudos y cargas complementarias.³ También existen plantas de tratamiento de diversos subproductos y estanques de almacenamiento para los productos líquidos y gaseosos que se procesan.⁴ Finalmente se contemplan oleoductos para transportar materias primas y productos desde el terminal marítimo en San Vicente hacia la Refinería (y viceversa) y desde la Refinería hasta la ciudad de San Fernando, con las respectivas estaciones de bombeo.

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

³ Entre ellas, Topping y Vacío I, Topping y Vacío II, Visbreaking, Cracking Catalítico, Reformación Catalítica Continua, Hidrotratamiento de Diesel 1, Hidrotratamiento de Diesel 2, Desulfurizadora de Gasolina de Cracking (HDG), Hidrocracking, Isomerización, Separadora y Purificadora de Propileno, Planta de Hidrógeno Talcahuano CHT, Coquización Retarda (Coker) e Hidrotratamiento de Diesel (HDT), Cogeneración, Planta de Hidrógeno de Bio Bio (CHBB), propiedad de Linde y operada por ERBB; Planta de Hidrocracking Suave de gas oil (MHC), entre otras.

⁴ Merox de kerosene, gasolina y gas licuado, Plantas de Recuperación de Azufre, Tratamiento de Gases, Tratamiento de Aguas Ácidas, Tratamiento de Aguas Aceitosas, suministros de agua de refrigeración, vapor y energía eléctrica, estanques para almacenamiento de petróleo crudo, productos intermedios y finales.

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

Para dichos efectos (mejoramiento de calidad y aumento de producción de diésel), el Proyecto consideraba las siguientes unidades:

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

2. El Sistema de Antorchas de la Refinería

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

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

Las antorchas existentes en la Refinería corresponden a las siguientes:

- (i) L-1390: Antorcha de Etileno-Petroquim, que se encuentra ubicada más alejada de la comunidad contigua a la Refinería. Actualmente, esta antorcha opera como principal o preferencial, manteniendo su sello hidráulico en un bajo nivel para recibir las descargas de otras plantas de proceso en condiciones normales.
- (ii) L-1320: Antorcha de Hidrocracking, que en las condiciones operacionales actuales se encuentra operando sólo con un mínimo flujo de purga.⁵
- (iii) L-1360: Antorcha de Refinería, que en las condiciones operacionales actuales se encuentra operando sólo con un mínimo flujo de purga.

En el caso de refinerías que cuentan con más de una antorcha, la práctica mundial más utilizada es operarlas en forma interconectada a fin de constituir un sistema de antorchas, pudiendo usar una de ellas en forma preferente por sobre otras, como es el caso de la Refinería, en la cual, desde aproximadamente el año 2005, se utiliza de forma preferente la antorcha L-1390. Antorcha preferente o principal corresponde a la antorcha del sistema que se utiliza con el nivel o sello de agua en el nivel más bajo respecto a las otras antorchas. Lo anterior con el objetivo de ofrecer la menor resistencia hidráulica o contra presión y asegurar que los gases se dirijan primero a esta antorcha. Una vez copada la capacidad de la Antorcha principal, debido la hidráulica del sistema, el remanente de los gases se distribuye en las otras antorchas del sistema en función, principalmente, de la altura del sello de agua.

Esto es de suma relevancia, puesto que el cargo N°1 se refiere a la falta de reemplazo de la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad, no obstante que dicho reemplazo ninguna influencia tiene en el hecho de que la antorcha principal que absorbe gran parte del flujo de gases residuales de la Refinería es la L-1390.

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

⁵ El flujo de purga refiere a la cantidad de gases que requieren ser combustiónados por la respectiva antorcha. El hecho de que dos de las tres antorchas opere con un mínimo flujo de purga da cuenta de que el Sistema de Antorchas de la Refinería no sólo tiene la capacidad suficiente para absorber los gases de la totalidad de los procesos de la Refinería, sino que incluso se encuentra sobredimensionado para el caudal de gases a tratar en condiciones normales y de emergencia, tal como se constata en el Informe Técnico de Fiscalización Ambiental (página 2).

Los gases que recibe el Sistema de Antorchas provienen de las distintas unidades de proceso de la Refinería, ya sea por sistemas de control propios de la operación, puesta en marcha y/o detención de las unidades y/o eventos operacionales no deseados. La combustión de estos gases, con contenido de ácido sulfhídrico e hidrocarburos, constituye una fuente de emisión de gases hacia la atmósfera. Consecuentemente, se han adoptado medidas para monitorear y controlar el desempeño de las antorchas y sus emisiones, entre las que destacan:

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

3. El Sistema de tratamiento de Riles

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

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

El sistema de tratamiento de Riles de la Refinería está compuesto por una Planta de Flotación⁶ cuyo objetivo es recoger las aguas aceitosas y, a través de procesos fisicoquímicos, obtener aguas claras, aireadas y enfriadas; y tres piscinas de retención cuyo objetivo es contener y homogenizar el agua, previo envío del efluente al río Biobío.

Para efectos de verificar el cumplimiento de los parámetros establecidos en la tabla N°2 del D.S. N°90/2000, la Superintendencia de Servicios Sanitarios ("SISS"), mediante Resolución Exenta N°1807 de 23 de junio de 2010 ("Res. N°1807/2010") estableció un nuevo programa de monitoreo de la calidad del efluente generado por la Refinería, cuyos resultados son reportados en el Sistema Ventanilla Única del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes - RETC.

II. ARGUMENTOS DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

1. Resolución Exenta N°1: Formula Cargos que indica a Enap Refinerías S.A., procedimiento sancionatorio Rol D-042-2022

Con fecha **27 de febrero de 2019** la SMA realizó actividades de inspección ambiental de la Refinería para verificar las condiciones de operación producto de un incidente ambiental ocurrido el 15 de febrero de 2019 (detención no programada de la caldera de cogeneración y la detención de la unidad de MHC). En dicha actividad se realizaron visitas a diversas unidades de la Refinería (Oficina Administrativa; Área Bombas de Lubricación Turbogenerador; Depósito de Caliza; Depósito de Petcoke; Estación de medición de ruido, entre otras).

Posteriormente, el día 03 de junio de 2021, ERSA reportó a la SMA el incidente de caída de potencia eléctrica interna de la Refinería que determinó la detención de emergencia de varias de sus unidades. Ante la detención de emergencia, la Refinería cuenta con un sistema de alivio de gases, canalizándolos hacia el Sistema de Antorchas para su combustión de forma segura, lo que genera mayor luminosidad de la llama y humos.⁷

⁶ Esta a su vez se compone de las siguientes unidades: Pozo de alimentación API; Separadores API; Estanques de slop; Pozo Alimentación DAF; Estanques Separadores DAF.

⁷ Como fue informado por ERSA en dicha oportunidad, el incidente se produjo debido al posamiento de un ave en las líneas de alta tensión que alimenta Petroquim desde barra de 66 kV de la subestación Petropower, provocando una falla entre fases a tierra. El tiempo de recuperación de voltaje supera el tiempo necesario para evitar la actuación de protecciones en motores eléctricos.

Lo anterior motivó una segunda visita inspectiva a fin de obtener información acerca del incidente y observar el funcionamiento de las antorchas. De acuerdo al acta de inspección ambiental, los fiscalizadores observaron que la antorcha L-1390 presentaba llama activa y combustión con producción de humos visibles, mientras que la antorcha L-1320 se observó con llama y sin humos visibles. Respecto de la antorcha L-1360, los fiscalizadores no efectuaron observaciones en relación con la producción de llamas o humos visibles.

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

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

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

Por otra parte, la División de Fiscalización remitió al Departamento de Sanción y Cumplimiento para su tramitación, en el marco de la fiscalización de la norma de emisión D.S. N°90/2000, diversos informes de fiscalización cuyas fechas van desde el año 2013 a 2021.⁸

Sobre la base de los informes de fiscalización señalados precedentemente, con fecha 10 de marzo de 2022, mediante la Resolución Exenta N°1/Rol D-042-

Esto provocó la detención de las unidades de la Refinería, actuando el sistema de seguridad canalizando gases al Sistema de Antorchas. De esta forma, la columna de humo y de llamaradas se explica por el correcto y adecuado funcionamiento del Sistema de Antorchas, cuya antorcha principal a la cual llega la mayoría de flujo, que es la Antorcha L-1390, es aquella que presentaba llama y humos visibles según las observaciones de los Fiscalizadores.

⁸ En particular, se trata de los siguientes informes de fiscalización: DFZ-2013-4153-VIII-NE-EI; DFZ-2013-4273-VIII-NE-EI; DFZ-2013-4611-VIII-NE-EI; DFZ-2013-4909-VIII-NE-EI; DFZ-2013-6483-VIII-NE-EI; DFZ-2013-6886-VIII-NE-EI; DFZ-2014-1860-VIII-NE-EI; DFZ-2014-3066-VIII-NE-EI; DFZ-2015-9179-VIII-NE-EI; DFZ-2016-7703-VIII-NE-EI; DFZ-2017-2054-VIII-NE-EI; DFZ-2020-1742-VIII-NE; DFZ-2020-1743-VIII-NE; DFZ-2020-1744-VIII-NE; DFZ-2021-1420-VIII-NE; DFZ-2022-330-VIII-NE.

2022, la SMA decide formular cargos en contra de ERSA, en virtud de las siguientes infracciones:

- (i) *“No efectuar el reemplazo de la antorcha L-1360, de acuerdo con los comprometido en la RCA N°65/2004.”*
- (ii) *“El establecimiento industrial no reportó la frecuencia de monitoreo exigida en su Programa de Monitoreo mensual asociado al D.S. 90/2000 (Resolución Exenta N° 1807/2010 SISS), en los meses de marzo a diciembre de 2019, en marzo de 2020 y en noviembre de 2021.”*

2. Resolución Exenta N°454: Resuelve procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-042-2022, seguido en contra de Enap Refinerías S.A., titular de la Refinería Enap Biobío

El día 10 de marzo de 2023, por medio de la Resolución Exenta N°454, la SMA decide sancionar a ERSA por las infracciones recién señaladas, imponiendo una multa ascendente a 1.870,8 UTA.

En relación al Cargo N°1, la autoridad indicó que se configuraría como una infracción de aquellas tipificadas en el artículo 35 letra a) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en la resolución de calificación ambiental, específicamente, la medida consistente en efectuar el reemplazo de la antorcha L-1360, de acuerdo con lo comprometido en la RCA N°65/2004.

Indica la SMA que el hecho infraccional fue constatado durante la inspección ambiental de fecha 03 de junio de 2021, como consecuencia del incidente ambiental informado tras la caída de la potencia eléctrica interna de la misma fecha. En dicha oportunidad se requirió de información a ERSA sobre diversas materias, una de las cuales hacía referencia al reemplazo de la antorcha L-1360.

La SMA estimó por acreditada la supuesta infracción imputada a través de las inspecciones de fiscalización, que constatan la no ejecución de la medida; y el reconocimiento que ERSA habría realizado al responder un requerimiento de información de la SMA, donde se indicó que la falta de reemplazo obedecía al hecho de no haberse verificado los presupuestos de hecho establecidos en la RCA N°65/2004 que hacían procedente la medida.

En relación al Cargo N°2, la autoridad indicó que se configuraría como una infracción de aquellas tipificadas en el artículo 35 letra g) de la LOSMA, en cuanto incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con la descarga de residuos industriales líquidos, específicamente al D.S. N°90/2000.

Para constatar la infracción, la SMA hizo uso de autocontroles periódicos que fueron efectuados en cumplimiento del D.S. 90/2000 y la Resolución de Programa de Monitoreo, los cuales se tuvieron a la vista en una serie de expedientes de fiscalización, los que son individualizados en la Tabla 1 de la Resolución Recurrída. Del análisis de dichos expedientes se determinó que la Refinería no habría informado en su autocontrol la totalidad de las muestras exigidas para el/los parámetros indicados en el Cargo N°2.

En relación a la clasificación de las infracciones señaladas, indica la SMA que el Cargo N°1 debe ser clasificado como grave en virtud de la letra e) del numeral 2 del artículo 36 de la LOSMA, atendido que el no realizar el reemplazo de la antorcha L-1360 constituiría una omisión que incumpliría gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la RCA N°65/2004.

Por su parte, el Cargo N°2 fue clasificado como leve en virtud del numeral 3° del artículo 36 de la LOSMA, que establece que son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave.

III. NO SE CONFIGURA EL HECHO INFRACCIONAL CONTENIDO EN EL CARGO N°1: LA RESOLUCIÓN RECURRIDA INTERPRETA ERRADAMENTE LA RCA N°65/2004 Y ASUME SUPUESTOS QUE NO SE ENCUENTRAN TÉCNICAMENTE ACREDITADOS

1. No se han verificado los presupuestos de hecho para proceder al reemplazo de la antorcha L-1360

De acuerdo a lo indicado en la Resolución Recurrída, el reemplazo de la antorcha L-1360 -junto con la construcción de la torre de enfriamiento- sería una medida orientada a disminuir los impactos generados por la Planta de Hidrodesulfurización y el aumento de la capacidad de la Planta de Hidrocracking.

En consecuencia, agrega que el reemplazo no estaba condicionado al aumento de flujo y volumen de producción de la Refinería, sino que debió haberse hecho de acuerdo al cronograma establecido en la DIA del Proyecto.

Conforme se argumentará a continuación, de acuerdo a la capacidad actual del Sistema de Antorchas, el mismo resulta plenamente adecuado para los volúmenes de producción actual de la Refinería. Como consecuencia de lo anterior, no se han verificado los presupuestos de hecho, derivados de la RCA N°65/2004, para efectos de que fuera necesario realizar el reemplazo de la antorcha L-1360, lo que determina que no exista infracción alguna en el actuar de mi representada.

