

Valdivia, treinta de mayo de dos mil veinticinco

VISTOS

1. A fs. 1 y ss., José llharreborde Castro y José Scagliotti Ravera, abogados, en representación convencional de **ENAP Refinerías S.A.**, interpusieron reclamación del art. 56 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente -en adelante, LOSMA- en contra de la **Res. Ex. N° 454, de 10 de marzo de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente** -en adelante, SMA o Reclamada- que resolvió el procedimiento sancionatorio D-042-2022 y sancionó al Titular del Proyecto "Refinería ENAP Biobío" -en adelante, Proyecto o Refinería- con la multa de 1.870,8 UTA, por los hechos infraccionales consistentes en: i) incumplimiento de una resolución de calificación ambiental -en adelante, RCA- al no haber reemplazado la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad; ii) incumplimiento del programa de monitoreo mensual de D.S. N° 90/2000 de MINSEGPRES, entre marzo de 2020 y noviembre de 2021.
2. La Reclamante solicita a fs. 66 y ss. dejar sin efecto la Resolución Reclamada, con costas, y en su lugar se resuelva: (i) absolver a la empresa de ambos cargos; (ii) en subsidio, modificar la clasificación del cargo N°1 de grave a leve, ordenando a la SMA que proceda a dictar una nueva multa; (iii) en subsidio, ordenar a la SMA que proceda a dictar una nueva multa respecto del cargo N°1, considerando correctamente las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.
3. La reclamación se admitió a trámite por resolución de fs. 182, que además ordenó a la SMA que informe y remita copia del expediente administrativo según dispone el art. 29 de la Ley N° 20.600. La SMA, a fs. 194, informó sobre la reclamación, solicitando su rechazo, con costas, y acompañó la copia requerida. A fs. 3397 se tuvo por informada la reclamación y se pasaron los autos al relator, que a fs. 3515 certificó estado de relación.
4. Consta a fs. 3516 que se trajeron los autos en relación; a fs. 3517 que la Municipalidad de Hualpén se hizo parte

en calidad de tercero coadyuvante de la reclamada, lo que fue aceptado por resolución de fs. 3649; a fs. 3658 que se escucharon alegatos, y a fs. 3671 que la causa quedó en acuerdo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. La Refinería se ubica en la comuna de Hualpén, Región del Biobío. Es un conjunto de instalaciones industriales destinadas a la refinación de petróleo crudo obteniendo productos derivados, que comenzó a operar en 1966. No obstante, con ocasión de modificaciones en sus procesos de producción de petróleo diésel, por medio de una Declaración de Impacto Ambiental -en adelante, DIA- obtuvo la Res. Ex. N° 65, de 22 de marzo de 2004, de la extinta COREMA Biobío, que es la RCA que se imputa infringida en el cargo N°1. Tanto la DIA como la RCA fueron acompañadas por la SMA a fs. 3398.

SEGUNDO. Se trata de un proyecto para mejorar la calidad y cantidad del petróleo diésel producido por las unidades de destilación atmosférica, sin aumentar la capacidad global de refinación de petróleo crudo. Este proyecto consideró: (i) construcción de la Planta de Hidrodesulfuración de Diésel (Planta HDS N°2) con capacidad de 1,900 m³/día; (ii) aumento de capacidad de Planta de Hidrocrecking (HCK) de 1,430 a 2,400 m³/día; (iii) reemplazo de la antorcha L-1360 con flujo másico de 200.000 kg/h por una de 701.000 kg/h; y (iv) construcción de una nueva torre de enfriamiento con capacidad de 1,200 l/s.

TERCERO. La formulación del cargo N°1 tiene como origen dos incidentes operativos de 15 de febrero de 2019 y de 3 de junio de 2021, que dieron lugar a inspecciones de la SMA. Dicho organismo constató que no se ha reemplazado la antorcha L-1360, lo cual justifica la formulación del cargo N°1. Este hecho no es controvertido. De acuerdo con la Resolución Reclamada, el reemplazo de la antorcha L-1360 y la construcción de la nueva torre de enfriamiento son medidas para disminuir los impactos ambientales de la operación de la Planta HDS N°2 y del aumento de capacidad de la Planta HCK. Por tanto, este reemplazo no estaría condicionado al aumento de flujo y volumen de producción de la Refinería, sino que debió realizarse según

el cronograma establecido en la DIA, debiendo estar operativa desde el 1 de agosto de 2004. Por esta infracción se impuso una multa de 1.867 UTA, correspondiendo 1.696 UTA a beneficio económico.

CUARTO. Por su parte, la formulación del cargo N°2, se basó en la revisión de informes de monitoreo remitidos a través del sistema de reporte del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes -en adelante, RETC-, entre marzo de 2020 y noviembre de 2021. Al respecto, la SMA consideró que ciertos parámetros no se reportaron en dicho sistema introduciendo la totalidad de muestras exigidas y durante un mes no se reportó ningún parámetro. Este hecho tampoco es controvertido. Por esta infracción se impuso una multa de 3,8 UTA, correspondiendo 0,3 UTA a beneficio económico.

I. DISCUSIÓN ENTRE LAS PARTES

1. Argumentos de la Reclamante

QUINTO. La Reclamante funda sus pretensiones en las siguientes razones:

- 1) No se configura la infracción N° 1**, pues si bien no se ha hecho el reemplazo de la antorcha L-1360, esto no se estableció en la RCA como una medida para minimizar impactos por emisiones atmosféricas, sino como una mejora operativa para posibilitar futuros aumentos de flujo de gases de la Refinería. De esa forma, el reemplazo estaba condicionado a la verificación de estos aumentos de flujo, los que no ocurrieron, sino que disminuyeron por el retiro de dos unidades de proceso. Por tanto, la Refinería tiene capacidad suficiente para quemar todos los flujos de gases, aún en el peor escenario.
- 2) Si se considera debidamente configurada, se debe reclasificar como leve**, al no tratarse de una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del Proyecto, conforme al art. 36 núm. 2 letra e) de la LOSMA. Pero de considerarse que lo es, no ha existido un incumplimiento grave de ella.

- 3) **Si se considera debidamente configurada y clasificada, existe falta de motivación en la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA.**
 - En general, no está debidamente fundamentada la incidencia que tuvieron las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en la multa impuesta, pues se omite indicar cómo la SMA aplicó en concreto los factores de incremento o disminución del componente de afectación.
 - **Respecto del beneficio económico**, pues no se indica cómo fueron consideradas las mejoras operacionales de la Refinería, ni se explica cómo se calcularon los costos retrasados en 2.057 UTA y el beneficio económico en 1.696 UTA, ni los efectos tributarios e inflacionarios durante el periodo analizado.
 - **Respecto de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado y al número de personas cuya salud pudo afectarse**, pues no entrega antecedentes ni fundamentos suficientes para determinar que se causó peligro, al limitarse a análisis teóricos ignorando que el actual Sistema de Antorchas es suficiente y que ninguna modelación determinó que existía incumplimiento de las normas primaria de calidad de aire; en cuanto al número de personas cuya salud pudo afectarse, la SMA usó una modelación que carece de datos suficientes para desarrollarla y reproducirla.
- 4) En subsidio de todo lo anterior, **la sanción administrativa por la infracción N°1 ha perdido oportunidad, ya sea por prescripción o por decaimiento**, en razón de que no se trataría de una infracción permanente sino de una instantánea con efectos permanentes; siendo así, como la Administración conocería de la inejecución del reemplazo de la antorcha L-1360 desde febrero de 2009, la infracción habría prescrito, y en su defecto, aplicaría el decaimiento.
- 5) **No se configura la infracción N°2**, pues si bien es cierto que no se ingresaron todos los resultados de los nuestros exigidos, esto se debió a una limitación de

ingreso de datos en el sistema de reporte del RETC; además, durante un mes no se reportó por incumplimiento contractual del Laboratorio Hidrolab.

2. Argumentos de la Reclamada

SEXTO. La Reclamada funda sus pretensiones en las siguientes razones:

- 1) **Está debidamente configurada la infracción N° 1,** pues no se ha reemplazado la antorcha L-1360 y la RCA estableció que esto debía estar cumplido en agosto de 2004, sin condición alguna. La sola desviación de la RCA constituye una infracción según el art. 35 letra a) de la LOSMA, ya que viola el principio de estricta sujeción a la autorización ambiental, independientemente de la clasificación que tenga dicha infracción.
- 2) **Además, está debidamente clasificada como grave,** según lo establecido en el art. 36 núm. 2 letra e) de la LOSMA, pues el reemplazo de la antorcha L-1360 por una de mayor capacidad tiene como fin minimizar los impactos que generarían la entrada en operación de la Planta HDS N° 2 y el aumento de capacidad de la Planta HCK, de modo que por su naturaleza reviste la condición de medida. Además, dicha medida cumple con el criterio de centralidad, así como los de permanencia en el tiempo del incumplimiento, que perdura hasta el presente, y de grado de implementación de la medida, que sigue siendo nulo.
- 3) **Además, la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA está suficientemente motivada,** pues la SMA expuso las razones o fundamentos para acreditar su procedencia.
 - **En general, está debidamente fundamentada la procedencia de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en la multa impuesta,** pues, en el caso de las circunstancias cualitativas, la SMA no está obligada a indicar la ponderación específica de su efecto en la cuantía de la multa, pues esto está en el ámbito de su discrecionalidad, según reconoce

la Excmo. Corte Suprema en sentencia de la causa rol 63.341-2020.

- **Respecto del beneficio económico,** se contrapusieron los escenarios de cumplimiento e incumplimiento, considerando los costos de las medidas de mejoramiento de la empresa, sobre la base de la fórmula matemática contenida en las Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales de la SMA (2017). La empresa sólo cuestiona de manera genérica el cálculo efectuado por la SMA e indica que éste no sería trazable, pero no entrega ningún valor de referencia, ni indica cómo es que debió haberse efectuado dicho cálculo de manera correcta.
 - **Respecto de la importancia del daño causado o del peligro ocasionado y al número de personas cuya salud pudo afectarse,** pues efectivamente se causó peligro, ya que la antorcha proyectada tiene mejor tecnología y mayor capacidad y altura que las que componen el actual Sistema de Antorchas, por tanto, es más efectiva y eficiente; además, se reconoce que se está en una situación límite, pues al entrar en operación el proyecto, los flujos de gases superaban la capacidad instalada del Sistema de Antorchas, por lo que se está en un escenario de riesgo de entidad media. En cuanto al número de personas cuya salud pudo afectarse, la SMA usó el modelo de dispersión de contaminantes Screen3, de la EPA, que estimó que el mayor aporte de SO₂ es a 1.300 metros desde la fuente emisora, respecto de la cual se determinó un área de influencia circular, respecto de la que se levantó información de cobertura georreferenciada de manzanas censales junto con población y viviendas rurales del Censo 2017, para la comuna de Hualpén, resultando en 14.021 personas cuya salud pudo afectarse.
- 4) **La infracción N° 1 no está prescrita, ni se configura el decaimiento.** Por una parte, omitir reemplazar la

antorchas L-1360 es una infracción de carácter permanente, que se mantiene hasta que se abandona la situación antijurídica, por lo que el plazo de prescripción no se computa hasta que cesa la conducta infractora, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. Por otra parte, habiendo transcurrido exactamente un año desde el inicio del procedimiento sancionatorio hasta su finalización, tampoco ha operado la figura del decaimiento del procedimiento.

- 5) **La infracción N°2 está debidamente configurada**, pues los reportes mensuales de ciertos parámetros no se efectuaron y no se acreditó limitación alguna en el sistema de reporte del RETC; y en el caso del incumplimiento contractual del Laboratorio Hidrolab, la falta de intencionalidad no impide configurar la infracción, sino considerarla para la circunstancia del art. 40 letra d) de la LOSMA.

II. CONTROVERSIAS

SÉPTIMO. Examinadas las alegaciones de las partes, el Tribunal considera que existen las siguientes controversias:

- 1) **Si está configurada o no la infracción N° 1**, determinando si la acción de reemplazar la antorcha L-1360 establecida en la RCA está sometida a plazo o a condición suspensiva.
- 2) **En la afirmativa, si está debidamente clasificada como grave, según lo establecido en el art. 36 núm. 2 letra e) de la LOSMA**, determinando si la acción de reemplazar la antorcha L-1360 por una de mayor capacidad es una medida o no, si tiene como fin minimizar los impactos del proyecto o no; y en caso de establecer que es una medida para cumplir dicho fin, si su incumplimiento es grave o no, según los criterios de centralidad, de permanencia en el tiempo del incumplimiento y de grado de implementación de la medida.
- 3) **En la afirmativa, si la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA está suficientemente motivada en general**, determinando cuál es el grado de

motivación suficiente exigible a la SMA; **y en particular respecto del beneficio económico, de la importancia del peligro ocasionado y del número de personas cuya salud pudo afectarse**, determinando si en la Resolución Reclamada dicho grado ha sido superado.

- 4) **En la afirmativa, si la sanción administrativa ha perdido oportunidad, ya sea por prescripción o por decadimiento**, determinando si la falta de reemplazo de la antorcha L-1340 es una infracción permanente (como estableció la SMA) o instantánea con efectos permanentes (como indica la empresa).
- 5) **Si está configurada o no la infracción N°2**, determinando si los hechos de terceros alegados por la Reclamante impiden configurar la infracción, y en la afirmativa, si pudieron tenerse por probados en el procedimiento administrativo.

III. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. Si está configurada o no la infracción N° 1

OCTAVO. La Reclamante considera que la Resolución Reclamada debió determinar que no se configuraba la infracción N° 1, por las siguientes razones:

- a) Es cierto que la antorcha L-1360 no ha sido reemplazada, sin embargo, la SMA interpretó erróneamente la RCA al concluir que dicha acción era exigible. De acuerdo con la RCA, este reemplazo está condicionado a aumentos de volúmenes de producción de la Refinería, lo que no ocurrió. De esa forma, la capacidad del sistema de antorchas existente es suficiente para los volúmenes de producción actuales, lo que determina que no exista infracción a la RCA.
- b) La Planta HDS N°2 efectivamente aporta flujo de gases al sistema de antorchas; sin embargo, el aumento de capacidad de la Planta HCK y la nueva torre de enfriamiento no aportan a este flujo. El reemplazo de la antorcha L-1360, para incrementar la capacidad del sistema de an-

torchas, se planificó para "absorber de mejor forma proyectos futuros", por lo que su objetivo no es eliminar o reducir los efectos adversos del proyecto, sino responder a necesidades operativas futuras.

