

EN LO PRINCIPAL: Reclamación del artículo 17 N°3 de la Ley N°20.600; **PRIMER OTROSÍ:** Personería; **SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y Poder; **TERCER OTROSÍ:** Acompaña Documentos; **CUARTO OTROSÍ:** Forma de notificación.

ILUSTRE SEGUNDO TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO

Francisco Javier Amenábar Riumalló, abogado, cédula de identidad N°14.166.885-4, en representación convencional de **ENAP Refinerías S.A.**, RUT N°87.756.500-9, domiciliados para estos efectos en Apoquindo 2929, piso 5, Las Condes, Santiago, a S.S. Ilustre respetuosamente digo:

Que, interpongo recurso de reclamación de ilegalidad contemplado en los artículos 17 N°3 de la Ley N°20.600 (en adelante, "LTA") y 56 de la Ley N° 20.417 (en adelante, "LOSMA"), en contra de la Resolución Exenta N°1553, de 05 de septiembre de 2023 (en adelante, e indistintamente "Resolución N°1553", "Resolución sancionatoria" o "Resolución impugnada"), que resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio ROL F-085-2021, seguido en contra de mi representada por la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "SMA"), representada por doña Marie Claude Plumer Bodin, ambos domiciliados para estos efectos en calle Teatinos N°280, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

Se solicita a S.S. Ilustre que deje sin efecto dicha resolución sancionatoria en el sentido de ordenar absolver de la totalidad de los cargos imputados a ENAP Refinerías S.A. (en adelante, e indistintamente, "ERSA" o "ENAP"), y así dejar sin efecto la sanción aplicada. En subsidio, se solicita que se recalifiquen como leves los cargos N° 1 y 8 que fueron calificados como graves y, finalmente, que se ordene aplicar correctamente las circunstancias contempladas en el artículo 40 de la LOSMA, y, de esa manera, se reduzca la sanción impuesta al mínimo legal; todo ello en virtud de los antecedentes de hecho y consideraciones de derecho que paso a exponer.

I. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

La argumentación a desarrollar por ENAP respecto a los cargos que pervivieron en la resolución sancionatoria estarán enmarcados en el contexto general de que es la propia SMA la que

concluye que **ninguno de los cargos que imputa a mi representada pudieron generar un riesgo al medio ambiente o a la salud de las personas**, puesto que se ha evidenciado una mejora objetiva en la calidad del aire de la zona regida por el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de Concón, Quintero y Puchuncaví (“PPDA CQP”).

Así las cosas, y teniendo presente lo anterior, se desarrollará respecto a los cargos formulados por la SMA lo siguiente:

Cargo 1

- La Chimenea *Bypass* no corresponde a una fuente de emisión autónoma como sostiene la SMA, ya que la fuente de emisión que debe considerarse para el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 18 del PPDA CQP es- y sólo puede ser – la Unidad de Cracking Catalítico.
- Tanto en la Formulación de Cargos como en la Resolución Sancionatoria la SMA ha ido en contra de sus propios actos, entre otras cosas, porque la autoridad ha omitido el antecedente de que fue informada de la existencia y modalidad de funcionamiento de la chimenea *bypass*.
- La metodología presentada por ENAP para la cuantificación de emisiones no adolece de una subestimación de las mismas.
- La SMA no respondió a la totalidad de argumentos presentados por ENAP, por lo tanto, carece de la debida motivación. En específico, no se refirió a los argumentos relativos a que a) Lo detectado en la fiscalización no corresponde al funcionamiento de la chimenea *bypass*; b) La inclusión expresa de la Chimenea *bypass* procede cuando se usan CEMS; y c) la revisión técnica de la factibilidad de la línea de 8” y definición de su bloqueo.

Cargo 2

- El cargo adolece de un vicio esencial, puesto que la unidad *Heat Recovery Steam Generator* no corresponde a una caldera, de acuerdo a la definición del PPDA CQP.

Cargo 3

- No existe plazo para la validación del CEMS para el MP en la Unidad de Cracking Catalítico, por lo que no puede instruirse un procedimiento sancionatorio en base a normas que no se encuentran precisamente delimitadas en su contenido, so pena de vulnerar el principio de tipicidad.

Cargo 7

- La superación del límite de carga de la Unidad de Hidrotratamiento de Diesel (HDT) fue insignificante como para motivar una sanción, puesto que, ante un amplio y efectivo cumplimiento de la medida operacional de disminución de carga en la HDT, reconocido por la propia SMA, y ante una desviación del todo menor, se decide de todas formas atribuir una infracción y con ello se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

Cargo 8

- La SMA ha formulado un cargo con infracción al principio que proscribe la aplicación retroactiva de las normas, sin encontrarse habilitada legalmente para ello.
- La incorporación del artículo 2º transitorio del PPDA CQP no implica que igualmente se esté ante una aplicación retroactiva de la metodología de cuantificación de emisiones.
- La incorporación del artículo 2º transitorio para complementar la imputación es improcedente en esta fase del procedimiento, vulnerando el principio de contradictoriedad, así como la coherencia entre la formulación de cargos y la resolución sancionatoria.
- En la estimación de emisiones para el año 2019 se empleó una metodología coherente y consistente con el PPDA y reconocida por este, por lo que no son efectivos los cuestionamientos de la SMA.

Junto con lo anterior, se desarrollarán consideraciones que dan cuenta que, en el caso de que no se absuelva a ERSA de la totalidad de los cargos formulados, se deben recalificar los cargos N° 1 y 8 como leves, toda vez que no concurren los supuestos para haberlos calificados como

graves, en tanto no es efectivo que se haya afectado negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos del PPDA CQP.

Finalmente, también se desarrollarán alegaciones sobre la aplicación específica de las circunstancias del artículo 40 respecto de las sanciones correspondientes a los cargos N° 1 y 8, ya que se ha aplicado erradamente el factor de seriedad que sirve de modulador para la determinación de las multas.

II. ANTECEDENTES

A. De la formulación de cargos

Según consta en la Res. Ex. N°1/ROL F-085-2021 por medio de la cual la SMA formula cargos a ENAP Refinerías S.A. (en adelante, e indistintamente, “Formulación de Cargos” o “FDC”), de fecha 6 de octubre de 2021, las imputaciones que motivaron la apertura del procedimiento sancionatorio contra mi representada se fundamentan en actividades de inspección ambiental y el examen de información presentada por ERSa, dando lugar a tres expedientes de fiscalización que se resumen a continuación.

- 1) Actividades de inspección ambiental realizadas los días 24 de junio; 11 y 24 de julio; 8, 13, 19, 24 y 30 de agosto; 1, 9, 14 y 27 de septiembre, 18 y 30 de octubre; 17 de noviembre y 27 de diciembre de 2019, cuyos resultados forman parte del Informe de Fiscalización disponible en el expediente de fiscalización DFZ-2019-2469-V-PPDA
- 2) Examen de información basado en los antecedentes presentados por ENAP en el marco del cumplimiento del artículo 19 del D.S. N° 105/2018, cuyos resultados están disponibles en el expediente de fiscalización **DFZ-2021-872-VPPDA**.
- 3) Actividad de inspección ambiental realizada el día 28 de abril de 2021, disponible en el expediente de fiscalización **DFZ-2021-1487-V PPDA**.

En el marco de estas actividades, la SMA imputó ocho cargos a ERSa en la FDC, calificándolos de la siguiente manera, de conformidad al artículo 36 de la Ley N°20.417:

N°	Cargo	Normativa infringida	Calificación
----	-------	----------------------	--------------

1	No considerar la chimenea bypass del proceso de cracking catalítico como fuente del establecimiento en la propuesta metodológica de cuantificación de emisiones	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Art. 18.	<p>Grave. Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417:</p> <p>Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:</p> <p>c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.</p>
2	No tener validado el sistema de monitoreo continuo de emisiones (CEMS) para el parámetro material particulado (MP) en la caldera de la planta cogeneradora.	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 7.	<p>Leve. Artículo 36 N°3 de la Ley N°20.417:</p> <p>Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.</p>
3	No tener validado el sistema de monitoreo continuo de emisiones (CEMS) para el parámetro material particulado (MP) en la Unidad de Cracking Catalítico.	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 17.	<p>Leve. Artículo 36 N°3 de la Ley N°20.417:</p> <p>Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.</p>
4	No se ha establecido la conexión en línea de los datos obtenidos en los	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y	<p>Leve. Artículo 36 N°3 de la Ley N°20.417:</p>

	CEMS de las fuentes de ENAP con los sistemas de información de la Superintendencia del Medio Ambiente.	descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 24.	Son infracciones leves los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave, de acuerdo con lo previsto en los números anteriores.
5	Informar el cálculo de las emisiones anuales para todas las fuentes declaradas en la metodología y que forman parte del establecimiento ERA Concón, ERA Quintero y Cogeneradora Aconcagua, que utilizan CEMS, sin la debida corrección de concentraciones por oxígeno.	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 17. D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 19. D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 21.	Grave. Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417: Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.
6	Haber operado un total de 337 horas durante período de Mala ventilación, con calderas que no cuentan con quemadores de bajo NOx, no habiendo	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 46, Literal c).	Grave. Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417: Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones

	<p>priorizado fuentes que sí cuentan con dichos dispositivos.</p>	<p>D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 49.</p> <p>Resolución N° 08/2019, SEREMI del Medio Ambiente Región de Valparaíso, Resuelvo 2.</p>	<p>pertinentes y que, alternativamente:</p> <p>c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.</p>
7	<p>Haber excedido el límite de carga de la Unidad de Hidrotratamiento de Diesel (HDT) a nivel horario de 239 m3/h; los días 6 de agosto y 27 de diciembre de 2019, habiendo operado con esta condición de carga por un total de 20 horas bajo condiciones de mala ventilación.</p>	<p>D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 46, Literal c).</p> <p>D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 49.</p> <p>Resolución N° 10/2019, SEREMI del Medio Ambiente Región de Valparaíso, Resuelvo 1.</p>	<p>Grave. Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417:</p> <p>Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:</p> <p>c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.</p>

8	Haber superado el límite de emisión de SO2 fijado en 1.145 ton/año para el año 2019.	D.S. N° 105/2018, Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba plan de prevención y descontaminación atmosférica para las comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví. Artículo 15.	Grave. Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417: Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente: c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.
---	--	--	---

B. Descargos de ERSA presentados en el procedimiento administrativo

Con fecha 10 de noviembre de 2021 fueron presentados los descargos por parte de ERSA.

A continuación, se presenta de forma sumaria la argumentación relativa a los cargos que pervivieron en la Resolución impugnada (cargos N° 1, 2, 3, 7 y 8), ya que esta presentación no se dirige en contra de aquellos respecto de los que ERSA fue absuelta (cargos N° 4, 5 y 6):

Cargo N°1:

ERSA ha dado cumplimiento a cada uno de los aspectos establecidos en el artículo 18 del PPDA CQP y no es efectivo que se haya verificado una subestimación de las emisiones.

Asimismo, se indica que la Chimenea Bypass no corresponde a una fuente de emisión, toda vez que opera solo en eventos determinados en reemplazo de la Chimenea Principal. Con ello, la fuente de emisión es precisamente, y tal como se ha declarado, la Unidad de Cracking Catalítico (FCC). Dado que en la metodología inicial las emisiones de esta fuente fueron calculadas de acuerdo con la carga de masa, es posible concluir que se cuantificaron adecuadamente, sin incurrir en la supuesta subestimación que indica la SMA, toda vez que la Chimenea Bypass constituye una instalación de respaldo que no tiene un funcionamiento independiente a la Chimenea Principal, como vía por la cual se evacúan las emisiones de FCC.

Posteriormente, al actualizar la metodología incorporando la lógica del Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones (en adelante, “CEMS” por sus siglas en inglés), tampoco existe ni ha existido infracción en no individualizar en el catastro inicial la Chimenea Bypass en la metodología de cálculo, toda vez que, debido a que la válvula SVL752 se encontraba cerrada y los cálculos de emisiones no eran mayores a las mediciones isocinéticas realizadas, las mediciones de la Chimenea Principal son plenamente representativas de la unidad completa, por lo que la metodología es efectiva y técnicamente adecuada.

Adicionalmente, y respecto a supuestas emisiones “detectadas” en la Chimenea Bypass, el diseño e ingeniería original de la Unidad de Cracking Catalítico contempla una línea menor que mantiene un flujo continuo a través de la Chimenea Bypass, para evitar condensación de humedad y corrosión en el equipo. Con ello, las supuestas “emisiones” identificadas en la Chimenea Bypass han sido consecuencia de aquello y no producto de una operación propiamente tal. Además, las emisiones generadas en los episodios en los cuales existe flujo son despreciables matemáticamente.

Como se demostró en su momento durante el procedimiento administrativo sancionador, ENAP ha realizado estudios adicionales que han permitido concluir que las emisiones provenientes del Cracking Catalítico descargadas por la Chimenea Bypass son absolutamente marginales respecto a las emisiones globales de dicha Unidad, por lo que no han generado efectos adversos en el cumplimiento de los objetivos y metas del PPDA CQP.

Cargo N° 2:

De acuerdo con lo regulado por el propio PPDA CQP la unidad Heat Recovery Steam Generator (“HRSG”) no corresponde a una caldera en los términos del artículo 3° del mismo PPDA, ya que no es una instalación generadora de calor mediante un proceso de combustión, por lo que no le es aplicable la obligación del artículo 7° del PPDA CQP de implementar CEMS.

Adicionalmente, el proceso de implementación del CEMS obedece a una obligación asumida en el marco de la evaluación ambiental de la Planta Cogeneradora. Durante el período de funcionamiento normal de la HRSG sólo se mantienen dos quemadores encendidos a mínima potencia como pilotos, y tan sólo durante la operación excepcional, estimada en 4 días al año, se llegarían a usar los once quemadores como tales, por lo que, siendo un funcionamiento menor

al 30% de horas al año, no le es aplicable el límite de emisiones de la Tabla 4 del artículo 4 del PPDA CQP.

Cargo N°3:

La SMA realiza una imputación en base a una obligación no exigible a ERSA, ya que, a diferencia de lo establecido en otras disposiciones del propio PPDA CQP, o bien, en otros cuerpos regulatorios de referencia, el artículo 17 no establece un plazo para alcanzar la validación de los CEMS.

Por ese motivo, y considerando además que ENAP ha desplegado una conducta diligente, tanto en la implementación como en el proceso de validación de los CEMS, no es posible atribuirle una vulneración a las obligaciones del PPDA CQP.

Cabe agregar que el CEMS de Material Particulado de la Unidad FCCU fue validado inicialmente en agosto de 2021, siendo autorizado mediante la Res. Ex. SMA N°1993/2021.

Cargo N°7:

La superación de carga durante el período de mala ventilación fue de 5 horas y no de 20 horas, por lo que los cargos incurren en una relevante imprecisión. Lo anterior implica que la superación de carga durante las 5 horas fue de un 1,32% por sobre el valor límite (242,1 m³ /h) y que el volumen total de exceso de carga fue de 13,8 m³ de un total de 389.282 m³ procesados entre el 15 de junio y el 31 de diciembre de 2019. Enseguida, al considerar que en este período el Plan Operacional se aplicó durante 1.803 horas, ello corresponde a un 0,0035% del volumen procesado y a un 0,28% del total de horas en que se aplicó el Plan Operacional.

De lo anterior se sigue que en la imputación de la SMA se incurre en una vulneración al principio de razonabilidad y proporcionalidad, ya que ENAP ha dado amplio y cabal cumplimiento a la medida del Plan Operacional, por lo que no corresponde formular cargos por una situación puntual y absolutamente excepcional.

Cargo N°8:

La estimación de emisiones de SO₂ para el año 2019 se realizó conforme a la metodología aplicable a la fecha, bajo la cual se cumplió el límite de emisiones. No obstante, la SMA considera

superado el límite de emisiones sobre la base de la aplicación retroactiva de la metodología aprobada en enero de 2021 a través de la Res. Ex. N°75, del 15 de enero de 2021, lo que es del todo improcedente y antijurídico.

C. Resolución sancionatoria

Con fecha 5 de septiembre de 2023 fue emitida la Resolución Exenta N°1553, mediante la cual se resolvió el procedimiento administrativo sancionatorio ROL F-085-2021, siendo notificada a ERSA al día siguiente por medio de correo electrónico.

En dicho acto administrativo la SMA absolvió a mi representada de los cargos N°4, 5 y 6, y recalificó la infracción N° 7 como leve. No obstante, se mantuvieron los cargos N° 1, 2, 3, y 7 8, como también la calificación de gravedad del cargo N° 1 y 8, imponiendo una multa total final de **269,8 UTA**, de conformidad a la siguiente tabla contenida en la antedicha resolución:

N°	Cargo	Beneficio Económico (UTA)	Componente afectación				Factor Cumplimiento PDC	Multa (UTA)
			Valor Seriedad (rango UTA)	Factores incremento (valor máximo)	Factores disminución (valor máximo)	Factor tamaño económico		
1	Cargo N°1: No considerar la chimenea bypass del proceso de cracking catalítico como fuente del establecimiento en la propuesta metodológica de cuantificación de emisiones.	0,00	Letra i) IVSJPA	Letra e) Conducta anterior negativa	Letra i) Cooperación eficaz	100,00%	No aplica	56,0
				Letra d) Intencionalidad				
			1 - 200	100%	50%			
2	Cargo N°2: No tener validado el sistema de monitoreo continuo de emisiones (CEMS) para el parámetro material particulado (MP) en la caldera de la planta cogeneradora.	0,00	Letra i) IVSJPA	Letra e) Conducta anterior negativa	Letra i) Cooperación eficaz	100,00%	No aplica	8,9
					Letra i) Medidas correctivas			
			1 - 200	100%	50%			
3	Cargo N°3: No tener validado el sistema de monitoreo continuo de emisiones (CEMS) para el parámetro material particulado (MP) en la Unidad de Cracking Catalítico.	1	Letra i) IVSJPA	Letra e) Conducta anterior negativa	Letra i) Cooperación eficaz	100,00%	No aplica	9,9
					Letra i) Medidas correctivas			
			1 - 200	100%	50%			
4	Cargo N°7: Haber excedido el límite de carga de la Unidad de Hidrotratamiento de Diesel (HDT) a nivel horario de 239 m3/h; los días 6 de agosto y 27 de diciembre de 2019, habiendo operado con esta condición de carga por un total de 20 horas bajo condiciones de mala ventilación.	0	Letra i) IVSJPA	Letra e) Conducta anterior negativa	Letra i) Cooperación eficaz	100,00%	No aplica	24,0
				Letra d) Intencionalidad				
			1 - 200	100%	50%			
5	Cargo N°8: Haber superado el límite de emisión de SO2 fijado en 1.145 ton/año para el año 2019.	0	Letra i) IVSJPA	Letra e) Conducta anterior negativa	Letra i) Cooperación eficaz	100,00%	No aplica	171,0
			1 - 200	100%	50%			

Tal como se anunció en los párrafos previos, en esta presentación no se discutirá respecto a la absolución que se contiene en la resolución impugnada de los supuestos ilícitos administrativos N°4, 5 y 6 de la FDC, por lo que se procede a revisar las razones que condujeron a la SMA a rechazar los argumentos formulados por ERSA en su escrito de descargos, así como el

fundamento de la calificación de los cargos que pervivieron (N°1, 2, 3, 7 y 8) y la sanción aplicada en definitiva.