Al mismo tiempo, y a diferencia de lo indicado por la SMA, la RCA N°65/2004 no establece un cronograma definido para el reemplazo de la antorcha L-1360. En consecuencia, no es cierto que la misma *“debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004.”*⁹

De acuerdo a lo establecido en la RCA N°65/2004 *“El Proyecto contempla la implementación y/o mejora de cuatro unidades al interior de la refinería cuyo objetivo final es mejorar la calidad del petróleo producido por las unidades de Destilación Atmosférica, así como también aumentar la producción del mismo en una de sus unidades.”*¹⁰ Asimismo, se establece claramente que *“El proyecto no implica un aumento en la capacidad global de refinación de crudo.”*

El Proyecto considera las siguientes unidades:

- Planta de Hidrotratamiento de Diesel (HDS N°2): Esta unidad ha sido diseñada para retirar los compuestos azufrados contenidos en el diésel producido en la unidad de destilación atmosférica, puro o en mezcla con aceite decantado liviano (es decir Light Cycle Oil (COL)) de la unidad de Cracking Catalítico. Debe destacarse que esta planta era idéntica a la existente a esa fecha en cuanto a capacidad y operación.
- Aumento capacidad de Hidrocracking: La unidad de Hidrocracking, que no aporta gases adicionales al Sistema de Antorchas, debido a que la modificación principal no direcciona gases al Sistema de Antorchas. Esta unidad tiene por finalidad convertir gas oil de las unidades de vacío I y II en

⁹ Considerando 43 de la Resolución Recurrída.

¹⁰ RCA N°65/2004, considerando 3.1.

diésel de bajo contenido de azufre y nitrógeno. Adicionalmente, permite mejorar la calidad del gas oil no convertido antes de alimentarlo a la unidad de cracking catalítico (FCCU). Este aumento de capacidad se basa fundamentalmente en cambio de catalizadores y condiciones de operación, por lo que no se contemplaron cambios significativos en lo que se refiere a recipientes, salvo en lo que se relaciona con el transporte de fluidos (compresores y bombas), los cuales se cambian por otros de mayor capacidad. Como se señaló, la unidad de Hidrocracking no aporta nuevos flujos de gases al Sistema de Antorchas, por lo que, lógicamente, el aumento en su capacidad no implica la necesidad de una mayor capacidad de dicho Sistema.

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

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

Como se señala en la DIA *“se pretende optimizar el sistema de disposición de gases residuales denominado sistema de antorchas, ya que ante nuevas*

ampliaciones una de las principales consideraciones que se debe tener en cuenta es la capacidad de la refinería para disponer los gases que se generan en un escenario de emergencia eléctrica general. Por esta razón, se proyecta cambiar la antorcha de refinería (L-1360) por una de mayor capacidad”

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

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

Luego, en la misma DIA del Proyecto (tabla 2.3.3.2), se individualizan los aportes al Sistema de Antorchas en un escenario de emergencia eléctrica. Según se indica en la DIA, la capacidad del Sistema de Antorchas es suficiente para hacerse cargo de los gases producidos por la Refinería en el peor escenario posible.

En efecto, en la evaluación ambiental, de acuerdo a la metodología validada en esa fecha, se determinó que el flujo total de la Refinería en cuanto a aportes al Sistema de Antorchas ante una falla eléctrica total era el siguiente detalle (tabla 2.3.3.2 de la DIA):

Plantas	Flujo 2004 (kg/h)	Flujo futuro (kg/h)
COKER-HDT	62.410	62.410
Depentanizadora	35.000	35.000
Destilación Atmosférica Y Vacío I	66.982	66.982
Destilación Atmosférica y Vacío II	75.990	75.990
Etileno	145.000	145.000
Hidrocracking	99.300	99.300
Hidrocracking de Conversión Media	124.390	124.390
Hidrodesulfurización	148.800	297.600
Isomerización	107.700	107.700
Petroquim	135.000	135.000
PSA	5.220	5.220
Saturación de Benceno	51.940	51.940

Unidad recuperadora de livianos (URL)	184.550	184.550
Viscoreducción	63.738	63.738
Falla eléctrica total	1.306.020	1.454.820

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la SMA decidió desestimar la argumentación anterior, basado principalmente en el hecho de que la DIA del Proyecto contiene un cronograma que indicaría la fecha en que debió haberse realizado el reemplazo de la antorcha. En este sentido, la Resolución Recurrída señala que *“el reemplazo de la antorcha L-1360 tiene un rol fundamental en la calificación favorable del proyecto, por lo que esta Superintendencia desestima la alegación de la titular referente a que la oportunidad de realizar su reemplazo se encuentre sujeta a los supuestos de hecho que alude en sus descargos. Lo anterior, debido a que, de acuerdo al cronograma establecido para el proyecto, dicha medida debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004.”*¹¹

El razonamiento de la SMA es errado desde distintos puntos de vista, según se indica a continuación:

- En primer lugar, el único motivo para desestimar la alegación de nuestra representada es el hecho de que la DIA del Proyecto contenía un cronograma. Lo anterior, desde luego, implica una interpretación antojadiza de la DIA y la RCA N°65/2004, que desatiende el tenor literal conforme el cual se acompañó el cronograma, y supone desatender de las cuestiones de hecho del Proyecto y los distintos motivos y circunstancias tenidas en cuenta para efectos de su ejecución.

¹¹ Considerandos 42 y 43 de la Resolución Recurrída.

En este sentido, la sola existencia del cronograma obligaría a que ERSA haya debido ejecutar el reemplazo, sin perjuicio de que en los hechos no se haya verificado ninguno de los presupuestos operacionales que hacían necesario ese reemplazo y que expresamente se señaló que las fechas de ese cronograma eran estimadas. Desde este punto de vista, el cronograma en cuestión gozaría de fuerza vinculante sobre cualquier otro contenido de la DIA o RCA N°65/2004, desconociendo además la realidad y experiencia en la ejecución de los proyectos, al asumir que el proyecto estaría ejecutado a poco más de 4 meses de haberse obtenido la RCA, sin contar los trámites administrativos y de autorizaciones ministeriales que ERSA debe cumplir para la ejecución de sus proyectos.

Lo anterior obviamente atenta contra la interpretación armónica que debe dársele al contenido de los distintos documentos que forman parte de la evaluación ambiental de un proyecto. Así, el cronograma en cuestión está elaborado asumiendo que se cumplen los presupuestos de hecho asociados a la ejecución del Proyecto, proponiendo fechas estimadas para el desarrollo de las obras. Ahora bien, si dichos presupuestos no se verifican, entonces las fechas estimadas del cronograma ya no son efectivas. Entenderlo de otro modo, como ya se señaló, implicaría dotar al cronograma de fuerza vinculante absoluta, desatendiendo de las demás partes del proyecto que dan razón de ser a ese cronograma y al proceso de evaluación y aprobación ambiental.

- En el mismo sentido, el hecho de que exista una fecha estimada para el reemplazo de la antorcha L-1360, no contradice el hecho de que el cambio esté sujeto a un aumento de flujo de la Refinería. Así, el cronograma establecido en la DIA estaba sujeto a que se generaran esos aumentos de flujo que, en definitiva, no se han producido, por lo que no fue, ni es necesaria hoy en día, la implementación de la antorcha L-01 y, en consecuencia, tampoco era necesaria la observancia del cronograma.
- Adicionalmente, la SMA pasa por alto el hecho de que el cronograma establecido en la Tabla 2.10.3 de la DIA indica expresamente que se trata de fechas estimadas. En consecuencia, es abiertamente contradictorio con el texto de la DIA indicar que el reemplazo de la antorcha *debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004*. Lo anterior es de suma gravedad, pues es justamente esa fecha a partir de la cual la SMA realiza los

cálculos para determinar el supuesto beneficio económico que nuestra representada habría obtenido a raíz de esta supuesta infracción.

De esta forma, estimar como fecha límite una estimación realizada en la DIA del Proyecto, además de desatender los demás pasajes de la evaluación ambiental del Proyecto, implica adoptar una interpretación radicalmente perjudicial para ERSA que deriva en la imposición de una multa totalmente desproporcionada.

- Finalmente, tampoco es cierto que el reemplazo de la antorcha L-1360 revestía una condición de medida y, como tal, fue preponderante en la calificación favorable del Proyecto. Como ya se señaló, el reemplazo de la antorcha L-1360 se presentó como tal, es decir, como una unidad por implementar en el marco del Proyecto, y no como un compromiso ambiental voluntario de mitigación de emisiones (mal podría serlo, si corresponde a una fuente de emisión de contaminantes normados). Además, es posible señalar que las demás unidades del Proyecto antes mencionadas no dependen en su operación de la existencia o no de la nueva antorcha. En consecuencia, el reemplazo de la antorcha L-1360 por una nueva resulta totalmente indiferente para la implementación de esas unidades, determinando que no se trate de un aspecto que haya influido o jugado un rol fundamental en la calificación favorable del Proyecto.

La tesis de la SMA resulta aún más injustificada si se tiene en cuenta que, en los hechos, además de no haberse generado los aumentos de flujo en cuestión, el Sistema de Antorchas existente provee de condiciones de operación y quemado de gases residuales equivalentes a los previstos en la RCA N°65/2004. En consecuencia, la infracción en cuestión sería de carácter meramente nominal, derivando en que la multa que se ha impuesto, además de ser improcedente, sea del todo desproporcionada.

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

En el mismo sentido, si los flujos esperados de la Refinería en el peor escenario no superan la capacidad total del Sistema de Antorchas, aun considerando el aumento proyectado del proceso de Hidrodesulfurización, no se justifica el reemplazo de una de ellas por otra de mayor capacidad. En este contexto, y como se señalará en los siguientes capítulos, se debe tener presente que el flujo generado por la Refinería no ha aumentado, sino que, al contrario, ha disminuido. Al mismo tiempo, la operación del Sistema de Antorchas ha sido optimizado, no siendo la antorcha L-1360 la que absorbe el flujo principal de la Refinería, pues esto es realizado por la antorcha L-1390 que es la principal del Sistema de Antorchas (actual y el de la RCA N°65/2004).

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

De esta forma, a la fecha no se ha verificado el evento que hacía necesario el reemplazo de la antorcha L-1360, lo que determina que no exista infracción alguna a la RCA N°65/2004. Esta circunstancia no se ve alterada por el hecho de que la DIA haya propuesto un cronograma con fechas estimadas, en tanto dicho cronograma opera sobre la base de que se cumplan los presupuestos de hecho que gatillan la ejecución de las obras contenidas en el mismo, así como también considera la fecha de obtención de la RCA y de las gestiones administrativas y obtención de autorizaciones ministeriales requeridas para la ejecución de los proyectos de ERSA.

2. El Sistema de Antorchas actual provee similares condiciones de operación y quemado de gases residuales

Tal como se señala precedentemente, la afirmación realizada en la DIA del Proyecto respecto a que el reemplazo de la antorcha L-1360 implicaría mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales en condiciones de

emergencia que las actualmente existentes, está supeditada a la generación de eventuales aumentos de flujo en la Refinería y no a las condiciones de operación actuales

Es decir, únicamente para el caso en que los flujos aumentaran, y por lo tanto existiera un aumento en la capacidad de generación que provocara a su vez un aumento de los gases residuales, el reemplazo de la antorcha sería necesario para generar mejores condiciones de operación durante una emergencia. Sin embargo, como estos aumentos nunca ocurrieron, no es cierto que el actual Sistema de Antorchas provea peores condiciones de operación y quemado de gases, en particular durante los períodos de operación en régimen. Debe reiterarse en este sentido, que el Sistema de Antorchas sólo opera excepcionalmente en condiciones de emergencia y que el cambio sólo era necesario en la medida que existieran nuevos proyectos.

Muy por el contrario, y tal como se dará cuenta conforme los antecedentes que serán aportados al procedimiento judicial, el actual Sistema de Antorchas provee similares condiciones de operación y quemado de gases residuales, atendido que: (i) el reemplazo de la antorcha L-1360 no considera la incorporación de mejores tecnológicas en el Sistema de Antorchas; (ii) el Sistema de Antorchas no corresponde a un sistema de tratamiento de gases sino que corresponde a un sistema de seguridad de la Refinería, por lo que una nueva antorcha no implica un mejor tratamiento de gases; y (iii) el cambio propuesto en la RCA N°65/2004 no implica ningún efecto desde el punto de vista de la generación o disminución de emisiones atmosféricas, debido a que las emisiones de contaminantes dependen de la generación de gases provocadas por perturbaciones internas o externas en la operación de las unidades de proceso de la Refinería, independiente de la tecnología y el tamaño de las antorchas.

Sumado a esto, y tal como se dará cuenta en el siguiente capítulo, atendido los propios procesos de adaptación de la Refinería, los flujos de ésta han disminuido, hechos que por sí mismo generan mejores condiciones, al disminuir la cantidad de gases residuales emitidos a la atmósfera, debido a la detención de las unidades de Etileno y Bensat.

En primer lugar, la SMA señala en el considerando 76° de la Resolución Recurrida que el reemplazo de la antorcha L-1360 constituye una “mejora tecnológica” en la infraestructura del Sistema de Antorchas. Sin embargo, la

implementación de la nueva antorcha no corresponde realmente a lo que se debe entender como una mejora tecnológica.

De acuerdo al “Informe Técnico de Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorcha”, acompañado en el primer otrosí de esta presentación, la obra del proyecto denominada “Nueva Antorcha”, *“solo corresponde a un reemplazo de una antorcha existente por una de mayor capacidad, de mayor altura y ubicada en una posición distinta, pero de igual tipo de tecnología (destrucción por oxidación termal) que la antorcha L-1360, por lo que no puede entenderse como una mejora tecnológica.”*¹²

Según el informe, las mejoras tecnológicas aplicadas en un sistema de antorchas corresponden a medidas que tienen por finalidad asegurar que una antorcha asistida por vapor este operando de forma adecuada (mejoras en la combustión) en cumplimiento con las emisiones exigidas.