- c) La capacidad máxima del sistema de antorchas está en función del peor escenario posible en caso de emergencia eléctrica, que obliga a conducir todos los gases de la Refinería a dicho sistema. El aporte al flujo de gases de la futura Planta HDS N°2 sería de 148.800 kg/h y los flujos totales proyectados fueron de 1.454.820 kg/h. La capacidad máxima instalada del sistema de antorchas es de 1.400.000 kg/h, por lo que se superaría en 54.820 kg/h. De esa forma, el reemplazo de la antorcha L-1360, de 200.000 kg/h de capacidad, por una de 701.000 kg/h de capacidad, obedecía a dicha superación, pero fundamentalmente, a responder a necesidades operativas futuras.
- d) La SMA considera que el reemplazo obedece al aumento del flujo de gases, estando la empresa obligada a cumplir dicha acción de acuerdo con el calendario establecido en la DIA. Esto sería errado porque:
- El único motivo usado por la SMA es que el cronograma de ejecución es estrictamente vinculante, lo que desatiende la literalidad de la tabla 2.10.3 de la DIA, correspondiendo a una interpretación antojadiza de la DIA y la RCA, que omite considerar los motivos y las circunstancias de la ejecución del proyecto, incluyendo los presupuestos operacionales; así como la imposibilidad jurídica y material de efectuar dicho reemplazo de sujetarse estrictamente a ese cronograma.
 - La existencia de un cronograma estimativo no se contradice con que el reemplazo esté condicionado a un aumento del flujo de gases de la Refinería que sobrepase la capacidad instalada del sistema de antorchas. Como este flujo se redujo por la detención de las unidades de Etileno y Bensat, no ha sido técnicamente necesario reemplazar la antorcha, ni observar el cronograma.

- El reemplazo de la antorcha L-1360 no es una medida del proyecto para controlar impactos ambientales, ni un compromiso ambiental voluntario de mitigación de emisiones. Tampoco la operación de las demás unidades consideradas en el proyecto depende de dicho reemplazo, por tanto, no fue preponderante en la calificación favorable.
 - El sistema de antorchas existente provee de condiciones de operación a los previstos en la RCA, cumpliendo el mismo objetivo, por tanto, se trataría una infracción meramente nominal, siendo improcedente la multa impuesta, además de desproporcionada.
- e) Además, el Sistema de Antorchas provee similares condiciones de operación y quemado de gases residuales, atendido que: (i) el reemplazo de la antorcha L-1360 no considera mejoras tecnológicas en el Sistema de Antorchas, sino que aumentar su capacidad; (ii) el Sistema de Antorchas no es un sistema de tratamiento de gases sino que un sistema de seguridad de la Refinería, por lo que el reemplazo no implica un mejor tratamiento de gases; y (iii) el cambio propuesto en la RCA no implica ningún efecto en las emisiones atmosféricas, debido a que estas dependen de la generación de gases por contingencias en la operación de las unidades de proceso de la Refinería, independiente de la tecnología y el tamaño de las antorchas.
- f) Por último, con los procesos de adaptación productiva de la Refinería, los flujos de gases bajaron al detener las unidades Etileno y Bensat en 2014, retirando 145.000 kg/h y 51.940 kg/h respectivamente; y el volumen de producción real presente es sustancialmente inferior al proyectado en la RCA. En informe de 2007, elaborado por P&A y KBC según metodología MCRE, se estimaron los requerimientos de descargas de la Refinería en 605.414 kg/h y la capacidad de tratamiento instalada en 906.000 kg/h. En informe de 2018, elaborado por KBC, se añadieron 235.000 kg/h para la unidad Etileno-Petroquim, lo que elevó los requerimientos de descargas a 840.414 kg/h, pero con la salida de 196.940 kg/h de las unidades Etileno y Bensat,

los requerimientos se ubican en 679.000 kg/h. Por esto, el Sistema de Antorchas actual tiene capacidad suficiente y el reemplazo de la antorcha L-1360 por otra de mayor capacidad ha perdido oportunidad y carece de justificación. Esto implica que se sancione por un hecho meramente nominal que no tiene efectos tangibles, por lo que la multa impuesta es improcedente y desproporcional.

NOVENO. La SMA considera que la infracción N° 1 está debidamente configurada. Al respecto, sostuvo que:

- a) No es discutido que se ha omitido efectuar el reemplazo de la antorcha L-1360, aunque la Reclamante afirma que esto se debe a que no se ha cumplido la condición operacional que justificaría tal acción, que sería la materialización de futuros aumentos de flujo de gases; sin embargo, la RCA no establece dicha condición, sino que establece su ejecución programada a plazo como parte integral del proyecto, debiendo estar operativa desde el 1 de junio de 2004.
- b) De la lectura de la RCA es imposible concluir que este reemplazo esté sometido a alguna condición. En ese sentido, la misma empresa reconoce que el objetivo inmediato del reemplazo de la antorcha es hacerse cargo del aumento del flujo de gases, que con la entrada en operación de la Planta HDS N°2, sobrepasaría la capacidad instalada del Sistema de Antorchas; además, la misma RCA consideró que el reemplazo era necesario, incluso considerando las futuras mejoras en los sistemas de alivio de las plantas.
- c) Por otra parte, es improcedente condicionar el cumplimiento de la RCA a la verificación de efectos sobre el medio ambiente y la salud de las personas, pues esto atenta directamente contra el art. 24, inciso final, de la Ley N° 19.300, que establece el deber de estricta sujeción a la RCA, y además conlleva confundir entre configuración y clasificación de la infracción. La estricta sujeción a la RCA ha sido reconocida por la Excma. Corte Suprema en sentencias de las causas rol 8595-2018 y 66086-2021, por tanto, la infracción está debidamente configurada.

DÉCIMO. A partir de lo expuesto, se advierte que la Reclamante no ha controvertido el que no se haya efectuado el reemplazo de la antorcha L-1395 (fs. 8, 14), sino que, más bien, ha alegado que "no se han verificado los presupuestos de hecho, derivados de la RCA N° 65/2004, para efectos de que fuera necesario realizar el reemplazo de la antorcha L-1360" (fs. 14). Por lo tanto, para establecer si se ha configurado la infracción N° 1, se hace necesario revisar el razonamiento expuesto por la SMA mediante el acto impugnado, para, posteriormente, pronunciarse sobre el momento u oportunidad a partir del cual se hacen exigibles las condiciones, normas y medidas que fue dispuesta en la resolución de calificación ambiental.

UNDÉCIMO. Revisada la resolución sancionatoria, se advierte que funcionarios de la SMA habrían constatado que el "Titular no ha realizado el reemplazo de la antorcha L-1360, de acuerdo con lo comprometido en la RCA N° 65/2004" (considerandos 36° y 37°, fs. 3352) circunstancia que no fue desconocida por el Titular (considerandos 39° y 40°, fs. 3353). Sin embargo, también se tuvo en consideración que el Titular habría argumentado que el tipo infraccional no se configuraría, dado que se habría condicionado la sustitución "en base a aumentos de flujos futuros que no se han generado" (considerando 40°, fs. 3352). La SMA, desestimó tal defensa, ya que el reemplazo de la antorcha constituye una de "las medidas que se encuentran orientadas a disminuir los impactos generados por [el Proyecto], lo que se tuvo presente al momento de la evaluación ambiental", por tanto, esta obra "tuvo un rol fundamental en la calificación favorable del proyecto" (considerandos 41°, 42°, fs. 3353). Asimismo, se indicó que, de acuerdo al cronograma de la DIA, dicha medida debía implementarse a más tardar el 1° de agosto de 2004 (considerandos 43°, 46°, 47°, fs. 3353-3354), de modo que, el reemplazo no se encontraría "condicionado a que se concrete el aumento del flujo y volumen de producción proyectado en la evaluación" (considerandos 43°, 47°, fs. 3353-3354).

DUODÉCIMO. Ahora bien, para resolver la controversia planteada, se considerará que la configuración de la infracción exige que el hecho constatado por la autoridad administrativa pueda subsumirse en alguno de los tipos descritos en el art. 35 de la LOSMA. Tratándose de incumplimiento a las condiciones,

normas y medidas establecidas en una RCA, será la referida autorización administrativa la que fijará el marco normativo y técnico que debe regir la ejecución del proyecto.

DECIMOTERCERO. Esta premisa se encuentra reforzada por el art. 24 inciso final de la Ley N° 19.300 y su símil del art. 71 del RSEIA, que establecen en términos casi idénticos que “[e]l titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”. Siguiendo a la Excma. Corte Suprema, de este articulado se extrae que la RCA constituye el marco de acción para el titular del proyecto, “configurándose ésta, en una ley que rige su actuar y, por consiguiente, habrá de estarse a ella, también, para determinar si la conducta seguida por el reclamante se ajusta al ordenamiento jurídico” (CS, Rol N° 66.086-2021, sentencia de casación 29 de diciembre de 2022, considerando 8°). En definitiva -agrega el mencionado fallo- las normas, medidas y condiciones que fueron evaluadas en su oportunidad por la autoridad competente “constituyen el principal marco normativo del proyecto que ha de seguir con el fin de resguardar no solo la ley, sino que y, principalmente, el medio ambiente” (Ibid., considerando 9°). Similar criterio, CS, Rol N° 87.933-2023, sentencia de reemplazo de 18 de julio de 2024, considerando 4°).

DECIMOCUARTO. Asimismo, se tendrá en cuenta que, en el contexto del procedimiento de evaluación ambiental, el art. 2º letra f) de la Ley N° 19.300 y los arts. 14, 15, 16 y 37 del D.S. N° 30/1997, del MINSEGPRES, que aprobó el RSEIA vigentes al momento de la calificación del Proyecto, establecían que es el proponente o titular a quien le corresponde efectuar una descripción de la iniciativa y las condiciones bajo las cuales aquella será ejecutada. Posteriormente -y de acuerdo a las disposiciones mencionadas- estas condiciones definidas por el titular son evaluadas ambientalmente y consideradas por la autoridad administrativa al dictar el acto que se pronuncia sobre la calificación ambiental del proyecto. De esta forma, los antecedentes que forman parte del procedimiento de evaluación, esto es, las actuaciones del proponente, así como lo decidido por la autoridad administrativa, originan las reglas

que deben ser observadas durante cada una de las fases asociadas a la ejecución del proyecto.

DECIMOQUINTO. En concreto, el art. 15 letra b) del antiguo RSEIA, establecía que una DIA debía contener, al menos: "La descripción del proyecto o actividad que se pretende realizar". Esta exigencia, aun cuando resultaba extremadamente generalista, no podía sino incluir aquellos antecedentes necesarios e indispensables para alcanzar una comprensión adecuada de las obras, partes y acciones consideradas. Particularmente, la obligación de describir el desarrollo de la iniciativa, en sus distintas fases o actividades en el tiempo, mediante un cronograma u otra forma de representación gráfica de su cronología.

DECIMOSEXTO. Esta interpretación, además, iría en el mismo sentido de lo dispuesto en el art. 12 letra c) del mencionado Reglamento, el que -pese a referir a los contenidos mínimos que eran exigibles a un EIA- establecía que esta descripción del proyecto o actividad debía incluir "la vida útil y la descripción cronológica de las distintas etapas del proyecto o actividad". Asimismo, se advierte que el art. 19 del RSEIA vigente (D.S. N° 40/2012 MMA), extendió esta exigencia a las DIAs, al establecer en sus literales a.5.), a.6.), y a.7.) que se debe presentar un cronograma de las principales partes, obras y acciones asociadas a las fases de construcción, operación y cierre.

DECIMOSEPTIMO. Entenderlo de otra manera, habría dificultado en extremo la evaluación ambiental de la iniciativa e impedido a la Administración efectuar control adecuado de la información presentada por el proponente. En efecto, un cronograma tiene por objetivo representar de forma gráfica un conjunto de hechos en función del tiempo. A partir de aquella información, el evaluador puede examinar y ponderar la magnitud, duración o extensión de los impactos considerando las eventuales superposiciones de actividades comprendidas para la habilitación y operación del proyecto. La importancia de presentar un cronograma, por tanto, consiste en que esta información es fundamental para identificar el efecto de los factores generadores de posibles impactos sobre el medio ambiente, determinar el momento de su ocurrencia y, en definitiva, establecer si, con

ocasión de aquellos, existirá una superposición que determine escenarios más desfavorables para el medio ambiente que los presentados y/o analizados por el titular.

DECIMOCTAVO. De esta manera, es claro que el ordenamiento ha puesto a cargo del proponente la obligación de entregar los detalles y especificación de la iniciativa, incluyendo, las condiciones bajo las cuales será ejecutada, esto es, el momento o cronología de la implementación de cada una de las fases y obras o actividades consideradas en aquellas.

DECIMONOVENO. En este entendimiento, para establecer si la Infracción N° 1 fue configurada correctamente por la autoridad, se deben tener presente los antecedentes que forman parte de la evaluación ambiental, entre ellos, la RCA, así como los antecedentes del procedimiento administrativo sancionador, de los que se advierte lo siguiente:

a) A fs. 3399 y ss., la DIA del Proyecto "Mejoramiento de calidad de diésel", en la que el Titular explicó que el aumento de la demanda del combustible diésel "ha obligado a las refinerías a modificar su configuración de plantas de proceso, dado que originalmente fueron diseñadas para producir principalmente gasolina" (fs. 3406). Así, aclaró que las "modificaciones se han centrado básicamente en la incorporación de plantas de hidrocraqueo de gas oil (HCK) [...] y de hidrotratamientos de petróleos (HDS)" (fs. 3406). Ante aquel escenario "y con el objeto de adecuarse a los requerimientos futuros en las especificaciones del petróleo diésel (menor contenido de azufre, aumento en el número de cetano y disminución en el contenido de aromáticos polinucleados) se hace conveniente desarrollar un proyecto que permita aumentar la capacidad de producción de petróleo diésel de bajo azufre. **Por ello** PETROX [el proponente original de la iniciativa] **ha considerado construir** una nueva planta de Hidrodesulfurización de Diesel (HDS N°2) y aumentar la capacidad del hidrocraqueo de alta severidad (HCK)" (destacado del Tribunal, fs. 3408). Asimismo, se sostuvo que estas obras incorporan nuevas unidades que permiten mejorar el desempeño ambiental de la Refinería, entre ellas, "**optimizar el sistema de dis-**

posición de gases residuales denominado sistema de antorchas, ya que ante nuevas ampliaciones una de las principales consideraciones que se debe tener en cuenta es la capacidad de la refinería para disponer los gases que se generan en un escenario de emergencia eléctrica general. Por esta razón, se proyecta cambiar la antorcha de refinería (L-1360) por una de mayor capacidad, de mayor altura y más alejada de la población [...]. Esta metodología permitirá mitigar los impactos que este tipo de equipos produce, tales como [...] concentración de gases y olores" (énfasis del Tribunal, fs. 3408).