Pues bien, en términos generales, lo anterior se sintetiza de la siguiente forma:

Cargo N°1:

Si bien la fuente de emisión es la Unidad de Cracking Catalítico, éste tiene dos chimeneas que descargan emisiones. La Chimenea *Bypass*, según la SMA, funciona como un mecanismo de descarga de gases de combustión, por lo que debe ser considerada como un punto en donde deben ocurrir mediciones de los gases o al menos estimación de las emisiones, razón que confirma que sí correspondería a una fuente de emisión.

Esta chimenea tiene dimensiones similares a la principal, lo que no fue informado ni oportuna ni adecuadamente.

A su vez, el 26 de julio de 2021 ENAP remitió a la SMA la metodología de estimación de emisiones incluyendo en dicha propuesta a la Chimenea *Bypass*.

A partir de este incumplimiento, la SMA sostiene que se habría producido una subestimación del total de las emisiones, debido a la no consideración de esta chimenea como fuente emisora, por lo que el titular no se ajustó a lo establecido en el artículo 18 del PPDA CQP.

El incumplimiento para este caso impide valorar de forma fehaciente el aporte real que está teniendo el establecimiento en cuanto a emisiones liberadas, lo que se traduce en que no se podría fiscalizar debidamente las medidas regulatorias asociadas, razón por lo cual se afecta negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos del PPDA CQP. Por esta razón la infracción se mantendrá como **grave**.

Respecto al beneficio económico, se desestima su configuración, dado que la infracción no involucra ninguna acción u omisión que implique haber evitado o retrasado algún costo, puesto que, para haber dado cumplimiento a la obligación debía realizar una estimación a partir de datos que la empresa ya dispone.

La importancia de la vulneración al sistema jurídico se califica de nivel medio, ya que la infracción incide en la cuantificación de las emisiones de ENAP, lo que podría impactar

directamente en la comprobación de reducción de emisiones y de esa forma el éxito del PPDA CQP.

Como factor de incremento de la sanción se tuvo en consideración tanto la **intencionalidad** (ERSA tiene conocimiento acabado de las chimeneas del Cracking Catalítico, por lo cual es evidente que estaba en conocimiento de que la chimenea *by-pass* debió ser considerada en la metodología de cuantificación de emisiones) como la **conducta negativa anterior**, ya que se tiene a la vista la Resolución Exenta N°177, de 2 de noviembre de 2011, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, que resuelve el proceso de sanción seguido en contra de ERSA por incumplimiento de la RCA N°159/2003, que calificó ambientalmente el proyecto “Complejo industrial para aumentar la capacidad de la Refinería de Concón para producir Diesel y Gasolina”.

Por su parte se tiene como factor de disminución la **cooperación eficaz** en el procedimiento, debido a que la empresa dio cumplimiento a la solicitud de información realizada mediante Resolución Exenta N°3/ Rol F-085-2021, entregando la totalidad de la información solicitada.

También se indicó que las medidas adoptadas por la empresa no se hacen cargo del hecho infraccional, sino que son medidas operativas que regulan el flujo de los gases a la chimenea *by-pass*. No se considera la circunstancia como factor de disminución.

Todo lo anterior condujo a la SMA a imponer una multa de **56 UTA** por este cargo.

Cargo N°2:

A juicio de la SMA, el análisis de ENAP no desvirtúa el hecho evidente de que la unidad HSRG efectivamente puede quemar combustible, calentar agua y generar gases, lo que es independiente de si antes de eso se genera electricidad producto de esos mismos gases. En otros términos, sostiene que no hay generación de vapor si no se combustiona gas.

ENAP debió acreditar ante la SMA la condición supuesta de que la operación del HSRG no supera el 30% indicado en el artículo 4 del PPDA, lo cual no ocurrió. Adicionalmente, la empresa reconoció a la caldera como fuente de emisión en la metodología de estimación de emisiones.

Sin embargo, se acoge lo relativo a que la cogeneradora correspondería a una caldera nueva de acuerdo a la definición del PPDA CQP, toda vez que su registro ante la SEREMI de Salud de la Región de Valparaíso fue realizada con fecha 7 de mayo de 2020. Es decir, es una caldera que debía cumplir con la implementación del CEMS desde el inicio de su operación, esto es, del 2 de octubre de 2020.

Este cargo se considera como **leve**, puesto que no se constataron efectos, riesgos u otra hipótesis que permitieran encuadrarlo en alguno de los casos establecidos en los numerales 1° y 2° del artículo 36 de la Ley N°20.417.

No se configura beneficio económico, puesto que los costos incurridos en el escenario de incumplimiento superan muy significativamente los costos en que debió incurrir ERSa en un escenario de hipotético cumplimiento.

La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se califica como bajo, dado que el incumplimiento se tradujo en que ENAP debiese realizar muestreos isocinéticos puntuales y mediciones de gases, ambos mecanismos que no permiten acceder a la data de forma continua.

Asimismo, no aplica la circunstancia relativa a la intencionalidad.

Se considera la **conducta negativa anterior**, ya que se tiene a la vista la Resolución Exenta N°177, de 2 de noviembre de 2011, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, antes indicada.

Se tiene como factor de disminución la **cooperación eficaz** en el procedimiento, debido a que la empresa dio cumplimiento a la solicitud de información realizada mediante Resolución Exenta N°3/ Rol F-085-2021, entregando la totalidad de la información solicitada.

Respecto a las **medidas correctivas** se afirma que el servicio de validación fue realizado el mes de enero del 2022, ya en su versión final y luego de haber superado los problemas técnicos asociados al mismo. En ese sentido se tiene que ENAP ha validado el sistema de monitoreo continuo de emisiones (CEMS) para el parámetro material particulado en la caldera de la planta cogeneradora razón por la cual se tiene que dicha acción **es idónea y eficaz**.

A partir de lo indicado, se impuso a ENAP por este concepto una multa final de **8,9 UTA**.

Cargo N°3:

Para el caso de la Unidad de Cracking Catalítico el plazo para la implementación y validación de este sistema correspondió al 30 de marzo de 2020, de acuerdo a lo indicado en la tabla 11 del artículo 17 del PPDA CQP. La validación del CEMS debe entenderse incorporada en el plazo fijado en dicha disposición, por lo que razonar en sentido contrario significaría considerar que no existe plazo para hacer exigible la obligación.

Este cargo se considera como **leve**, puesto que no se constataron efectos, riesgos u otra hipótesis que permitieran encuadrarlo en alguno de los casos establecidos en los numerales 1° y 2° del artículo 36 de la Ley N°20.417.

Respecto al **beneficio económico**, éste se estima en 1 UTA.

La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es considerada baja, dado que el incumplimiento se tradujo en que ENAP debiese realizar muestreos isocinéticos puntuales y mediciones de gases, ambos mecanismos que no permiten acceder a la data de forma continua.

A su vez, no aplica la circunstancia de intencionalidad en la configuración de la infracción.

Se considera la **conducta negativa anterior**, ya que se tiene a la vista la Resolución Exenta N°177, de 2 de noviembre de 2011, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, antes indicada.

Se tiene como factor de disminución la **cooperación eficaz** en el procedimiento, debido a que la empresa dio cumplimiento a la solicitud de información realizada mediante Resolución Exenta N°3/ Rol F-085-2021, entregando la totalidad de la información solicitada.

La **medida correctiva** ejecutada, consistente en la validación del CEMS para material particulado en la Unidad de Cracking Catalítico, es **idónea y eficaz** para corregir el hecho constitutivo de infracción y eliminar o reducir sus efectos, o para evitar que se generen nuevos efectos, atendido que es precisamente la obligación exigida en el PPDA CQP.

Por todo lo expuesto, se impone a ENAP en razón de esta infracción una multa de **9,9 UTA**.

Cargo N°7:

El error en la cantidad de horas que la SMA imputó como superación de carga no constituye un vicio esencial, toda vez que de todas formas hubo una excedencia al límite de carga definido normativamente, por lo que existe una configuración parcial de la infracción. En otras palabras, este cargo ha quedado configurado por las 5 horas en las que la carga de HDT superó la carga límite horaria de 239 m³/h, con condición adversa.

Se recalifica como **leve**, toda vez que con su incumplimiento no se afecta negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos del PPDA CQP, ya que la superación de la carga durante el período de mala ventilación fue de 5 horas y, además, ha quedado evidenciado que la medida ha sido amplia y efectivamente cumplida en la mayoría de las horas bajo condición de mala ventilación.

Sobre el beneficio económico, se razona que el escenario de cumplimiento implica una acción de carácter preventiva de reducción de emisiones de SO₂ mediante la disminución efectiva del sistema HDT, lo cual no incluye la incorporación, instalación ni activación de algún sistema de mitigación de SO₂. Considerando que la magnitud de carga del sistema de HDT fue de 1,2% y por periodos de tiempo acotados, no es posible asociar a la excedencia señalada a alguna acción u omisión susceptible de haber generado un beneficio económico, por lo que se desestima.

La circunstancia relativa a la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se considera como baja, debido a que para el caso concreto la superación de carga durante las 5 horas fue de un 1,32% por sobre el valor límite (242 m³/h) y el volumen total del exceso de carga fue de 13,8 m³.

Respecto a la intencionalidad, se indica que ENAP tuvo a su disposición la información que daba cuenta del incumplimiento atendido que con sus propios sistemas de *PI System*, se monitoreaba la carga de la HDT en los períodos de mala ventilación, lo que le permitió tener información de forma directa e instantánea.

Se considera la **conducta negativa anterior**, ya que se tiene a la vista la Resolución Exenta N°177, de 2 de noviembre de 2011, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Valparaíso, antes indicada.

Se tiene como factor de disminución la **cooperación eficaz** en el procedimiento, debido a que la empresa dio cumplimiento a la solicitud de información realizada mediante Resolución Exenta N°3/ Rol F-085-2021, entregando la totalidad de la información solicitada.

Finalmente, la autoridad estima que ENAP no adoptó medidas correctivas respecto a este cargo.

Por lo expuesto es que la SMA impone una multa de **24 UTA** por este incumplimiento.

Cargo N°8:

Si bien ERSa cumplió con la obligación de presentar la metodología de cuantificación de emisiones en el plazo dispuesto en los artículos 16 y 18 del PPDA CQP, el 30 de septiembre de 2019, mediante Resolución N°1.982 de la SMA, de fecha 31 de diciembre de 2019, fue requerida mayor información.

A su vez, a juicio de la SMA, resultaba necesario interpretar el artículo 17 del PPDA CQP, para establecer claramente los parámetros que deben medirse de manera continua para el Cracking Catalítico y las Unidades Recuperadoras de Azufre. Para estos efectos, la SMA dirigió al Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, "MMA") el oficio ORD N°2869, de fecha 20 de octubre de 2020. Este acto de comunicación fue respondido por el MMA el 28 de diciembre de 2020, por medio del oficio ORD N°205288.

Dado que en el artículo 15 y la Tabla 10 del PPDA CQP se dispone que la publicación de éste será el hito para determinar la cantidad máxima de emisiones permitidas, lo cual dependería según la SMA, a su vez, de la cuantificación validada por esta, *"resultaría del todo inapropiado y contraproducente, utilizar metodologías de cuantificación anteriores, en tanto el Decreto se debe aplicar de forma armónica e integral"*. Por lo tanto, sostiene el organismo fiscalizador que aplicar la metodología aprobada por la Res. Ex. N°75, del 15 de enero de 2021, para el año 2019 no sería más que cumplir con el PPDA CQP y sus objetivos.

De esa forma, según la SMA la Res. Ex N°75 no pretende ni corresponde a un acto con efecto retroactivo, a pesar de que así lo diga explícitamente, sino que corresponde a la validación de la metodología de fiscalización establecida por mandato expreso en el PPDA CQP. A mayor abundamiento, sostiene que mientras la SMA no se pronunciase sobre la metodología que se debe utilizar, a la empresa le correspondía asumir el escenario más desfavorable de condiciones de operación.

El Titular declaró, al aplicar la metodología aprobada por la Res. Ex. N°75, un total de 1681,9 toneladas de SO₂ entre el 30 de marzo y el 31 de diciembre de 2019. Ahora bien, la excedencia imputada en la formulación de cargos corresponde a 189,9 toneladas de SO₂ toda vez que la emisión declarada fue contrastada con el límite de emisión general establecido en el artículo 15 del PPDA CQP, es decir, con 1492 toneladas de SO₂. Sin embargo, al complementarse dicho artículo 15 con el 2 transitorio del mismo Plan, resulta que la excedencia asciende a 549,9 toneladas de SO₂, al cotejar la emisión declarada con el límite concreto de 1132 toneladas de SO₂, para el mismo período. Sin embargo, indica la SMA que para determinar la sanción aplicable sólo será ponderada la excedencia de 189,9 ton/año.

Cualquier aporte por sobre el límite permitido aumenta exponencialmente los efectos ambientales y sanitarios que se pretende prevenir. Así, el hecho de superar un límite de emisión de un agente precursor de MP, en una zona declarada saturada por este último contaminante, afecta negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan. Por esta razón, la infracción se mantendrá como grave.

Sobre el beneficio económico, la SMA admite que la excedencia no puede asociarse directamente a un incremento en la producción y los ingresos de la empresa, por lo que se desestima la obtención de aquél.

La importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental es calificada como media, dado que el incumplimiento de los límites de emisión implica que se liberen más emisiones al medio ambiente, lo que contribuye al aumento de riesgo de ocurrencia de casos de mortalidad u otros efectos sobre la salud.

Para este cargo **no aplica considerar la intencionalidad** en la comisión del supuesto ilícito administrativo.

Se considera la **conducta negativa anterior**, ya que se tiene a la vista la Resolución Exenta N°177, de 2 de noviembre de 2011, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Valparaíso, antes indicada.

Se tiene como factor de disminución la **cooperación eficaz** en el procedimiento, debido a que la empresa dio cumplimiento a la solicitud de información realizada mediante Resolución Exenta N°3/ Rol F-085-2021, entregando la totalidad de la información solicitada.

Por su parte, respecto a las medidas correctivas, la SMA constata que no se adjuntó el Protocolo interno respecto a la medición de emisiones de SO₂, ni antecedentes que permitan evaluar la idoneidad, eficacia y oportunidad de la medida señalada, o su implementación efectiva.

En base a lo recién detallado es que se impuso una sanción de **171 UTA**.

Cabe hacer presente a S.S. Ilustre que, tal como reconoce la SMA en el considerando 267° de la Resolución impugnada, **para ninguno de los cargos formulados existen antecedentes que permitan confirmar que se haya generado daño o consecuencias negativas directas producto de las infracciones ni tampoco se constató un riesgo o peligro respecto a algún receptor de interés.**

Asimismo, y como explica la propia autoridad de fiscalización ambiental en los considerandos 277° a 280° de la Resolución sancionatoria, **en este caso particular no se ha podido configurar un daño o riesgo con ocasión de las infracciones configuradas por lo que el número de personas potencialmente afectadas no será considerado como un factor para determinar el componente de afectación.**

Así las cosas, y como ya se mencionó, la totalidad de estas circunstancias sirvieron de ponderación a la SMA para determinar una sanción final correspondiente a multa de un total de **269,8 UTA**.

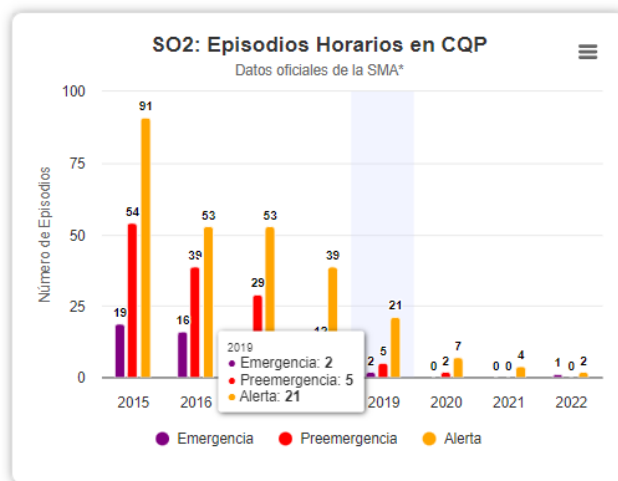
III. ARGUMENTOS PARA ABSOLVER A ERSA DE LOS CARGOS FORMULADOS POR LA SMA

Preámbulo: La SMA reconoce en su resolución sancionatoria una mejora en los índices de calidad ambiental del aire

S.S. Ilustre, antes del análisis pormenorizado de la resolución sancionatoria de la SMA, debe atenderse al reconocimiento que esta misma autoridad efectúa con relación al estado de la calidad del aire en Concón, Quintero y Puchuncaví.