A mayor abundamiento, el Código del Reglamento Federal Título 40 (40 CFR) de los Estados Unidos, respaldado por la EPA, entidad normalmente citada por la normativa chilena, indica que se deben controlar y/o monitorear los siguientes parámetros por medio de la implementación de mejoras tecnológicas:

- a. Velocidad máxima en la punta de la antorcha.
- b. Poder Calorífico Neto del gas de venteo.
- c. Emisiones visibles.
- d. Llama antorcha.
- e. Caudales de todas las corrientes gaseosas (gas de venteo de la antorcha).
- f. Concentración de los componentes individuales (gas de venteo de la antorcha).

En atención a que la nueva antorcha solamente modificaba los parámetros de altura y capacidad respecto del modelo actual, no puede considerarse bajo ningún respecto como una mejora tecnológica. Asimismo, considerando que el cambio propuesto en la RCA consiste únicamente en el remplazo de una antorcha por otra de igual tipo, esta no habría significado mejores condiciones de operación y quemado de gases.

¹² Green Ingeniería y Consultoría Ltda. (2023). Informe Técnico de Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorcha.

En relación al segundo punto, es fundamental aclarar y recalcar que el Sistema de Antorchas no corresponde a un sistema de tratamiento de gases, sino que es un sistema de seguridad para la destrucción controlada de los gases que se liberan en eventos causados por perturbaciones internas o externas en la operación de las unidades de la Refinería, evitando que los gases emanen directamente a la atmósfera. En ese sentido, tampoco es correcta la afirmación realizada por la SMA en el considerando 77° de la Resolución Recurrída, en el que indica que uno de los objetivos del reemplazo de la antorcha L-1360 sería la *“mejora tecnológica en el tratamiento de gases residuales antes de ser arrojados a la atmósfera.”*

La Refinería tiene sus propias plantas de tratamientos de gases, que son distintas al Sistema de Antorchas. Por esto, no es posible asegurar, como lo hace la Superintendencia en la Resolución Recurrída, que el reemplazo de la antorcha L-1360 implica una mejora en el tratamiento de gases residuales.

En cuanto a la capacidad de quemado de gases, el aumento en la capacidad no implica bajo ninguna circunstancia un mejor escenario en relación al actual Sistema de Antorchas como se indica en la Resolución Recurrída. Lo anterior se debe a que las emisiones de MP, NO_x y SO₂ dependen del alivio de gas hacia la antorcha debido a eventos causados por perturbaciones internas o externas en la operación de las unidades de proceso de la ERBB, independiente de la operación, tamaño y/o ubicación de las antorchas. De esta forma, el escenario de operación normal para el Sistema de Antorchas actual y el Sistema de Antorchas propuesto en la RCA N°65/2004 es el mismo.

Como se muestra a continuación, de acuerdo a las modelaciones llevadas a cabo por Green Ingeniería y Consultoría Ltda., el resultado de las emisiones de MP, NO_x y SO₂ es despreciable para todas las antorchas analizadas, independiente de si se encuentran en operación normal o en emergencia. Las fórmulas utilizadas para la estimación de las emisiones se encuentran en el Anexo C “RUTAS DE CÁLCULO DE ESTIMACIÓN DE EMISIONES” del “Informe Técnico de Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorcha”.

A continuación, los resultados de las modelaciones realizadas, cuya detalle se encuentra en el informe en cuestión:

Estimación de emisión de MP

Fuente	Emisión de MP en operación normal (t/d)	Emisión de MP en operación en emergencia (15 minutos) (t/periodo)
L-1390	0,00	0,00
L-1320	0,00	0,00
L-1360	0,00	0,00
L-01	0,00	0,00
Sistema antorchas actual L-1390, L-1320 y L-1360	0,00	0,00
Sistema antorchas propuesto en la RCA N°065/2004 L-1390, L-1320 y L-01	0,00	0,00

Estimación de emisión de NO_x

Fuente	Emisión de NO _x en operación normal (t/d)	Emisión de NO _x en operación en emergencia (15 minutos) (t/periodo)
L-1390	0,14	0,22
L-1320	0,001	0,11
L-1360	0,02	0,09
L-01	0,02	0,09

Estimación de emisión de SO₂

Fuente	Emisión de SO ₂ en operación normal (t/d)	Emisión de SO ₂ en operación en emergencia (15 minutos) (t/periodo)
L-1390	2,09	3,41
L-1320	0,02	1,67
L-1360	0,21	1,46
L-01	0,21	1,46

Como es posible apreciar, no se evidencian diferencias entre la actual antorcha L-1360 y la nueva antorcha L-01 para ninguno de los contaminantes evaluados. Esto pues, como ya se indicó, las emisiones dependen únicamente de la generación de los gases debido a eventos causados por perturbaciones internas o externas en la operación de las unidades de proceso de la Refinería y no del modelo de antorcha utilizado.

Asimismo, al analizar el Sistema de Antorchas en su conjunto, considerando el escenario actual con la antorcha L-1360 en comparación con el escenario de instalación de la antorcha L-01, tampoco pueden apreciarse diferencias en cuanto al nivel de emisiones de los contaminantes analizados como se muestra a continuación:

Comparación de emisión de NO_x

Condición	Sistema antorchas actual L-1390, L-1320 y L-1360	Sistema antorchas propuesto en la RCA N°065/2004 L-1390, L-1320 y L-01
Emisión de NO _x en operación normal (t/d)	0,15	0,15
Emisión de NO _x en operación en emergencia (t/d)	0,42	0,42

Comparación de emisión de SO₂

Condición	Sistema antorchas actual L-1390, L-1320 y L-1360	Sistema antorchas propuesto en la RCA N°065/2004 L-1390, L-1320 y L-01
Emisión de SO ₂ en operación normal (t/d)	2,32	2,32
Emisión de SO ₂ en operación en emergencia (15 minutos) (t/periodo)	6,55	6,55

A partir de los cuadros anteriores, es posible desprender que la estimación de emisiones en condición de emergencia para la instalación actual, los resultados obtenidos indican que, para un periodo de 15 minutos en emergencia, las emisiones resultantes son 0,00 para MP; 0,42 t/periodo para NO_x; y 6,55 t/periodo para SO₂. Dichos resultados son considerablemente inferiores a las estimaciones presentadas en la RCA N°65/2004. Lo anterior reafirma el hecho de que los supuestos aumentos de flujo de gases hacia el Sistema de Antorchas propuesto en la RCA N°65/2004 se encuentran sobredimensionados y no se han evidenciado en la actualidad.

Además, dado que la configuración de operación del Sistema de Antorchas considera a la antorcha L-1390 como la principal y las antorchas L-1320 y L-1360/L-01 como secundarias, en los escenarios evaluados (operación normal y en emergencia), los niveles de actividad o consumo de combustible de cada antorcha se mantienen sin variación. Además, esto evidencia que ERSA sobrevaloró su impacto al momento de evaluar ambientalmente el Proyecto, pudiendo lograr mejores condiciones que las comprometidas en la RCA N°65/2004 con las mejoras tecnológicas ya implementadas, manteniendo el Sistema de Antorchas conforme a su configuración actual.

Las circunstancias antes expuestas permiten desvirtuar el argumento expuesto por la SMA en el considerando 123° de la Resolución Recurrída donde

señala que: *“Se debe considerar que las máximas de la experiencia indican que un sistema con mayor capacidad para el tratamiento de gases residuales disminuye las probabilidades de venteos de SO₂, directos a la atmósfera, es decir, sin tratar. Dicho de otra manera, una antorcha con capacidad para tratar un mayor flujo (1.901.000 kg/h v/s. 1400.000 kg/h), respondería de mejor manera en el tratamiento de gases en situaciones de incidentes ambientales. Adicionalmente, debe tenerse presente que la antorcha L-01 que sacaría de operación a la antorcha L-1360 contaría con un ducto más alto y con mayor diámetro. A mayor abundamiento, incluso sin considerar la mayor capacidad de tratamiento y las condiciones técnicas del ducto de salida de los gases, la mejor tecnología con la que contaría la nueva antorcha permitiría de todos modos concluir que la concentración de emisiones de SO₂, NO_x y MP sería menor que la actual.”*

Como ya se señaló, las afirmaciones de la SMA, además de carecer de sustento técnico, son contrarias a lo que los mismos hechos demuestran y lo que expertos en la materia han informado en el marco del presente procedimiento. Cabe destacar que la antorcha es una fuente de emisión de SO₂, por lo que no es posible que sea una medida para disminuir las probabilidades de venteo de NO_x y SO₂ como se indica en el considerando citado.

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

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

Si bien la Resolución Recurrída alude al considerando 3.2 de la RCA N°65/2004 para justificar que la implementación de la antorcha no estaba asociada a un aumento de emisiones -“(…) El reemplazo de la antorcha L-1360 implica mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente, mejorando las condiciones para una mejor dispersión de gases en la atmósfera”-, ese remplazo no ha sido necesario pues las condiciones

de operación y quemado de gases en condiciones de emergencia son incluso mejores que las existentes al momento de la evaluación ambiental. De esta forma, el reemplazo de la antorcha no implica por sí mismo una mayor eficiencia en el Sistema de Antorchas, toda vez que ésta está relacionada con los flujos y condiciones de operación reales de la Refinería en situaciones de emergencia.

En efecto, el reemplazo aprobado ambientalmente no ha sido necesario atendido que los propios procesos de adaptación de la Refinería han implicado menores flujos, hecho que por sí mismo genera mejores condiciones, al disminuir la cantidad de gases residuales emitidos a la atmósfera. Esto ha provocado una mejor condición ambiental que la aprobada en la RCA N°65/2004, pues ésta buscaba aumentar los flujos, para lo cual requería el reemplazo de la antorcha L-1360.

Prueba de lo recién mencionado es el hecho de que las plantas de Etileno y Bensat dejaron de operar hacia el año 2014. Lo anterior ha determinado una disminución del flujo total de la Refinería equivalente a 145.000 kg/h para Etileno y 51.940 kg/h para Saturación de Benceno (según los flujos indicados en la DIA antes señalada).

Adicionalmente, cabe destacar que, a partir del año 2004, ERSA ha llevado a cabo una constante evaluación y seguimiento de los cambios en el Sistema de Antorchas, tanto en requerimientos como en capacidades. En este contexto, el informe elaborado el año 2007 por P&A y KBC titulado "Determinación de máxima carga real esperada de alivio a la antorcha L-1390 de Etileno-Petroquim" se basó en una actualización y modernización de la metodología de evaluación de requerimientos de descarga.

En efecto, a partir de este estudio elaborado en base al Sistema de Antorchas actual, se utiliza la metodología de Máximo Caudal Real Esperado ("MCRE"), metodología desarrollada e implementada por la consultora internacional KBC.¹³ La modelación de MCRE desarrollada por KBC reduce notablemente las estimaciones de requerimientos de descargas de la Refinería, estimándola en 605.414 kg/h. A su vez, actualizó las capacidades del Sistema de Antorchas, de acuerdo al siguiente detalle:

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

¹³ Metodología publicada en "Oil & Gas Journal, 15 de Diciembre 1997, Anexo B.

En el año 2018, KBC elaboró un nuevo análisis como base para dimensionar una eventual nueva Antorcha¹⁴ y establecer los requerimientos de descargas. De acuerdo a este análisis, la base de diseño de una eventual nueva antorcha (en reemplazo de la L-1320 y L-1360) fueron los mismos valores que el informe del año 2008: 605.000 kg/h para refinería + 235.000 kg/h para Etileno-Petroquim, dando una necesidad total de diseño de 840.000 kg/h. Esta necesidad de antorcha se corrige por la salida de Etileno y de Bensat (unidades fuera de servicio), por lo que los requerimientos de antorchas bajan a 679.000 kg/h.

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

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

Conforme el Informe Técnico realizado por Green Ingeniería y Consultoría Ltda. ya mencionado, *“los flujos presentados en la RCA N°065/2004 no corresponden a casos realistas, ya que se encuentran sobreestimados en un 297%*

¹⁴ Esto, a fin de implementar eventuales nuevos proyectos (v.gr., nueva isomerizadora, unidad de desasfaltado, o ampliación de capacidades de unidades ya existentes).

y 272% respecto al estimado por KBC para el Caso de Falla Eléctrica y para el Caso de Terremoto respectivamente.”¹⁵

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

Lo anterior deriva en que, si hoy se realizara el reemplazo de la antorcha L-1360, no existiría ningún cambio en las condiciones de operación y quemado de gases de la Refinería. Esta circunstancia implica que, a la larga, se esté sancionando a nuestra representada por un hecho meramente nominal que no tiene efectos en la operación del Proyecto ni los impactos que el mismo causa. Dicha circunstancia, desde luego, no puede ser desconocida ni desatendida, e implica que la multa que se le ha impuesto, además de ser improcedente, sea totalmente desproporcionada.

IV. NO SE CONFIGURA EL HECHO INFRAACCIONAL CONTENIDO EN EL CARGO N°2

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

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

Período	Parámetro
Marzo 2019 a diciembre 2019	Caudal, pH y temperatura
Marzo 2020 y noviembre 2021	Aceites y grasas, aluminio, DBO5, hidrocarburos fijos, Índice fenol,

¹⁵Green Ingeniería y Consultoría Ltda. (2023). Informe Técnico de Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorcha.

	nitrógeno total Kjeldahl, sólidos suspendidos totales, sulfato.
--	---

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

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

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

La argumentación anterior fue desestimada por la SMA, limitándose a aludir a una tabla en la que se presentan las cantidades de muestras reportadas y la frecuencia mínima exigida en la Res. N°1807/2010. Luego, agrega que no constan en el expediente antecedentes que acrediten que en el año 2019 el Sistema de Ventanilla Única haya tenido algún problema, y que conforme la información disponible en el sistema sería posible concluir que, si bien el titular habría dado cumplimiento al muestreo con la frecuencia mínima, al reportar digitó 4 de las 48 muestras mínimas para parámetros de pH y Temperatura, y 8 de 30 de Caudal en el Sistema de Riles.