- b) Luego en la misma DIA, a fs. 3413 y ss., se efectuó la descripción de la etapa de operación del Proyecto, y se presentaron las unidades que lo integran. En tal sentido, en el acápite 2.3.3. de la DIA se comenzó con una referencia general sobre los sistemas de antorchas y se indicó que estos "se diseñan para combustionar gases en amplios rangos de composición y de flujos [...] [p]or esta razón se debe contar con antorchas que favorezcan [i] la dispersión de gases y [ii] aseguren una combustión segura. Un Sistema de Antorcha típico se compone de una tubería que colecta los excedentes de gases de las distintas zonas de proceso los que conducen estos gases hasta una tubería que a través de una boquilla de quemador permite combustionar los gases residuales generados por los procesos industriales. Los factores que se consideran al momento de diseñar uno de estos sistemas son: flujo de gases, composición del gas residual, temperatura del gas, presión de gas disponible, disponibilidad y costo de insumos, requerimientos de seguridad, requerimientos ambientales y requerimientos sociales" (énfasis del Tribunal, fs. 3420-3421). En dicho contexto, se reiteró que "[e]l objetivo de reemplazar la antorcha L-1360 por una de mayor diámetro y altura es asegurar que los gases residuales sean dispuestos adecuadamente" (fs. 3420). Señaló que "[l]a nueva antorcha L-01 es una unidad del tipo sin humo ('smokeless') asistida por vapor" (fs. 3421), e indicó que ésta "tendrá una altura de 112 metros y de 50 pulgadas diámetro" (Ibid.) agregando que habría sido diseñada

"para combustionar la totalidad de los gases residuales generados en una condición de emergencia, considerando velocidades máximas de gases y radiación" (Ibid.). Asimismo, dio cuenta que "**[l]a emergencia que representa la mayor carga sobre el sistema de antorchas es la emergencia eléctrica, la cual es considerada el peor escenario posible**, [ya que] ante esa eventualidad las antorchas deben quemar la totalidad de los gases producidos por la refinería" (destacado del Tribunal, fs. 3422).

- c) En este contexto, el proponente presentó la capacidad original y proyectada del sistema de antorchas (Tablas 2.3.3.1. y 2.3.3.3. de la DIA, fs. 3422-3423), según se muestra en el Tabla N° 1 de este fallo; así como también un detalle de los flujos de gases existentes a aquél momento y los proyectados ante un escenario de emergencia eléctrica total (Tabla 2.3.3.2., fs. 3422), según se muestra en la Tabla N° 2 de esta sentencia.

Tabla 1. Capacidad original y proyectada del sistema de antorchas.

	L-1390	L-1320	L-1360	L-01	Total
Capacidad original [kg/h]	600.000	600.000	200.000	-	1.400.000
Capacidad proyectada [kg/h]	600.000	600.000	-	701.000	1.901.000

Elaboración propia y correcciones, en base a Tablas 2.3.3.1. y 2.3.3.3. de la DIA (fs. 3422, 3423).

Tabla 2. Aportes a sistema de antorchas en escenario de emergencia eléctrica general.

Plantas	Flujo Actual [kg/h]	Flujo futuro [kg/h]
COKER-HDT	62.410	62.410
Depentanizadora	35.000	35.000
Destilación atmosférica y vacío I	66.982	66.982
Destilación atmosférica y vacío II	75.990	75.990
Etileno	145.000	145.000
Hidrocracking	99.300	99.300
Hidrocracking de conversión media	124.390	124.390

Hidrodesulfurización	148.800	297.600
Isomerización	107.700	107.700
Petroquímica	135.000	135.000
PSA	5.220	5.220
Saturación de benceno	51.940	51.940
Unidad recuperadora de livanos (URL)	184.550	184.550
Viscoreducción	63.738	63.738
Falla eléctrica total	1.306.020	1.454.820

Tabla 2.3.3.2. de la DIA (fs. 2422).

d) Posteriormente, en el Título 2.10. de la DIA se muestran los cronogramas asociados a la construcción y puesta en marcha de las distintas obras y partes asociadas al Proyecto. En cuanto a las actividades involucradas en el reemplazo de la Antorcha L-1360, se indicó que el inicio de la fase de construcción se encontraba estimada para el primer trimestre del 2004, mientras que su término estaba estimado para finales del segundo semestre del 2004. La puesta en marcha del nuevo sistema de antorchas, en tanto, se encontraba planificada para el tercer trimestre del 2004 (Tabla 2.10.3. de la DIA, fs. 3443). A su vez, de los cronogramas presentados para la implementación de nueva planta de Hidrodesulfurización de Diésel (HDS N°2) y aumento de la capacidad del hidrocraqueo de alta severidad (HCK), se extrae que su puesta en marcha fue proyectada para el segundo y tercer trimestre del 2005, respectivamente (Tablas 2.10.1. y 2.10.2. de la DIA, fs. 3442), según se muestra en la Tabla 3 de esta sentencia.

Tabla 3. Cronograma de actividades.

Construcción	01/03/ 2003	01/12/ 2003												
Puesta en marcha	01/04/ 2004	01/08/ 2004												
Unidad de hidrotratamiento y desulfurización														
Ingeniería	01/03/ 2004													
Construcción														
Puesta en marcha		01/11/ 2005												
Aumento capacidad de hidrocoking														
Ingeniería	01/02/ 2004													
Construcción														
Puesta en marcha		01/11/ 2005												

Elaboración propia y correcciones, en base a Tablas 2.10.1., 2.10.2 y 2.10.3. de la DIA (fs. 3442, 3443).

e) Finalmente, a fs. 3505 y ss., la RCA N° 65/2004, que calificó ambientalmente favorable el proyecto "Mejoramiento calidad de diésel", donde se reitera que la iniciativa considerará entre sus obras y partes el reemplazo de la antorcha L-1360 (considerando 3.1. de la RCA, fs. 3506); agregando luego que "[e]l reemplazo de la antorcha L-1360 implica **mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el actualmente existente, mejorando las condiciones para una mejor dispersión de gases en la atmósfera**. En condiciones extremas de emergencia y por un periodo no superior a los **15 minutos** se estima una **emisión de Anhídrido Sulfuroso (SO₂) cercana a 26 [ton/día]**, 0.8 [ton/día] de Óxidos de Nitrógeno (NO_x) y 0.1 [ton/día] de Material Particulado MP10. En condiciones normales de funcionamiento se esperan 3.5, 2 y 0 [ton/día] respectivamente" (énfasis del Tribunal, considerando 3.2. de la RCA, fs. 3507).

VIGÉSIMO. A partir de lo reseñado, estos sentenciadores concluyen que la iniciativa correspondía a una modificación de proyecto existente que carecía de RCA, y cuyo propósito era aumentar la capacidad de producción de petróleo diésel en una planta originalmente diseñada para producir -en lo principal-

gasolina. Esto implicaba la incorporación de nuevas unidades de producción, lo que resultaría en un incremento de las emisiones de gases residuales generados. Asimismo, este Tribunal observa que la Refinería, en su configuración original, contaba con un sistema de antorchas con una capacidad de 1.400.000 kg/h para combustionar estos gases residuales. Sin embargo, esta capacidad no era suficiente para incinerar el flujo total de gases proyectados para la nueva Refinería, ya que el nuevo escenario más desfavorable, representado por una falla o emergencia eléctrica general o total, producía un aumento total equivalente a 1.454.820 kg/h. Por esta razón, se consideró sustituir una de las antorchas existentes (antorcha L-1360) por una nueva (L-01), de mayor altura y diámetro, capaz de manejar el flujo de gases en el nuevo escenario de emergencia eléctrica general, garantizando una adecuada dispersión y una combustión segura de gases. Dicho de otro modo, este proyecto no solo buscó aumentar la capacidad de producción de petróleo diesel, sino también asegurar que el sistema respondiera adecuadamente ante el flujo adicional de gases previsto en el peor escenario de falla eléctrica.

VIGÉSIMO PRIMERO. En consistencia con lo anterior, en la DIA se presentó un cronograma para las fases de construcción y operación, en el cual se informaron fechas "estimadas" de inicio y término de las distintas actividades. Es decir, la ejecución de las distintas fases del Proyecto no se encontraba sujetas a un plazo definitivo, sino que más bien a uno referencial o aproximado, susceptible de ser flexibilizado en función de las circunstancias externas e imprevistas a las que comúnmente se ven afectados este tipo proyectos de gran envergadura. No obstante, se observa que esta flexibilidad se encuentra condicionada a la secuencia de eventos descritos en el citado cronograma que, con claridad, establecen que la construcción y operación de la antorcha L-01, constituía una actividad previa y, por tanto, una condición a la construcción y puesta en marcha de la nueva planta de hidrodesulfurización de diesel y el aumento de la capacidad del hidrocracking de alta severidad.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Por lo tanto, estos sentenciadores concluyen que la puesta en marcha de aquellas partes u obras destinadas a aumentar la capacidad de producción de petróleo diésel estaban condicionadas cronológicamente al reemplazo de la antorcha, pues, con ello, se aseguraba que ante casos extremos o de emergencia, hubiese capacidad suficiente para combustionar la totalidad de los gases residuales generados. De este modo, el Proyecto fue descrito y autorizado considerando la operación de un sistema de antorchas que pudiera garantizar la gestión segura y eficiente de estos nuevos flujos de gases, por lo que tal sustitución constituye un supuesto que debía verificarse de forma previa a la construcción y puesta en marcha de las obras que incidían en el aumento de producción de la Refinería.

VIGÉSIMO TERCERO. En consecuencia, aun cuando el reemplazo de la antorcha no estaba sujeto a un plazo -según se indicó en la Resolución Sancionatoria-, sí constituía una condición para la construcción y operación de la nueva planta de hidrodesulfurización de diésel y el aumento de la capacidad del hidrocraking de alta severidad. Por lo tanto, esta debía verificarse previamente.

VIGÉSIMO CUARTO. Ahora bien, esta inexactitud en la Resolución Reclamada no afecta de manera sustancial lo razonado por la SMA, ya que -teniendo en cuenta que el Titular dio inicio a la ejecución del Proyecto- la omisión referida necesariamente permite configurar la infracción imputada por la SMA. Además, del propio acto impugnado se infiere que la sustitución debió realizarse "de acuerdo al cronograma establecido para el proyecto" (considerando 43º de la Resolución Reclamada, fs. 3353), de modo que, el reemplazo de la antorcha -según se ha explicado previamente- no puede sino constituir una condición para las demás obras, la cual "tuvo un rol fundamental en la calificación favorable del proyecto" (considerando 42º de la Resolución Reclamada, fs. 3353) al estar orientada a disminuir los impactos generados y justificar la inexistencia de efectos adversos significativos sobre la salud de la población y el medio ambiente.

VIGÉSIMO QUINTO. Además, este razonamiento es consistente con lo señalado por la propia Reclamante en su escrito de

reclamación, en el que indica que "la capacidad del Sistema de Antorchas existente al momento de evaluarse ambientalmente la DIA era **casi suficiente** para hacerse cargo del nuevo flujo asociado al aumento proyecto" (énfasis del Tribunal, fs. 18). Esta afirmación, por consiguiente -además, de reconocer la insuficiente del sistema de antorcha original- es contraria a lo aseverado por la Reclamante, en cuanto indicó que "el reemplazo de la antorcha L-1360 por una nueva resulta totalmente indiferente para la implementación de esas unidades [de proceso]" (fs. 20).

VIGÉSIMO SEXTO. En este sentido, también será desestimada la alegación referida a que este reemplazo estuvo condicionado a aumentos de flujos de gases de proyectos futuros. Como se reseñó en el motivo Decimonoveno del presente fallo, una de "las principales consideraciones" (DIA, fs. 3408) que debe tener en cuenta este tipo de iniciativas "es la capacidad de la refinería de disponer gases" (DIA, fs. 3408). Por tanto, el diseño de proyecto debe considerar el escenario más desfavorable (DIA, fs. 3422), siendo la falla eléctrica general el escenario que "representa la mayor carga sobre el sistema de antorchas" (DIA, fs. 3422). Así, se evidenció que el sistema existente era insuficiente para manejar la carga proyectada (DIA, fs. 3422-3423), razón por la cual se condicionó la reconfiguración del Proyecto y el aumento de producción al reemplazo de una de las antorchas por otra que ofrecía mejores condiciones y mayor seguridad en la incineración de gases (DIA, fs. 3442-3443). Por lo tanto, aun cuando la holgura de la antorcha L-01 podría -eventualmente- manejar nuevos incrementos de producción, aquello en ningún caso permite sostener que esta modificación fue concebida para futuros proyectos.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. También se debe tener presente que -contrariamente a lo indicado por la Reclamante- las obras o partes de un proyecto también pueden constituir medidas, que, al incluir mejores técnicas, permiten optimizar la gestión ambiental de la iniciativa y evitar o bien reducir, en general, las emisiones y el impacto en el medio ambiente y la salud de las personas. Por ello, se desestimarán la alegación de la Reclamante en cuanto a que el reemplazo mencionado no constituye "medida para controlar impactos ambientales". Además, según lo

señalado por el propio titular en la DIA, dicha sustitución "permitirá mitigar los impactos que este tipo de equipos produce, tales como [...] concentración de gases y olores" (fs. 3404). En otros términos, este cambio en el diseño constituye una obra destinada a reducir y limitar los efectos negativos del proyecto, particularmente, aquellos susceptibles de afectar a la salud de las personas del entorno.

VIGÉSIMO OCTAVO. Adicionalmente, la optimización descrita en la DIA impide sostener -como lo hace la Reclamante- que el sistema de antorchas existentes "proveen similares condiciones de operación y quemado de gases" (fs. 22). Por el contrario, las mejoras comparativas que presenta la antorcha L-01, tales como, su mayor altura y diámetro (DIA, fs. 3421), su capacidad incrementada de quemado de gases (DIA, fs. 3422-3423), y su ubicación estratégica más alejada de zonas habitadas (DIA, fs. 3403, 3408), demuestran que se trata de una optimización relevante del sistema existente, puesto que las variables mencionadas contribuyen a una mejor dispersión de las emisiones y a la reducción de los impactos en la calidad del aire y en la seguridad de las personas, reafirmando que las condiciones operativas del sistema que fue proyectado son superiores y más seguras que las del sistema anterior. Por lo tanto, la desviación constatada sobre estas mejoras que fueron evaluadas y aprobadas, además de infringir las condiciones establecidas en la RCA, no garantiza los mismos niveles de seguridad y protección ambiental previsto.