En su considerando 276°, y a partir de la información presentada por ERSA en su escrito de descargos, la SMA concluye que **ninguno de los cargos que imputa a mi representada pudieron generar un riesgo al medio ambiente o a la salud de las personas**, puesto que se ha evidenciado una mejora objetiva en la calidad del aire de la zona regida por el PPDA CQP. En efecto, la autoridad fiscalizadora afirma que: *“es importante tener en consideración los índices de la calidad ambiental del aire del año 2019, en relación a los años 2018 y 2020, como se muestra en la siguiente imagen, en donde se evidencia la cantidad de episodios horarios de calidad ambiental en SO2, para distintos años, **pidieron advertir que la reducción de éstos para el año 2019 es bastante notoria respecto del año 2018, y que no afectó la ocurrencia de menos episodios en el año 2020”***.

Evolución Calidad del Aire Concón - Quintero - Puchuncaví



Fuente: <https://airecqp.mma.gob.cl/>, gráfico generado con datos oficiales de la SMA

Este contexto es ineludible, toda vez que debe servir de marco para apreciar la argumentación que la SMA efectúa para el despliegue de sus potestades sancionatorias, precisamente en los casos en que se cuestiona el abuso en la interpretación que hace la SMA de ciertas disposiciones del PPDA CQP.

Dicho de otro modo, no se justifica una lectura contraria al administrado de las disposiciones del PPDA CQP, como ha ocurrido en varios de los cargos que se formularon a ENAP, si, precisamente, ha existido una mejora en las condiciones que motivaron la dictación del propio PPDA, lo cual ha de tenerse a la vista al momento de evaluar si se justifica adecuadamente el despliegue de las potestades sancionadoras de la SMA, como se argumentará a continuación.

A. Cargo N°1

Como ha sido mencionado, el cargo imputado en la FDC a mi representada es *“no considerar la chimenea bypass del proceso de cracking catalítico como fuente del establecimiento en la propuesta metodológica de cuantificación de emisiones”*, el cual se fundamenta en que durante una fiscalización efectuada por la SMA se habría percibido que *“esta chimenea bypass se encontraba emitiendo gases y el proceso de cracking catalítico se encontraba operativo”*.

A juicio de la SMA esto redundaría en una infracción al artículo 18 del PPDA CQP, toda vez que ERSA tenía la obligación de presentar una propuesta metodológica de estimación de emisiones para todo su establecimiento, lo que no se cumpliría al omitir dentro de la propuesta presentada a la referida chimenea *bypass*.

Frente al argumento planteado por ERSA consistente en que dicha chimenea *bypass* no corresponde a una chimenea normalmente operativa, sino que es parte de un circuito de evacuación de gases de la Unidad de Cracking Catalítico, la SMA respondió en su resolución sancionatoria que se debe considerar a la chimenea *bypass* como un mecanismo de descarga de gases de combustión, razón por la que corresponde a un punto en donde deben verificarse mediciones de los gases o estimación de las emisiones.

A su vez, se indica que la chimenea en cuestión tendría dimensiones similares a la chimenea principal, lo cual no fue informado ni oportuna, ni adecuadamente.

En definitiva, lo anterior tuvo como consecuencia una subestimación del total de las emisiones, razón por la cual correspondía, a juicio de la SMA, perseverar en el cargo imputado, indicando que la infracción se mantuvo desde el 28 de abril de 2021 hasta el 26 de julio de la misma anualidad, fecha en que ENAP presentó la metodología indicada en el PPDA CQP, pero esta vez incorporando la antedicha chimenea *bypass*.

Para clarificar la argumentación por parte de ENAP, debemos transcribir lo prescrito en el artículo 18 del PPDA CQP:

“Artículo 18. ENAP Refinerías Aconcagua deberá presentar a la Superintendencia del Medio Ambiente dentro de los 6 meses de publicado el presente decreto, una propuesta metodológica de estimación de emisiones para todo su establecimiento, que deberá considerar lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del presente Plan.

La Superintendencia del Medio Ambiente dispondrá de un plazo de 3 meses para pronunciarse sobre dicha propuesta una vez recibida la misma o sus correcciones. Si hubiese observaciones por parte de la Superintendencia, éstas deberán ser subsanadas en el plazo de 15 días hábiles contados desde su recepción”.

Cabe hacer presente que en el artículo 17 se especifica que el parámetro a medir en el Cracking Catalítico corresponde al Caudal de Salida, así como la Concentración de SO₂ y MP.

De la revisión de la normativa aplicable en esta materia según se indica en la FDC y la Resolución N°1553, de lo anterior se seguirían las siguientes obligaciones para ENAP:

1. Presentación de la propuesta metodológica de cuantificación de emisiones para su proceso de evaluación;
2. Esta presentación se realizase dentro de 6 meses desde publicación PPDA CQP;
3. Que dicha propuesta identificase todas sus fuentes existentes; y
4. Que la identificación de las fuentes sea coherente con la propuesta metodológica.

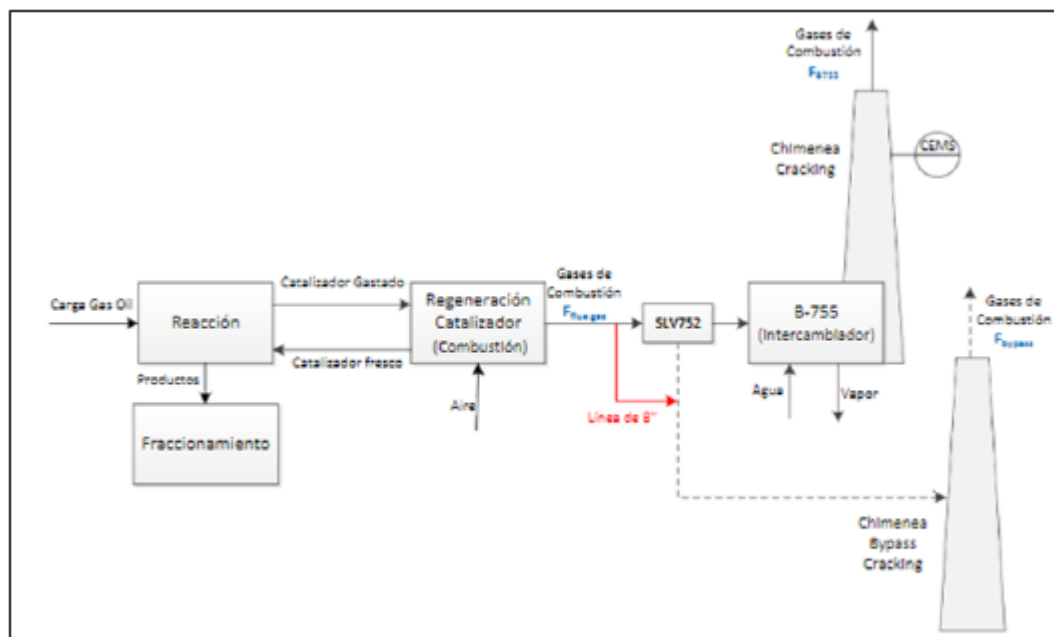
Teniendo en cuenta lo anterior es que se procede a destacar los errores de hecho y de derecho en que incurre la SMA al formular el cargo en análisis.

A.1. La Chimenea *Bypass* no corresponde a una fuente de emisión autónoma como sugiere la SMA

Tal como ha sido relevado en diversas oportunidades por ENAP, la chimenea *bypass* no corresponde a una chimenea de operación, sino que es parte de un circuito de evacuación de gases de la Unidad de Cracking Catalítico (en adelante, “FCC”). En razón de lo anterior, esta chimenea corresponde a un sistema de respaldo que se activa exclusivamente en casos de emergencia, detención y puesta en marcha de la unidad antes señalada.

Como es sabido, la FCC dispone de una chimenea principal, por medio de la cual se evacuan los gases de la unidad, y donde está instalado el CEMS, así como las conexiones para realizar las mediciones isocinéticas correspondientes.

Pues bien, como se ha indicado, en caso de que el sistema de recuperación de calor de la unidad (B-755¹) quede fuera de servicio en los escenarios operacionales antes indicados, los gases se desvían, mediante el accionamiento de la válvula SLV752, al circuito alternativo, el cual termina en la así llamada chimenea de *bypass*, tal como se grafica en el siguiente diagrama:



Fuente: Elaboración propia (2021)

¹ En el proceso de la Unidad de Cracking Catalítico, durante su operación normal se generan gases con una temperatura cercana a los 700°C. Por consideraciones de eficiencia energética, el diseño de la unidad posee un sistema de recuperación de calor (B-755) que permite utilizar la energía residual que tienen los gases de combustión para la producción de vapor.

De lo anterior se sigue que la utilización de la chimenea *bypass* **sólo ocurría cuando se accionaba la válvula SLV752, con el objeto de proteger el sistema de recuperación de calor B-755, así como el circuito aguas abajo de ésta**, los que se podrían ver afectados e incluso dañados por las altas temperaturas de los gases. Asimismo, durante la operación normal, para evitar gradientes de temperaturas por sobre el límite que pueda afectar a la integridad de los componentes de la Chimenea *bypass*, existe una línea de 8”, llamada también “línea de calentamiento”, que permite derivar de manera continua una mínima fracción de los gases de combustión hacia la Chimenea *bypass*.

De todo lo dicho sólo puede concluirse que la fuente de emisión que debe considerarse para el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 18 del PPDA CQP es- y sólo puede ser – la Unidad de Cracking Catalítico.

Razonar de otro modo atenta con la propia definición de fuente emisora que se entrega en el artículo 3 del PPDA CQP, el cual reza de la siguiente forma:

“Artículo 3. Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto, se entenderá por

***Fuente emisora:** Es toda actividad, proceso, operación o dispositivo móvil o estacionario que independiente de su campo de aplicación, produzca o pueda producir emisiones”.*

En otros términos, y a la luz de lo recién transcrito, sostener lo que postula la SMA en su FDC implicaría caer en la afirmación errónea de que las emisiones se **producen** en la chimenea *bypass*, y no en la FCC. Ostensiblemente, la SMA en el considerando 62° de la resolución sancionatoria cae en la señalada confusión, al indicar que la chimenea en cuestión sería una fuente emisora, lo que, a la vista de la definición del PPDA CQP no se sostiene.

Nótese que este razonamiento contrario a la definición antes transcrita se sostiene por la SMA en el considerando 51° de la resolución impugnada, en el cual se indica:

“la Chimenea By-pass funciona como mecanismo de descarga de gases de combustión, por lo que debe ser considerada como un punto en donde deben ocurrir mediciones de los gases o al menos de estimación de emisiones, razón que confirma que sí corresponde a una fuente de emisión” (el destacado es del documento original).

Como se ve, la SMA aplica una definición de fuente emisora que confunde entre producción de gases (artículo 3° del PPDA CQP) y la descarga de los mismos, sin ofrecer un respaldo argumentativo sólido para esta asimilación, lo cual la vuelve plenamente antijurídica.

ENAP ha sido consistente en señalar que en la FCC, los gases generados por la combustión controlada del coque en el Regenerador (flue gas), se envían de forma continua a un equipo recuperador de calor (B755) y posteriormente se descargan a través de una chimenea a la atmósfera, esto es la Chimenea Principal. Además, se ha insistido en que solamente para casos puntuales, tales como operaciones de partidas, detenciones o emergencias, el flue gas se desvía (mediante la válvula SLV752) a la Chimenea *Bypass*, dejando el equipo recuperador de calor B755 fuera de servicio.

Todo lo anterior conlleva a estimar que sólo la FCC debe ser estimada como fuente emisora para los efectos jurídicos del PPDA, y no una chimenea que es la vía de descarga y opera exclusivamente en situaciones excepcionales.

Adicionalmente, éste fue el entendimiento que, en un primer momento le otorgó la SMA a la metodología presentada por ERSA, según se verá en el siguiente acápite.

A.2. Tanto en la Formulación de Cargos como en la Resolución Sancionatoria la SMA ha ido en contra de sus propios actos

Como se ha dicho, en el artículo 18 del PPDA CQP se otorgaba a ENAP un plazo de seis meses desde la publicación del decreto de dicho instrumento de gestión ambiental para la presentación de la metodología de estimación de emisiones. ERSA dio cumplimiento a esta obligación presentando la metodología el 30 de septiembre de 2019, de conformidad a la que se encontraba validada por la autoridad. En dicha oportunidad se le indicó expresamente a la autoridad de fiscalización ambiental lo siguiente:

“Si bien el PPDA no especifica la metodología de cálculo de emisiones para todas las fuentes de la refinería, se especifica que las calderas con capacidad mayor a 20 MWt (artículo 7), los sistemas de recuperación de azufre y la planta de cracking catalítico (artículo 17) deberán contar con CEMS para la cuantificación de emisiones, concentraciones de contaminantes y flujos de gases en el ducto.”

*Entonces este documento plantea una metodología de cálculo de emisiones basada en CEMS para las fuentes mencionadas en el párrafo anterior y otras metodologías de estimación de emisiones para las demás fuentes, basadas principalmente en documentos oficiales de la USEPA (ej. factores de emisión y balance de materia). **Se plantea además una metodología provisional mientras no estén operativos los CEMS para las fuentes antes citadas.**” (Lo destacado es nuestro).*

Como se detalla en el documento de la metodología de cuantificación de emisiones, se identificó todas las fuentes mencionadas en los párrafos descritos, sustentándose en una estimación en base al balance de masa o carga a la unidad. Esto supone que para aplicar coherentemente esta metodología se debía considerar la instalación en su integridad, y no por chimenea en particular. En ese contexto, sólo corresponde considerar el Cracking Catalítico como una sola fuente, con todas las instalaciones asociadas a ella.

Cabe resaltar que la propuesta siempre tuvo el carácter de provisional, mientras no estuvieran operativos los CEMS para las fuentes identificadas, lo que, a partir de la lectura de lo transcrito, se clarificó desde un comienzo a la autoridad.

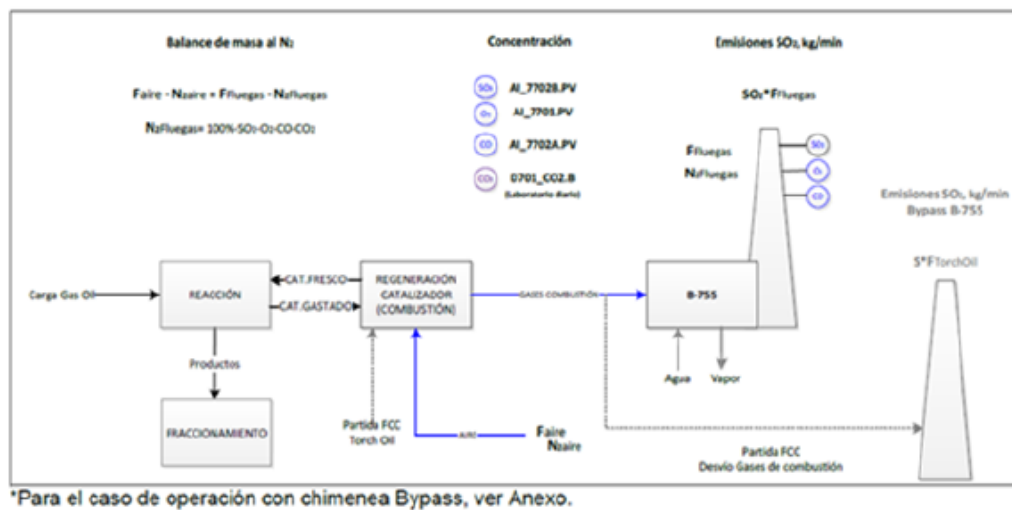
Pues bien, Mediante **Resolución Exenta N°1982, de 31 de diciembre de 2019**, la SMA requirió información complementaria respecto de la presentación de 30 de septiembre de 2019, antes indicada. Dentro de dichos requerimientos, en el punto c), de la letra F, del Primer Resuelvo, solicitó correcciones y complementaciones sobre las emisiones del Cracking Catalítico **sin cuestionar que la metodología consideró como parte integrante de su cálculo la carga o balance de masa.** En otros términos, dentro de los plazos fijados por el PPDA CQP la SMA no cuestionó el contenido de lo presentado por ENAP en la oportunidad correspondiente, elaborando requerimientos sobre otras materias.

Es el mismo artículo 18 del PPDA CQP el que, en su inciso segundo establece un proceso iterativo de corrección de la eventual propuesta metodológica de ENAP, en el cual colabora tanto la empresa pública como la SMA, siendo esta última la que debe formular observaciones y correcciones dentro del término establecido en dicha disposición, lo cual no ocurrió para la materia en comento.

En función de lo anterior, a través de la **Carta N° 21, de 06 de febrero de 2020**, se dio respuesta a la Resolución N°1982, indicada previamente, entregándose la información correspondiente a la operación normal de esa instalación, las cuales fueron complementadas de acuerdo con lo requerido por la SMA.

Así las cosas, el **19 de agosto de 2020**, mediante **Carta N° 0328**, ENAP presentó a la SMA la propuesta técnica de conexión en línea de datos de emisiones calculadas de unidades Recuperadoras de Azufre y Planta de Cracking Catalítico. En dicho documento en la figura N° 1 (página 15 del documento completo), se presentó el siguiente diagrama de cálculo de emisión de SO₂ del FCC:

Figura N° 8: Diagrama cálculo emisión SO₂ FCC



Fuente: Carta N° 0328/2020 de 19 de agosto de 2020, de ENAP

De forma posterior, se presentó a la SMA el **Informe de catastro inicial entregado en diciembre de 2020**, preparado por la empresa Algoritmos, en el cual se informa expresamente que **“La chimenea de Cracking posee también un ducto de descarga de gases bypass, el cual es utilizado durante partidas y detenciones de planta, cuando el balance de vapor lo requiere u otro tipo”**.