En definitiva, con esta escueta argumentación, la SMA decide descartar la alegación planteada por ERSA, justificando una infracción que no es tal.

Creemos relevante considerar el hecho de que los titulares de proyectos deben cargar sus reportes en los distintos sistemas que ofrece la SMA, sin tener control sobre el funcionamiento de éstos ni las fallas que los mismos puedan ocasionalmente experimentar. Sin embargo, en este caso, se está traspasando a ERSA los efectos de un problema técnico de una página web de la autoridad, desconociéndose al mismo tiempo la efectividad de dicha falla.

Es fundamental tener en cuenta que, al momento de cargar la información, se acompañaron todos los certificados de análisis de laboratorio del periodo marzo-diciembre 2019 en los cuales se aprecia claramente que la frecuencia de los monitoreos fue efectuada conforme a lo exigido en el Plan de Monitoreo. Este hecho es reconocido por la Superintendencia en el considerando 63° de la Resolución Recurrída, es decir, la SMA reconoce expresamente que la información solicitada obra en su poder, que fue entregada oportunamente por ERSA y que el error habría sido más bien de carácter formal. En concreto, lo que sucedió fue solamente un problema formal de carga de información, la cual, pese a no haber sido cargada como lo exige el Sistema de Ventanilla Única, fue entregada a la Superintendencia de manera completa, cumpliendo ERSA con su obligación y con la finalidad del autocontrol que rige en materia de residuos industriales líquidos.

¿Por qué ERSA habría cargado incorrectamente la información en el Sistema de Ventanilla Única si es que contaba con dichos datos? ¿Cuál sería la lógica de exponerse a una posible sanción por no cargar los antecedentes contando con ellos? Lo cierto S.S. Ilustre es que esto no tiene otra explicación más que la falla técnica del sistema que le impidió al titular cumplir correctamente con la carga de los resultados del Plan de Monitoreo.

La Superintendencia incluso menciona que, para los periodos posteriores, ERSA sí cumplió la obligación de reportar con la frecuencia debida. Lo anterior solo refuerza el hecho de que nunca ha existido la intención de incumplir con los reportes de monitoreo y que este hecho particular se debió a los problemas del Sistema de Ventanilla Única ya descritos no imputables a nuestra representada.

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

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

Respetto al reporte del monitoreo de los parámetros aceites y grasas, aluminio, DBO5, hidrocarburos fijos, Índice fenol, nitrógeno total Kjeldahl, sólidos suspendidos totales, sulfato, sulfuro y zinc para el mes de noviembre 2021, estos no pudieron ser realizados de la forma indicada en la Res. N°1807/2010 debido al incumplimiento contractual por parte del Laboratorio Hidrolab. Para acreditar lo anterior, se acompañó a los descargos la carta enviada por Hidrolab notificando el incumplimiento.

La SMA desestima estas alegaciones señalando que este incumplimiento por parte del Laboratorio Hidrolab no constituye un impedimento, una hipótesis de caso fortuito ni de fuerza mayor, atendido que las gestiones pudieron haberse realizado con un laboratorio distinto.

Sin embargo, la Superintendencia no considera que los muestreos y análisis en comento, para tener validez, deben necesariamente provenir de una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental (“ETFA”) con alcances autorizados para el tipo de variable o componente que se monitorea. Dicha circunstancia implica una dificultad al momento de intentar contratar otra empresa para la realización de los monitoreos frente al incumplimiento de Laboratorio Hidrolab, y en particular si se consideran los plazos involucrados para el cumplimiento de la obligación.

En efecto, como la SMA sabe a ciencia cierta, existe hoy en el mercado de muestreos y análisis una escasez de ETFAs. Dicha escasez deriva en 2 efectos: son pocos los laboratorios con alcances autorizados para un mismo componente o actividad; y, como consecuencia, los pocos laboratorios que existen están generalmente con una alta carga de trabajo. Lo anterior deriva en que, para cualquier nuevo muestreo o análisis que se deba realizar, en particular frente a una emergencia, necesariamente habrá que someterse a las esperas y plazos de un mercado que es acotado y que está con sobre demanda, lo que impacta directamente en los tiempos de respuesta y en la oportuna prestación de los servicios requeridos.

Dado que, como se señaló, los muestreos y análisis solo pueden provenir de una ETFA, si esa entidad incurre en atrasos, no existe de parte del mandante acciones o medidas que puedan ser tomadas para evitar ese atraso. En otras

palabras, al tratarse de materias cuyo muestreo y/o reporte es exclusivo para determinadas entidades, el atraso en que las mismas incurran, aun cuando no sea imputable al mandante, acarrearía su responsabilidad. Lo anterior, desde luego, iría en contra de las normas básicas sobre responsabilidad en materia de procedimientos administrativos, toda vez que implica responsabilizar a ERSA por hechos de terceros.

En este orden de ideas, sancionar por un hecho así implicaría responsabilizar a nuestra representada por acciones de terceros que están fuera de su alcance. En este caso concreto, nuestra representada tenía contratado un laboratorio, el cual incurrió en un incumplimiento, circunstancia que fue hecha presente por nuestra representada. Dicha circunstancia colocó a ERSA en una imposibilidad de poder cumplir a tiempo con su obligación de monitoreo. Sin embargo, se trata de un incumplimiento causado por un tercero, por el cual nuestra representada no puede ser responsabilizada.

V. EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, CARGO N°1 DEBE SER RECALIFICADO, EN TANTO EL REEMPLAZO DE LA ANTORCHA L-1360 NO ES UNA MEDIDA PARA ELIMINAR O MINIMIZAR LOS EFECTOS ADVERSOS DEL PROYECTO

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

Dicha circunstancia es aún más patente si se tiene en cuenta que el único motivo que ha tenido la SMA para sancionar a ERSA es el incumplimiento de un cronograma referencial o con fechas estimadas, sin perjuicio de que en la práctica (i) no se hayan verificado los supuestos de hecho que hacían procedente el reemplazo de la antorcha L-1360; (ii) exista un Sistema de Antorchas que provee de idénticas condiciones de operación. De esta manera, no puede estimarse que se trata de una medida para minimizar los efectos adversos del Proyecto.

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

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

De acuerdo a lo expuesto previamente, el reemplazo de la antorcha L-1360 responde a una exigencia operativa para condiciones de emergencia ante un eventual aumento de flujo total de la Refinería, el cual, en los hechos y, muy por el contrario, disminuyó. Pese a lo anterior, la SMA decidió igualmente sancionar, basándose exclusivamente en el hecho de que la DIA del Proyecto contenía un cronograma que supuestamente mandataba el reemplazo de la antorcha con independencia de cualquier otra circunstancia de hecho. De esta forma, y de acuerdo a lo que se expondrá, no nos encontramos en la hipótesis del literal e) del artículo 36 N°2 de la LOSMA, por lo que el cargo debe ser recalificado como leve.

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

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

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

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

La Resolución Recurrída alude a la sección 2 de la DIA “Descripción del proyecto” y a la sección 1.5 “Introducción y justificación del proyecto”, para

argumentar el objetivo de la medida de remplazo de la antorcha, la cual supuestamente consistiría en eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto. En este sentido, indica que, por estar el reemplazo de la antorcha L-1360 orientado a disminuir los impactos de la Refinería, por su naturaleza revestiría la condición de medida.¹⁶

La anterior interpretación es errada, pues no distingue correctamente las partes integrantes del Proyecto, de una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del mismo, contradiciendo las mismas secciones citadas.

En primer lugar, la sección “Descripción del proyecto” señala expresamente que el remplazo de la antorcha L-1360 corresponde a una unidad del Proyecto. Que esta unidad haya tenido por fin permitir mejores condiciones en tanto se generaran aumentos de flujo, no implica que pueda ser considerada una medida del proyecto aprobado en el sentido del artículo 36 N°2 de la LOSMA.

Desde este punto de vista, se debe tener presente que existen numerosos proyectos evaluados en el SEIA que consisten en obras que buscan el mejoramiento de las condiciones para proyectos ya evaluados. Ahora bien, resulta ilógico sostener que estos proyectos, por ese sólo motivo, sean considerados en sí mismos como medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos al mismo tiempo.

Por otro lado, la sección 1.5 también citada es explícita al señalar que la optimización del Sistema de Antorchas se considera en atención a la capacidad de la Refinería para disponer de gases y no del nuevo Proyecto sometido a la evaluación. Desde este punto de vista, y como ya se señaló, las demás unidades que forman parte del Proyecto no dependen en su operación de la existencia o no de la nueva antorcha. En consecuencia, el reemplazo de la antorcha L-1360 por una nueva resulta totalmente indiferente para la implementación de esas unidades, determinando que no se trate de una medida necesaria para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto.

Al ser una de las unidades que, desde un inicio de la evaluación forma parte integrante del Proyecto, por definición, el reemplazo de la antorcha L-1360 no puede ser una medida para reducir efectos adversos. En otros términos, el reemplazo de

¹⁶ Considerando 75 de la Resolución Recurrída.

la antorcha no puede ser Proyecto y medida a la vez: o es parte integrante del Proyecto o es una medida para hacerse cargo de los efectos del mismo.

Adicionalmente, es procedente indicar que la nueva antorcha se habría integrado al Sistema de Antorchas que corresponde al sistema de seguridad de toda la Refinería, lo que lógicamente está relacionado con los gases generados por la instalación como un todo y no de forma segmentada o compartimentada asociándolo a una planta o unidad en particular.

Este hecho también se ve corroborado en el punto 1.4.2.3 de la DIA que señala que *“el objetivo de reemplazar la antorcha L-1360 por una de mayor diámetro y altura es asegurar que los gases residuales sean dispuestos adecuadamente”*, quedando claramente establecido que el remplazo de la antorcha corresponde a una parte del proyecto y no a una medida para mitigar sus efectos adversos.

Por otra parte, las medidas para hacerse cargo de los efectos adversos de un Proyecto pueden consistir en medidas de mitigación, reparación y/o compensación -para el caso de los impactos significativos- o compromisos ambientales voluntarios, exigencias o condiciones -para el caso de los no impactos significativos-.¹⁷



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

¹⁷ El hecho de que las medidas contempladas para eliminar o reducir impactos no significativos se consignan en una RCA bajo la forma de compromisos ambientales voluntarios, exigencias o condiciones se desprende de los artículos 18, 19, 44, 56 y 68 del Decreto Supremo N°40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente que Aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

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

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

En definitiva, según la respectiva RCA, el reemplazo de la antorcha L-1360 no es una medida para eliminar o reducir efectos adversos del Proyecto, sino que es una parte integrante del mismo. Dicha circunstancia, conforme se argumentará a continuación, no se altera por el hecho de que el considerando 3.2 de la RCA N°65/2004 indique que el reemplazo de la antorcha L-1360 implica mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente. Esas mejores condiciones de operación y quemado en condiciones de emergencia están proyectadas para un evento de aumentos de flujos en la Refinería, los que no se han verificado.

Y, en cualquier caso, la SMA no puede extrapolarse e interpretar sólo algunas partes de una RCA en perjuicio de ERSA, sin considerar el tenor literal e íntegro de la DIA que fue objeto de evaluación. Como ya se señaló, como también reconoce la SMA y como se acreditará por esta parte, la falta de reemplazo de la antorcha L-1360 no ha tenido ningún impacto en la operación de la Refinería ni menos en la salud de la población circundante. En consecuencia, mal puede concluirse que la falta de reemplazo incumple gravemente una medida para eliminar o minimizar efectos adversos, en particular si se trata de una condición que no se ha verificado, si esos efectos adversos no se han generado justamente por las condiciones operativas concretas de la Refinería y las mejoras incluidas al Sistema de Antorchas.

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

Al momento de calificar la infracción N°1 como grave, la Formulación de Cargos hace referencia a los considerandos 3.1 y 3.2 de la RCA del Proyecto. Ahora

bien, si se lee con detenimiento dichos considerandos, no se desprende que la RCA establezca el reemplazo de la antorcha L-1360 como una medida para hacerse cargo de los efectos adversos del Proyecto sometido a evaluación y calificación ambiental.

En efecto, el considerando 3.1 refiere a la “Descripción General del Proyecto”, capítulo en el cual, como se indicó, se describen de forma genérica las cuatro unidades implementadas por el Proyecto. Por su parte, en el considerando 3.2, la única referencia al reemplazo de la antorcha L-1360 es el siguiente:

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

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

Es decir, su reemplazo implicaría *“mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente”*, pero en la medida que se materializaran los aumentos de flujo de la Refinería, cuestión que nunca sucedió. Es más, ocurrió justamente lo contrario, pues existen procesos de la Refinería que han sido dados de baja, lo que ha determinado que, en los hechos, el requerimiento al Sistema de Antorchas sea mucho menor.

Asimismo, se reitera que el reemplazo de la antorcha no se consignó en la RCA ni como un compromiso ambiental voluntario, ni como una exigencia o condición. Por el contrario, tal como queda de manifiesto en el considerando 3.1, el reemplazo de la antorcha L-1360 forma parte del Proyecto. Lo anterior se corrobora por el hecho de que las demás unidades del Proyecto no dependen en su operación de la existencia o no de la nueva antorcha. En consecuencia, el reemplazo de la antorcha L-1360 por una nueva resulta totalmente indiferente para la implementación de esas unidades, determinando que no se trate de una medida para hacerse cargo de los efectos adversos del Proyecto.