VIGÉSIMO NOVENO. Por último, aun cuando esta medida no fue presentada como compromiso ambiental voluntario, aquella constituye una obra o acción que sí influye en la identificación, estimación y cuantificación de los impactos ambientales y en la calificación del Proyecto, lo que, además, es coherente con la obligación de efectuar la descripción del proyecto en consideración a la posibilidad de generar alteraciones directas o indirectas a los elementos del medio ambiente. Es decir, formando parte de las obras descritas en el proyecto, se hace innegable su relevancia para la evaluación ambiental y, más concretamente, para la determinar la extensión, duración y magnitud de los efectos ambientales del proyecto.

TRIGÉSIMO. Desde esta perspectiva, es crucial tener en cuenta nuevamente que la RCA -como se razonó en el considerando Decimotercero del presente fallo- constituye el marco de acción para el titular del proyecto, por lo que cualquier modificación o supuesta mejora en los procesos internos que implique prescindir de una de las principales obras contempladas en la ejecución del Proyecto debería ser previamente evaluada y aprobada por la autoridad competente. Así pues, la información proporcionada por la Reclamante a fs. 68 y ss., para sostener que el reemplazo no sería necesario debido a las mejoras internas y la supuesta disminución del volumen de producción y generación de gases y emisiones, no puede ser aceptada sin la validación previa de la autoridad administrativa competente. Por ello, esta alegación referida a las mejoras operativas carece también de fundamento legal, ya que la obligación del titular del proyecto es cumplir estrictamente con la RCA y en caso de introducir modificaciones, someterse a los procedimientos administrativos especialmente contemplados para ello, cuestión que no ha ocurrido en el caso.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Además, es importante considerar que la evaluación ambiental arranca de los escenarios más adversos asociados a las condiciones de funcionamiento más desfavorables autorizadas para el Proyecto. En la medida que no se haya definido y autorizado una nueva condición operacional que se traduzca a una reducción efectiva de los flujos de gases y, por tanto, en la determinación de una nueva condición más desfavorable, el reemplazo de la antorcha seguirá siendo plenamente exigible, especialmente, si se considera que el Titular dio inicio a la condición operativa autorizada por la RCA N° 65/2004.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Por todo lo anterior, la omisión sancionada por la SMA se encuentra correctamente configurada, correspondiendo desestimar las alegaciones de la Reclamante.

2. Si la infracción N° 1 está debidamente clasificada como grave

TRIGÉSIMO TERCERO. La empresa considera que, de estimarse configurada la infracción N° 1, esta debe ser recalificada

como leve, ya que el reemplazo no es una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto, y de estimarse que lo es, su incumplimiento no es grave. Al respecto indicó que:

- a) Según la descripción del proyecto, el reemplazo es una parte del mismo y no una medida para eliminar o minimizar sus efectos adversos, cuyo fin es permitir mejores condiciones operacionales en caso de futuros proyectos que aumenten el flujo de gases, además de que las otras unidades del proyecto no dependen operativamente de este reemplazo.
- b) Además, como el Proyecto fue evaluado mediante DIA, no se contemplan medidas para reducir o eliminar impactos significativos; tampoco la RCA considera que el reemplazo sea un compromiso ambiental voluntario, ni lo establece como exigencia o condición. Esto no se altera porque el considerando 3.2 de la RCA indique que implica mejores condiciones de operación y quemado de gases residuales que el existente, porque esto depende del aumento de flujos en la Refinería, que no se verificó.
- c) De estimarse que es una medida para eliminar o reducir los efectos adversos del proyecto, no existe incumplimiento grave de la misma. Respecto de la relevancia o centralidad de la medida, con el Sistema de Antorchas actual no ha existido superación de las normas primarias de calidad de aire, ni se han producido consecuencias negativas; no obstante, de manera injustificada, la SMA considera que ha existido una situación de riesgo para el medio ambiente y la salud de la población. Respecto de la permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado de implementación de la medida, el reemplazo no se ha efectuado porque no se ha verificado el supuesto de hecho que lo justificaba y hacía exigible.

TRIGÉSIMO CUARTO. La SMA considera que la infracción N° 1 está debidamente clasificada como grave, por configurarse el art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA. Al respecto, sostuvo que:

- a) El reemplazo de la antorcha L-1360 no es condicional, y su inclusión tuvo como fin ampliar la capacidad de quemado de gases de la Refinería en caso de emergencia, ya

que la entrada en operación de la Planta HDS N°2 apor-
taría un volumen de gases que excederían la capacidad
instalada.

- b) La norma en cuestión hace referencia al incumplimiento grave de las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto según lo establecido en su RCA. Por tanto, no exige que sea un tipo específico de medidas, sino que cumplan el fin allí establecido, por lo que no se limitan a medidas de mitigación, compensación o reparación. Esto ha sido reconocido por las sentencias de las causas R-174-2018 y R-221-2019, del Segundo Tribunal Ambiental, y R-28-2019, de este tribunal.
- c) Por su parte, el reemplazo de la antorcha L-1360 tiene el fin exigido por la norma aplicada, pues la misma DIA indica que esta es una medida de mejoramiento de la calidad ambiental, que busca optimizar el sistema de disposición de gases residuales en caso de emergencia eléctrica general.
- d) En cuanto al incumplimiento grave de esta medida, no es necesario que el efecto que se busca eliminar o minimizar se verifique, bastando que tengan ese fin, como reconoce la sentencia de la causa R-15-2015 de este tribunal. Siendo así, la gravedad se establece a partir de los criterios de: (a) relevancia o centralidad de la medida incumplida, en relación con las demás medidas para hacerse cargo del efecto identificado, (b) permanencia en el tiempo del incumplimiento; y (c) grado de implementación de la medida.
- e) El primer criterio se cumple porque sin reemplazo y con la operación de la Planta HDS N°2, ante una emergencia eléctrica general, no hay capacidad para quemar todos los gases, pero de haberse construido, tendría una holgura de 47%. Tampoco hay antecedentes para afirmar que el actual sistema de antorchas, con las mejoras efectuadas, sea equivalente a la tecnología prevista en la RCA. Esto es importante, considerando que la comuna de Hualpén está declarada zona latente por MP10 y zona saturada por MP2,5 y en ella está vigente el Plan de Prevención y Descontaminación de Concepción Metropolitano. En cuanto

a la permanencia del incumplimiento, este se mantiene hasta el presente, y en cuanto al grado de implementación, este sigue siendo nulo.

TRIGÉSIMO QUINTO. Para resolver la controversia planteada, el Tribunal comenzará revisando la motivación que tuvo la SMA para clasificar la infracción N° 1, como una infracción grave de acuerdo al art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA; para luego, determinar si aquella clasificación se ajustó al supuesto previsto en la norma.

TRIGÉSIMO SEXTO. Según se señaló en la resolución sancionatoria, la clasificación de gravedad se justifica, toda vez que el reemplazo de la antorcha es una de las dos unidades orientadas a disminuir los impactos generados por la Refinería, "en particular los vinculados con emisiones atmosféricas, mediante la incorporación de mejoras tecnológicas en la infraestructura del sistema de antorcha" (considerando 76°, fs. 3363). Así, se concluyó que, en consideración a la naturaleza de esta nueva unidad, esta revestía la condición de medida en los términos del art. 35 N° 2 letra e) de la LOSMA (considerandos 75°, 76°, fs. 3363). Asimismo, se sostuvo que lo anterior también se "tuvo presente al momento de la evaluación ambiental" (considerando 75°, fs. 3363), según se logaría advertir de varios de los pasajes de la propia DIA, donde esta obra fue calificada de "medida de mejoramiento de la calidad ambiental", dado que su propósito es "optimizar el sistema de disposición de gases residuales" (Ibid.).

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Por otra parte, para motivar tal decisión, la misma resolución sancionatoria refiere a la centralidad de la medida, indicando que, a diferencia del sistema de antorchas existente, el nuevo sistema tendría mayor capacidad de combustionar la totalidad de gases ante el escenario más desfavorable, además, de favorecer de mejor manera la dispersión de contaminantes en la atmósfera (considerandos 78° a 80°, fs. 3363, 3364). Esto adquiere especial relevancia considerando la declaración de Zona Latente para MP10, de Zona Saturada para MP2.5 y el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica vigente a la fecha (considerando 81°, fs. 3364). En este contexto, para la SMA "resulta evidente la centralidad de la medida en la evaluación ambiental respectiva [...] especialmente

considerando que las emisiones atmosféricas corresponde a uno de principales [sic] efectos de la unidad fiscalizable" (considerando 82°, fs. 3364-3365). Finalmente, en relación a la permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado implementación, se indicó que a la fecha de la resolución sancionatoria el Titular "no ha ejecutado el cumplimiento de la medida" (considerando 85°, fs. 3365).

TRIGÉSIMO OCTAVO. En primer lugar, el art. 36 de la LOSMA, con el objeto de delimitar el rango del cual depende la sanción y su eventual cuantía, gradúa las infracciones de acuerdo a ciertos supuestos objetivos clasificándolas en categorías de gravísima, grave, o leve. En tal sentido, el numeral 2º letra e) indica que serán calificadas como graves aquellas infracciones que "[i]ncumplan gravemente las medidas para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad, de acuerdo a lo previsto en la respectiva Resolución de Calificación Ambiental".

TRIGÉSIMO NOVENO. En este orden de ideas, el Tribunal tendrá presente que el diseño institucional, y en particular, el art. 10º de la Ley N° 19.300, ha optado por identificar una serie de proyectos o actividades que, debido a su naturaleza, se asume que pueden llegar a ocasionar impactos negativos sobre el medio ambiente y, por lo tanto, se condiciona su ejecución a la evaluación previa y calificación favorable de sus impactos. Ahora bien, aun cuando la presentación de una DIA no obliga a incorporar un plan de medidas de mitigación, reparación o compensación, aquello no obsta ni impide que los proponentes puedan incluir en el diseño de sus proyectos medidas de manejo u optimización que mejoren el desempeño ambiental del proyecto y minimicen o eviten que se produzcan efectos adversos, precisamente porque estos proyectos producen externalidad negativas que, aunque menos intensas, continúan siendo perniciosas para el medio ambiente (en el mismo sentido, 3TA, Rol R-28-2019, sentencia de 12 de agosto de 2020, considerando 30°; CS, Rol N° 11.485-2017, sentencia de casación de 5 de marzo de 2018, considerando 34°).

CUADRAGÉSIMO. Esta interpretación, además, es coherente con el tenor literal del art. 36 N° 2 de la LOSMA, que dado el

carácter extensivo de su redacción, amplía el ámbito de aplicación al incumplimiento de medidas que hagan frente a efectos adversos, indistintamente de si estos revisten o no el carácter de "significativos". Así, de acuerdo con el art. 2º letra e) inciso 2º de la RSEIA, se entiende que concurre el supuesto de "significancia" sólo cuando "los impactos ambientales [...] generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias del art. 11 de la Ley [Nº 19.300]". En consecuencia, el art. 36 Nº 2 letra e) de la LOSMA, al no condicionar la hipótesis a un efecto adverso significativo, ha ampliado esta calificación de gravedad a cualquier tipo de medida, ya sea que esté asociada a un impacto ambiental de mayor trascendencia, como en el caso de un EIA, o se encuentre vinculada a un impacto no significativo que forme parte de una DIA o incluso un EIA.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Por lo tanto, estamos ante "una medida para eliminar o minimizar los efectos adversos de un proyecto o actividad" cuando -y no exclusivamente- aquella haya sido concebida en el diseño o descripción del proyecto, y provea condiciones de seguridad en su funcionamiento que permitan solventar o abatir las externalidades negativas previstas en la evaluación ambiental.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Ahora bien, considerando también lo expuesto en los considerandos Decimonoveno y Vigésimo de este fallo, se concluye que el reemplazo de la antorcha constituye una medida concebida para favorecer la dispersión de emisiones y garantizar una combustión segura de la totalidad de los gases residuales generados en la condición operativa más desfavorable para el proyecto y el medio ambiente (DIA, fs. 3420-3421; RCA Nº 65/2004, fs. 3507). En consecuencia, el objetivo de la medida, es garantizar que este flujo de gases sea "dispuesto adecuadamente" (DIA, fs. 3420) y "mitigar los impactos que este tipo de equipos produce, tales como [...] concentración de gases y olores" (DIA, fs. 3408). Es decir, esta obra incorporada al Proyecto tuvo como principal propósito influir en la estimación y cuantificación de los impactos ambientales, reduciendo los potenciales efectos adversos sobre la salud de la población y el medio ambiente.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Por lo tanto, el Tribunal rechaza esta primera alegación asociada a la segunda controversia planteada por la Reclamante, ya que el supuesto de gravedad, regulado en el art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, fue correctamente aplicado respecto de la infracción configurada por la SMA.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Resuelto lo anterior, se determinará si la infracción a la medida antes descrita satisface el criterio de gravedad, considerando la centralidad, el grado de implementación y permanencia de la medida incumplida, según sostuvo la SMA en su resolución sancionatoria.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. A este respecto, lo primero a considerar es que el art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA, no establece criterios precisos para determinar cuándo se está ante un "incumplimiento grave". Es decir, la norma proporciona un margen de discreción para que la autoridad administrativa pueda definir fundadamente si este elemento o supuesto concreto concurre o no en la especie. Esta técnica regulatoria, por lo demás, obedece a que "la realidad a la que se debe enfrentar la Administración con el fin de servir los intereses generales es compleja y cambiante, por lo que precisa disponer de potestades flexibles y fácilmente adaptables a las peculiaridades de cada caso para poder tutelar dichos intereses eficazmente, como es su deber constitucional" (Bacigalupo, M., "La vinculación de la Administración Pública a la Ley y el Derecho", en: Velasco, F. y Darnaculleta, M. (Dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, p. 137). En otros términos, en la disposición en cuestión, el legislador ha reducido la densidad con la que la norma ha programado el contenido de la actividad administrativa, ya que no establece con exactitud el o los criterios que deben ser considerados para establecer cómo ante esta hipótesis se configura el supuesto de "incumplimiento grave". El legislador solamente ha condicionado su actuación a que se verifique un supuesto que carece de completa determinación, lo que admite un margen de apreciación, y produce una atenuación de la intensidad del control jurisdiccional (Ibid., p. 138).