Es decir, tanto en la FDC como en la resolución sancionatoria, la SMA ha omitido el antecedente de que fue informada de la existencia y modalidad de funcionamiento de la chimenea *bypass*. En efecto, en el considerando 60° de la resolución impugnada, la SMA indica que tuvo conocimiento de esta chimenea a partir de la actividad de inspección que se consigna en el IFA

DFZ-2021-1487-V-PPDA, indicando tajantemente en el considerando 62° que “la chimenea *bypass*, implementada en el año 2004, no fue identificada como fuente existente en el marco del proceso de evaluación de la metodología de emisiones del PPDA CQP”.

En efecto, en la tabla N°1 del “Informe de catastro inicial según Resolución Exenta N° 1.743/2019. Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones. Unidad De Cracking Catalítico (FCCU). ENAP Refinería Aconcagua”, se presentó a la SMA la información pertinente respecto a las principales características del sistema de descarga de gases para la FCC, lo cual se omite por parte de la autoridad ambiental:

A continuación, la Tabla N° 1, presenta las principales características del sistema de descarga de gases para FCCU.

Tabla N° 1
Características Sistema

Ítem	Descripción
Tipo de fuente	Fija, proceso Cracking Catalítico
Código de registro RETC	PC000380-2
Marca	UOP
Año de Fabricación	1959 ^a
Ubicación Georreferenciada (WGS DATUM84)	6.353.984 N / 265.756 E
Capacidad	5000 [m ³ Gas oil/d]
Condiciones de Operación	365 días
Tipo de Combustible Principal	Coque de FCCU
Sistema de evacuación de gases	Principal
Tipo de tiraje en descarga de gases	Natural
Configuración de chimenea	Principal / Bypass
Diámetro Interno de la Chimenea [m]	1,138 (principal)
Altura de Chimenea[m]	45,5 (principal)
Velocidad descarga gases [m/s] ^b	69,2
Temperatura [°C] ^a	326
Número de chimeneas de evacuación	2 (principal y bypass)

^a La unidad FCCU fue modificada el año 2004.

^b En base a histórico de mediciones con Método de Referencia

Fuente: Informe de catastro inicial según Resolución Exenta N° 1.743/2019. Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones. Unidad De Cracking Catalítico (FCCU). ENAP Refinería Aconcagua, preparado por la empresa Algoritmos, para ENAP, en diciembre de 2020, p.3.

A partir de lo anterior, esto es, estando en conocimiento de las instalaciones que componen la FCC, y, por tanto, de la existencia de la Chimenea *Bypass*, la SMA aprobó la propuesta

metodológica de cuantificación de emisiones, mediante **Resolución Exenta N° 75, de 15 de enero de 2021**. Al respecto, el Resuelvo Segundo expresamente indica que no se encuentran validados los sistemas de monitoreo continuo CEMS del Cracking Catalítico.

En este contexto, la SMA realizó la actividad de inspección ambiental de 28 de abril de 2021 (expediente de fiscalización **DFZ-2021-1487-V PPDA**), a partir de la cual se arguye que recién en ese momento se tomó conocimiento de que la FCC poseía 2 chimeneas. En efecto, se indica lo siguiente:

*“Se detectó en la actividad de fiscalización que el proceso de cracking catalítico presenta 2 chimeneas, una principal y una **chimenea bypass**, la cual no cuenta con un sistema de cuantificación de emisiones, por lo tanto, se desconocen las emisiones totales, efectivamente emitidas a la atmósfera, por la fuente cracking catalítico. En este sentido, dicha chimenea implementada el año 2004, no fue identificada por el titular como fuente existente en marco del proceso de evaluación de la metodología de estimación de emisiones del PPDA CQP” (el destacado es nuestro).*

Cabe hacer presente que en el acta de fiscalización se solicita lo siguiente:

“Explicar detalladamente la configuración de las chimeneas de evacuación del cracking catalítico, enfocándose en la forma en que estas están conectadas y descargan emisiones, considerando fechas en que se encuentran operativas. Deberán incluirse planos y diagramas de flujo. Adicionalmente, se deberá indicar si existe algún método de cuantificación de emisiones para esta chimenea “secundaria” del cracking catalítico”.

Es a propósito de este requerimiento que ENAP respondió lo siguiente en **carta de 12 de mayo de 2021**:

“De acuerdo a lo constatado, y conforme se indicó en el Informe Previo de Validación (IPV) del CEMS de la unidad Cracking Catalítico, denominado “Informe de catastro inicial según Resolución Exenta N°1.743/2019 Sistema de Monitoreo Continuo de Emisiones Unidad de Cracking Catalítico (FCCU), ingresado a vuestra Superintendencia mediante carta N°158/2020 de fecha 24 de diciembre de 2020, adjunta en Anexo 5, la unidad de Cracking

*Catalítico cuenta con una chimenea bypass que es utilizada durante partidas, detenciones o emergencias de planta, cuando el balance de vapor lo requiere u otro. En estos casos puntuales, el flue gas se desvía (mediante la válvula SLV752) a la chimenea de bypass, dejando el equipo recuperador de calor B755 fuera de servicio. El diseño de este sistema contempla una línea de menor diámetro, que mantiene un flujo continuo a través de la chimenea de bypass, para evitar la condensación de humedad y prevenir la corrosión en el equipo. Esta chimenea de bypass **no cuenta con plataformas ni puertos de monitoreo, por lo que ENAP Refinería Aconcagua se encuentra preparando la documentación necesaria para presentar a vuestra Superintendencia los criterios que serán utilizados para la contabilidad total de las emisiones de la unidad**” (Lo destacado en nuestro).*

Finalmente, en julio de 2021 se presentó el documento “Metodología de Estimación de Emisiones Chimenea de Bypass de Cracking Catalítico”, con el objeto de dar respuesta a la necesidad de la SMA de cuantificar las eventuales emisiones de la chimenea de respaldo. Es por lo anterior que la SMA, en el considerando 63° de la resolución impugnada concluye que “*en cuanto a la extensión del incumplimiento, es posible sostener que esta (sic) se mantuvo desde el 28 de abril hasta el 26 de julio de 2021, fecha en que ENAP presentó la metodología incorporando esta chimenea by-pass*”. Es decir, la infracción sólo se habría configurado desde la realización de la inspección ambiental hasta la presentación de la metodología de cálculo antes señalada, pese a que en el requerimiento de información del acta en ningún momento se insinuó que la existencia de la chimenea *bypass* podría invalidar lo aprobado en la Resolución Exenta N°75.

El problema de lo anterior es que la SMA, al omitir que ENAP había dado cuenta de la existencia de la chimenea *bypass* de forma previa a la Resolución Exenta N° 75, de 15 de enero de 2021, que aprueba la propuesta metodológica de cuantificación de emisiones, desconoce la naturaleza iterativa y de cooperación del proceso que lleva a la validación de la metodología. En otras palabras, es la propia SMA la que validó en un primer momento el que la cuantificación no incluyera a la chimenea *bypass*, pese a contar con información respecto a su existencia, y que, una vez, constatada por medio de una inspección ambiental requiere que la metodología de cuantificación sea complementada.

Es decir, la SMA en lugar de conducir el procedimiento administrativo de validación de la metodología de estimación de emisiones mediante las correspondientes observaciones y

requerimientos de orden técnico, después de haber emitido la resolución aprobatoria, y pese a contar oportunamente con los antecedentes pertinentes sobre la Chimenea *Bypass*, modificó su criterio y por medio de la imputación de una infracción al PPDA, encauzó una materia que era propia del proceso de revisión y análisis de la metodología presentada por ERSA, lo que en rigor se erige como una desviación de poder, en tanto se viene aplicando una sanción en lugar de haber abordado la materia en el marco previsto especialmente por el PPDA.

A.3. La metodología presentada por ENAP para la cuantificación de emisiones no adolece de una subestimación de las mismas

Como parte sustancial del cargo, la SMA imputa una eventual subestimación de las emisiones al no haber incluido la Chimenea *Bypass* en la primera propuesta metodológica presentada. En efecto, en el considerando 62° de la resolución impugnada se indica que *“una parte indeterminada de las emisiones que descarga la fuente no se encuentra contemplada en la Res. Ex. N°75/2021 (...), es decir, se produjo una subestimación del total de emisiones, debido a esta situación”*.

No obstante, y tal como fue presentado a la SMA, la metodología aplicable mientras no estuviesen disponibles los CEMS, y tal como fue aprobado por la SMA en la Resolución Exenta N° 75, de 15 de enero de 2021, se basa en la metodología de Factores de Emisión de la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (cuyas siglas en inglés son “EPA”), la que consiste en utilizar la última medición isocinética disponible para generar un factor de emisión con el cual se puedan estimar las emisiones finales a partir de la carga a la unidad.

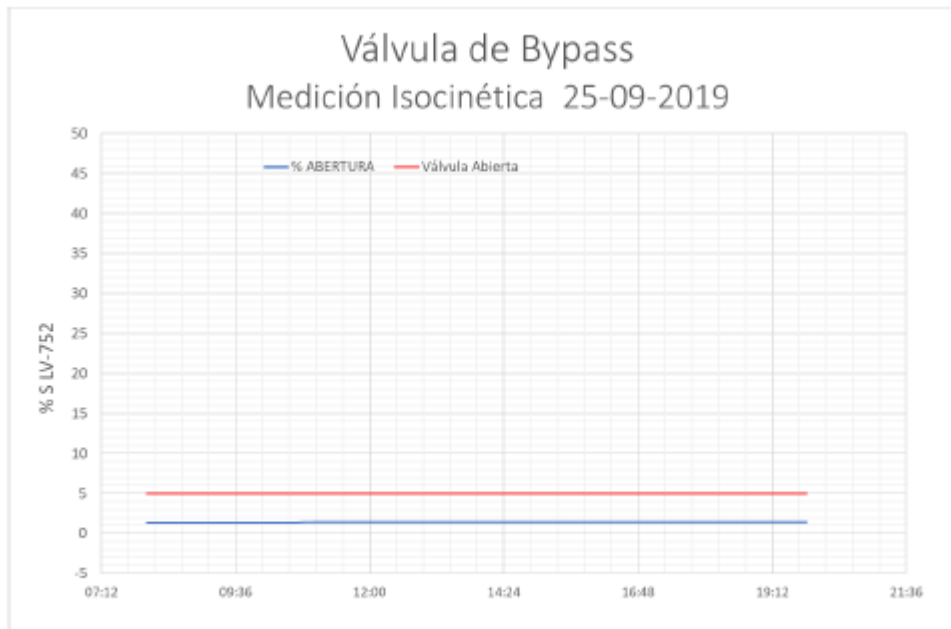
Según el método presentado, las mediciones isocinéticas se realizan en la Chimenea Principal, con la válvula que habilita la Chimenea *Bypass* (SLV752) cerrada, de manera que la totalidad del flujo es evacuado por la Chimenea Principal, razón por la cual no puede subestimarse las emisiones de la Unidad FCC, toda vez que la totalidad de las emisiones de esta fuente (en conformidad al artículo 3° del PPDA CQP) fueron medidas y presentadas a la autoridad, no influyendo para estos efectos la existencia de una chimenea *bypass*.

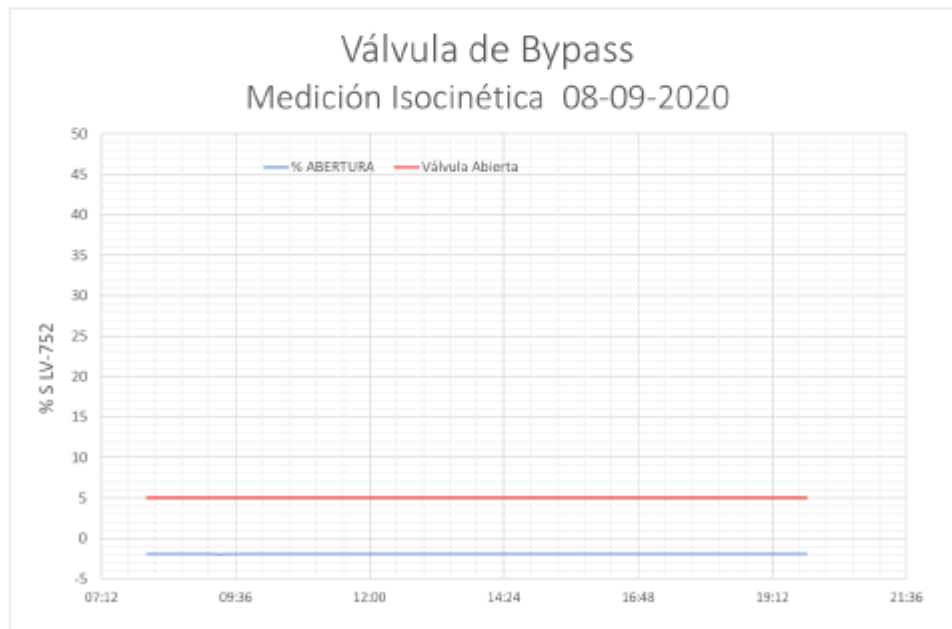
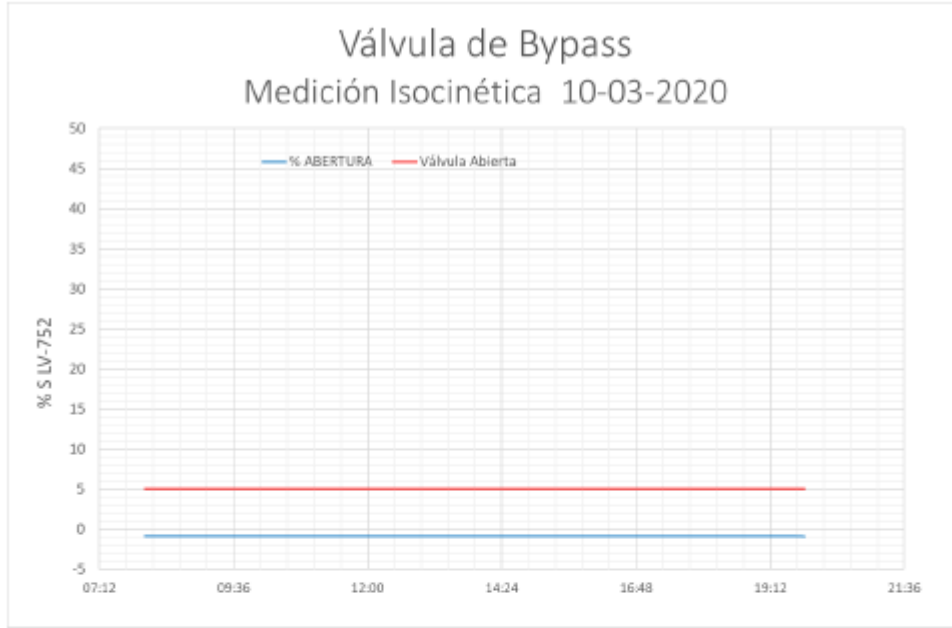
Insistimos en que este error se produce debido a que la SMA confunde a las chimeneas con las fuentes de emisión, lo cual es incorrecto si se atiende las definiciones del PPDA CQP, antes citadas en este documento.

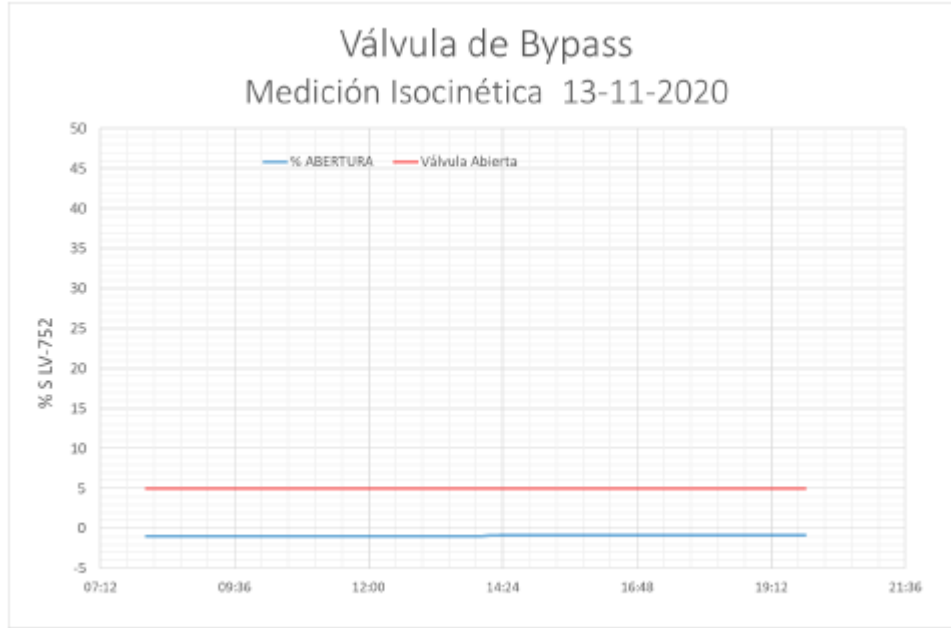
A mayor abundamiento, los gráficos contenidos en las siguientes Figuras muestran la condición de apertura de la válvula de bypass en cada una de las fechas de las mediciones isocinéticas, dando cuenta de que ésta se encontraba cerrada durante las mediciones, razón por la que, se insiste, es imposible haber subestimado las emisiones.

	Año 2019	Año 2020		
	31 de marzo a diciembre	1° Semestre (enero a junio)	3° Trimestre (julio a septiembre)	4° Trimestre (octubre a diciembre)
inicio medición	25-09-19 10:30	10-03-20 11:38	08-09-20 10:30	13-11-20 09:40
término medición	25-09-19 15:45	10-03-20 15:32	08-09-20 14:32	13-11-20 13:17
kg MP/h	88	49	46	92.7
ton MP/d	2.11	1.17	1.10	2.23

Fuente: Elaboración propia (2021).