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

3. No ha existido incumplimiento grave de la supuesta medida

A mayor abundamiento, aún de estimarse que el reemplazo de la antorcha es una medida para eliminar o reducir los efectos adversos del Proyecto, no ha existido un incumplimiento grave de ella. Lo anterior, como ya se señaló, en tanto la falta de reemplazo de la antorcha L-1360 no ha tenido ningún impacto en la operación de la Refinería ni menos en la salud de la población circundante, lo que es expresamente reconocido por la SMA.

Conforme al criterio sostenido por la SMA para efectos de determinar la concurrencia de la causal contenida en el artículo 36 N°2 letra e) de la LOSMA¹⁸, debe analizarse si se verifican los siguientes requisitos respecto de la supuesta infracción en cuestión, ninguno de los cuales concurre para el caso de ERSA:

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

Por el contrario, la autoridad ambiental se concentró en los efectos que podría generar la nueva antorcha¹⁹, ante lo cual el titular propuso un Compromiso

¹⁸ Dicho criterio se encuentra contenido, entre otros, en los procedimientos sancionatorios F-054-2014, F-025-2013, y D-015-2013.

¹⁹ En efecto, la Subdirección del Ambiente del Servicio de Salud de Talcahuano señaló en oficio ordinario N°11.A.5/15 de 01 de marzo de 2004: *“Nuestra Subdirección, habiendo revisado y analizado las respuestas a las observaciones en adenda N° 1 de la DIA proyecto ‘Mejoramiento Calidad de Diesel’ de ENAP Refinerías S.A., y luego de visita en terreno en conjunto con el proponente, informa lo siguiente; Normativa de Carácter Ambiental aplicable 1. - D.S. 144/61 No se acredita su cumplimiento La respuesta aportada no permite asegurar que no habrá desde la nueva antorcha a construir efectos negativos adversos que generen riesgos y/o molestias en la salud de la población, por la emisión de contaminantes diversos debido a la quema de gases livianos, en razón principalmente a eventos tecnológicos como caída del sistema interconectado central y caída de la termoeléctrica Petropower Energía (actual proveedor) que requieran de las paradas de unidades de la planta ENAP Refinerías BioBio, que necesariamente obliguen a alinearse hacia las antorchas.*

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

Por lo demás, y más allá de que el reemplazo de la antorcha L-1360 está asociada a aumentos futuros de flujo que no se han materializado a la fecha, en los hechos, incluso en eventos de emergencia, no ha existido superación de las normas primarias de calidad. En efecto, conforme al informe preparado por GAC Consultores, acompañado a los descargos, *“las concentraciones registradas por las estaciones de monitoreo de calidad del aire, en los días en que ocurrieron emergencias, se encuentran muy por debajo de los límites de concentraciones horarias indicadas para las normas primarias para calidad del aire de SO₂ y de NO₂, por lo tanto, las emisiones generadas en estos eventos no produjeron un aumento relevante de los niveles de SO₂ y NO₂ medidos.”*²⁰

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

En consecuencia, no resulta comprensible que la SMA señale que *“no existen antecedentes que permitan concluir que el actual sistema de antorchas, con las mejoras efectuadas a la fecha de conformidad a lo informado por la empresa, pueda compensar la tecnología prevista a propósito de la implementación de la antorcha L-01 y la consiguiente salida de operación de la antorcha L-1360.”*²¹

La misma SMA es clara en reconocer que *“para ninguno de los cargos formulados existen antecedentes que permitan confirmar que se haya generado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción, al no haberse constatado, dentro del procedimiento sancionatorio, una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo al medio ambiente o uno de más de sus componentes, ni otras consecuencias de tipo negativas que*

Proponente debe presentar antecedentes sobre los sistemas de respaldo utilizados en la actualidad, o a usar que permitan minimizar la emisión de humos desde antorchas ante eventos no controlados durante la detención de unidades de la refinería”.

²⁰ GAC (2022). Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N°1., p. 22, acompañado en los descargos.

²¹ Considerando 80 de la Resolución Recurrída.

*sea susceptibles de ser ponderadas.*²² Lo anterior es consistente con el informe de GAC Consultores antes citado y con la conclusión del Informe Técnico realizado por Green Ingeniería y Consultoría Ltda., en cual da cuenta que no existe una diferencia en cuanto al nivel de emisión de los contaminantes por la antorcha L-1360 o la antorcha L-01.

Sin embargo, la SMA trata de desdecirse de lo anterior, haciendo una construcción totalmente teórica de la situación de riesgo para el medio ambiente y la salud de la población que se habría generado por la supuesta infracción. Así, pese a reconocer expresamente que, durante los años 2017, 2018 y 2019 no se han superado los límites de emisión²³ y que, durante la emergencia no se presentan alteraciones significativas de los parámetros de calidad del aire para SO₂, MP₁₀ y NO_x, indica que el reemplazo de la antorcha habría procurado mejores condiciones de operación. Para arribar a tal conclusión, sólo se realizan construcciones teóricas apoyadas en lo que la SMA denomina “máximas de la experiencia”. Sin embargo, no se cita ningún antecedente concreto, ni tampoco estudios técnicos o científicos que respalden lo razonado por la SMA.

Desde este punto de vista, existe una clara falta de motivación en la Resolución Recurrída, no existiendo razones justificadas para determinar la supuesta centralidad de la medida. Basar dicha centralidad en supuestos y además desatendiendo antecedentes concretos que desvirtúan esos supuestos vulnera la debida fundamentación con la que debe contar una decisión de la SMA a través de la cual se impone una cuantiosa multa.

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

²² Considerando 115 de la Resolución Recurrída.

²³ Considerando 120 de la Resolución Recurrída.

Para efectos de acreditar este requisito, la SMA nuevamente alude al cronograma de la DIA, que indicaría que el reemplazo debió implementarse a más tardar el 01 de agosto de 2004. Como ya se señaló, dicho razonamiento desatiende las cuestiones de hecho que hacían procedente el reemplazo de la antorcha y desconoce la realidad de la ejecución de los proyectos. Además, toma como cierta una fecha que fue señalada de manera meramente estimativa, con el evidente perjuicio que ello causa a nuestra representada.

- (iii) El grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación: Como se señaló, si bien el reemplazo de la antorcha no se ha efectuado por no ser aún exigible, en los hechos ERSA ha realizado una serie de obras tendientes a reducir el flujo hacia las antorchas, a fin de monitorear y controlar el desempeño de las mismas. La efectividad de esas medidas se ve corroborada con las conclusiones obtenidas por GAC Consultores en su informe y por lo indicado por Green Consultores en su informe técnico, comprobándose el cumplimiento de las normas primarias de calidad y, de esa forma, la ausencia de riesgos al medio ambiente y a la salud de la población, tal como la misma SMA reconoce expresamente.

En consecuencia, no puede estimarse que la infracción imputada en el cargo N°1 constituye un incumplimiento grave de una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto. De estimarse efectivo que dicho reemplazo debió llevarse a cabo, no pueden desconocerse las circunstancias de hecho propias de la operación de la Refinería y los trabajos que se han realizado en el Sistema de Antorchas. Dichas cuestiones derivan que, en la práctica, y como bien reconoce la SMA, no se hayan generado efectos adversos en el medio ambiente y la salud de las personas. En consecuencia, se trataría a la larga de una infracción de carácter meramente nominal, sin ninguna consecuencia en la operación de la Refinería, que malamente podría ser calificada como grave.

VI. EN SUBSIDIO DE LO ANTERIOR, LA RESOLUCIÓN RECURRIDA VULNERA EL DEBIDO PROCESO, EN TANTO NO SE ENCUENTRA DEBIDAMENTE MOTIVADA

Para el improbable evento que S.S. Ilustre estime que se configuran las infracciones imputadas en la Formulación de Cargos pese a los argumentos recién señalados, la Resolución Recurrída debe ser dejada sin efecto atendido que esta

no se encuentra correctamente fundada, debiendo la SMA dictar una nueva resolución en la cual justifique adecuadamente su decisión.

En concreto, conforme se analizará a continuación, la SMA no realiza una correcta aplicación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA ni cumple con las directrices establecidas en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, de diciembre de 2017 ("Bases metodológicas"), para la determinación de la multa aplicable al cargo N°1.

1. La motivación de los actos administrativos

La motivación de los actos administrativos es uno de los elementos esenciales que permite el control judicial de los actos de la Administración. La Ley N°19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado ("LBPA"), en su artículo 11 inciso 2° señala:

“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

Asimismo, el artículo 41 inciso 4° de la LBPA exige que *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada.”*

Respecto a este elemento, la doctrina administrativa ha señalado que:

“Los motivos en el acto administrativo pueden ser de dos tipos: - Jurídicos (de derecho). Corresponde al conjunto de disposiciones legales y reglamentarias, así como los principios generales del Derecho Administrativo que aplica la Administración Pública al tomar la decisión y que la apoyan. Desde que la resolución es una decisión de aplicación del ordenamiento jurídico abstracto, la resolución debe contener todas aquellas normas generales y abstractas que aplica. - Fácticos (de hecho). El conjunto de elementos de hecho que se ha tenido en cuenta en la resolución. Entre éstos se debe considerar las circunstancias que el acto administrativo pretende resolver, llenar o desarrollar. (...)

Frente a la inexistencia o error en los motivos del acto administrativo, en particular de los motivos de hecho, la resolución adolecerá de un vicio de abuso o exceso de poder y podrá ser tachada de arbitraria.”²⁴

La exigencia de motivación del acto administrativo es un argumento utilizado en reiteradas oportunidades por la Excma. Corte Suprema, la que ha anulado decisiones de la Administración del Estado por carecer estas de una debida fundamentación. Señala el Tribunal Supremo:

“Que la motivación de los actos administrativos no busca cubrir una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial que permite el control judicial de los actos de la Administración activa, al punto que éstos podrían anularse en el evento de carecer de motivación o si ésta es insuficiente. En un Estado Constitucional de Derecho, el deber de fundamentación de los actos de la Administración no sólo funciona como garantía de certeza jurídica para los interesados, sino que extiende sus efectos de cara a la ciudadanía, en plena armonía con los principios de publicidad y transparencia consagrados en el artículo 8 de la Constitución Política de la República, precepto que -no resulta ocioso recordarlo- está inserto en el capítulo I “De las Bases de la Institucionalidad.”²⁵

En relación a la Resolución Recurrída, como su S.S. Ilustre podrá evidenciar, no se cumple con el estándar mínimo de debida fundamentación exigida a los actos administrativos, atendido que en ningún momento se detalla el análisis realizado por la autoridad administrativa para imponer la multa en el presente procedimiento sancionatorio.

En concreto, no existe una explicación de cómo la SMA calculó el supuesto beneficio económico obtenido por ERSA, el cual es cuantificado de manera completamente arbitraria en 1.696 UTA, sin justificación alguna que permita ejercer un control sobre la decisión de la Administración. La resolución sancionatoria tampoco da cuenta de la forma en que operan concretamente los factores de disminución e incremento de las multas del artículo 40 de la LOSMA, lo que le impide al sancionado conocer las razones que llevan a que su conducta sea sancionada con la sanción impuesta y no por otra de las contempladas en la ley.

²⁴ Bermúdez Soto, Jorge. Derecho Administrativo General. Editorial Abeledo Perrot, 2011. p. 119.

²⁵ Corte Suprema, 22 de julio de 2020, Rol N°79.190-2020.

2. La falta de motivación en la Resolución Recurrída

2.1 No existe una debida motivación que explique el supuesto beneficio económico determinado por la SMA

Para la determinación del beneficio económico obtenido con motivo de la supuesta infracción cometida, la Resolución Recurrída en sus considerandos 100° y 101° realiza el análisis relativo al costo que habría significado para ERSA el reemplazo de la antorcha L-1360 por la antorcha L-01.

Luego de contrastar el escenario de cumplimiento e incumplimiento, la SMA cuantifica el costo total que debió ser incurrido en un escenario de cumplimiento en 2.041 UTA, equivalentes a US\$3.205.280, que corresponden a \$1.529.330.185 al tipo de cambio promedio del mes de diciembre de 2012. Dicho monto es consistente con el señalado en la RCA N°65/2004, en la cual se declaró que ese era el valor de implementar el cambio de antorchas mencionado.

Añade a continuación que, de acuerdo con la información entregada por el titular, se implementaron una serie de mejoras operacionales, las cuales son cuantificadas en US\$2.378.331, indicando que estos son *“costos que deben ser ponderados en el escenario de incumplimiento.”*

Es decir, la SMA debía considerar, para el cálculo del beneficio económico aquel gasto incurrido por ERSA, atendido las mejoras operacionales implementadas. Sin embargo, conforme la resolución sancionatoria, estos no parecen haber sido siquiera considerados atendida la magnitud de la multa impuesta, la cual es del todo desproporcionada al considerar los costos de estas medidas. No se especifica en ninguna parte cómo es que estos son ponderados, lo que da cuenta de uno de los tantos déficits de motivación de la resolución.

Tan solo una página después, específicamente en el considerando 102°, la resolución sancionatoria sin justificación ni antecedente alguno, al hacer referencia nuevamente a los costos retrasados asociados a la supuesta infracción, señala que estos se cuantifican en 2.057 UTA. Sin motivo alguno que justifique esta modificación, se aumentan los costos retrasados en más de \$10.000.000.

A continuación de esto, en el considerando 103º, y sin análisis previo (ni cualitativo ni cuantitativo), la SMA concluye que el beneficio económico estimado para esta infracción sería de 1.696 UTA. Como su S.S. Ilustre podrá evidenciar, no nos encontramos simplemente ante una fundamentación insuficiente, sino que la determinación del beneficio económico de la supuesta infracción imputada carece completamente de fundamentación.