CUADRAGÉSIMO SEXTO. En este contexto, la SMA explicó en su resolución que "para determinar la entidad del incumplimiento

[...] esta Superintendencia [...] debe atender a distintos criterios, según las particularidades de cada infracción que se haya configurado. Estos criterios son (i) la relevancia o centralidad de la medida y de su cumplimiento, en relación con el resto de las medidas que se hayan dispuesto en la RCA para hacerse cargo del correspondiente efecto, (ii) la permanencia en el tiempo del incumplimiento, y (iii) el grado de implementación de la medida, es decir, el porcentaje de avance en su implementación" (considerando 71°, fs. 3362). Asimismo, aclaró "que para ratificar o descartar la gravedad, debe concurrir la centralidad o relevancia de la medida como elemento de ponderación, pudiendo o no concurrir alternativamente los dos elementos restantes" (considerando 72°, fs. 3362).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Por lo tanto, no siendo la permanencia en el tiempo del incumplimiento y el grado de implementación criterios esenciales para la calificación de gravedad, ni habiendo sido controvertido por la Reclamante que "el reemplazo de la antorcha L-1360 no se ha efectuado" (fs. 42, 43) y, entendiendo en consecuencia, que estos últimos se configuran, únicamente se analizará si el criterio de relevancia o centralidad fue correctamente determinado por la SMA.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Al efecto, este Tribunal comparte el razonamiento de la autoridad administrativa en relación a la centralidad de la medida, ya que, entre las emergencias asociadas al Proyecto, una de las de ocurrencia más probable es el escenario de corte de suministro eléctrico y detención total de la planta, según fue previsto en la evaluación ambiental. En dicho escenario se libera una mayor cantidad de gases a la atmósfera, lo que posee el mayor potencial de causar efectos sobre la salud de la población. Por esa razón, en la DIA se consideró el reemplazo de la antorcha L-360, por una que entregue la capacidad necesaria para incinerar la totalidad de los gases residuales emitidos en tales situaciones y que, de acuerdo al flujo proyectado, equivale a 1.454.820 kg/h (DIA, fs. 3422). Así, se planteó que en el peor escenario la "nueva antorcha debería procesar el 53% de los gases generados por la refinería" (DIA, fs. 3431) agregando también que, con ello, se cubriría la diferencia entre flujos originales y proyectados

que el sistema inicial no era capaz de absorber o combustionar (DIA, fs. 3422-3423).

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Por lo tanto, a juicio del Tribunal, esta intervención era crucial para asegurar que el sistema de antorchas tuviese capacidad para gestionar adecuadamente los flujos de gases en situaciones de emergencia y disminuir los impactos ambientales sobre la salud de las personas y el medio ambiente. Esto se traduce en que esta medida fue un factor ponderado en el contexto de la evaluación ambiental y, por tanto, considerada para justificar la ausencia de efectos adversos significativos y, en última instancia, para calificar ambientalmente favorable el Proyecto en cuestión.

QUINCUAGÉSIMO. Además, la relevancia de la medida se ha visto intensificada en el tiempo, si se considera que en la actualidad la Refinería se emplaza en una zona sensible, que ha sido declarada Zona Latente para MP10 (D.S. N° 41/2006, Ministerio Secretario General de la Presidencia) y Zona Saturada para MP2,5 (D.S. N° 15/2015, del Ministerio del Medio Ambiente) y que, además, cuenta con Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica (D.S. N° 6/2018 del Ministerio del Medio Ambiente), según dio cuenta la propia SMA en la Resolución Reclamada. Estos instrumentos de gestión ambiental reafirman la centralidad de una medida cuyo propósito ha sido minimizar impactos asociados a la liberación de gases, en un entorno, que hoy evidencia niveles críticos de contaminación.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Finalmente, el que no se hayan verificado un daño o consecuencias negativas directas producto de la infracción -según alegó la Reclamante-, no impide a la SMA establecer la concurrencia de esta causal de gravedad, pues una interpretación sistémica del mismo art. 36 N° 2 de la LOSMA, permite inferir que aquellas causales de gravedad que miran a los resultados o efectos del incumplimiento se encuentran en las letras a), b) y c). Este razonamiento, además es consistente con la jurisprudencia de este Tribunal que fue citada en el informe de la SMA, donde se resolvió que "[...] las medidas preventivas destinadas a eliminar o minimizar los 'efectos adversos', se incumplen necesariamente cuando es posible constatar la ausencia de aquellas, y no necesariamente con la concurrencia de los hechos que se pretendían minimizar

o eliminar" (3TA, Rol N° R-15-2015, sentencia de 5 de febrero de 2017, considerando 14°). Dicho de otro modo, la calificación considerada por la SMA, no necesita acreditar la efectividad de daño o que se materialice el efecto adverso abordado por la medida, sino que basta incumplir gravemente la misma. De otra forma, asimilar el "incumplimiento grave", con los de "causado daño ambiental" o "generado riesgo significativo a la salud de la población" confunde y desvirtúa el objetivo regulatorio de la disposición.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. En definitiva, a juicio de este Tribunal, no se configuró el vicio alegado por la Reclamante, ya que la Superintendencia clasifica acertadamente la infracción N° 1, adecuando su decisión al supuesto previsto en el art. 36 N° 2 letra e) de la LOSMA. Por lo tanto, los argumentos de la Reclamante serán desestimados.

3. Si la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA está suficientemente motivada en general; y en particular respecto del beneficio económico, de la importancia del peligro ocasionado y del número de personas cuya salud pudo afectarse

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. La empresa considera que, de estarse configurada y debidamente clasificada la infracción N° 1, no se ha motivado suficientemente la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en general; pero, particularmente, no se ha motivado respecto del beneficio económico, de la importancia del peligro causado y del número de personas cuya salud pudo afectarse. Al respecto indicó que:

a) **En general, no está debidamente fundamentada la incidencia que tuvieron las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en la multa impuesta.** Si bien la SMA analiza los distintos factores que incrementan o disminuyen el componente de afectación, ella se limita a indicar si será o no considerada para determinar la multa, pero omitiendo en cómo influyen en el monto de la multa. Esto deriva en la imposibilidad de realizar un control de la Resolución Reclamada, pues no es posible analizar en concreto si la multa cumple con el principio de proporcionalidad, si

responde realmente a las circunstancias mencionadas y si se están aplicando como corresponde.

- b) **Respecto del beneficio económico**, la SMA no especifica cómo los costos incurridos por mejoras operacionales fueron realmente considerados en su cálculo, pues dado el monto de la multa impuesta, no parecen haber sido considerados. Por otra parte, los costos retrasados son determinados en 2.057 UTA, sin ninguna explicación, y luego el beneficio económico es determinado en 1.696 UTA, sin expresión alguna de razonamiento. Además, excepto por el tipo de cambio, no se analizan otros factores relacionados con el cálculo del beneficio económico, como los efectos tributarios e inflacionarios, por lo que existe falta de motivación, tal como se ha establecido en causa rol R-172-2018, del Segundo Tribunal Ambiental.
- c) **Respecto de la importancia del peligro ocasionado y del número de personas cuya salud pudo afectarse**, indica que la SMA descarta que la infracción haya causado daño o consecuencias negativas directas, pero sí peligro. Sin embargo, no entrega antecedentes ni fundamentos suficientes para arribar a dicha conclusión, pues se limita a teorizar que, de haber mediado el reemplazo de la antorcha L-1360, se contaría con una mayor capacidad de quemado de gases residuales, los que serían tratados en mejores condiciones de operación, resultando en una mejor dispersión de gases en la atmósfera. Sin embargo, esto ignora que el actual Sistema de Antorchas entrega idénticas condiciones de operación que aquél proyectado con el reemplazo de la antorcha L-1360. Además, ignora que ninguna modelación determinó que existía incumplimiento de las normas primarias de calidad de aire. Por su parte, respecto del número de personas cuya salud pudo afectarse, la modelación usada por la SMA no señala todas las variables consideradas para la dispersión de los contaminantes, lo que evidencia una motivación insuficiente y además impide el derecho a defensa de la empresa, al no poder reproducir dicha modelación.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. La SMA considera que ha motivado suficientemente la aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en general y también en particular. Al respecto indicó que:

- a) **La aplicación de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, para la determinación de la sanción, está debidamente motivada.** Indica que es efectivo que la Resolución Reclamada no expresó el puntaje específico asignado al valor de seriedad, ni los ponderadores del componente de afectación, pero verificó la concurrencia de cada circunstancia aplicada. De acuerdo con la sentencia de la Excma. Corte Suprema en causa rol 63.341-2020, basta para motivar adecuadamente la sanción, que las circunstancias cualitativas del art. 40 estén acreditadas, pues la ponderación específica de su efecto en la cuantía de la multa corresponde al ámbito de la discrecionalidad de la SMA. Exigir que la motivación se extienda a exponer los valores precisos para cada una de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, es un requisito no exigido por ley, que transformaría la sanción en un sistema de tarificación. En todo caso, el control de proporcionalidad es posible por medio de la revisión de la motivación del acto administrativo y de los tipos y rangos de sanciones aplicables según la clasificación de la infracción. Esto es coherente con lo razonado por la Excma. Corte Suprema en sentencias de las causas 17.736-2016 y 63.341-2020, y por este tribunal en las causas R-6-2014 y R-15-2015, al distinguir entre circunstancias cuantitativas, como el beneficio económico, y cualitativas.
- b) **La determinación del beneficio económico está debidamente motivada,** pues consideró expresamente los efectos de la inflación para su cálculo, como recoge el considerando 98° de la Resolución Reclamada. Además, el beneficio económico se origina debido al retraso de incurrir en costos de cumplimiento de la medida, lo que se consideró debió ocurrir antes del 28 de diciembre de 2012, fecha de la entrada en funciones plenas de la SMA, lo que determina el escenario de cumplimiento. En cambio, el escenario de incumplimiento va desde el 1 de agosto

de 2004 hasta el presente, y que incluyó los costos incurridos por mejoras operacionales. Contrapuestos ambos escenarios, resulta en un beneficio económico por costos retrasados de 1.696 UTA. Agregó que, en todo caso, la empresa solo hace un cuestionamiento genérico del cálculo, sin entregar valores de referencias ni cálculos alternativos, lo que basta para rechazar la alegación, según criterio aplicado por este tribunal en sentencia de causa rol R-25-2021.

- c) **La importancia del peligro ocasionado está debidamente determinado y ponderado**, pues de haberse reemplazado la antorcha L-1360, se contaría con un sistema de antorchas de mayor capacidad para quemar los gases residuales y en mejores condiciones de operación, resultando en una mejor dispersión de gases en la atmósfera, lo que fue reconocido en el considerando 3.2 de la RCA. Lo anterior es más relevante, cuando la comuna de Hualpén se encuentra declarada como zona saturada por MP2,5 desde 2015 y latente por MP10 desde 2006, por lo que el incumplimiento del titular contribuye a elevar el riesgo preexistente en la zona. Por otro lado, aunque los reportes de emisiones de SO₂, MP10 y NOx de 2017, 2018 y 2019 concluyen que no se han superado las cantidades esperadas en condiciones normales de operación, y que no se han presentado alteraciones significativas para dichos parámetros en las estaciones de monitoreo relevantes, esto solo significa que el riesgo no se ha materializado hasta ahora, cuando el actual sistema de antorchas no es suficiente para quemar correctamente los flujos que contempló el proyecto. Esto permitió concluir que existe un riesgo de entidad media para la salud de la población más cercana a la Refinería.
- d) **El número de personas cuya salud pudo verse potencialmente afectada está debidamente determinado y ponderado**, pues se utilizó el modelo de dispersión de contaminantes Screen3 de la EPA. Con este, se ingresaron los datos técnicos de la antorcha L-1360, y se determinó que el punto de máximo impacto se encuentra a 1.300 metros de la fuente, con una concentración modelada de SO₂ de 128

$\mu\text{g}/\text{m}^3$, que, ajustada para calcular una concentración promedio diaria, resultó en $51 \mu\text{g}/\text{m}^3$. Luego se determinó un área de influencia circular, sobre la cual se obtuvo información de cobertura georreferenciada de manzanas censales e información de población y viviendas rurales del Censo 2017, para la comuna de Hualpén, resultando en un estimado de 14.021 personas cuya salud pudo afectarse en mayor medida con las emisiones de SO_2 de $51 \mu\text{g}/\text{m}^3$.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Previo a abordar el fondo del asunto, cabe señalar que la SMA –una vez determinada la gravedad de la infracción– cuenta con un amplio margen de discreción para definir la naturaleza e intensidad de la sanción y, en caso de ser multa, determinar el monto específico asociado.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Esta discrecionalidad, sin embargo, no es absoluta, sino que la SMA debe adoptar una decisión en base a las circunstancias específicas que encierra el caso, considerando el listado de factores que dispone el art. 40 de la LOSMA y que, en concreto, tienen por objeto dar fundamento, coherencia, y proporcionalidad a la sanción impuesta por la autoridad administrativa.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. De este modo, la SMA, al aplicar las circunstancias del art. 40 de la LOSMA, se encuentra obligada a justificar y explicar, en base a criterios razonables y proporcionales, la forma en la que tales factores influyen en la determinación de la sanción. Es decir, la autoridad administrativa –en concomitancia con los arts. 11, 16 y 41 de la Ley N° 19.880 y el art. 54 de la LOSMA– debe motivar adecuadamente la sanción específica aplicada, identificando –en base a la prueba disponible– los hechos relevantes del caso, para luego reconducir tales hechos a lo dispuesto en el art. 40 de la LOSMA o su respectiva interpretación.

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. De esta forma, el análisis del razonamiento asociado a los factores de determinación de la sanción, permitirá establecer, si, en efecto, se quebranta o no el deber de motivación.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Así, y teniendo presente la controversia planteada por la Reclamante, el Tribunal comenzará analizando (a) si este deber de motivación obliga a la SMA a expresar el cálculo o detalle concreto de la forma en que

operan las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en la determinación del monto de la multa; (b, c, d) para luego determinar si la SMA, al ponderar la circunstancias de los literales a), b), y c) del art. 40 de la LOSMA, infringió el deber de motivación en los términos planteados por la Reclamante.

a) Si la SMA está obligada a expresar el cálculo de la forma en que operan las circunstancias del art. 40 de la LOSMA en la determinación del monto de la multa

SEXAGÉSIMO. Como se expresó en el considerando anterior, corresponde determinar si el cálculo o razonamiento matemático utilizado para determinar las sanciones y/o multa pecuniaria es o no un elemento de la motivación que debe ser exteriorizado por la Administración. Vale decir, si, como argumentó la Reclamante a través de la jurisprudencia que citó, a la SMA le corresponde exponer puntajes específicos por cada una de las circunstancias del art. 40 de la LOSMA para determinar la sanción específica aplicable.