Fuente: Elaboración propia (2021).

Sobre el particular, cabe destacar que la SMA no cuestionó la efectividad de la medición isocinética realizada -con la válvula SLV752 cerrada- que sirvió de base para la estimación de emisiones conforme a esta metodología. Ello es relevante, toda vez que implica que, con independencia de que pueda existir más de un punto de descarga en la fuente de emisión durante la fase de operación (aun cuando se trate de un valor marginal como en el caso de la Chimenea *Bypass*), dado que durante la medición isocinética el flujo de gases se controló válidamente en la chimenea principal, los resultados de la estimación de emisiones no se ven afectados, por lo que no es efectivo que no haber considerado esta chimenea pueda haber implicado una subestimación de emisiones.

A.4. La SMA no respondió a la totalidad de argumentos presentados por ENAP, por lo tanto, carece de la debida motivación

En el artículo 41, inciso primero de 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, se dispone que “*la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados*”. De esto se sigue que la autoridad debe hacerse cargo de la totalidad de argumentos planteados por la parte interesada al momento de dictar el acto que ponga término al

procedimiento administrativo sancionador, cuestión que no ocurrió en la especie, dado que en los considerandos 47° a 63° de la resolución sancionatoria omitió argumentos de ENAP que sustentan la tesis de que no existió una subestimación de las emisiones en la metodología presentada ante la SMA (y validada por ésta en la Res. Ex. N°75/2021).

En específico, no se refirió a los argumentos relativos a que a) Lo detectado en la fiscalización no corresponde al funcionamiento de la chimenea *bypass*; b) La inclusión expresa de la Chimenea *bypass* procede cuando se usan CEMS; y c) la revisión técnica de la factibilidad de la línea de 8” y definición de su bloqueo.

Mediante estos argumentos, en su escrito de descargos ENAP demostró que técnicamente no existió una subestimación de emisiones, así como que no se evidenciaron efectos ambientales adversos de ninguna índole. Sin embargo, al no hacer alusión a esta argumentación, la SMA pudo volver a sostener que habría existido una subestimación, pese a que nunca determinó en toda la resolución sancionatoria la entidad de aquella.

Lo anterior permite concluir que la resolución impugnada carece de una debida motivación, toda vez que ha tenido a la vista y desarrollado una versión parcial de los argumentos esgrimidos por ENAP en su escrito de descargos, lo cual le permitió a la SMA mantener su hipótesis de que se estaba frente a una infracción a lo dispuesto en el artículo 18 del PPDA CQP, y que esta tendría un carácter grave.

Este deber de dar respuesta a cada uno de los argumentos formulados por el interesado, máxime si se vinculan íntimamente con lo discutido, ha sido recogido por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, la cual ha estimado consistentemente que “*la resolución final del procedimiento debe decidir todas (sic) los planteamientos que presenten los interesados*”².

En función de lo anterior, este cargo no puede prosperar, debido a que se ha vulnerado el deber de motivación que se desprende de los artículos 11, inciso segundo y 41, inciso primero, de la Ley N°19.880, generando un vicio que sólo puede subsanarse con la anulación de la resolución impugnada.

² Dictamen N°017975N19, del 3 de julio de 2019.

A.5. En subsidio, el cargo debe ser recalificado como leve, dado que no se configuran los presupuestos normativos

Como es sabido, en el Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417 el legislador ha dispuesto la siguiente hipótesis para calificar como grave un eventual incumplimiento a lo normado en un PPDA:

Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.

Al respecto, la SMA en su resolución sancionatoria indica en el considerando 216° de la resolución sancionatoria que “este cargo tiene la singularidad que su incumplimiento incide en la cuantificación de las emisiones de ENAP”, agregando que el no incorporar la chimenea *by-pass* “en el conteo de emisiones general anual de una fuente **podría incidir** directamente en la comprobación de reducción de emisiones y de esa forma en el éxito del PPDA CQP”. (lo destacado es propio).

A partir de lo anterior, la autoridad concluye en el considerando 238° del mismo instrumento que: “Dicha falta de información se traduce en que **no se podrá fiscalizar** debidamente las medidas regulatorias asociadas a dichas emisiones, razón por la cual se afecta negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos del PPDA CQP, toda vez que el valor de concentración del total de las emisiones de todo el establecimiento de ENAP no se encontrarían debidamente calculadas” (lo destacado es propio).

Por esta razón, a juicio de la SMA, no corresponde variar la calificación de “grave” de la supuesta infracción.

Sobre esta calificación es del todo relevante destacar que la propia SMA ha indicado en el considerando 63° de la resolución impugnada que el supuesto incumplimiento sólo se verificó por un período menor a tres meses (28 de abril de 2021 a 26 de julio del mismo año), tiempo en el cual ENAP acogió el requerimiento de la SMA de presentar una metodología que incorporara la chimenea en cuestión.

Esta rápida respuesta de ENAP se dio en el contexto de una actividad de fiscalización, como la propia SMA destaca tanto en la FDC como en la resolución sancionatoria, por lo cual resulta implausible la afirmación de que “*no se podrá* (verbo conjugado en futuro) *fiscalizar debidamente*”, cuando, precisamente, la situación fue subsanada en el menor tiempo posible, de forma posterior a una actividad de inspección ambiental, lo que desmiente de forma automática lo expresado por la SMA, entidad que a la fecha ha seguido realizando sin problemas actividades de inspección en la unidad fiscalizable, las que al momento en que se redacta este recurso llegan a totalizar 65³.

Adicionalmente, la SMA funda su calificación en la mera posibilidad de que la supuesta subestimación de emisiones (lo cual ya fue refutado en los acápites precedentes) “*podría incidir directamente en la comprobación de reducción de emisiones y de esa forma en el éxito del PPDA CQP*”. Es decir, la calificación de gravedad no se sustenta en la comprobación empírica de que se haya afectado negativamente el éxito del PPDA CQP, sino que en una probabilidad que no es desarrollada en ningún momento.

Por lo demás, esa probabilidad tampoco es efectiva ni siquiera en términos teóricos, dado que para la estimación de emisiones de dicho período (que se realiza una vez concluido el año calendario) se corrigió la situación observada por la SMA dentro del mismo año 2021, por lo que no pudo haberse subestimado las emisiones atmosféricas

S.S. Ilustre, el desarrollo de una adecuada justificación de la calificación de gravedad de una infracción no es un asunto baladí, máxime si se tiene presente que, en la actualidad, es un elemento que está a la base de la construcción de un tipo penal, como lo es el nuevo artículo 306 del Código de la materia. Para el caso que nos ocupa, era necesario que la SMA fundara su decisión de calificar la supuesta infracción como grave en antecedentes o evidencias que pudieran contrastarse a través de la experiencia, empero, eso no ocurrió.

Lo anterior, a su vez, no se sostiene si en el propio cuerpo de la resolución sancionatoria la SMA constata que ha existido una mejoría en las condiciones de calidad del aire de la zona en que rige el PPDA CQP, lo que eleva bastante el estándar argumentativo para concluir que se ha afectado negativamente los objetivos de dicho instrumento de gestión ambiental.

³ Según se puede apreciar en el siguiente enlace: <https://snifa.sma.gob.cl/UnidadFiscalizable/Ficha/1641>

Por todo lo anterior, y en el inesperado escenario en que S.S. Ilustre estime que se ha configurado una infracción, es del caso concluir que ésta debe ser recalificada como **leve**, en virtud de los argumentos que se han presentado en este capítulo.

B. Cargo N°2

B.1 El cargo adolece de un vicio esencial, puesto que la unidad *Heat Recovery Steam Generator* no corresponde a una caldera, de acuerdo a la definición del PPDA CQP

La SMA imputa a ENAP la infracción al contenido del artículo 7 del PPDA CQP, en lo relativo a la unidad *Heat Recovery Steam Generator* (en adelante, "HRSG"), puesto que a juicio de la autoridad, ésta correspondería a una caldera. Para efectuar el análisis del cargo y de lo resuelto en el acto de término, debemos tener a la vista lo dispuesto en la referida norma:

Para acreditar el cumplimiento de los límites máximos de emisiones de MP, NO_x y SO₂ establecidos en el artículo 4, las calderas de potencia térmica mayor o igual a 20 MWt, deberán implementar un sistema de monitoreo continuo desde su entrada en operación. Dicho sistema, deberá validarse de acuerdo al protocolo técnico establecido en la Resolución Exenta 627/2016 de la Superintendencia del Medio Ambiente, o en la que lo reemplace. Tratándose de calderas existentes, el plazo para la implementación y validación de este sistema será de 12 meses contado desde la publicación del presente decreto".

Tal como se indicó en el escrito de descargos de ENAP, esta norma debe relacionarse con lo regulado por el artículo 3° del mismo instrumento, en el que se entrega la siguiente definición de caldera: "**Unidad generadora de calor a partir de un proceso de combustión, principalmente diseñada para la obtención de agua caliente, calentar un fluido térmico y/o para generar vapor de agua**". (Destacado agregado).

De lo anterior se desprende necesariamente que para considerar a una instalación como caldera, en los términos del PPDA CQP, aquélla debe corresponder a una unidad generadora de calor, el cual se debe obtener a través de un proceso de combustión.

Como se detalló extensamente en el escrito de descargos, en la unidad HRSG, en términos generales, la Cogeneradora posee un funcionamiento mediante el cual el gas natural se

combustiona en **la turbina** para la generación de electricidad. Luego, los gases calientes resultantes de ese proceso permiten la generación de vapor. No obstante, la SMA ha sostenido en el considerando 72° de la resolución impugnada que es “*indiferente para efectos del PPDA CQP si dichos gases se usan para generar energía o para intercambiar calor*”, omitiendo el antecedente del lugar en que se genera la combustión en la Cogeneradora y, derechamente, ignorando el texto del PPDA CQP.

Adicionalmente, el juicio de la SMA, anteriormente transcrito, no es sostenible si se efectúa una nueva lectura de la definición de caldera del artículo 3° del instrumento de gestión ambiental en análisis, toda vez que en dicha disposición se explicita como requisito de la definición de caldera que ésta sea diseñada para la obtención de agua caliente, calentar un fluido térmico y/o para generar vapor de agua. De esto se concluye forzosamente que la SMA ha efectuado en la especie una interpretación contra norma, toda vez que desatiende el tenor literal para ampliar su sentido y alcance, incluyendo así a la unidad HRSG dentro de la definición de caldera, sin ofrecer razones que permitan efectuar esta operación de manera objetiva, más allá de una opinión que se recoge en el considerando antes citado.

Como se ha insistido, el vapor no es consecuencia de un proceso de combustión, que está previsto sólo para la generación de electricidad en la turbina, sino que esto se produce por la recuperación de calor de los gases resultantes.

A mayor abundamiento, en el capítulo 5.2.2.2. de la descripción de proyecto de la Cogeneradora, que fue aprobado por la RCA N° 6/2019, se señalaba que:

“En condiciones normales, la cámara de combustión de la turbina producirá la combustión del gas natural, el gas en contacto con el aire generará una reacción exotérmica y una expansión, que hará girar el rotor de la turbina de combustión. Posteriormente los gases de escape de la turbina serán utilizados en la caldera HRSG para la producción de vapor.

En casos excepcionales (atribuible una frecuencia estimada de 4 días al año), la turbina puede presentar fallas menores de funcionamiento que impliquen detener su operación, y como consecuencia, los gases de escape de la turbina no podrán ser utilizados por la caldera HRSG.

Por lo tanto, el presente Proyecto incluye la inyección de aire mediante el uso de ventiladores en los quemadores suplementarios existentes en la caldera HRSG, para que en caso de eventuales fallas de la unidad generadora, sea factible dar continuidad a la generación de vapor y así mantener el flujo hacia ERA”.

En consecuencia, cabe concluir necesariamente que la HRSG no puede subsumirse bajo la hipótesis de los artículos 4° y 7° del PPDA CQP como pretende la SMA, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3° del PPDA CQP **no es una caldera para los fines de dicho instrumento**, ya que, en condición normal, no presenta generación de calor a partir de un proceso de combustión.

En este caso, y dado que no se cumple con la definición que hace operativo el reproche antijurídico, es evidente que se está ante una ostensible vulneración del principio de tipicidad, cuyo fundamento se remonta al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, y que rige la potestad sancionadora de la Administración del Estado, derivada de una interpretación analógica por parte de la SMA de un precepto del PPDA CQP.

Este tipo de análisis por analogía en materia penal y de derecho administrativo sancionador se encuentra vedado, lo cual ha sido relevado por la doctrina especializada: *“que la ley sea estricta, hace alusión a la **prohibición expresa de analogía**. No se le permite al juez recurrir a ninguna clase de normas que no esté contenida en la ley. **No puede a través de un razonamiento analógico crear un tipo para una conducta atípica a partir de otra típica que se le parece**”*⁴ (destacado propio). Sobre la aplicación del principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador, la judicatura ambiental ha razonado que *“El principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador resulta esencial para **garantizar la certeza y seguridad jurídica, exigiendo la descripción precisa de la conducta específica que podrá ser sancionada**, no siendo admisibles fórmulas abiertas, genéricas o indeterminadas. En este sentido, la determinación de la conducta que se estima infraccional en la formulación de cargos de la SMA resulta esencial para el desarrollo adecuado del procedimiento sancionatorio, otorgando certeza y permitiendo el ejercicio del derecho de defensa del administrado, materializando el principio de tipicidad en esta materia”*⁵.

⁴ Enrique Cury, Derecho Penal Parte General (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), 168.

⁵ 2° Tribunal Ambiental. Rol R-140-2016. Compañía Contractual Minera Candelaria con SMA, de 20 de noviembre de 2020, C. 131°.

En este caso, dado que el PPDA CQP señala explícitamente lo que se entenderá por caldera para los efectos de este instrumento, no es admisible que la obligación de instalar CEMS en las calderas (contenida en el artículo 7° del PPDA CQP), pueda extenderse a unidades o elementos que no caben dentro del concepto de caldera de acuerdo con la definición contenida en el propio PPDA CQP.

Todo lo señalado permite concluir que tanto la resolución que formula cargos a ENAP como la que impone una sanción se fundamentan en una vulneración al ordenamiento jurídico nacional, razón por la cual, esta última debe ser dejada sin efecto, absolviendo a mi representada de la imputación efectuada por la SMA.

C. Cargo N°3

C.1. No existe plazo para la validación del CEMS para el MP en la FCC

En el artículo 17 del PPDA CQP se dispone que: “ENAP Refinerías Aconcagua deberá implementar sistemas de monitoreo continuo de emisiones, que deberán ser validados de acuerdo al protocolo técnico establecido en la Resolución Exenta N°627/2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba Protocolo técnico para la validación de Sistemas de Monitoreo Continuo de Emisiones “CEMS” requeridos por Resoluciones de Calificación Ambiental y Planes de Prevención y/o Descontaminación”, o el que lo reemplace”.

A continuación, se señala que “El monitoreo continuo de emisiones **deberá implementarse** de acuerdo al siguiente cronograma:”

Tabla 11. Especificaciones monitoreo continuo ENAP Refinerías Aconcagua

EQUIPO/ PROCESO	PLAZO	PARÁMETROS A MEDIR	OBSERVACIÓN
Unidades de recuperación de azufre	Un año desde la publicación del presente decreto.	Caudal de salida Concentración de SO ₂	Gases: Concentración de promedios horarios para cada contaminante expresado en mg/m ³ N Flujo de gases de salida expresado en Nm ³ /h
Cracking Catalítico	Un año desde la publicación del presente decreto.	Caudal de salida Concentración de SO ₂ y MP	Partículas: Concentración de promedios horarios expresado en mg/Nm ³ Gases: Concentración de promedios horarios para cada contaminante expresado en mg/m ³ N Flujo de gases de salida expresado en Nm ³ /h

Por tanto, y según se indica expresamente en el artículo transcrito, el PPDA CQP estableció un plazo de un año desde la publicación del decreto para **la implementación** de los CEMS, **pero no determinó un plazo para obtener la validación por parte de la SMA.**

Sobre el particular, cabe señalar que, cuando el regulador ha establecido plazos tanto para la implementación como para la validación lo ha hecho expresamente, como es en el caso del artículo 7° del propio PPDA CQP, cuando indica que *“Tratándose de calderas existentes, el plazo para la **implementación y validación** de este sistema, será de 12 meses contado desde la publicación del presente decreto”*. (Destacado agregado).

A mayor abundamiento, lo mismo es apreciable al revisar otras normas de referencia, como el artículo 14 del Decreto N° 28, de 2018, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece “Norma de emisión para fundiciones de cobre y fuentes emisoras de arsénico”, al señalar que *“Metodologías de medición en chimenea: Las fuentes emisoras nuevas y existentes deben implementar las siguientes metodologías para verificar el cumplimiento de los límites máximos de emisión en chimenea: a) Para medir SO₂ en las plantas de ácido, **se debe implementar y validar un sistema** de monitoreo continuo (...) Las fuentes emisoras existentes tendrán un plazo de **un año para instalar y validar el sistema** de monitoreo continuo de emisiones, contado desde la fecha de entrada en vigencia del presente decreto”*. (Destacado agregado).

En igual sentido encontramos el artículo 9° del Decreto N° 13, de 2011, que establece “Norma de emisión para centrales termoeléctricas”, al indicar que *“Las fuentes emisoras existentes tendrán un **plazo de dos años para instalar y certificar el sistema** de monitoreo continuo de emisiones, contado desde la fecha de entrada en vigencia del presente decreto. Mientras que las fuentes emisoras nuevas deberán incorporar el sistema de medición continuo desde su puesta en servicio”*. (Destacado agregado).