Conforme a las Bases Metodológicas, para la estimación del beneficio económico, la SMA debe basarse en una serie de consideraciones relacionadas a los efectos tributarios de los costos e ingresos involucrados, así como los efectos de la inflación y el tipo de cambio, según corresponda.²⁶

De estos factores, el único al cual hace referencia la resolución sancionatoria es al tipo de cambio, sin mencionar ninguno de los otros factores, sin señalar si estos fueron considerados o no, y en caso de haber sido, como es que se utilizaron para efectos de poder revisar la decisión administrativa. Demás está decir que, del monto de la multa aplicada al cargo N°1 -1.867 UTA- el beneficio económico -1.696 UTA- representa un porcentaje sustancial. En consecuencia, era esencial que la SMA justificara acabadamente, en términos concretos y precisos, las razones que tuvo para arribar a un beneficio económico de tal magnitud.

Así las cosas, la resolución sancionatoria, además de inconsistente, adolece de falta de motivación. Así lo ha indicado anteriormente el Segundo Tribunal Ambiental, quien señala:

*“Vigésimo noveno. En definitiva, por todo lo considerado anteriormente, el Tribunal constata la falta de motivación en la resolución reclamada (...) **al omitir todo lo relativo a la ponderación de los efectos (i) tributarios, (ii) de inflación y tipo de cambio, y (iii) del costo de oportunidad del dinero para el infractor. De este modo, la resolución reclamada no motivó debidamente la determinación del beneficio económico**, vulnerando lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 41 de la Ley N° 19.880 -que exige que la resolución final del procedimiento administrativo sea fundada- **lo cual la torna en ilegal**. (...)”²⁷*

²⁶ Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales, diciembre 2017, pp. 53.

²⁷ Segundo Tribunal Ambiental, 6 de noviembre de 2019, Rol N°172-2018. El destacado es nuestro.

Lo anterior da cuenta innegablemente de la falta de motivación y desprolijidad que afecta a la Resolución Recurrída, la cual, además de no contener una debida fundamentación que le permita a esta parte revisar y controlar los montos asignados a los costos y el beneficio económico, varía el valor calculado inicialmente para los costos retrasados, no coincidiendo los montos señalados en los considerandos 100° y 102°.

En el mismo fallo antes citado, el Segundo Tribunal Ambiental indicó:

“Vigésimo séptimo: En específico, el hecho que en la resolución reclamada el valor calculado para el beneficio económico en el considerando 118°, Tabla N° 7, de 86,4 UTA, no coincida con el mencionado luego en el considerando 122°, de 86,1 UTA, da cuenta de, a lo menos, una inconsistencia en la aplicación de la metodología o transcripción de los valores obtenidos. Por lo tanto, dada la importancia de la componente cuantitativa en la determinación de la multa en este caso, la determinación del beneficio económico requiere la entrega del mayor detalle posible respecto del método utilizado, así como de los cálculos obtenidos y que originan el resultado, lo cual puede entregarse mediante una memoria de cálculo o una declaración pormenorizada de los criterios y factores cuantitativos utilizados, por ejemplo, de modo de habilitar la necesaria revisión de lo realizado. Particularmente, la fundamentación cuantitativa requerida exige disponer lo considerado en cuanto al valor de la inversión en activo fijo, los gastos no depreciables, la depreciación, el flujo de caja, la tasa de descuento y su plazo, de modo tal. que de haberse aplicado las fórmulas matemáticas expresadas en la citada Guía de la SMA, dando cuenta de los antecedentes que fundamenten los valores de cada concepto, sería posible replicar los cálculos y llegar al mismo resultado, situación que no ocurre en la especie.”²⁸

Esta falta de determinación de los criterios utilizados por la SMA no sólo constituye una falta de motivación del acto recurrido, sino también una infracción al derecho a la defensa del administrado. Lo anterior, en tanto se introduce un factor

²⁸ Segundo Tribunal Ambiental, 6 de noviembre de 2019, Rol N°172-2018. El destacado es nuestro.

de incertidumbre que impide el correcto análisis de la multa aplicada, vulnerándose a su vez el debido proceso.

En definitiva, conforme lo recién mencionado, la falta de la debida motivación evidenciada convierte a la Resolución Recurrída en una decisión arbitraria, y, por tanto, ilegal por ser contraria a los artículos 11 y 41 de la LBPA, vicio subsanable únicamente mediante la anulación de la resolución en cuestión.

2.2 No se encuentran debidamente fundamentadas las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA

A mayor abundamiento, y en línea con lo señalado anteriormente, la Resolución Recurrída incurre en una falta de la debida motivación respecto de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado; y el número de personas cuya salud pudo afectarse. Si bien la SMA descarta la ocurrencia de *daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción*, luego agrega que la misma habría ocasionado un peligro. Sin embargo, no entrega antecedente alguno para arribar a dicha conclusión, ni una fundamentación suficiente para realizar dicha declaración.

Indica la Resolución Recurrída que el Sistema de Antorchas contemplado en la RCA N°65/2004 no solo supondría contar con una mayor capacidad de quemado de gases residuales que el actualmente existente, sino que éstos además serían tratados en mejores condiciones de operación, lo que se traduciría en una mejor dispersión de gases en la atmósfera.

Agrega en el considerando 123° que: *“Se debe considerar que las máximas de la experiencia indican que un sistema con mayor capacidad para el tratamiento de gases residuales disminuye las probabilidades de venteos de SO₂ directos a la atmósfera, es decir, sin tratar. Dicho de otra manera, una antorcha con capacidad para tratar un mayor flujo (1.901 kg/h v/s. 1400.000 kg/h), respondería de mejor manera en el tratamiento de gases en situaciones de incidentes ambientales.”*

Pero ¿en qué antecedentes se basa la SMA para realizar estas afirmaciones? ¿Cuáles son esas máximas de la experiencia que fundamentarían estas conclusiones? ¿Cómo es que las máximas de la experiencia permiten concluir lo recién indicado de manera genérica, y sin análisis sobre el funcionamiento en concreto de la Refinería actualmente? ¿Es realmente aplicable esta supuesta

máxima de la experiencia en el caso en cuestión? ¿Es suficiente esta argumentación para dar por acreditada la circunstancia de la letra a) del artículo 40 de la LOSMA?

Tal como fue señalado, la infracción imputada a ERSA no ha ocasionado daño ni tampoco peligro como se afirma en la Resolución Recurrída. El Sistema de Antorchas, como se ha explicado, provee de idénticas condiciones de operación que aquél proyectado con el eventual reemplazo de la antorcha L-1360. Lo anterior ha permitido que la operación de la Refinería se haya ajustado a los límites que la regulan, tal cual como evidenció la SMA y se ratificó en los hechos.

Como se señaló también en el presente escrito, el Sistema de Antorchas (incluyendo la antorcha L-1360) está diseñado para absorber con holgura la totalidad de los gases generados en la Refinería, aún en el peor escenario. De esta forma, ningún peligro de daño se configura con el hecho de no haber aumentado la capacidad de una de las antorchas, en particular si ello quedó demostrado en más de una oportunidad.

Tal como fue demostrado en el "Estudio técnico para la determinación de efectos Cargo N°1"²⁹ acompañado a los descargos, y como afirma la Resolución Recurrída en su considerando 121°, no se presentaron alteraciones significativas para los parámetros de calidad del aire para SO₂, MP₁₀ ni NO_x durante los días de emergencia ambiental. En consecuencia, existen antecedentes concretos, reales y efectivos, que dan cuenta que no existió en ningún momento un peligro de daño ambiental, pues como ya se ha demostrado, el actual Sistema de Antorchas está perfectamente capacitado para absorber los gases generados por la Refinería en el peor escenario.

El reemplazo de la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad respondía a un aumento de flujo del proceso de Hidrodesulfurización (148.800 a 297.600 kg/h) que determinaba que el aporte de las plantas en escenario de emergencia eléctrica, de acuerdo a la metodología empleada, superara levemente la capacidad del Sistema de Antorchas existente en dicho escenario. Atendido que este aumento de flujo nunca ocurrió, sino que, es más, el flujo ha disminuido conforme se señaló precedentemente, el Sistema de Antorchas nunca ha superado su capacidad, sumado al hecho de que el mismo ha sido objeto de varias mejoras. En

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

consecuencia, no es posible que se haya creado una situación de peligro de daño ambiental alguno al encontrarse perfectamente capacitado el actual sistema para hacerse cargo de todos los gases de la Refinería, hasta en su peor escenario.

Sumado a esto, tal como se señaló precedentemente, el actual Sistema de Antorchas genera condiciones de operación similares o mejores que aquellas que se habrían provocado con el reemplazo de la L-1360. En consecuencia, no es posible considerar un peligro de daño ambiental por la infracción imputada en el cargo N°1, cuando de haberse realizado el reemplazo contemplado en la RCA N°65/2004, las condiciones de operación habrían sido las mismas o peores.

Como ha quedado demostrado a partir del Informe Técnico realizado por Green Ingeniería y Consultoría Ltda. el remplazo de la antorcha L-1360 por la L-01 no habría significado menores emisiones. Esto dado que el Sistema de Antorchas no corresponde a un sistema de tratamiento de gases, sino que a un sistema de seguridad concebido para destruir por oxidación termal y controladamente los gases que se liberan en eventos causados por perturbaciones internas o externas en la operación de las unidades de proceso de la ERSA, evitando así que dichos gases se emanen directamente a la atmósfera sin ser oxidados.

Asimismo, como se demostró en las modelaciones presentadas en el informe antes mencionado, las emisiones del Sistema de Antorchas serían exactamente las mismas, tanto para escenarios de funcionamiento normal de la Refinería como para condiciones de emergencia, incluso si se hubiera reemplazado la antorcha L-1360. Al no existir diferencia alguna entre las emisiones del Sistema de Antorchas bajo el supuesto de implementación de la nueva antorcha y el actual, tampoco puede existir un peligro de daño ambiental.

El análisis anterior sirve también para descartar la concurrencia de la causal contemplada en el artículo 40 letra b) de la LOSMA. En efecto, para estimar su aplicación, la SMA parte del mismo supuesto teórico que el aplicado para concluir la existencia de un peligro de daño. Así, considerando la fecha desde la cual la SMA estima que el reemplazo debió haber sido ejecutado, concluye que *“han transcurrido 18 años en que los habitantes pudieron estar expuestos a mayores concentraciones de SO₂ (...).”*³⁰

³⁰ Considerando 132 de la Resolución Recurrída.

Más grave aún, al realizar su análisis, la SMA aplicó un modelo de dispersión, a través del cual pudo comprobar que, en este caso concreto, se daba cumplimiento a la Norma Primaria de Calidad de Aire para Dióxido de Azufre. Sin embargo, a continuación, y pese a haberse constatado el cumplimiento, concluye que nuestra representada generó una situación de riesgo al no haber realizado el reemplazo de la antorcha L-1360.

Sobre este punto, no debe olvidarse que una norma primaria de calidad ambiental es aquella que establece *“los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos, permisibles de elementos, compuestos (...), cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o salud de la población, definiendo los niveles que originan situaciones de emergencia.”*³¹ Así entendido, en la medida que se esté dentro de los límites permisibles establecidos por la norma correspondiente, entonces no se ha verificado la condición de riesgo que la misma norma define, lo que no puede sino ser conocido y considerado por la SMA al momento de hacer sus afirmaciones.

Sin embargo, la SMA decide apartarse arbitrariamente del contenido expreso de una norma. Así, pese a que dicha norma descarta que exista una situación de riesgo, al estar dentro de los límites permisibles fijados en la misma, la SMA estima, sin antecedente concreto alguno, que en el presente caso sí habría existido una situación de riesgo. Un razonamiento como el anterior implicaría considerar que, cualquier industria que emita SO₂, aun cuando lo haga cumpliendo con las normas primarias de calidad y los límites de emisión aplicables, habrá creado una situación de riesgo que puede ser castigable por la SMA.

El análisis llevado a cabo por la SMA para determinar el número de personas cuya salud pudiera haberse visto afectada también adolece de una falta de justificación en tanto no señala todas las variables que fueron consideradas para la modelación de dispersión de los contaminantes. En el considerando 133 de la Resolución Recurrída, solo se indica el uso del software Screen3 y el ingreso de los datos referidos a la ubicación, altura y diámetro de la fuente L-1360. Esto nos ha impedido poder replicar la modelación realizada.

³¹ Artículo 2 del Decreto Supremo N°38/2013, del Ministerio del Medio Ambiente.

De acuerdo al “Informe Técnico de Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorcha” para efectos de poder replicar dicha modelación, sería necesario contar con los siguientes datos de entradas ingresados al modelo:

- Tipo de fuente: puntual, antorcha, área o volumen.
- Tasa de emisión de SO₂, g/s
- Tasa de liberación total de calor, cal/s
- Altura de la antorcha, m
- Diámetro interior de la antorcha, m
- Velocidad de salida del gas, m/s
- Temperatura de salida del gas, K
- Temperatura ambiente, K
- Altura del receptor sobre el nivel de piso, m
- Opción urbana/rural
- Opción de terreno (terreno simple, complejo, simple+complejo).³²
- Archivo meteorológico WRF del año modelado.

Como se puede apreciar, la información mencionada por la SMA en la Resolución Recurrída no solo sería insuficiente como para poder efectuar un correcto análisis de dispersión de emisiones, sino que también nos ha impedido replicar la modelación llevada a cabo. Lo anterior significó no poder verificar la información presentada por la SMA, lo que a su vez constituye obstáculo para el ejercicio de nuestro derecho a la defensa en tanto se dificulta la posibilidad de rebatir las afirmaciones de la autoridad.