SEXAGÉSIMO PRIMERO. Para esclarecer esta cuestión, se tendrá presente que la discrecionalidad juega un rol fundamental a la hora de determinar la sanción. Durante esta etapa del procedimiento, se observa “con mayor claridad y habitualidad, los poderes discrecionalidad que tiene la Administración” (GÓMEZ, Rosa, *Infracciones y sanciones administrativas*, DER Ediciones, 2021, p. 129-130). Como explica la autora citada, “[e]n general, en el campo del Derecho administrativo sancionador, el Legislador no ha vinculado a la autoridad con el imperativo categórico de tener que aplicar una determinada sanción como medida única e indivisible. Por el contrario, es habitual que la ley otorgue una mayor discrecionalidad a la Administración en la determinación de la sanción específica, sobre todo en aquellos casos en que la propia ley reconoce un rango más o menos amplio para la aplicación de la sanción, como sucede con la multa” (GÓMEZ, Rosa, *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 247).

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. En este mismo sentido, la doctrina comparada, señala que “[l]a necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la

correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta" (NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta. Edición, Editorial Tecnos, 2012, p. 520); así -indica el autor-, "cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la facultad discrecional" (Ibid., p. 519), esto es, un "margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de dosimetría sancionadora rigurosamente exigibles (pues) la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados [...] no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la importancia de la infracción en cada caso. Se trata de criterios pre establecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden [...] ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija [la propia Ley]" (Ibid.).

SEXAGÉSIMO TERCERO. Por lo tanto, aun cuando el ejercicio del poder sancionador se encuentra limitado por las circunstancias del art. 40 de la LOSMA y las "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales" -en adelante, Bases Metodológicas- dictadas por la Reclamada, en caso alguno se puede inferir de estos una total rigidez en su aplicación, al extremo de hacer reductible este ejercicio a un cálculo meramente numérico que dé por resultado una única sanción o respuesta jurídicamente correcta, pues aquello supondría eliminar cualquier atisbo de discrecionalidad. Lo que devela el art. 40 de la LOSMA, no es más que la necesidad de entregar grados de certeza, incorporando parámetros objetivos para limitar la actividad administrativa, pero en ningún caso hacer de esta una operación mecánica como si se tratase de una potestad reglada.

SEXAGÉSIMO CUARTO. Por otra parte, este Tribunal también tiene en cuenta que la finalidad de la sanción administrativa no es sólo retributiva, sino también disuasiva, pues mediante

su imposición no se busca únicamente reprimir la conducta contraria a derecho, sino que también se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas que pueda ejecutar el mismo infractor u otros agentes sujetos al cumplimiento de la regulación ambiental. De esta forma, el razonamiento para determinar el *quantum* de la multa a ser aplicada no puede llevar a que la Administración deba traducir tal razonamiento a un cálculo numérico, pues aquello haría predecible el resultado sancionatorio facilitando la tarificación de la sanción, esto es, que los regulados tengan plena capacidad de estimar *ex ante* el coste de su incumplimiento y puedan -en función de aquel análisis- decidir si les resulta más rentable incumplir la normativa ambiental que ser sancionado por la autoridad. Este escenario de total predictibilidad de la sanción, sin lugar a dudas, se contrapone a los mencionados fines del régimen sancionador que deben inspirar la actividad de la Administración (similar criterio v.gr. 3TA, Rol N° R-6-2014, sentencia de 27 de marzo de 2015, considerando 101°, confirmado por CS, Rol N° 5.838-2015, sentencia de 31 de diciembre de 2015; 3TA, Rol N° R-22-2015, sentencia de 23 de marzo de 2016, considerando 45°, confirmado por CS, Rol N° 24.442-2016, sentencia de 25 de octubre de 2017, considerandos 11°-23°; 3TA, Rol N° R-44-2020, sentencia 27 de julio de 2023, considerando 59°. En el mismo sentido, CS, Rol N° 17.736-2016, sentencia se reemplazo de 13 de diciembre de 2016, considerando 15°).

SEXAGÉSIMO QUINTO. Finalmente, es fundamental reconocer que en el campo de la disciplina jurídica y del Derecho administrativo, en particular, la realidad social y la complejidad de sus dinámicas no podrá ser reducida a una terminología numérica o simples datos cuantitativos, ya que, aun cuando tales métodos no están exentos de error, no siempre lograran capturar la riqueza del contexto y los hechos relevantes o necesarios para el ejercicio de la atribución o potestad conferidas. Por lo tanto, la mayoría de las veces, bastará con que el análisis o lectura de esta realidad sea interpretada por la Administración sobre la base de explicaciones epistémicas, hermenéuticas, inductivas o deductivas, asegurando así decisiones fundamentadas y coherentes con las normas jurídicas y los fines o intereses en ellas previstos.

SEXAGÉSIMO SEXTO. En definitiva, aun cuando la ley pre establece criterios para fijar la multa, conforme a lo dispuesto en el art. 40 de la LOSMA, tal análisis no se encuentra vinculado a su determinación aritmética, pues ello implicaría desnaturalizar la atribución discrecional que posee la SMA para realizar la determinación de la sanción, y también desvirtuar la finalidad del procedimiento sancionatorio, al hacer predecible el resultado punitivo.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. Ahora bien, y sin perjuicio de lo señalado, algunas de las circunstancias del referido art. 40 establecen criterios cuantitativos o semicuantitativos y que, por consiguiente, obligan a valorar los hechos en base a datos y parámetros medibles (similar criterio v.gr. CS, Rol N° 63.341-2020, sentencia de reemplazo, 2022, considerando 13°; CS, Rol N° 17.736-2016, sentencia de reemplazo de 13 de diciembre de 2016, considerando 20°). Esta obligación -según se indicó- no implica explicitar los puntajes asignados a cada una de estas circunstancias, para luego, desde ahí determinar la intensidad de la sanción o multa, sino que sólo a justificar el procedimiento numérico seleccionado y demostrar cómo, a través de dicho procedimiento, se logra arribar a una determinada conclusión.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. Por lo tanto, bastará con que el órgano de la Administración aduzca razones claras, concretas y coherentes que permitan evidenciar, dentro de los márgenes previstos en la norma, que la intensidad de la sanción impuesta posee una correlación con la valoración de los hechos y su correspondiente subsunción a las circunstancias que fijan los literales del art. 40 de la LOSMA. Por lo expuesto, esta alegación general planteada por la Reclamante será desestimada por el Tribunal.

b) Si la determinación del beneficio económico obtenido con motivo de la infracción se encuentra debidamente fundamento

SEXAGÉSIMO NOVENO. De acuerdo a las Bases Metodológicas, el propósito de la circunstancia del art. 40 letra c) de la LOSMA es "situar al infractor en la misma posición económica en que hubiera estado de haber cumplido con la normativa, eliminando

el beneficio que hubiere obtenido con motivo de la infracción y evitando que el incumplimiento ambiental constituya un mecanismo para generar valor económico" (SMA, Bases Metodológicas, actualización 2017, p. 51).

SEPTUAGÉSIMO. Desde esta perspectiva, el beneficio económico obtenido constituye un criterio cuantitativo cuya determinación requiere realizar una evaluación y medición estimativas de las ganancias o ventajas que el infractor ha obtenido como resultado de la conducta antijurídica, lo que se traduce en monetizar tal conducta a una expresión numérica. Por lo tanto, para ponderar la incidencia de esta circunstancia, la SMA debe: i) justificar la metodología o procedimiento seleccionado para efectuar la estimación, ii) justificar la relevancia de la prueba o elementos que serán considerados; y iii) demostrar cómo esos datos relevantes se subsumen a los términos o variables del método seleccionado y la forma en que influyen en el resultado obtenido o decisión final.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Así, se observa, en primer término, que la SMA justificó la metodología o procedimiento numérico seguido para determinar el beneficio económico, lo que también apoyó en los lineamientos que establecen sus Bases Metodológicas, todo lo cual no fue controvertido por la Reclamante. Así, en la Resolución Reclamada se sostuvo que el beneficio económico sería equivalente a la contraposición de "escenario de cumplimiento" con el "escenario de incumplimiento". El primer escenario, corresponde a la situación hipotética en que no se hubiese incurrido en la infracción; mientras que, el segundo, corresponde a la situación real, y debe considerar los costos que habrían sido necesarios para dar oportuno cumplimiento a la normativa o "costos de cumplimiento" (considerandos 93° a 97°, fs. 3366-3367).

SEPTUAGÉSIMO SEGUNDO. Teniendo en cuenta lo expresado en el considerando anterior, el Tribunal revisará el modo en que fue aplicado tal método para determinar ambos escenarios y, posteriormente, analizará si los términos o variables utilizados fueron adecuadamente definidos y correctamente ponderados por la SMA para justificar el resultado obtenido asociado al beneficio económico.

SEPTUAGÉSIMO TERCERO. Refiriéndose al **escenario de cumplimiento**, se indicó que este sería equivalente a US\$3.205.280, esto es, el costo de reemplazo que -según la SMA- habría sido informado en el contexto de la evaluación ambiental (considerando 99°, fs. 3367) y que, según observa este Tribunal, no es coherente con la DIA del Proyecto, ya que de acuerdo a la información que consta a fs. 3440, el reemplazo mencionado tendría un costo de inversión de US\$3.305.280, es decir, US\$100.000 más de los considerados por la SMA para definir el escenario de cumplimiento.

SEPTUAGÉSIMO CUARTO. No obstante lo anterior, este Tribunal prescindirá de este error, ya que en virtud del principio de la *reformatio in pejus* o prohibición de la reforma peyorativa, los órganos jurisdiccionales, así como los órganos de la Administración del Estado, no pueden desmejorar la posición jurídica del impugnante por el ejercicio de su propia pretensión. En efecto, como ha resuelto este Tribunal en otras oportunidades, "el órgano jurisdiccional no puede agravar la situación jurídica del recurrente, pues la naturaleza de toda impugnación judicial es obtener un beneficio, ventaja o provecho, o disminuir un agravio existente, pero nunca obtener un minus, esto es, un efecto contrario al perseguido por el recurso judicial" (3TA, Rol N° R-6-2020, considerando 27°, confirmada por CS, Rol N° 92.081-2021, sentencia de casación de 13 de enero de 2023. En similar sentido, CS, Rol N° 150.609-2020, sentencia de casación de 12 de abril de 2021).

SEPTUAGÉSIMO QUINTO. Ahora bien, al transformar los US\$3.205.280 a pesos chilenos, y dado que la antorcha L-1360 debió ser sustituida antes de la entrada en funciones de la SMA, esta consideró el valor de \$477,13 por dólar correspondientes al tipo de cambio existente a diciembre de 2012, fecha en que la SMA inició sus funciones (considerando 100°, fs. 3367-3368). De este modo, el escenario de cumplimiento expreso conforme al valor de la moneda nacional que indicó la SMA debía ser de \$1.529.335.246, y no como el señalado en la Resolución Reclamada de \$1.529.330.185.

SEPTUAGÉSIMO SEXTO. Sin embargo, este segundo error no produce un perjuicio a la Reclamante, ya que, en el contexto total del reclamo, la diferencia entre los dos montos es intrascendente,

por lo que, aun cuando se aprecia un error de cálculo, este no amerita acciones correctivas adicionales.

SEPTUAGÉSIMO SÉPTIMO. De otro lado, la SMA sostuvo en la Resolución Reclamada que “[t]odos los valores en unidades tributarias anuales ('UTA') se encuentran expresados en su valor al mes de febrero de 2022” (considerando 98°, fs. 3367), lo que de acuerdo a la información del Servicio de Impuestos Internos, equivale a \$658.536. Así, tomando en consideración el costo del reemplazo de la chimenea -utilizado incorrectamente por la SMA- ascendente a \$1.529.330.185, y expresando dicho monto en UTA, el total correspondiente al escenario de cumplimiento asciende a 2.322 UTA. Sin embargo, la Resolución Reclamada presenta dos valores distintos para este escenario: **2.041 UTA** (Tabla 7, fs. 3368) y **2.057 UTA** (considerando 102°, fs. 3369), lo que pone de manifiesto una falta de prolijidad imputable a la SMA. Incluso, estos valores presentados por la SMA en su Resolución tampoco logran ser explicados en función de la aplicación directa de la “tasa de descuento de 9,7%” aplicado sobre los 2.322 UTA (considerando 98°, fs. 3367), ya que en tal caso se obtiene un cuarto valor, equivalente a 2.097 UTA.

SEPTUAGÉSIMO OCTAVO. Ahora bien, este tercer error tampoco causa un perjuicio a la Reclamante, puesto que el escenario de cumplimiento constituye la base para proyectar y construir el escenario de incumplimiento, vale decir, se utiliza el mismo valor para ambos escenarios, por lo que, al compensar las cifras, no se produce un perjuicio para el infractor (SMA, op. cit., actualización 2017, p. 88), por lo que, aun cuando se aprecia un error de cálculo, este no amerita acciones correctivas adicionales.

SEPTUAGÉSIMO NOVENO. Por lo tanto, aun cuando el razonamiento de la SMA presenta algunos errores, estos no afectan la validez del resultado obtenido. Además, a juicio de este Tribunal, la Resolución Reclamada se encuentra debidamente fundamentada en este aspecto, ya que en ella se exponen los criterios numéricos necesarios para desarrollar la operatoria matemática del escenario hipotético de cumplimiento. Es decir, los criterios considerados en la Resolución Reclamada -aun cuando no fueron aplicados con precisión- dan coherencia a la

lógica empleada, motivo por el cual esta alegación en específico será desestimada.