Finalmente, es dable hacer presente que ni la Resolución Exenta N°627/2016 ni la norma que la reemplazó, es decir, la Resolución Exenta N°1.473/2019, que “aprueba protocolo para validación, aseguramiento y control de calidad de sistemas de monitoreo continuo de emisiones CEMS” establecieron plazos para alcanzar la validación. Por este motivo, nos encontramos con que la obligación de obtener la validación de la implementación de los CEMS no cuenta con un plazo exigible a ENAP.

La SMA en su resolución sancionatoria no se hace cargo de los argumentos de orden sistemático que se presentan para interpretar lo preceptuado en el artículo 17 del PPDA CQP, indicando exclusivamente, en sus considerandos 93° y siguientes, que para un adecuado funcionamiento

del sistema de reporte es necesario contar con la validación de los equipos por parte de la propia SMA.

A su vez, agrega que la falta “*de exigencia un "plazo" para validación del CEMS dejaría la obligación de validación del CEMS sin una fecha cierta para su cumplimiento y, en consecuencia, la norma establecida en el PPDA y el fin perseguido por esta carecería de toda operatividad*”.

No obstante, lo que se ha estado reclamando por parte de ENAP es que no puede instruirse un procedimiento sancionatorio en base a normas que no se encuentran precisamente delimitadas en su contenido, so pena de vulnerar el principio de tipicidad. Para el caso que nos ocupa, la SMA debe efectuar una interpretación *a posteriori* de la norma para darle un sentido y alcance, el cual no se sigue de manera inmediata de la simple lectura del artículo 17 del PPDA CQP.

Ante este tipo de situaciones, lo razonable era que la SMA consultara al Ministerio del Medio Ambiente cuál era la interpretación correcta de la norma en cuestión, de lo contrario estaría vulnerando lo dispuesto en el artículo 70, letra o) de la Ley N°19.300, puesto que sólo es dicha entidad ministerial la autorizada para interpretar administrativamente los PPDA.

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

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

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

D. Cargo N°7

La SMA atribuye como infracción “*Haber excedido el límite de carga de la Unidad de Hidrotratamiento de Diesel (HDT) a nivel horario de 239 m³/h; los días 6 de agosto y 27 de diciembre de 2019, habiendo operado con esta condición de carga por un total de 20 horas bajo condiciones de mala ventilación*”, lo que habría vulnerado los artículos 46 letra c) y 49 del PPDA CQP, en relación con el resuelto 1 de la resolución que modificó el Plan Operacional aprobado para ENAP.

Si bien en su resolución sancionatoria la SMA reconoce que en la FDC atribuyó una infracción a la ejecución de esta medida del Plan Operacional por 20 horas, dentro de un universo de 1.803 horas de condiciones de mala ventilación durante el año 2019, las que en realidad correspondieron efectivamente sólo a 5 horas, en donde la superación de carga durante ese tiempo horas fue de un 1,32% por sobre el valor límite (242,1 m³/ h), y el volumen total de exceso de carga fue de 13,8 m³.

En este sentido, entre el 15 de junio y el 31 de diciembre de 2019 se procesó un total de 389.282 m³ en la unidad de HDT durante 1.803 horas de condición adversa, la superación asociada a **esas 5 horas correspondió a un 0,0035% del volumen procesado y a un 0,28% del total de las horas en que se aplicó el Plan Operacional.**

No obstante, y pese a que la superación habría tenido un alcance acotado y nimio, la SMA decide prosperar con la sanción, indicando que la infracción imputada se ha configurado *parcialmente*, imponiendo de todas formas, una multa de 24 UTA.

Las razones en que se basa la SMA para hacer sobrevivir al cargo imputado se encuentran en los considerandos 153° y 154° de la resolución impugnada, los cuales se transcriben a continuación:

*153° Al respecto, cabe precisar que la imputación del hecho infraccional corresponde a una facultad privativa de esta Superintendencia, contando para ello con un espacio de discrecionalidad administrativa, establecido en el artículo 35 de la LOSMA. Esta le confiere un margen de apreciación para optar por la reacción más adecuada para asegurar la protección del interés público encomendado, esto es, aquella que permite satisfacer la necesidad pública concreta, en base a los antecedentes que obran en poder de esta SMA. **De esta forma, no sería suficiente indicar***

que el incumplimiento es de bagatela y que no justificaría el inicio de un procedimiento sancionatorio para desechar el cargo imputado.

154° De hecho, además de lo anterior, cabe indicar que el incumplimiento de una medida fijada en un PO, por la naturaleza de las medidas fijadas en él y el contexto de condiciones adversas en el cual deben operar, en una zona de relevancia ambiental crítica como es la zona de Cancón, Quintero y Puchuncaví, amerita que su cumplimiento deba ser observado de manera estricta, por lo que esta SMA considera de alta relevancia abordar sus desviaciones a través de la vía sancionatoria, en el legítimo ejercicio de sus competencias. En virtud de lo anterior, este argumento será desestimado, por ser manifiestamente improcedente.

Al respecto, a continuación se abordarán los aspectos críticos de estas afirmaciones de la SMA

D.1. La superación del límite de carga de la Unidad de Hidrotratamiento de Diesel (HDT) fue insignificante como para motivar una sanción

S.S. Ilustre, esta parte no desconoce la existencia de un margen de discrecionalidad reconocida por el legislador a la SMA, sino que lo que se discute es la utilización de dicha facultad, puesto que, ante un amplio y efectivo cumplimiento de la medida operacional de disminución de carga en la HDT, y ante un incumplimiento del todo insignificante, se decide de todas formas proseguir con la imposición de una multa.

Lo que se ha argumentado en este proceso por parte de ENAP es que la potestad sancionatoria no puede enmarcarse en un ámbito de arbitrariedad, reiterando exclusivamente la existencia de dicha potestad, como ocurre en los considerandos antes transcritos, sino que debe cumplir altos estándares para velar por el principio de juridicidad y, por ende, de los estándares esenciales de relevancia y fundamentación de los hechos concretos que se relacionan con la noma ambiental que se imputa como incumplida.

De lo anterior se sigue un mandato preciso para todo órgano público que cuente con potestades de sanción, el cual consiste en atender a las circunstancias particulares del caso concreto que sean relevantes a efectos de determinar la respuesta precisa que deriva del ejercicio de la potestad sancionatoria, lo que supone la materialización del principio de razonabilidad y su coherencia con el principio de proporcionalidad.

En ese contexto, es posible conceptualizar el principio de razonabilidad como la debida proporción entre los medios públicos a emplear y los objetivos o fines de protección, y que se desprenderá del análisis justificado que determine la necesidad de sancionar una desviación del cumplimiento de una norma específica. En otras palabras, este principio consiste en una forma de control de la arbitrariedad a través del escrutinio de los resultados de una decisión administrativa y, en específico, de la proporcionalidad con que se adopta una intervención estatal⁶. Dicho de otro modo, lo relevante del control de razonabilidad refiere a la idoneidad del acto normativo para la consecución del fin que la ley ha conferido: *“Ello implicará a veces verificar que exista una proporcionalidad entre la medida normativa y el fin perseguido a través de ésta. Si esto se cumple la norma estará conforme a la Constitución, lo que ha pasado a transformarse en un auténtico principio constitucional”*⁷.

Para el caso que nos ocupa, y ante una infracción de bagatela, como la propia SMA la ha calificado, no se ofrecen razones convincentes por parte de la autoridad para responder por qué su respuesta ha sido la más idónea, incluso en el cumplimiento de la finalidad pública que le ha sido encomendada, sino que únicamente se ofrece un razonamiento circular, en el cual se refiere constantemente a la existencia de la propia potestad.

Todo lo anterior permite concluir que no toda desviación respecto de lo establecido en una norma ambiental constituye una infracción, es decir, no cualquier diferencia entre lo que se constate en la fiscalización y lo establecido en la licencia ambiental de un proyecto, o norma ambiental que lo regule, derivará en un incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas dentro de los tipos infraccionales del artículo 35 de la LOSMA. Así, la aplicación del principio de racionalidad expuesto permite concluir que una desviación de menor entidad, considerada en el contexto integral y magnitud de la obligación supuestamente incumplida, tiene una dimensión y alcance que no alcanza para justificar o fundar razonablemente el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

O, dicho de otro modo, que la persistencia de la imposición de una sanción en estos casos exige un estándar argumentativo que supera la mera referencia a la existencia de un ámbito de

⁶ HUEPE, Fabián (2018). *Discrecionalidad Administrativa y Razonabilidad*. Thomson Reuters, pp. 205 – 207.

⁷ MARTÍNEZ, José Ignacio & ZÚÑIGA, Francisco (2011). “El principio de razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En *Estudios Constitucionales*, Año 9, Nº 1, 2011, p.206.

discrecionalidad, como se ha verificado en la especie, máxime si se ha constatado, incluso por la propia autoridad ambiental, que las condiciones ambientales en el sector han mejorado sustantivamente en los años de referencia utilizados para la formulación del cargo y la imposición de la multa.

Por otro lado, la actual institucionalidad ambiental, y en específico la regulación relativa a la respuesta ante infracciones, obedece a un modelo en que la respuesta por parte de la autoridad no corresponde exclusivamente a la imposición de sanciones administrativas, sino que a uno en el cual es posible apreciar un abigarrado abanico de respuestas por parte de la autoridad de fiscalización, sanción y cumplimiento ambiental.

En efecto, y tal como ha señalado la doctrina especializada, la estrategia general con la que fueron diseñadas las potestades de la SMA corresponden a la búsqueda de incentivos para encauzar la conducta de los administrados hacia un efectivo cumplimiento ambiental⁸, la cual comprende una batería de opciones y medidas que pueden ser impuestas o acordadas con los administrados. Esta orientación ha sido descrita como “responsividad”.

“La responsividad en materias regulatorias significa que las acciones que adopta la Administración dependen de la estructura del respectivo sector regulado, así como de sus motivaciones para ajustarse a las reglas. De esta manera, las distintas conformaciones y características de los administrados conducirán a regulaciones de diversos grados y formas; ellas deberán amoldarse a la conducta de los sujetos imperados por las normas, lo cual implica que, dependiendo de su comportamiento, se diseñará una estrategia en términos de mayor o menor intervención estatal (...) es una disposición o actitud que permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo del contexto, la cultura regulatoria y el historial de los regulados, en un momento particular”⁹.

⁸ OSSANDÓN, Jorge (2015). *Incentivos al Cumplimiento Ambiental*. Editorial Libromar, Santiago, p. 2.

⁹ SOTO, Pablo (2016). “Sanciones Administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: Un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. En *Revista Ius et Praxis*, Año 22, Nº 2, pp.195 – 196.

En razón de lo anterior, “*el Derecho Administrativo Sancionador se analiza, entonces, desde una perspectiva más amplia que considera el panorama completo del cumplimiento efectivo de la ley (esto es, del enforcement o compliance de las normas)*”¹⁰.

Por todo lo anterior, es que se solicita a S.S. Ilustre que deje sin efecto a la resolución impugnada, absolviendo a ERSA del cargo formulado y la multa impuesta por la SMA.

E. Cargo N°8

E.1 La SMA ha formulado un cargo con infracción al principio que proscribe la aplicación retroactiva de las normas

Según dispone el artículo 18 del PPDA CQP, ENAP debía “*presentar a la Superintendencia del Medio Ambiente dentro de los 6 meses de publicado el presente decreto, una propuesta metodológica de estimación de emisiones para todo su establecimiento, que deberá considerar lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del presente Plan. La Superintendencia del Medio Ambiente dispondrá de un plazo de 3 meses para pronunciarse sobre dicha propuesta una vez recibida la misma o sus correcciones. Si hubiese observaciones por parte de la Superintendencia, éstas deberán ser subsanadas en el plazo de 15 días hábiles contados desde su recepción.*”.

La metodología de estimación de emisiones a la que se refiere la norma, sería el mecanismo a través del cual se determinarían las emisiones del establecimiento y, con ello, se establecería si ERSA se ajustaba o no a los límites impuestos en el artículo 15 del PPDA CQP.

Asimismo, la metodología para la estimación de las emisiones de conformidad a la nueva regulación del PPDA CQP, para su aplicación efectiva, debía primero ser validada por la SMA, previa presentación del regulado, en un procedimiento que podía extenderse por más de 9 meses. Por consiguiente, existió un período en que, si bien regían los límites de emisiones del artículo 15 del PPDA CQP (entre otros, el relativo a SO₂), este instrumento no contempló una metodología de transición para el cálculo de emisiones y que permitiese verificar y operar de manera tal de ajustarse a tales límites por parte del regulado, entre la entrada en vigencia del PPDA CQP y la aprobación por parte de la SMA.

¹⁰ MONTT, Santiago (2010) “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, en: Documento de trabajo 4 (Santiago, Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile), p.19.

Puesto que el PPDA CQP se publicó en el Diario Oficial el 30 de marzo de 2019, mientras se validaba la propuesta metodológica a presentar con plazo límite el 30 de septiembre del mismo año, ENAP mantuvo el seguimiento de sus emisiones mediante la metodología histórica de cuantificación de éstas con que se realizaba la correspondiente declaración según el Decreto Supremo N°138/2005 del Ministerio de Salud, que Establece Obligación de Declarar Emisiones que indica, y que fue la misma utilizada para la cuantificación de las emisiones del trienio 2015 a 2017, la que correspondió, a su vez, a la base para la formulación y elaboración del PPDA CQP, como también para la determinación de las metas de reducción de emisiones contenidas en la Tabla 10 del artículo 15 del Plan.

Pues bien, con fecha de 30 de septiembre de 2019 y dentro del plazo contemplado por el instrumento, se presentó, a través de la Carta N°166, la propuesta metodológica en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 del PPDA CQP a la SMA. Frente a ello, tres meses después, mediante Resolución Exenta N°1982, de 31 de diciembre de 2019, la SMA requirió la presentación de una nueva propuesta metodológica. Para hacerse cargo de tales exigencias, mediante Carta N°21 de 6 de febrero de 2020, ENAP presentó una nueva metodología, incorporando las observaciones de la SMA.

Con fecha 20 de octubre de 2020, a través del Oficio ORD N°2869 de la SMA, ésta solicitó al Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, “MMA” o “Ministerio”), una interpretación administrativa del Artículo 17 del PPDA CQP, para aclarar qué parámetros debían medirse de manera continua para el Cracking Catalítico y las Unidades Recuperadoras de Azufre.

A su vez, mediante Carta N°138 de 26 de octubre de 2020, ERSa presentó un documento complementario al documento “Metodología estimación de emisiones Refinería Aconcagua, Terminal Quintero y Cogeneradora Aconcagua según PPDA”, que fuera presentado a través de la Carta N°21, con fecha 06 de febrero de 2020.

El MMA, a través de Oficio ORD N°205288, de fecha 28 de diciembre de 2020, emitió respuesta a la solicitud de interpretación del artículo 17 del PPDA CQP, señalando que las Unidades Recuperadoras de Azufre deben medir a través de CEMS las emisiones del parámetro SO₂ y Caudal, en tanto el Cracking Catalítico, debe medir a través de CEMS las emisiones de los parámetros SO₂, MP y NO_x y Caudal, en atención a lo dispuesto en letras d) y f) del artículo 17 del PPDA en comento.

El procedimiento iterativo y colaborativo anterior concluyó con la emisión de la Resolución Exenta N°75, de 15 de enero de 2021, a través de la cual la SMA aprobó la propuesta metodológica para la cuantificación de emisiones de ENAP. Cabe hacer presente que en el Resuelvo Cuarto la SMA dispuso que:

*“La eficiencia global del Sistema de recuperación de azufre (SRA) **se evaluará retroactivamente para el año calendario 2019 y 2020**, debiendo presentar el primer reporte anual dentro de los primeros 30 días hábiles del año 2021, y en lo sucesivo dentro de los 30 primeros días hábiles de cada año calendario, en base a la metodología aprobada según la presente resolución” y que: **“la cuantificación de emisiones deberá determinarse retroactivamente para el periodo comprendido entre el 31 de marzo y el 31 de diciembre del año 2019**, y para el año calendario 2020 debiendo presentarse los informes anuales correspondiente en un plazo de 30 días hábiles desde la notificación de la presente resolución”*(el destacado es propio).

Pese a la claridad de lo anterior, la SMA en su resolución sancionatoria intenta culpar a ENAP del retardo en la aplicación retroactiva de la metodología de cuantificación de emisiones. Tanto es así que en el considerando 181° de dicho acto de término indica que

“el retardo en la aprobación de las metodologías de cuantificación de emisiones de ENAP se debió a que esta SMA tuvo que requerir mayor información para lograr aprobar su metodología, ya que, aunque si bien se cumplió con el plazo estimado en los artículos 16 y 18 del PPDA CQP, el contenido de dicha propuesta no cumplía los requisitos mínimos para aprobar la metodología planteada”.

Esta idea se reitera en los considerandos 182°, 183° y 184°, los que pasamos a transcribir

*“182° Asimismo, es necesario enfatizar que **fue necesario pedir al MMA que interpretase el artículo 17 del PPDA CQP**, para establecer claramente los parámetros que deben medirse de manera continua para el Cracking Catalítico y las Unidades Recuperadoras de Azufre, **lo cual fue evacuado por el Ministerio con fecha 28 de diciembre de 2020**”*.

“183° Así, considerando el mejor de los escenarios, esto es, que ENAP Refinería Aconcagua hubiese presentado una propuesta completa respecto de la metodología de estimación de eficiencia global del sistema de recuperación de azufre, la SMA dispondría de un plazo de 3 meses para pronunciarse sobre dicha propuesta o sus correcciones, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2019”.