Nuevamente, la SMA parte de la base de un análisis exclusivamente teórico, errado desde el punto de vista legal, que desconoce por completo los hechos concretos -curiosamente también citados por la SMA en la Resolución Recurrída- que demuestran la operación de la Refinería dentro de los rangos permisibles. Así, resulta contradictorio que la SMA, por una parte, haga alusión a dichos antecedentes para descartar la existencia de consecuencias negativas para luego, a reglón seguido, desconectarse de dichas declaraciones y hacer un análisis totalmente teórico y de supuestos, que contraviene lo establecido por la normativa aplicable.

³² En caso de considerar un terreno complejo, se solicitan todos los datos adicionales que solicita el *software*.

Luego, dicho análisis, además de no estar sustentado en antecedentes concretos, supone adoptar una posición que es especialmente perjudicial para nuestra representada. En efecto, supone desatender de los antecedentes concretos para asumir un escenario hipotético que coloca a ERSA en la peor posición, usando dicho ejercicio teórico para abultar la multa que decidió imponer a nuestra representada. En consecuencia, se trata de un ejercicio totalmente arbitrario que convierte a la multa en una sanción abiertamente desproporcionada.

La circunstancia anterior determina que la SMA no ha observado las reglas de la sana crítica al sopesar los antecedentes del caso concreto. Se ha apartado del deber de fundamentación y ha justificado su decisión en ejercicios teóricos que no se encuentran respaldados en antecedentes concretos y que contraviene lo que se han podido verificar en los hechos, descartando así la evidencia que ha sido acompañada por nuestra representada sin una debida argumentación.

Todo lo anteriormente señalado da cuenta que existió una falta de fundamentación para la consideración de las circunstancias de la letra a) y b) del artículo 40 de la LOSMA en la determinación de la sanción impuesta a ERSA. De los antecedentes disponibles en autos, se concluye que las referidas circunstancias no debieron haber sido ponderadas.

2.3 No se encuentra debidamente fundamentada la incidencia que tuvieron las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA en la multa impuesta

Sumado a lo señalado anteriormente, la Resolución Recurrída además carece de una debida motivación en atención a la fundamentación de cómo las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA influyeron en la determinación de la sanción. En concreto, no se fundamenta cómo la conducta anterior negativa y la cooperación eficaz en el proceso inciden como factores de aumento y disminución en el monto específico de la multa.

Como es posible apreciar, del considerando 160° en adelante, se analizan los distintos factores que incrementan o disminuyen el componente de afectación que concurre en la especie, establecidos en el artículo 40 de la LOSMA, para ponderar el monto final de la multa.

En dichos considerandos la SMA se limita a indicar si es que la circunstancia será o no considerada, sin señalar la manera como influirá en el monto de la multa,

lo que da cuenta de que el acto administrativo recurrido no cumple con el estándar de motivación exigible.

Así por ejemplo, el considerando 170°, al analizar la circunstancia establecida en el artículo 40 letra i), señala: *“En relación a esta circunstancia, cabe indicar, que habiendo efectuado una búsqueda en relación a si existen procedimientos sancionatorios previos se identifica un procedimiento sancionatorio terminado mediante la Resolución Sancionatoria N°1339, de fecha 27 de noviembre de 2013, ante esta Superintendencia, de acuerdo a la información disponible en SNIFA, que sancionó parcialmente a la titular con las multas que indica, cuyo rol corresponde al F-007-2013, por lo que esta circunstancia será considerada al momento de determinar la sanción específica”*. Lo mismo ocurre en el considerando 178° el cual indica que la cooperación eficaz en el procedimiento se considerará para disminuir el componente de afectación en relación a los cargos formulados.

Esta sucinta justificación que realiza la SMA en la Resolución Recurrída para ponderar las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA dejan a esta parte en una completa indefensión, atendido que no es posible conocer cómo influyeron realmente las circunstancias en la determinación de la multa impuesta. Lo anterior deriva en la imposibilidad de realizar un control sobre la decisión tomada por la Administración, pues no es posible analizar en concreto si es que la multa cumple con el principio de proporcionalidad, si es que responde realmente a las circunstancias mencionadas y si es que se están aplicando como corresponde, o si por el contrario existe alguna arbitrariedad en el caso en cuestión.

El Segundo Tribunal Ambiental, al fallar el conocido caso Fuenzalida Moure Compañía Limitada con Superintendencia del Medio Ambiente, estableció el estándar exigible en la ponderación de las circunstancias del artículo 40, el cual fue confirmado por la Excma. Corte Suprema. Señaló el Tribunal:

*“Vigésimo octavo. Que, de esta forma, la SMA debe fundamentar la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA que le permiten arribar a la sanción específica aplicada al caso concreto, explicitando la medida y el efecto que tiene la aplicación de cada uno de los criterios o factores que le permiten arribar a una sanción en específico. Este deber de fundamentación no implica la determinación ex ante o la existencia de un sistema de tarificación en materia ambiental, ya que sólo comprende **señalar en qué medida se ha***

aplicado un criterio, cuánto puntaje se la ha asignado, lo cual no limita la discrecionalidad en su determinación conforme a las bases metodológicas, y los motivos para ésta, de manera que resulte posible reproducir el razonamiento que llevó a la SMA a determinar la sanción. Como se explicó, esta fundamentación permite garantizar la proporcionalidad de la sanción, así como una adecuada defensa al sancionado y la posterior revisión judicial del acto sancionatorio.”³³

Por su parte, la Excma. Corte Suprema indicó:

“Constituye uno de los elementos del acto administrativo, la motivación del mismo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad y de los previsto en el artículo 11 y 41 de la Ley 19.880 y artículo 8° de la Constitución Política de la República.

*“Es decir, no se señala, en concreto, cuáles son todas las razones que determinan el ejercicio de la potestad, **incorporando incertidumbre respecto de los motivos que llevaron a determinar la cuantía de la multa reclamada, y cómo incidió en su determinación cada uno de los factores de incremento o disminución, en términos precisos y concretos, cuestión que no se condice con las exigencias previstas para un acto de tal naturaleza,** pues la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura.*

Así, la fórmula utilizada en términos amplios por la Superintendencia del Medio Ambiente al dictar la resolución reclamada, vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que debe regir la actuación de la Administración, que hacen exigible la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo.”³⁴

Como S.S. Ilustre puede apreciar, la fundamentación entregada en la Resolución Recurrída no le permite a esta parte analizar la proporcionalidad de la sanción, pues la mera declaración de si la circunstancia es o no considerada no entrega si quiera luces de cómo es aplicada, que es lo realmente relevante para la posible revisión de la multa.

³³ Segundo Tribunal Ambiental, 1 de junio de 2020, Rol N°196-2020. El destacado es nuestro.

³⁴ Corte Suprema, sentencia de 26 de abril de 2021, rol 79.353-2020. El destacado es nuestro.

El hecho de estar impedida esta parte de revisar cómo es que fueron ponderadas las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA, vulnera el derecho de defensa de la parte sancionada pues le impide revisar judicialmente el acto administrativo recurrido.

VII. EN CUALQUIER CASO, LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA HA PERDIDO OPORTUNIDAD, YA SEA POR PRESCRIPCIÓN O POR DECAIMIENTO

Para el improbable evento que S.S. Ilustre estime que se configuran las infracciones imputadas en la Formulación de Cargos, es relevante destacar que la autoridad ambiental tenía conocimiento desde hace mucho tiempo que el reemplazo de la antorcha L-1360 no se había efectuado, sin que haya procedido a formular cargos a ERSA. Al respecto, cabe destacar los siguientes hitos:

- Con fecha 26 de febrero de 2009 se realizó una visita inspectiva por la Comisión Regional de Medio Ambiente de Biobío, constatando que “*Se tiene pendiente la construcción del reemplazo de la antorcha L-1360*” (así consta en el expediente electrónico del Proyecto en la página web del SEA, en el segmento Seguimiento y Fiscalización).
- Por otra parte, el 13 de febrero de 2013 fue enviado a la SMA el documento titulado “Informe técnico de emisiones de las principales FF del inventario de ERBB, analizando datos de emisión actuales y pasadas en caso de reducciones, para Chimenea Horno MHC, Chimenea Incinerador Planta de Azufre N° 2, Chimenea Planta de Hidrógeno CHT, Horno de Carga de HDS2, Antorcha L-1360, para concentración y/o carga emitida”, documento que fue analizado por la SMA sin formular ninguna observación.
- Finalmente, debe tenerse presente que, desde la inspección a la Refinería de 27 de febrero de 2019 hasta la Formulación de Cargos, el 10 de marzo de 2022, han transcurrido más de tres años.

De esta forma, habiéndose dictado la RCA N°65/2004 hace más de 15 años, y estando en conocimiento por más de 10 años la autoridad ambiental que una de las unidades contempladas en el Proyecto no se ha instalado, no procede que en el año 2022 efectúe un reproche de dicha situación. Más aún, cuando el reemplazo de la antorcha L-1360 no se justifica ni operativa ni ambientalmente, teniendo presente

los cambios de configuración del Sistema de Antorchas, donde la antorcha L-1390 -la más alta y la más alejada de la comunidad- opera como principal y preferencial, según lo explicado anteriormente.

Lo anterior además debe ser ponderado de acuerdo con el principio de la confianza legítima, conforme al cual, tal como ha señalado la Excm. Corte Suprema: *“las actuaciones de los poderes públicos generan confianza entre los destinatarios de sus decisiones, resultando una manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica”*³⁵. Asimismo, se ha señalado que *“la confianza legítima del administrado reposa en la certidumbre que la Autoridad actúan conforme a Derecho y no se equivoca, por lo cual los derechos que se desprende de sus determinaciones integran su patrimonio y no pueden ser afectada”*. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que dicho principio *“exige que se mantengan las situaciones que han creado derecho a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones surgidas de actos firmes de la Administración (...) supone el amparo que debe dar el juez al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto esta lo seguirá haciendo de la misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales y económicas) similares.”*³⁶

En el caso de autos, el hecho de que la SMA estuviera en conocimiento desde hace más de 8 años de la supuesta infracción imputada, sin proceder a realizar reproche alguno, generó necesariamente la confianza legítima en nuestra representada de que la ausencia de reemplazo de la antorcha no configura un incumplimiento a la RCA N°65/2004.

De esta forma, y sólo a mayor abundamiento de lo previamente expuesto, la supuesta infracción imputada en el Cargo N°1 se encuentra prescrita de conformidad al artículo 37 de la LOSMA³⁷, habiendo transcurrido con creces el plazo de tres años desde la supuesta comisión de la infracción, que, según la Resolución Recurrída, ocurrió el 01 de agosto de 2004.³⁸ En efecto, según la teoría del caso de la Resolución Recurrída, en esa fecha habría sido exigible el reemplazo de la

³⁵ Corte Suprema, 21 de abril de 2021, rol N° 44.608-2020.

³⁶ Cordero Vega, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters., pp. 307-308.

³⁷ *“Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas.”*

³⁸ Considerando 43° Res. Ex. 454: *“dicha medida [el reemplazo de la antorcha] debió implementarse a más tardar con fecha 01 de agosto de 2004”*.

antorcha L-1360, por lo que desde la comisión de la supuesta infracción ha transcurrido ampliamente el plazo de tres años para que opere la prescripción.

Si bien la SMA al momento de analizar los descargos considera que la infracción es de carácter permanente, este razonamiento resulta errado dado el tipo de infracción imputada, y algunas declaraciones realizadas en la Resolución Recurrída que dan cuenta del real carácter de la supuesta infracción.

Es la propia SMA la que señala en la Resolución Recurrída que, de acuerdo al cronograma establecido para el proyecto, el remplazo de la antorcha debió implementarse a más tardar el 01 de agosto de 2004. De esa forma, intenta establecer una fecha cierta para el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, resultaría contrario a la lógica aplicada por la propia autoridad señalar que nos encontramos ante una infracción de carácter permanente, para luego considerar dicha fecha como el hito desde cuando debe contarse la prescripción.

De esta forma, si la SMA estima que el reemplazo de la antorcha tiene una fecha cierta, nos encontramos ante una infracción instantánea, pero de efectos permanentes. En dicho caso, el plazo de prescripción se computa desde que se consuma la infracción (01 de agosto de 2004) y no desde que se agotan sus efectos como la SMA pretende sostener.

Sobre estas infracciones la doctrina ha señalado que *“la consumación se genera por un acto formal o material que no es preciso reiterar, pero que produce, sin embargo, efectos de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que se prolongan durante un tiempo que puede ser más o menos dilatado. **Ese periodo ulterior pertenece a la fase de agotamiento de la infracción y debería carecer de efectos desde el punto de vista de la prescripción de la infracción.**”*³⁹

En el mismo sentido, se ha indicado que *“Dadas las características de este tipo de infracciones, aun cuando la realización del ilícito genere efectos perdurables en el tiempo solo estos se mantienen y no la realización del ilícito. Es decir, el infractor no coloca las rejas todo el tiempo, sino solo durante un instante determinado donde se configura la infracción que se mantiene en el tiempo generando efectos. Por dicha razón es que el cómputo del plazo de prescripción*

³⁹ Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo, Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, Thomson Reuters, 4ª Edición, p. 620.

inicia desde el momento de la realización de la infracción y se dejan de lado los efectos que genere la misma.”⁴⁰

La jurisprudencia también se ha pronunciado respecto al plazo de prescripción de este tipo de infracciones. Así, la Excma. Corte Suprema, ha indicado en la causa Florencia Ortúzar Greene con Superintendencia del Medio Ambiente:

“Décimo Séptimo: Que, en consecuencia, siendo las denunciadas, infracciones instantáneas con efectos permanentes, los jueces del fondo determinaron en el fundamento 30° de la sentencia recurrida que su prescripción se computa desde que se consuman las mismas, y no desde que se agotan sus efectos. (...)