OCTOGÉSIMO. Luego, en relación al **escenario de incumplimiento**, la Resolución Reclamada indica que “el titular omitió por completo el reemplazo de dicha antorcha” (considerando 101°, fs. 3368), por lo que “en este caso el beneficio económico se origina por costos retrasados” (considerando 102°, fs. 3369). Posterior a ello -en el mismo considerando 101°- la SMA consignó que para obtener el escenario de incumplimiento se habría considerado una serie de medidas o mejoras operacionales implementadas entre 2012 al 2022, “por un monto total de US\$2.378.331” equivalentes a “\$1.952.436.132 [chilenos]” y que “deben ser ponderados en el escenario de incumplimiento” (considerando 101° y Tabla 8, fs. 3368). Este último valor, nuevamente presenta errores, ya que al asumir los mismos supuestos considerados por la SMA -esto es, que se utiliza como tipo de cambio el valor del dólar promedio observado por el Banco Central y el SII en el mes en que incurrió en el costo de las “mejoras implementadas”- se debió haber obtenido la suma total de \$1.952.438.028, e incluso si se emplea el valor observado a la fecha exacta indicada en la Tabla 8 de la Resolución Reclamada, el monto asciende a \$1.937.166.888, lo que tampoco es consistente con lo señalado en el acto impugnado. También, se observa que, fuera de estas consideraciones, la SMA no determinó el valor equivalente al escenario de incumplimiento. No obstante, se puede inferir que este podría ser de 3.737 UTA ó 3.753 UTA, según si se estima que el escenario de cumplimiento es de 2.041 UTA (Tabla 7, fs. 3368) ó 2.057 UTA (considerando 102°, fs. 3369), respectivamente.

OCTOGÉSIMO PRIMERO. De lo expuesto, se aprecia, en primer lugar, que el valor del escenario de incumplimiento es mayor al de cumplimiento. Por consiguiente, se desprende que el escenario de incumplimiento no podría haberse limitado a considerar únicamente el reemplazo de la antorcha como un costo retasado, sino que para obtener el mayor valor, debió incluirse otros costos adicionales que expliquen esta diferencia.

OCTOGÉSIMO SEGUNDO. Lo anterior demuestra que la SMA no declaró aspectos cruciales en la determinación del escenario de

incumplimiento, como lo sería el detalle de los costos retrasados o, incluso los evitados y que -siguiendo a las Bases Metodológicas- corresponden "al beneficio que el infractor obtiene por el hecho de retrasar el incurrir en costos asociados al cumplimiento, o de evitar completamente el incurrir en ellos" (SMA, op. cit., p. 37). Estos costos, de acuerdo a las mencionadas Bases, pueden estar asociados a las inversiones no recurrentes, tales como un activo fijo; o bien a importes evitados, como lo sería el ahorro económico en costos de operación y mantenimiento de la inversión necesaria para dar cumplimiento y que se han visto evitados (Ibid, p. 37; 91-96).

OCTOGÉSIMO TERCERO. Por lo tanto, aun cuando la Reclamada indicó en su Resolución que "en este caso el beneficio económico se origina por costos retrasados" (considerando 102°, fs. 3369), no explicitó los elementos o datos que habrían sido considerados para justificar el mayor valor obtenido en el escenario de incumplimiento. Dicho de otro modo, la Reclamada no entregó un detalle sobre eventuales o posibles costos retrasados o evitados que permitan explicar este mayor valor al que se ha referido, lo que impide sostener que su conclusión o la decisión adoptada se encuentra debidamente motivada, ya que al omitir tales elementos se impide reproducir el proceso lógico y jurídico de la determinación del beneficio económico, tornando, por tanto, la motivación en ininteligible.

OCTOGÉSIMO CUARTO. Por otra parte, como segundo aspecto, se constata que la SMA, aunque afirmó que los costos asociados a las medidas o mejoras operacionales implementadas por ENAP Refinerías S.A. debían "ser ponderados en el escenario de incumplimiento" (considerando 101° y Tabla 8, fs. 3368), no proporcionó en su Resolución una explicación clara sobre cómo estos costos influyeron en la determinación final, quedando incluso sin esclarecer si dichos costos operaron al alza o a la baja. De esta manera, la mera declaración de que estos costos habrían sido ponderados por la SMA no solo resulta insuficiente, ya que impide reproducir o hacer comprensible la forma en que fue evaluado o determinado el escenario de incumplimiento, sino que también impone serios obstáculos a la capacidad de controlar el razonamiento de la autoridad. En consecuencia, la Resolución Reclamada, como está planteada en

este punto, constituye un acto arbitrario, pues carece de una explicación congruente en cuanto a la valoración de estos costes que -según el parecer de la propia Reclamada- habrían resultado relevantes para la determinación del escenario de incumplimiento.

OCTOGÉSIMO QUINTO. Por último, y en tercer lugar, lo dicho se confirma en que la Resolución Reclamada no informó el valor asignado al escenario de incumplimiento y, aun si se intenta inferir de su contenido, resulta imposible establecer una cifra exacta, debido a las reiteradas desprolijidades de la SMA.

OCTOGÉSIMO SEXTO. Señalado esto, es oportuno reafirmar que el propósito del art. 40 letra c) de la LOSMA es evitar que el incumplimiento ambiental constituya un mecanismo para obtener beneficios económicos. Por lo tanto, en el procedimiento respectivo, corresponde a la Superintendencia proporcionar razones adecuadas que permitan determinar la magnitud del beneficio económico que debe ser eliminado mediante la imposición de la sanción pecuniaria. Es decir, a la Administración le corresponde exteriorizar y hacer cognoscible las variables ponderadas y los fundamentos finales de la decisión sobre el beneficio que la infracción le reputa al infractor, ya que solo de esa manera se asegura una actuación dirigida por el deber de objetividad e imparcialidad que impone el art. 11 de la Ley N° 19.880.

OCTOGÉSIMO SÉPTIMO. En este caso, las omisiones que se encuentran configuradas, imposibilitaron la comprensión de los elementos que fueron valorados por la SMA y el modo en que los mismos fueron ponderados. Esto rompe el equilibrio entre la Administración y la Reclamante, pues aquél obrar además de bloquear el correcto y acabado entendimiento de la discusión planteada, también impide al infractor controvertir el alcance de los datos considerados para establecer los costos retrasados o evitados, así como controlar la incidencia que tuvo los costos asociados a las medidas o mejoras operacionales implementadas por ENAP Refinerías S.A. Es decir, la actitud adoptada por la SMA, no solo afecta el deber de motivación de los actos administrativos, sino que, además, a consecuencia de esto, también la eficacia del derecho a la defensa, pues la circuns-

tancia descrita impone serias restricciones al derecho a rebatir, desvirtuar o desacreditar la fuerza de los elementos considerados por la autoridad administrativa al adoptar la sanción que en definitiva se impuso.

OCTOGÉSIMO OCTAVO. Por lo expuesto, esta alegación de la Reclamante vinculada a la determinación del escenario de incumplimiento y el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, será acogida por el Tribunal.

c) Si la importancia del daño causado o peligro ocasionado con motivo de la infracción se encuentra debidamente fundamentada

OCTOGÉSIMO NOVENO. La SMA, al ponderar esta circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA, en la Resolución Reclamada indicó que si bien no existen antecedentes que permitan confirmar la generación de un daño producto de la infracción (considerando 115°, fs. 3371), sí se presenta un peligro, riesgo o posibilidad de que exista una afectación sobre la salud de las personas (considerandos 118° a 127°, fs. 3372-3374). En tal sentido, expuso que la Refinería es una fuente emisora que, ante situaciones de emergencia, produce una mayor cantidad de emisiones de NO_x y MP10 y sustantivamente mayor de SO₂, en comparación con su operación normal. También aclaró que, según los reportes de emisiones, el nivel de estos parámetros no ha superado los valores esperados en condiciones normales de operación, conforme a la evaluación ambiental, ni tampoco se han presentado alteraciones significativas de dichos parámetros durante los días que -presentándose una condición de emergencia ambiental- se detuvieron los procesos y tuvo que efectuar la reconducción de los gases hacia el sistema de antorchas (considerandos 118° a 121°, fs. 3372).

NONAGÉSIMO. Luego, en la misma Resolución Reclamada se establece que el propósito de la sustitución de la antorcha es “[aumentar] la capacidad para quemar mayores flujos de gases residuales” y mejorar la condición “de dispersión de gases en la atmósfera”, lo que se califica de “especial relevancia en días de incidentes ambientales”, dada la declaración de zona saturada para MP2,5 y zona latente para MP10, de modo que, según se indicó “el incumplimiento del titular contribuye a

empeorar el riesgo pre-existente en la zona" (considerandos 122°, 125°, fs. 3373). Por otra parte, se agregó que, de acuerdo a las "máximas de la experiencia", esta nueva unidad con mayor capacidad "respondería de mejor manera en el tratamiento de gases en situación de incidentes ambientales" considerando que la nueva antorcha "contaría con un ducto más alto y con mayor diámetro" (considerando 123°, fs. 3373). Lo anterior -según da cuenta la propia Resolución- se encontraría respaldado en lo declarado en la DIA (considerando 126°, fs. 3374).

NONAGÉSIMO PRIMERO. Finalmente, concluye que la infracción implica "un riesgo de entidad media" que podría afectar "en mayor medida la salud de la población más cercana a la refinería, y en menor medida al resto de los habitantes de la comuna de Hualpén, considerando, especialmente la extensión del período infraccional" que va desde el año 2004 hasta la fecha de la resolución sancionatoria (considerando 127°, fs. 3374).

NONAGÉSIMO SEGUNDO. Frente a esta controversia, el Tribunal considera y comparte lo razonado por el Segundo Tribunal Ambiental para otros casos similares, en el sentido que: "de acuerdo al texto de la letra a) del artículo 40, existen dos hipótesis diversas que permiten configurarla. La primera de ellas, es de resultado, que exige la concurrencia de un daño; mientras que la segunda, es una hipótesis de peligro concreto, de ahí que el precepto hable de 'peligro ocasionado', es decir, requiere que se haya presentado un riesgo de lesión, más no la producción de la misma" (v.gr. 2TA, Rol N° R-33-2014, sentencia del 30 de julio de 2015, considerando 63°; 2TA, Rol N° R-128-2016, sentencia del 31 de marzo de 2017, considerando 28°. En el mismo sentido, 3TA, Rol N° R-28-2023, sentencia de 30 de mayo de 2024, considerando 57°).

NONAGÉSIMO TERCERO. En este contexto, se tendrá presente que las normas primarias de calidad ambiental son aquellas que, en síntesis, establecen los límites permisibles de contaminantes medidos en el ambiente que pueden constituir un riesgo a la vida y la salud de la población (art. 2° letra n) de la Ley N° 19.300). Estos niveles, en caso de estar próximos a ser superados (80% a 100%) o de haberse superado (mayor al 100%) determinan la respectiva declaración de zona latente o saturada

del área geográfica en que se verifica tal condición (art. 2º letras t) y u) de la Ley N° 19.300).

NONAGÉSIMO CUARTO. En concreto, mediante los D.S. N° 12/2021 y N° 12/2011, el Ministerio del Medio Ambiente dictó las normas primarias de calidad ambiental para material particulado respirable, MP10 y material particulado fino respirable MP2,5, respectivamente. El objetivo de ambas normas, de acuerdo disponen sus arts. 1º, es proteger la salud de las personas de los efectos agudos y crónicos de dicho contaminante. En este sentido, la parte considerativa del D.S. N° 12/2021 indica que la Organización Mundial de la Salud, documentó que el material particulado produce diversos efectos sobre la salud de las personas y que afecta los sistemas respiratorios y cardiovasculares. A su vez, el D.S. N° 12/2011, aclara que el material particulado se puede distinguir "una fracción gruesa, mayor a 2,5 y hasta 10 micrones de diámetro [denominado MP10] y una fracción fina, que considera las partículas de tamaño menor o igual a 2,5 micrones, denominado MP2,5. La fracción gruesa del MP10 está constituida por partículas inhalables que pueden penetrar en las vías respiratorias llegando sólo hasta la región torácica, ya que por su tamaño quedan retenidas en la parte superior del sistema respiratorio. La fracción fina está compuesta por partículas suficientemente pequeñas que pueden penetrar en las vías respiratorias hasta llegar a los pulmones y los alvéolos". Además, ambas normas coinciden en que estos contaminantes pueden provocar, entre otras, mortalidad, efectos sobre el sistema respiratorio y la función pulmonar, así como enfermedades cardiovasculares.

NONAGÉSIMO QUINTO. Por otro lado, en las partes considerativas de estas normas primarias se explica que estos contaminantes tienen comportamientos diferentes en el ambiente, las partículas finas "tienen un tiempo de residencia en la atmósfera más largo, lo que hace que éstas puedan transportarse largas distancias, impactando a escala regional"; mientras que las partículas de la fracción gruesa "tienen una velocidad de sedimentación mayor y por ello, permanecen menor tiempo en el aire y su impacto es más local". También se indica que ambos tipos de contaminantes se producen, entre otros, por emisiones directas de los procesos de combustión de combustibles fósiles.

En el caso específico de la norma para MP_{2,5} se agrega que este contaminante también se ha generado "a partir de la condensación de gases, de reacciones químicas en la atmósfera a partir de gases precursores como el dióxido de azufre [SO₂], óxidos de nitrógeno [NO_x], compuestos orgánicos volátiles [COV], amoníaco [NH₃], y otros compuestos".

NONAGÉSIMO SEXTO. Como se dejó constancia en el considerando Quincuagésimo del presente fallo, la Refinería se emplaza en una zona ambientalmente sensible, declarada Zona Latente para MP₁₀ y Zona Saturada para MP_{2,5}. Esto significa que las mediciones de la calidad del aire han superado la norma primaria para MP_{2,5}, como concentración diaria; y que la concentración de MP₁₀ se sitúa entre el 80% y 100% del valor permitido por dicha norma primaria, tanto en concentración diaria como anual. En consecuencia, para el regulador existe evidencia científica sólida de que el nivel de emisiones existente en la zona geográfica, incluyendo la comuna de Hualpén donde se emplaza la Refinería, representa un peligro que genera consecuencias nocivas para la salud de las personas, lo que es especialmente relevante para aquellas que viven y desarrollan sus actividades diarias en el área cercana al Proyecto.

NONAGÉSIMO SÉPTIMO. Por otra parte, como se ha referido a lo largo del presente fallo, la falta de reemplazo de la antorcha impide asegurar que, en casos extremos o de emergencia, exista la capacidad suficiente para combustionar la totalidad de los gases residuales generados y optimizar su dispersión en una zona que -según se ha razonado- ha sido declarada ambientalmente sensible. Circunstancia que, además, es reconocida por la actora en su Reclamación al sostener que "el aporte de [gases] de las plantas en escenario de emergencia eléctrica [...] supera levemente la capacidad del Sistema de Antorchas existentes" (fs. 50).