*“184° En consecuencia, en la medida que el artículo 15 y la Tabla 10 del PPDA CQP establece la "publicación" del decreto como hito para determinar la cantidad de emisiones a emitirse, y que dicha cuantificación depende necesariamente de la validación de la SMA, resultaría del todo inapropiado y contraproducente, utilizar metodologías de cuantificación anteriores, en tanto el Decreto se debe aplicar de forma armónica e integral. Es decir, si el PPDA CQP se dictó en 2018 y se publicó a comienzos de 2019, era precisamente para que en 2019 pudiera evaluarse bajo la modalidad dispuesta en el propio Decreto (metodología validada por SMA). **Hacer el análisis desde otra perspectiva haría inaplicable el límite de emisión fijado para el año 2019, no pudiendo fiscalizarse bajo ningún contexto. En otras palabras, aplicar la metodología aprobada por la SMA para el año 2019, no es más que cumplir con el PPDA CQP y sus objetivos**” (lo destacado es nuestro).*

De lo transcrito se aprecian las dos líneas argumentativas que utiliza la SMA para indicar que actuó bajo el amparo del derecho, a saber, 1) trasladar a ENAP la responsabilidad por el retraso en la aprobación de la metodología de cuantificación de emisiones; y 2) hacer sinónimos los conceptos de límite de emisiones con metodología de cuantificación de emisiones.

Respecto al primer punto, la autoridad intenta responsabilizar a ENAP del incumplimiento de un plazo que fue establecido en el propio PPDA CQP, más específicamente, en el artículo 18 de dicho instrumento de gestión ambiental. De la lectura de los considerandos 181° y 182° se desprende el reproche por parte de la SMA sobre el hecho de que ENAP hizo uso del término que la propia regulación ambiental le otorgaba, como si el actuar dentro del plazo para efectuar la presentación fuera un hecho antijurídico.

S.S. Ilustre, este argumento carece de todo fundamento por dos razones: primero, porque no logra desvirtuar bajo ninguna forma plausible que efectivamente la autoridad aplicó una metodología de forma retroactiva y, segundo, porque se basa en una circunstancia del todo llamativa, a saber, que el administrado dio efectivo cumplimiento a su obligación dentro de los plazos que el PPDA CQP le otorgaba.

Este feble argumento intenta reforzarse indicando que la SMA debió formular una solicitud de interpretación al MMA, la cual sólo se tuvo por respondida en diciembre de 2020. No obstante, mediante este ejercicio la autoridad intenta trasladar al regulado la responsabilidad de no tener plena certeza sobre la forma de entender una disposición normativa. Incluso más, **le atribuye**

a ENAP el hecho de verse obligada a formular una consulta al MMA en octubre de 2020, esto es, un año después de la primera presentación de la metodología de cuantificación de emisiones por parte de mi representada, cuando en realidad ese requerimiento lo pudo formular desde que se publicó el PPDA.

Lo insostenible de esta postura es del todo evidente, por lo cual, no parece necesario abundar en cómo se afecta nuestro sistema jurídico en caso de que prospere una posición en la que se tiene como hecho antijurídico que un administrados cumpla con los plazos fijados en un decreto y, a su vez, que se le responsabilice porque la propia autoridad de fiscalización no tenga certeza sobre la forma en que se debe entender una norma, solicitando una interpretación al MMA más de un año después de presentada la metodología de marras.

Respecto a la segunda línea argumentativa, esto es, hacer sinónimos los conceptos de límite de emisiones con metodología cuantificación de emisiones, la SMA intenta convencernos que no habría retroactividad, toda vez que el límite de emisiones entró en vigencia el 30 de marzo de 2019, siendo exigible *ipso facto*, por lo cual, sin importar que la metodología de cuantificación de emisiones se haya validado casi dos años después, a través de la Res. Ex. N°75/2021, no existiría una aplicación retroactiva de ésta.

El problema de esta línea argumentativa es que homologa un límite objetivo (contenido en el artículo 15 del PPDA CQP) con la forma en que se ha de medir el cumplimiento de dicho límite (exigencia del artículo 18 del PPDA CQP), indicando que, de otra forma, la fiscalización sería impracticable. A mayor abundamiento, indica que era deber de ENAP haber adoptado una postura conservadora al respecto, según se expresa en el considerando 196°:

“Además, cabe considerar que, mientras la SMA no se pronuncie sobre la metodología que se debe utilizar, dada la finalidad del PPDA CQP, a la empresa le corresponde asumir el escenario más desfavorable de condiciones de operación. Una interpretación diversa, sería contraria a la naturaleza del instrumento y a su objetivo”.

Al respecto, es cierto que en el PPDA CQP no es posible constatar la existencia de una norma que refiera expresamente a qué metodología de cuantificación de emisiones será la válida en el ínterin que media entre la publicación del instrumento de gestión ambiental y la validación de la propuesta de ENAP. No obstante, de este problema regulatorio del que no es responsable ERSA, no se sigue que la autoridad esté habilitada para retrotraer los efectos de un acto

administrativo a una etapa previa a su dictación, como ocurrió con la Res. Ex. N°75/2021. Esta lectura, además de ir en contra del propio texto del artículo 18 del referido instrumento, impone a ENAP el cumplimiento de una forma de medir sus emisiones que desconocía al año 2019.

El considerando 196° de la resolución impugnada, antes transcrito, viene a profundizar esta exigencia supererrogatoria, ya que indica que, aun desconociendo ERSA cuál era la metodología que aplicaría para el período, debía asumir el escenario más desfavorable de condiciones de operación. De más está decir que dicho escenario más desfavorable no era conocido en 2019 ni siquiera para la propia SMA, entidad que tuvo que solicitar en 2020 una interpretación administrativa al MMA.

La falacia argumentativa en que incurre la SMA, al homologar el límite de emisiones a la forma en que debía medirse este límite es lo que se denomina “error categorial”, mediante el cual se traspasan las propiedades de un concepto a otro, sin mediar justificación razonable. Como se aprecia, para el caso que nos ocupa, la SMA ha incurrido en un error al considerar que los límites del artículo 15, guarismos objetivos, son idénticos al medio a través del cual se verifican los mismos.

Adicionalmente, la utilización del principio de gradualismo por parte de la SMA para sustentar su argumentación es desfavorable para el punto que la autoridad defiende. Precisamente, si de conformidad al artículo 2, punto III del PPDA CQP existe una aplicación gradual de los límites de emisiones, no se sigue que la metodología para medir dichos límites no deba ser interpretada bajo esa misma lectura gradualista. Esta utilización deficiente del principio de gradualidad, específicamente en los considerandos 201° y 202° tiene su fundamento, precisamente, en el error categorial antes detectado. En el último considerando se indica expresamente lo siguiente:

*“Es así, como el principio de gradualidad, forma parte de los elementos inspiradores del PPDA CQP, y para el caso de ENAP, considera un plazo de 3 años de adaptación, según lo dispuesto en el artículo 15 de dicho instrumento, que deja de manifiesto que **los límites de emisiones de MP, SO₂ y NO_x rigen desde la publicación del Plan y hasta el tercer año**, y que son aquellos que corresponden al promedio de sus emisiones reportadas os años 2015, 2016 y 2017, y que a contar de 3 años desde la publicación del Plan (30 de marzo de 2022), los límites serían más estrictos”* (el destacado es propio).

Como se aprecia, hasta el final de su razonamiento, la SMA continúa confundiendo los límites de emisión con la metodología de cuantificación, algo que, como se ha visto, no se sostiene jurídica ni lógicamente.

A mayor abundamiento, en ningún párrafo de la resolución sancionatoria se logra explicar la razón de por qué fue la propia SMA la que indicó en la Res. Ex. N°75/2021 que la cuantificación debía aplicarse retroactivamente para los períodos 2019 y 2020, pero ahora, casi tres años después se desdice, indicando que allí donde se expresó con un término, en realidad, se refería a otro. Con ello olvida que el Derecho tiene como una de sus bases la claridad y distinción en el uso del lenguaje, impidiendo que los sujetos puedan escudarse en una utilización abusiva del mismo, y mucho menos una autoridad pública.

De igual forma a como se ha argumentado en la solicitud de invalidación parcial de la Res. Ex. N°75/2021, la aplicación retroactiva de sus efectos vulnera el principio de legalidad que rige el actuar de los órganos de la Administración del estado, el cual se desprende de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, así como el artículo 2 de la Ley N°18.575, en el cual se dispone que

*“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. **Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.**”* (el destacado es nuestro).

A su vez, la SMA a partir de la aplicación de la Res. Ex N°75, así como en la resolución impugnada, actúa de forma plena y ostensiblemente contraria a lo que se dispone en la Ley N°19.880, a saber: **“Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”**. Para el caso que nos ocupa, el efecto retroactivo en que se fundamenta el reproche de la SMA no produce consecuencia favorable alguna para ENAP, es más, el acto administrativo cuya nulidad se pretendió ante la SMA ha impuesto una multa significativa en contra de mi representada, lo cual se encuentra proscrito, de acuerdo a la norma recién transcrita.

Las reglas del PPDA y por ende las facultades de la SMA no se sustraen del principio según el cual la retroactividad sólo se permite cuando se verifican efectos favorables para el interesado,

como prescribe la ley N° 19.880; en el caso de marras, eso significa que si la aplicación retroactiva de la metodología aprobada posteriormente a la conducta de ERSA le resulta desfavorable a esta – pues supone superación del límite de emisiones –, la autoridad no puede construir una hipótesis infraccional fundada en hechos anteriores sobre los cuales aplica la Res. Ex. 75, que es posterior a tales hechos.

Conviene recordar que el artículo 9 del Código Civil dispone que la *“ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”*.

En la especie, hay aplicación retroactiva desde el momento en que se aplica un acto administrativo (Res. Ex. N° 75) sobre hechos anteriores a su entrada en vigencia y, con ello, se genera una lesión sobre los derechos o intereses del regulado. Cabe agregar que los efectos de la conducta realizada por ERSA, se verificaron con anterioridad a la Res. Ex. N° 75, de 2021. Es decir, las emisiones son las que corresponden al año 2019 y, por lo tanto, menos competencia tiene aún el mencionado acto administrativo sobre un pasado jurídicamente ya consumado (generación de emisiones durante el año 2019).

De lo expuesto cabe concluir que la SMA no cuenta con habilitación legal para irrogar efectos retroactivos a sus resoluciones, razón por la cual procede, de acuerdo con la normativa constitucional y legal, dejar sin efecto la Resolución impugnada, por vulnerar las normas que configuran un principio que inspira y da forma a nuestro ordenamiento jurídico.

E.2. La incorporación del artículo 2° transitorio del PPDA CQP no impide que se esté ante una aplicación retroactiva de la metodología de cuantificación de emisiones

No obstante, e intentando salvar la instrucción del proceso sancionatorio, la SMA recurre a un tercer argumento, a saber, que en su FDC no efectuó una adecuada delimitación del máximo de emisiones permitidas para el año 2019, dado que no aplicó efectivamente lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del PPDA CQP, razón por la cual el límite considerado en la FDC no sería el correcto.

Recordemos que en el señalado artículo se dispone lo siguiente:

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

$$\text{Emisión Máxima Permitida} = (\text{Emisión Máxima Permitida} / 365) * \text{N}^\circ \text{ de días restantes.}$$

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

A partir de lo anterior, la SMA concluye que ha existido una superación del límite de emisiones, toda vez que:

“204° Así, a fin de determinar la cantidad de toneladas de SO₂ autorizadas para cada uno de los dos periodos del año 2019, convirtieron los límites de emisión anuales a un valor diario, el que fue multiplicado por la cantidad de días que abarca cada periodo, resultando los siguientes valores autorizados:

Tabla 4. Toneladas de SO₂ autorizadas por periodo

	Primer periodo (01-01-19 a 29-03-19)	Segundo periodo (30-03-19 a 31-12-2019)
Emisión autorizada⁹	528 ton	1.132 ¹⁰ ton

Fuente. Elaboración propia.

205° Ahora bien, las emisiones estimadas para el segundo periodo del año 2019 superan el valor autorizado de emisión de SO₂, tal como se observa en la siguiente tabla:

Tabla 5. Toneladas de SO₂ estimadas para el segundo periodo de 2019

	Segundo periodo (30-03-19 a 31-12-2019)
Emisión declarada	1.681,9 ton
Emisión autorizada¹¹	1.132 ton
Excedencia	549,9 ton

Fuente. Elaboración propia.

Con todo, cabe aclarar que la emisión a la que hace referencia la SMA es aquella en la que se hace el ajuste retroactivo que se ha acusado tanto en este escrito como en los descargos presentados ante la propia Superintendencia. Por ello, es de la mayor importancia tener presente

que al aplicar la metodología existente para el año 2019 se tiene que se mantiene el estado de cumplimiento de los límites de emisión establecidos en el PPDA:

		ton SO ₂	n° días	límite SO ₂	
01-01-2019	31-12-2019	1425,5	365	1668	límite total
01-01-2019	31-03-2019	355,8	90	540	(considerando 6 ton/d)
31-03-2019	31-12-2019	1069,7	276	1128	Carta ENAP N°20/20 (proporción 1492 ton/año) <u>Adjunto</u>
01-01-2019	31-12-2019	1425,5	365	1666	límite total
01-01-2019	30-03-2019	352,1	89	534	(considerando 6 ton/d)
30-03-2019	31-12-2019	1073,4	277	1132	(proporción 1492 ton/año)

Fuente: Elaboración propia

De lo anterior se puede concluir que, no obstante la aplicación del artículo 2° transitorio del PPDA CQP, el cargo imputado por la SMA sólo puede pervivir en caso de que se continúe utilizando la metodología validada en la Res. Ex. N°75 de forma retroactiva, lo cual, como ya se ha argumentado es improcedente.

E.3. La incorporación del artículo 2° transitorio para complementar la imputación es improcedente en esta fase del procedimiento

Como ha quedado demostrado en el párrafo anterior, no existió superación de los límites máximos de emisión fijados en el artículo 15 del PPDA, sea para una consideración del año calendario completo, como ocurrió en la FDC, como efectuando la conversión del artículo 2° transitorio del Plan en cuestión.

Si bien la SMA indica en el considerando 213° de la resolución impugnada que *“la diferencia entre la excedencia de 189,9 y 549,9 toneladas de SO₂ no generará un incremento en el componente de afectación de la infracción asociada al cargo 8”*, dado que la autoridad señala que esta nueva supuesta excedencia no será considerada para determinar el componente de afectación, por regla lógica de tercero excluido, sólo cabe concluir que en esta oportunidad procesal la SMA ha efectuado una ampliación de la imputación originalmente realizada.

Ello, por una parte, podría configurar de forma subrepticia una reformulación del cargo imputado en la FDC. Dicho de otro modo, la SMA intenta salvar una deficiencia de la FDC a más de dos años de su emisión, en una oportunidad procesal que inhabilita a mi representada a controvertir su juicio dentro del procedimiento administrativo sancionador.

Una vez instruido un procedimiento sancionatorio, la SMA está habilitada para reformular cargos a un titular de una unidad fiscalizable, sin embargo, la oportunidad procesal para ello no es la resolución sancionatoria, toda vez que no permite que la parte agraviada con esta nueva consideración de los antecedentes pueda ejercer un adecuado derecho a la defensa dentro de un procedimiento justo y racional, como garantiza nuestra vigente Constitución Política de la República en el artículo 19 N°3.

Derivada de esta circunstancia se sigue, a su vez, una vulneración del principio de contradictoriedad consagrado en el artículo 10, inciso cuarto de la Ley N°19.880, en el cual se dispone como deber general para la Administración que ésta “*adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento*”.

Al haber introducido nuevas consideraciones para la determinación de la configuración de una infracción, definiendo para estos efectos nuevos límites que no estaban contemplados en su FDC, la SMA ha impedido la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador justo y racional, razón por la cual, no debe tenerse en cuenta lo expuesto por dicha autoridad en los considerandos 203° a 213° de su resolución sancionatoria, debiendo, por tanto, absolver a ENAP del cargo formulado.

Por otro lado, esta ampliación de la imputación formulada vulnera la debida coherencia entre la formulación de cargos y la resolución sancionatoria, lo cual ha sido destacado en reiteradas ocasiones por la Corte Suprema. Tal como ha destacado la doctrina: “*La Corte Suprema, durante el año 2016, ha emitido diversos pronunciamientos sobre el acto administrativo de formulación de cargos, por un lado, respecto a la autoridad competente para dictarlos: y, por otro lado, la necesidad de coherencia entre la formulación de cargos y la sanción aplicada, en el sentido de que **no se puede sancionar al inculpado respecto de hechos o normas no descritos o enunciados en la formulación de cargos***”¹¹. (Énfasis agregado).

A modo de ejemplo, puede citarse lo resuelto en causa rol N°34167-2015, en que el máximo tribunal razonó de la siguiente forma:

¹¹ Zúñiga Urbina, Francisco y Osorio Vargas, Cristóbal (2016). “Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 2, 2016, p.464.

“Séptimo: Que todo lo anterior lleva a la conclusión de que no existe la debida correspondencia entre los hechos que se imputan, las normas que se estiman infringidas y el fundamento que sustenta la formulación de los cargos, toda vez que el marco fáctico fijado en la resolución de multa da cuenta que lo realmente sancionado es la falta de denuncia en el plazo de 24 horas establecido en el artículo 176 del Código Procesal Penal. En este sentido, **las normas que sirven de sustento a la decisión de la autoridad para justificar la imposición de la sanción de la que se reclama no se corresponden con la situación de hecho que motivó el procedimiento de fiscalización administrativa impugnado en la presente causa**” (destacado propio).

Lo señalado demuestra de forma sistemática, a través de nuestra legislación y jurisprudencia, que la SMA no ha observado un adecuado estándar de tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, vicio que sólo puede subsanarse con la anulación de la resolución impugnada y la subsecuente absolución de mi representada en lo relativo a este cargo.