Décimo octavo: Que, en virtud de lo expuesto, a diferencia de lo señalado por el reclamante, la infracción que denuncia al artículo 37 de la LOSMA no se ha configurado en la especie, desde que el Tribunal Ambiental acertadamente concluye que las posibles infracciones denunciadas, respecto del cual la resolución reclamada dispuso su archivo, se encuentran prescritas (...).”⁴¹

Al justificar la SMA que el remplazo de la antorcha no corresponde a una medida que se encontraba condicionada al aumento de flujo y volumen de producción, reconoce entonces la existencia de una fecha cierta para su ejecución. Para ello, se basa en el cronograma presentado en la DIA, señalando:

*“Luego, en la Tabla 2.10.3 del “Cronograma de actividades Reemplazo Antorcha L. 1360” de la DIA se establecen las fechas de inicio y término d cada una de las gestiones necesarias para ejecutar dicha medida, la que **debió iniciar su operación el 01 de agosto de 2004.**”*

En atención a lo anterior, se puede determinar con exactitud el momento en el cual se habría infringido lo dispuesto en la RCA. Resulta por tanto contradictorio por parte de la Superintendencia señalar, por una parte, que la infracción es de carácter permanente y al mismo tiempo indicar que existía un día específico en el cual se debía implementar el reemplazo de la antorcha.

⁴⁰ Ayvar, R. y Borda Gianella. (2019). La prescripción de las infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador peruano. THEMIS Revista De Derecho, (75), p. 274.

⁴¹ Corte Suprema, 23 de agosto de 2021, sentencia rol N° 144.349-2020.

La obligación contenida en la RCA se volvió exigible, de acuerdo a lo razonado por la SMA, el 01 de agosto de 2004. El incumplimiento de dicha obligación en la fecha ya indicada constituye el momento en que se perfeccionó la infracción consistente en el incumplimiento de la RCA. Así, la “situación jurídica indeseable” mencionada por la SMA es solo un efecto de la infracción ya consumada, efecto que no debe considerarse para el computo del plazo. Así las cosas, la supuesta infracción contenida en el cargo N°1 se encuentra prescrita.

Aun en el caso en que su S.S. Ilustre considere que la infracción imputada a ERSA corresponde a una de carácter permanente, es razonable entender que la prescripción comienza a correr desde que la autoridad toma -o debió tomar- conocimiento de la supuesta infracción.

Se ha sostenido que *“en estos casos en los que la Administración ha tenido constancia de los hechos constitutivos de la infracción continuada, debiera jugar a favor del administrado el instituto de la prescripción de la misma”*⁴².

El Tribunal Supremo Español ha señalado en ese mismo sentido:

*“La pasividad administrativa mantenida a lo largo de prácticamente 28 años, del todo punto reprobable, como —con toda razón— enfatiza la sentencia recurrida, no puede determinar, como sostiene la Administración autonómica en su recurso que al tratarse de una actividad continuada y realizarse la última venta en el año 2005, es a esa fecha a la que debe referirse el 61 día a quo del inicio del plazo de prescripción de la infracción, pues las actividades de ejecución material de las construcciones y de las incipientes obras de urbanización y el conjunto de circunstancias antes indicadas no pudieron pasar desapercibidos para las Administraciones que debieron ya entonces, desde los primeros momentos, realizar las potestades previstas en el ordenamiento urbanístico para frenar la parcelación ilegal.”*⁴³

Por lo tanto, ya sea que consideremos la primera fecha desde cuando se tiene constancia de que la SMA tuvo conocimiento de la falta de implementación del

⁴² Ribas Rodríguez, Fátima (2021). El conocimiento de la administración de las infracciones continuadas a efectos de la prescripción. *Economist&Jurist*.

⁴³ Tribunal Supremo Español, 11 de junio de 2013, Recurso de casación N°1397/2011. Este mismo criterio se ha seguido en Chile en un reciente caso de un procedimiento administrativo sancionatorio incoado por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Véase al respecto, Corte Suprema, 17 de febrero de 2022, rol N°38.540-2021, considerando 5°.

reemplazo de la antorcha L-1360 (26 de febrero de 2009) o la última (27 de febrero de 2019), en cualquier caso, se ha superado con creces el plazo de 3 años de prescripción de la infracción.

Nuestros tribunales también han reconocido esta interpretación. Así, en un voto disidente, el ministro Alejandro Ruiz del Segundo Tribunal Ambiental planteó que la infracción de someter un proyecto al SEIA se encontraría prescrita conforme con la regla del artículo 37 de la Ley Orgánica de la SMA. Señala el voto disidente que:

*“En efecto, constan en autos antecedentes -consulta de pertinencia, actas de inspección- que dan cuenta que la ejecución de dicho socavón fue puesta en conocimiento de las autoridades en una data que supera largamente los 3 años que la ley exige, y **si bien se trata de una infracción permanente, los plazos de prescripción comienzan a computarse desde que la autoridad tomó conocimiento de ello, por una cuestión de seguridad jurídica.**”⁴⁴*

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

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

“El elemento de hecho sobreviniente en el caso de autos es el tiempo excesivo transcurrido para la declaración de responsabilidad de la empresa sujeta a supervisión y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción, que excedió los tres años contados desde que se interpusiera reposición administrativa en contra de la

⁴⁴ Segundo Tribunal Ambiental, 12 de septiembre 2022, R N°267-2020

resolución sancionatoria. Ello ha afectado el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo.”⁴⁵

Si bien la SMA argumenta en la Resolución Recurrída que la figura del decaimiento no cuenta con ningún respaldo expreso en la normativa, esta ha sido reconocida por la jurisprudencia como parte de nuestro ordenamiento jurídico en tanto vulnera diversos principios que informan el procedimiento administrativo, lo que no puede ser desconocido.

En primer lugar, la excesiva dilación en la resolución de un procedimiento administrativo vulnera la garantía de debido proceso establecida en el artículo 19 N°3 de la Constitución. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la garantía del debido proceso contempla como uno de sus elementos la tramitación del procedimiento sin dilaciones indebidas. Así, el Tribunal señala respecto del decaimiento:

“El decaimiento tiene uno de sus fundamentos en el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas -garantía contenida dentro del derecho al racional y justo procedimiento-, extendido a la relación entre administración y ciudadano y en este caso, entre un órgano estatal que ejerce potestades disciplinarias y un investigado, buscando resolver un genuino problema de política pública en la Administración: lo intolerable que resulta para un administrado estar sujeto indefinidamente en el tiempo a la ausencia de resolución de un procedimiento administrativo que le puede imponer un acto de gravamen como la sanción.”⁴⁶

Por otro lado, la Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la tardanza inexcusable en la resolución del procedimiento administrativo afecta el principio del debido proceso, pues *“resulta indudable que para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo, la sentencia debe ser oportuna.”⁴⁷*

Como se puede apreciar, un racional y justo procedimiento administrativo sancionador implica la emisión de actos oportunos, por cuanto la omisión de este

⁴⁵ Corte Suprema, 24 de enero de 2013, Rol N°6739-2012.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, 14 de mayo 2020, Rol N°8168-2020

⁴⁷ Corte Suprema, Roles N°8682-2009 y N°5228-2010, de 28 de diciembre 2009 y 20 de octubre 2010.

requisito implica una afectación de la certeza y seguridad jurídica, en tanto la tardanza de la administración puede defraudar las expectativas tanto del administrado como de la comunidad.

Asimismo, la figura del decaimiento encuentra justificación en la vulneración de los principios establecidos en la LBPA, entre estos, los principios de celeridad, conclusivo y de inexcusabilidad, consagrados en los artículos 7, 8 y 14 de la ley.

En cuanto al principio de celeridad, este implica que es la Administración la que debe, de oficio, impulsar los procedimientos administrativos, haciéndolo de forma expedita y removiendo obstáculos que pudieran afectar la toma de una pronta decisión. La excesiva tardanza en la resolución de un procedimiento implica una vulneración de este principio en tanto la Administración incumple su deber de dar una respuesta oportuna. En relación a lo anterior, la Contraloría General de la República ha señalado respecto de los procedimientos administrativos sancionadores de la SMA:

“Si bien la normativa que regula la materia no contempla un determinado término para decidir el inicio de un procedimiento sancionatorio, dicha entidad no puede desconocer los principios que rigen el actuar de la administración ni los efectos que su tardanza puede ocasionar. En este sentido es menester tener en cuenta que la SMA, en su calidad de órgano de la Administración del Estado, se encuentra en el deber de respetar los principios de responsabilidad, eficacia, eficiencia y accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones (...).”⁴⁸

En este caso, es evidente que la Administración ha infringido el principio de celeridad, pues pese a tener conocimiento de la supuesta infracción al menos desde febrero de 2009, no inició el procedimiento sancionatorio sino hasta más de 10 años después.

En relación a los principios conclusivo y de inexcusabilidad, estos tienen como finalidad que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo. Al existir una excesiva tardanza en la resolución del procedimiento sancionador, dicho pronunciamiento pierde eficacia, al no poder

⁴⁸ Contraloría General de la República, Dictamen N° 75.745 de 2016

cumplirse los fines para los cuales estaba previsto, transformando el acto jurídico en abiertamente ilegítimo y lesivo para los intereses del administrado, quien ve afectado su derecho a la seguridad jurídica.

Finalmente, el decaimiento también encuentra sus fundamentos en los principios de eficacia y eficiencia establecidos en los artículos 3, 5, 11 y 53 de la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado. Esto pues la demora excesiva en la tramitación de un procedimiento atenta contra la eficiente e idónea administración de los medios públicos, pues implica la inversión de recursos humanos y materiales en un procedimiento que queda paralizado sin justificación.

Cabe hacer presente que, pese a que la Excma. Corte Suprema ha abandonado la noción de “decaimiento” para sustituirla por la de “imposibilidad de continuación del procedimiento administrativo”, sigue manteniendo la finalidad de la figura. En este sentido, su efecto es determinar la pérdida de eficacia del procedimiento administrativo y la consecuente ilegalidad del acto terminal por la injustificada y excesiva dilación en la tramitación del procedimiento.⁴⁹

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

“Resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo, transformándolo abiertamente en legítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica.”⁵⁰

⁴⁹ Corte Suprema, 26 de enero 2022, Rol N° 34496-2022. “Octavo: Que, entrando al análisis del primer capítulo del arbitrio de nulidad sustancial, cabe considerar que esta Corte Suprema, luego de un acabado estudio, ha decidido recientemente abandonar el término “decaimiento” para referirse a la imposibilidad de continuación del procedimiento administrativo en cuestión”.

⁵⁰ Corte Suprema, 18 de marzo de 2021, rol N°95.140. En el mismo sentido, nuestro Máximo Tribunal sostuvo: “una razón adicional para asentar la existencia del decaimiento, es que el objeto jurídico del acto administrativo, cual es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora.

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

“Que consecuentemente, este Tribunal debe reprochar el largo tiempo transcurrido desde que la SMA recibió conforme el Acta de Inspección Ambiental (17 de noviembre de 2017, visualizado en la letra (e) de la figura N° 2), hasta el nombramiento del fiscal instructor (3 de junio de 2020, visualizado en la letra (f) de la figura N° 2), y la consiguiente apertura de la fase de instrucción, mediante la dictación de la Resolución N° 1/ROL D-073-2020, de 8 de junio de 2020 (letra (g) de la figura N°2), toda vez que superó con creces el plazo de dos años que contempla el artículo 53 de la Ley N° 19.880.”⁵¹

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

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

POR TANTO,

a S.S. Ilustre respetuosamente pedimos: tener por interpuesto, dentro de plazo, el recurso de reclamación en contra de la Resolución Exenta N°454/2023, de la SMA, darle tramitación y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes, dejando sin efecto la referida resolución, disponiendo:

- La absolución de nuestra representada de los cargos formulados;

En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor” (Corte Suprema, 26 de marzo de 2019, rol N° 23056-2018.

⁵¹ Segundo Tribunal Ambiental, 28 de febrero de 2022, rol R N° 269-2020.

- En su defecto, modificar la calificación del cargo N°1 por leve y, consecuentemente, disponer la dictación de una nueva multa;
- En su defecto, ordenar a la SMA la dictación de una nueva resolución en la cual se apliquen correctamente las circunstancias del artículo 40 de la LOSMA para la determinación de la multa aplicable al cargo N°1.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilustre tener por acompañado el informe "Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorcha", elaborado por Green Ingeniería y Consultoría Ltda. (con sus respectivos anexos).

SEGUNDO OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilustre tener por acompañado, con citación, copia con firma electrónica avanzada de la escritura pública de mandato judicial suscrita con fecha 30 de marzo de 2023, en la cual consta nuestra personería para actuar en representación de ENAP Refinerías S.A. en la presente causa.

TERCER OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilustre tener presente que, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumimos personalmente el patrocinio y poder en la presente causa, encontrándonos todos domiciliados en Avenida Apoquindo 3669, oficina 301, Las Condes, Región Metropolitana.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Ilustre que, de conformidad a lo establecido en el artículo 22 de la Ley N°20.600, se sirva notificar las resoluciones dictadas en la presente causa a los correos electrónicos jdilharreborde@e-i.cl , jpscagliotti@e-i.cl. y pgalvez@enap.cl



Firmado digitalmente por
JOSE PEDRO
SCAGLIOTTI
RAVERA
Fecha: 2023.04.05
17:09:40 -04'00'

Powered by  Firma electrónica avanzada
JOSE DOMINGO
ILHARREBORDE
CASTRO
2023.04.05 17:05:18 -0400