E.4. La estimación de emisiones para el año 2019 empleó una metodología coherente y consistente con el PPDA y reconocida por este, por lo que no son efectivos los cuestionamientos de la SMA

La SMA sostiene que existe una supuesta imprescindibilidad de aplicar la metodología aprobada mediante la resolución N° 75, de 2021, señalando en el considerando 184° que: “En consecuencia, en la medida que el artículo 15 y la Tabla 10 del PPDA CQP establece la “publicación” del decreto como hito para determinar la cantidad de emisiones a emitirse, y que dicha cuantificación depende necesariamente de la validación de la SMA, **resultaría del todo inapropiado y contraproducente, utilizar metodologías de cuantificación anteriores, en tanto el Decreto se debe aplicar de forma armónica e integral.** Es decir, si el PPDA CQP se dictó en 2018 y se publicó a comienzos de 2019, era precisamente para que en 2019 pudiera evaluarse bajo la modalidad dispuesta en el propio Decreto (metodología validada por SMA). **Hacer el análisis desde otra perspectiva haría inaplicable el límite de emisión fijado para el año 2019, no pudiendo fiscalizarse bajo ningún contexto.** En otras palabras, aplicar la metodología aprobada por la SMA para el año 2019, no es más que cumplir con el PPDA CQP y sus objetivos.” (Énfasis agregado).

Sobre el particular, es importante tener presente que tales aseveraciones realizadas por la SMA no obedecen a consideraciones jurídicas y tampoco dicen relación con los antecedentes que obran en el expediente administrativo.

En primer lugar, cabe destacar que el artículo 2° del PPDA, al exponer los antecedentes que sirvieron de base para la elaboración del Plan, señala en el capítulo IV, referente al inventario de emisiones que: “*El inventario ha sido actualizado para incorporar información de las emisiones reales de las tres fuentes que representan los principales aportes de MP, SO₂ y NO_x. Para Codelco Ventanas, Complejo Termoeléctrico Ventanas de GENER y **Refinería Aconcagua de ENAP, se actualizaron las emisiones utilizando el promedio de las emisiones reportadas los tres últimos años (2015, 2016 y 2017)**. Para el caso de Codelco Ventanas, se consideró además la estimación de emisiones fugitivas declaradas en virtud del D.S. N°138, del 2005, del Ministerio de Salud*”. (Énfasis agregado).

Posteriormente, el artículo 15 del PPDA señala expresamente que: “*A partir de la publicación del presente decreto, **el límite de emisión** de MP, SO₂ y NO_x para ENAP Refinerías Aconcagua, **será aquel correspondiente al promedio de sus emisiones reportadas los años 2015, 2016 y 2017, en cumplimiento del D.S. N°138/2005 del Ministerio de Salud**, las que representan su condición de operación promedio en ausencia de una norma específica*”. (Énfasis agregado).

Dicho lo anterior cabe reiterar que, en el reporte de emisiones de enero de 2020 respecto del año 2019, ENAP utilizó la misma metodología empleada para el levantamiento del inventario de emisiones del PPDA CQP.

De tal forma, no existe sentido técnico ni jurídico para dejar de aplicar la metodología que sirvió de base para la elaboración del propio PPDA, que a su alero se definió cuáles fueron las emisiones de ERSA en los años 2015, 2016 y 2017, y que, a su vez, fue la referencia para determinar los objetivos de disminución de emisiones contenidos en la Tabla 10 del artículo 15.

Fluye con evidencia la suficiencia y coherencia de esta metodología para fiscalizar el cumplimiento del PPDA. De hecho, es la herramienta que de manera más consistente sirve para evaluar el grado de cumplimiento del PPDA y los grados de disminución de emisiones de ERSA (incluso en mayor medida que la metodología que posteriormente fue aprobada por la SMA), ya que al utilizar la misma metodología usada para la determinación del inventario, permite comparar valores bajo los mismos criterios y referencias.

Por lo tanto, uno de los elementos centrales para que la SMA haya mantenido el cargo carece de total asidero, afectando irremediabilmente la motivación de la resolución sancionatoria, razón por la que el cargo debe ser dejado sin efecto.

E.5. En subsidio, el cargo debe ser recalificado como leve, dado que no se configuran los presupuestos normativos

Como se expuso previamente, en el Artículo 36 N°2, letra c) de la Ley N°20.417 se ha dispuesto la siguiente hipótesis para calificar como grave un eventual incumplimiento a lo normado en un PPDA:

Son infracciones graves, los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente:

c) Afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y, o de Descontaminación.

Sobre la verificación de esta hipótesis, la SMA indica que: “*Teniendo en cuenta el nivel de saturación de la zona afecta al PPDA CQP, es evidente que cualquier aporte por sobre el límite permitido aumenta exponencialmente los efectos ambientales y sanitarios que se pretenden prevenir*”. Es decir, el eventual aporte de la supuesta superación de límites ha generado un aumento de los impactos en la zona en que rige el instrumento de gestión ambiental.

El problema de este razonamiento es que carece de antecedentes que le den algún tipo de sustento, más allá de una simple conjetura, en particular si la propia SMA ha reconocido la mejora en la condición atmosférica de la zona. Es decir, la SMA no da cuenta de antecedentes concretos para sostener que la supuesta excedencia de emisiones, constatada a partir de dotar de efectos retroactivos a un acto administrativo, ha generado un aumento exponencial de los efectos ambientales y sanitarios que se pretenden evitar con la dictación del PPDA.

Debido a esta circunstancia, la SMA incurre en una doble valoración del hecho infraccional, es decir, toma la supuesta excedencia del límite de emisiones no sólo para configurar el cargo, sino que también para calificar la gravedad del mismo, procedimiento abiertamente vulneratorio del principio *non bis in idem*, que proscribe utilizar una misma circunstancia como ilícito y, a su vez, como agravante en los procedimientos administrativos sancionatorios.

De forma adicional, la conclusión ofrecida por la SMA no se condice con los propios juicios que ésta ha formulado en su resolución impugnatoria, esto es, que no se ha generado daño o peligro alguno derivado de ninguno de los cargos que formuló, así como de la constatación, según datos oficiales del MMA, que la calidad del aire ha mejorado efectivamente en la zona en que se emplaza la unidad fiscalizable, toda vez que las concentraciones de contaminantes han disminuido respecto a la situación base considerada al momento de dictar el PPDA CQP, tal como lo indica el Informe DFZ-2021-90-V-NC de la propia autoridad de fiscalización ambiental.

A partir de lo aquí desarrollado, no se aprecia una justificación adecuada del juicio según el cual se habría afectado negativamente las metas, medidas y objetivos del PPDA CQP, toda vez que, muy por el contrario, se ha evidenciado y constatado tanto por el Ministerio del Medio Ambiente como por la SMA una mejoría en las condiciones ambientales de la zona, lo cual ha sido destacado por la propia SMA.

En otras palabras, no es razonable redactar párrafos dentro de una resolución sancionatoria indicando que no se constatan efectos que puedan ser calificados como generadores de daño, impacto o riesgo para, renglón seguido, decir que éstos se han visto aumentados exponencialmente y, luego, en el mismo documento, sostener que las condiciones ambientales del lugar en cuestión se han visto mejoradas. Tal contradicción no es admisible, mucho menos si de ella se desprende una reacción sancionatoria en contra de un administrado.

De lo señalado en este acápite cabe concluir que, en el caso de que S.S. Ilustre considere que se ha configurado una infracción ambiental, ésta sólo pueda ser calificada como **leve**, toda vez que no se ha afectado negativamente las metas, medidas y objetivos del PPDA CQP.

IV. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 40 DE LA LOSMA

A continuación, y para el caso de que S.S. Ilustre estime que no corresponde absolver a ENAP de los cargos formulados, se procederá a revisar las circunstancias invocadas por la SMA para determinar la multa aplicada respecto a los cargos N°1 y 8.

A. Cargo N°1

Respecto a este cargo la autoridad estimó que no existía beneficio económico, así como tampoco aplicaban ciertas circunstancias que determinan el valor de seriedad, a saber, la importancia del

daño causado o del peligro ocasionado, ni el número de personas cuya salud pudo afectarse. Por tanto, sólo se consideró dentro del valor de seriedad la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental.

Respecto a la forma en que se analizará esta circunstancia, la SMA indica en el considerando 282° de la resolución sancionatoria lo siguiente:

“Cada infracción cometida afecta la efectividad del sistema jurídico de protección ambiental pero esta consecuencia negativa no tendrá siempre la misma seriedad, sino que dependerá de la norma específica que se ha incumplido, así como la manera en que ha sido incumplida. Al ponderar la importancia de la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental se debe considerar aspectos tales como: el tipo de norma infringida, su rol dentro del esquema regulatorio ambiental, su objetivo ambiental y las características propias del incumplimiento que se ha cometido a la norma”.

Al respecto, el grado de vulneración al sistema jurídico de protección ambiental fue caracterizado como medio, justificando esta calificación en que *“la no consideración de una fuente de emisión como lo es la chimenea by-pass, vulnera instrucciones de carácter general y específicas contenidas en el PPDA CQP y, por consiguiente, no incorporarla en el conteo de emisiones general anual podría incidir directamente en la comprobación de reducción de emisiones y de esa forma el éxito del PPDA CQP”.*

Respecto a esta circunstancia, además de relevar el lenguaje condicional que se ocupa para caracterizar la eventual vulneración al sistema jurídico (*“podría incidir directamente”*), la SMA no argumenta la razón de por qué no fue catalogada como leve, en consideración de que efectivamente se ha constatado una reducción en las emisiones, así como una mejora en la calidad de las condiciones atmosféricas de la zona en que rige el PPDA, según se ha apreciado anteriormente. Esta falta de explicación respecto al por qué se atribuye el carácter de medio a esta circunstancia de modulación de una sanción impide a ENAP el reconstruir el razonamiento de la autoridad fiscalizadora, lo que redundará en una evidente arbitrariedad al momento de fijar el monto definitivo de sanción.

Asimismo, y como se indicó a propósito de la calificación de gravedad, la SMA está utilizando la supuesta no inclusión de la chimenea *by-pass* dentro de la metodología de cuantificación de emisiones como hecho infraccional y, asimismo, como circunstancia que determina la cuantía de la sanción, vulnerando con este procedimiento el *non bis in idem*, lo cual ya ha sido criticado

previamente por este Tribunal Ambiental. Por ejemplo, en sentencia de 18 de julio de 2021, recaída en causa rol R-233-2020, esta judicatura expresó tajantemente lo siguiente:

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

En otros términos, con este principio se procura evitar que un hecho ya ha sido tomado en consideración para la configuración de un ilícito administrativo, éste mismo sea el fundamento exclusivo de la agravación de una sanción, lo cual es precisamente lo que ocurre en la especie, razón por la cual lo que corresponde es reconsiderar la clasificación del valor de seriedad como vulneración de nivel **bajo** o simplemente excluir esta circunstancia de configuración del valor de seriedad de la sanción.

En otras palabras, en caso de que se considere que el cargo debe mantenerse, por este concepto **debe asignarse el menor puntaje del valor de seriedad**, dado que 1) se ha verificado una reducción en la cantidad de emisiones por parte de ENAP; 2) el supuesto hecho infraccional ha sido subsanado en el menor tiempo posible desde que fue requerido por la SMA (menos de tres meses); 3) no ha existido una subestimación de las emisiones de ERSAs; y, 4) la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, que en este caso se expresaría a juicio de la SMA en comprometer el éxito del PPDA ya ha sido considerado previamente tanto para determinar la infracción como para calificar su gravedad, por lo que reprochar nuevamente esta situación es una vulneración al principio de *non bis in idem*.

A mayor abundamiento, para el caso que nos ocupa, la SMA no ha cumplido con un adecuado estándar de motivación de la resolución sancionatoria, toda vez que no ha indicado con claridad cuál es el puntaje específico que se le ha otorgado al valor de seriedad, presentando exclusivamente, en el resuelto segundo, una tabla en la que se expresa un rango de UTA, sin señalar el puntaje específico del valor de seriedad que se atribuyó por este concepto. Cabe recordar que esto ha sido reprochado a la SMA por parte de la Corte Suprema en la sentencia recaída sobre la causa 79.353 – 2020, en la cual el máximo tribunal reproduce un criterio elaborado por este Segundo Tribunal Ambiental, argumentando que la ausencia de la expresión

del puntaje asignado a una determinada sanción vulnera el ejercicio del derecho a defensa y el control jurisdiccional de la multa impuesta.

Dada la ilegalidad detectada y expuesta en estos párrafos, es que corresponde anular la resolución sancionatoria, ordenando a la SMA no considerar la circunstancia del artículo 40 de la LOSMA que ha sido revisada o, en su defecto, asignarle el menor puntaje de seriedad que legalmente corresponda, indicando, a su vez, el guarismo que ha fijado por este concepto y las razones que sustentan esta elección.

B. Cargo N°8

Al igual que en el caso anterior, la SMA estima que no se generó un beneficio económico en favor de ENAP a partir de la configuración de esta supuesta infracción. Asimismo, sólo consideró como componente del valor de seriedad de la infracción la vulneración al sistema jurídico de protección ambiental, caracterizándola de nivel medio, dado que, según se indica en el considerando 296° *“el incumplimiento de dichos límites de emisión implica que se liberen más emisiones al ambiente, lo que contribuye al aumento del riesgo de ocurrencia de casos de mortalidad u otros efectos sobre la salud, no contribuyendo con el propósito de reducir la saturación de la zona respecto de MP10 y MP2,5”*.

Primero que todo, y tal como se ha desarrollado a lo largo de esta presentación, no es posible determinar que haya existido una excedencia del máximo de emisiones del PPDA CQP para el año 2019, sin recurrir de forma retroactiva a una metodología de cuantificación aprobada el año 2021, lo cual, como se ha argumentado, se encuentra vedado para la SMA, toda vez que no existe habilitación legal para realizar dicho procedimiento.

A su turno, la autoridad no ofrece una argumentación consistente para demostrar por qué razón estima que la vulneración ha sido de nivel medio, sin caer en abierta contradicción. Como se ha visto, la SMA indica que la vulneración del sistema jurídico de protección ambiental se debe a un aumento en el riesgo de ocurrencia de casos de mortalidad u otros efectos sobre la salud. No obstante, es la misma autoridad que, en los considerandos previos, específicamente desde el 265° al 280° descarta la generación de un riesgo al medioambiente o a la salud de las personas, por lo cual no es coherente indicar con posterioridad que se considerará una circunstancia en virtud una generación de riesgos a la salud. En este sentido, es la propia SMA la que ha anulado previamente la hipótesis que le ha servido de fundamento para determinar la existencia del nivel del valor de seriedad acá cuestionado.

Asimismo, se reitera lo expuesto para el análisis del cargo N°1, esto es, que la SMA en la parte resolutoria del acto impugnado únicamente identificó un rango asociado al valor de seriedad que se atribuye a esta infracción, sin expresar el puntaje exacto atribuido ni las razones en que se fundamenta esta específica elección, lo cual, como ha determinado este Tribunal Ambiental y la Excelentísima Corte Suprema, es una evidente falta a la debida motivación que deben poseer los actos administrativos.

Dada la ilegalidad detectada y expuesta en estos párrafos, es que corresponde anular la resolución sancionatoria, ordenando a la SMA no considerar la circunstancia del artículo 40 de la LOSMA que ha sido revisada o, en su defecto, asignarle el menor puntaje de seriedad que legalmente corresponda, indicando, a su vez, el guarismo que ha fijado por este concepto y las razones que sustentan esta elección.

POR TODO LO EXPUESTO,

Se solicita respetuosamente a S.S. Ilustre que deje sin efecto la Resolución Exenta N°1553, de 05 de septiembre de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, ordenando absolver de la totalidad de los cargos imputados a ENAP Refinerías S.A., o, en subsidio, que se recalifiquen los cargos N° 1 y 8 como leves, y, también que se corrija la aplicación de las circunstancias reguladas en el artículo 40 de la LOSMA respecto de los mismos cargos N°1 y 8, así se reduzca la sanción impuesta al mínimo legal; todo ello en virtud de los antecedentes de hecho y consideraciones de derecho expuestas en esta reclamación.

PRIMER OTROSÍ: Ruego A S.S. Ilustre tener presente que la personería del suscrito para representar a ENAP Refinerías Aconcagua consta en Escritura Pública de 17 de enero de 2023, suscrita ante el Notario Público de la Cuadragésima Segunda Notaría de Santiago, don José Leonardo Brusi Muñoz, suplente del Titular, don Álvaro David González Salinas, e incluida en el Repertorio N°2075 – 2023, la cual se acompaña a esta presentación.

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a S.S. Ilustre tener presente que por este acto confiero patrocinio y poder para actuar en esta causa, con todas las facultades generales y especiales que al efecto dispone el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, don Rodrigo Guzmán Rosen y Cristián Ruiz Araneda, y confiero poder al abogado habilitado, don Isaías Urzúa Guerrero, quienes podrán indistintamente actuar

conjunta o individualmente, todos domiciliados para estos efectos en Isidora Goyenechea 3365, oficina 1702, Las Condes, Santiago.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. Ilustre tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1) Resolución Exenta N°1553, de 05 de septiembre de 2023, mediante la cual la Superintendente del Medio Ambiente resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-085-2021, seguido en contra de ENAP Refinerías S.A.
- 2) Certificado de notificación por correo electrónico de la Res. Ex. N°1553/2023.
- 3) Resolución Exenta N°1/ Rol F-085-2021, de fecha 06 de octubre de 2021, mediante la cual la SMA formula cargos a ENAP Refinerías S.A.
- 4) Escrito de descargos presentado por ENAP Refinerías S.A. en el procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-085-2021, con fecha 10 de noviembre de 2021.

CUARTO OTROSÍ: De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley N° 20.600, PIDO S.S.I notificar las resoluciones que se dicten en el presente procedimiento a las siguientes cuentas de correo electrónico: pgalvez@enap.cl; rodrigoguzman@gtrabogados.cl; cristianruiz@gtrabogados.cl e isaiasurzua@gtrabogados.cl.