NONAGÉSIMO OCTAVO. Lo indicado hasta este punto, es consistente con lo señalado en el Reporte de Mejores Tecnologías Disponibles (BAT) del Joint Research Centre de la Unión Europea, en el cual informa que las antorchas en refinerías actúan como un elemento de seguridad en la planta. Por un lado, previenen la emanación excesiva de gases combustibles, como tam-

bien permiten la liberación controlada de éstos tanto en emergencias como en paradas programadas o fallas inesperadas de equipamientos evitando así la acumulación de gases que, al ser altamente tóxicos e inflamables, podrían generar nubes peligrosas para el entorno si no se incineran adecuadamente (Barthe, P., Chaugny, M., Roudier, S., & Delgado Sancho, L. (2015). *Best available techniques (BAT) reference document for the refining of mineral oil and gas*, European Commission, 754). De esta forma, de haberse ejecutado el proyecto en los términos que fueron evaluados, esto es, con la capacidad suficiente, se habría disminuido el factor contaminante, evitando producir una situación de riesgo o peligro para la población.

NONAGÉSIMO NOVENO. Por lo tanto, aunque no se ha demostrado una afectación directa a la salud de las personas como resultado de la infracción constatada, este incumplimiento sí representa un riesgo potencial para la salud de la población circundante, circunstancia que se agrava considerando las declaraciones de zona de latencia y saturación mencionadas.

CENTÉSIMO. Por otra parte, también serán desestimadas las alegaciones en las que se indica, en base a las modelaciones presentadas en el Informe Técnico "Análisis conceptual de emisiones de sistema de antorchas" de fs. 68 y ss., que el sistema de antorchas existente provee de idénticas condiciones de operación que el calificado mediante la RCA N° 65/2004. En efecto, se advierte que en el Informe referido se afirma que, en las condiciones actuales de operación, "los resultados obtenidos indican que para un periodo de 15 minutos en emergencia las emisiones resultantes son 0,00 para MP" (fs. 87), lo que también se reafirma a fs. 101. Asimismo, se indica que la ruta de cálculo de las emisiones se presenta en el Anexo C del Informe (fs. 116). Sin embargo, al examinar dicho anexo se aprecia que el único cálculo presentado corresponde al escenario de operación normal (sin humo) (fs. fs. 116), en circunstancias que uno de los principales fundamentos del reemplazo era contar con la capacidad para incinerar los gases ante un escenario de emergencia y, que, según da cuenta el Informe "Evaluación de riesgo a la salud debido a emisiones atmosféricas por no reemplazado de antorcha L-1360", de fs. 2786 y ss., de la Recla-

mante, los incidentes reportados indican la ocurrencia de viento de gases, presencia de humo y llamas altas (fs. 2802 y ss.), lo cual es consistente con lo descrito en el Acta de Inspección de 3 de junio de 2021 (fs. 251 y ss.), como con las fotografías acompañadas en la Denuncia Digital N° 4474 de 3 de junio de 2021 (fs. 246 y ss.). De esta forma, de acuerdo con la propia metodología propuesta por la Reclamante, corresponde presentar una estimación utilizando, a lo menos, como factor de emisión para MP, 0,19 lb/ 10^6 BTU y no de 0 lb/ 10^6 BTU, debido a la presencia de humos en los escenarios de emergencia, que apuntan a una combustión incompleta de los gases y la emisión de partículas de MP10 a la atmósfera. Por ende, las conclusiones expuestas en este informe carecen de validez.

CENTÉSIMO PRIMERO. A su vez, el supuesto sobre el que se sustentó la estimación de NO_x y SO_x, consiste en que la "configuración de operación del sistema de antorchas considera a la antorcha L-1390 como la principal y las antorchas L-1320 y la L-1360/L-01 como secundarias" (fs. 102, 103), lo cual no se alinea con lo dispuesto en la DIA, donde se determinó que la "nueva antorcha debería procesar el 53% de los gases generados por la refinería" (DIA, fs. 3431), vale decir, es la nueva antorcha la que posee la calidad de principal. Esta discrepancia, expone una incoherencia relevante en lo referido a las premisas sobre la que se sustentó la estimación de las emisiones, ya que el supuesto considerado para efectuar el cálculo no refleja el papel fundamental que se le asignó a la antorcha L-01 en la DIA.

CENTÉSIMO SEGUNDO. Finalmente, no existen antecedentes precisos que permitan sustentar la eficacia real de las supuestas mejoras tecnológicas implementadas.

CENTÉSIMO TERCERO. En síntesis, aunque no se ha acreditado una afectación directa a la salud de las personas como consecuencia de la infracción constatada, dicho incumplimiento sí genera un riesgo para la salud de la población circundante. Además, como sostuvo la SMA, esta situación se ve agravada por los elevados niveles de concentración de MP10 y MP2,5 en la zona en que se emplaza el Proyecto, por lo que el incumplimiento incrementa la vulnerabilidad de la población a los efectos

tos adversos de los contaminantes atmosféricos. En este entendimiento, las alegaciones de la Reclamante serán desestimadas, ya que la SMA fundamentó acertadamente la circunstancia del art. 40 letra a) de la LOSMA.

d) Si el número de personas cuya salud pudo verse afectada con motivo de la infracción se encuentra debidamente fundamentado

CENTÉSIMO CUARTO. Para resolver esta controversia sobre la circunstancia del art. 40 letra b) de la LOSMA, se considerará lo resuelto por este Tribunal en otros casos, en que se ha indicado que el precepto en examen no requiere una afectación efectiva, sino que basta con la plausibilidad de afectación. La expresión "pudo afectarse" utilizada en la disposición refleja la posibilidad contingente o eventual de que dicha afectación pueda llegar a suceder (3TA, Rol N° R-44-2022, sentencia de 27 de julio de 2023, considerando 77°; 3TA, Rol N° R-28-2023, sentencia de 30 de mayo 2024, considerando 65°). Por tal motivo, resulta razonable que la SMA, para efectuar tal estimación, utilice un método teórico o matemático para aproximarse a una realidad en base a los datos cuantitativos disponibles en el caso.

CENTÉSIMO QUINTO. De acuerdo con la Resolución Sancionatoria, para la determinación del número de personas cuya salud pudo afectarse, la SMA tomó en cuenta "la máxima emisión de SO₂ en un día de incidente ambiental" (considerando 132°, fs. 3375). Asimismo, para efectuar la estimación se utilizó la ubicación, altura y diámetro de la antorcha L-1360 y se aplicó un factor de 0,4, con lo que concluye que la "concentración medio diaria [es] de 51 ug/m³" (considerando 133°, fs. 3375). De esta forma, aplicando el modelo de dispersión Screen3 de la EPA, se "determinó que el punto máximo de impacto se encuentra a 1.300 metros de la fuente, con una concentración modelada de SO₂ de 128 ug/m³" (considerando 133°, fs. 3375).

CENTÉSIMO SEXTO. Luego, esos resultados fueron contrastados con el D.S. N° 104/2018, del Ministerio del Medio Ambiente – en adelante MMA-, que "Establece [la] norma primaria de calidad de aire para dióxido de azufre", específicamente, su art. 2° que fija los valores para el escenario de emergencia ambiental,

esto es, "cuando la concentración de 1 hora de dióxido de azufre es igual o mayor a 500 ug/m³N o 191 ppbv". En tal sentido, se concluyó que en "este caso concreto no se alcanza [los niveles de emergencia ambiental] de acuerdo al escenario más desfavorable que entrega el modelo de dispersión" (considerando 134°, fs. 3376). No obstante, la SMA, determinó el número de personas potencialmente afectadas e indicó que esta circunstancia "debe ser ponderada en la determinación de la sanción" (considerando 140°, fs. 3377).

CENTÉSIMO SÉPTIMO. Para resolver esta controversia, se considerará, primero, que la Reclamante no cuestiona la idoneidad del software de modelación seleccionado por la SMA, sino que más bien indicó que la información considerada en el desarrollo del modelo, esto es, la ubicación, la altura y el diámetro de la antorcha L-1360, sería insuficiente para replicar el análisis de dispersión.

CENTÉSIMO OCTAVO. En segundo lugar, se tendrá en cuenta que el modelo Screen3 permite simular la concentración y dispersión de contaminantes en función de i) las características de la fuente, ii) las condiciones meteorológicas del área, iii) las particularidades del terreno y opciones de visualización y iv) otros parámetros opcionales y/o alternativos. En total, el software requiere dieciséis parámetros de entrada para el desarrollo adecuado del modelo, los cuales debían ser informados por la SMA o, al menos, ser posibles de extraer de los antecedentes del expediente, a fin de permitir un control de los resultados y fundamentos de la modelación proyectada. De este modo, se continuará analizando si tales datos fueron proporcionados de manera clara y suficiente por la SMA, o si, en su defecto, era posible extraerlos de los antecedentes disponibles en el expediente administrativo con el objeto de reproducir el modelo y revisar el resultado considerado por la SMA.

CENTÉSIMO NOVENO. En relación a las **características de la fuente**, la SMA informó algunos de los parámetros utilizados en su análisis, como el diámetro de la antorcha L-1360, de 0,6 m (nota al pie N° 25 de la Resolución Sancionatoria, fs. 3375) y la altura de la misma, de 58 metros (Ibid.), valores que no han sido controvertidos. Además, aunque ciertos valores de

entrada no fueron expresamente indicados en la Resolución Reclamada, pueden inferirse de la correlación entre los motivos de dicha resolución y los antecedentes contenidos en la DIA y la RCA del Proyecto, tales como, la tasa de emisión, específicamente la "emisión máxima de SO₂ en un día de incidente ambiental", que de acuerdo a la DIA es equivalente a 26 ton/día para una condición de emergencia que dura aproximadamente 15 minutos (DIA, fs. 3437; RCA, fs. 3507).

CENTÉSIMO DÉCIMO. Ahora bien, dos de los parámetros vinculados a las características de la fuente, no fueron informados ni logran deducirse de los antecedentes contenidos en el expediente sancionatorio. Tales datos de entrada corresponden a la velocidad de salida del gas de la chimenea (m/s) y la temperatura del gas en la chimenea (K). Dicha información, que razonablemente debía ser administrada por ENAP Refineria S.A., no fue solicitada por la SMA a través de los requerimientos formulados (fs. 225; 3296), a pesar de que la referida autoridad cuenta con atribuciones para solicitar tales antecedentes, conforme a los arts. 3º letra e) y 28 inciso 1º de la LOSMA. Incluso, considerando la *expertis* técnica de la Reclamada, ésta habría podido emplear -en su defecto- valores razonablemente obtenidos a partir de casos similares u otra información técnica disponible, lo que hubiese permitido salvar la ausencia de datos específicos.

CENTÉSIMO UNDÉCIMO. En relación a las **condiciones meteorológicas del área**, se constata que la SMA no informó la velocidad del viento (m/s) y la temperatura ambiente (K), ni se extraen del expediente valores concretos que pudieran haber sido razonablemente utilizados por la SMA. En el caso de la velocidad del viento, en el archivo "Datos Calidad de Aire Red ERBB-31.05.21-04.06.21.xlsx" acompañado al escrito de fs. 194, se consignaron datos sobre dirección y velocidad del viento obtenidos por la Reclamante desde la Estación ENAP, entre el 31 de mayo de 2021 y el 4 de junio de 2021. Del mismo modo, en el Anexo 4 del informe "Medición de olor mediante olfatometría dinámica y modelo de dispersión", de 25 de octubre de 2018, preparado a solicitud de ENAP (fs. 490 y ss.), se presentaron datos anuales correspondiente al 2017 sobre velocidad del viento (Figura 17 del Informe, fs. 546) y temperatura ambiente

(Figura 19 del Informe, fs. 547), con el objeto de “ejecutar un modelo de dispersión de olor [...] en la comunidad aledaña [...]” considerando fuentes de emisión diversas a la antorcha (fs. 499).

CENTÉSIMO DUODÉCIMO. Ahora bien, de la revisión de estos antecedentes se evidencia una alta variabilidad en los datos. Del archivo “Datos Calidad de Aire Red ERBB-31.05.21-04.06.21.xlsx”, la velocidad del viento osciló entre 0 y 3,8 m/s, mientras que los valores del informe de olores mencionado previamente, mostraron rangos aún más amplios, entre 0 y 14 m/s, evidenciando la mayor amplitud entre los meses de junio a septiembre (fs. 546). Misma situación acontece con respecto a la temperatura, cuyos datos registrados dan cuenta de una amplitud térmica de al menos 10°C para junio de 2017, y cercana a los 30°C para el periodo interanual (fs. 547). Desde esta perspectiva, la variabilidad registrada, tanto en los datos recientes como históricos, dificultan establecer con un grado medio de certeza la elección de la SMA.

CENTÉSIMO DECIMOTERCERO. Adicionalmente, es esencial señalar que la velocidad del viento corresponde a uno de los parámetros más determinantes en la dispersión de contaminantes atmosféricos, ya que el valor seleccionado incidirá de forma directa en el comportamiento y alcance de las emisiones, determinando no sólo el número de personas susceptibles de verse afectadas, sino que también los niveles de exposición, donde velocidades más bajas favorecen la acumulación de contaminantes en áreas cercanas a la fuente, mientras que velocidades más altas aumentarán el nivel de dispersión, pero con menores niveles de concentración. También, es fundamental señalar que la velocidad del viento -al igual que la temperatura ambiente-, no es un antecedente de difícil acceso, ni constituye una barrera insalvable para el desarrollo del modelo, pues existen estaciones meteorológicas cercanas a la Refinería que generan datos fiables, de acceso público y gratuitos, que podrían haber sido utilizados por la SMA para sustentar la medición de contaminantes.

CENTÉSIMO DECIMOCUARTO. Del mismo modo, la SMA tampoco incluyó en la Resolución Reclamada los datos específicos sobre **las características del terreno y las opciones de visualización**

utilizadas. Sin embargo, estos valores pueden inferirse fácilmente de los antecedentes del expediente. En el caso de la "altura de los receptores sobre el suelo", esta puede deducirse de la visualización del archivo "SMA.kmz" (S/F) acompañado por la SMA en el escrito de fs. 194 y que fue presentado por la empresa (fs. 424). En base a esta información se observa que los receptores son predominantemente construcciones bajas o viviendas, lo que permite asumir que la altura fue de 0 m. Esta conclusión, además, es coherente con la Figura 1 del Informe Técnico de Fiscalización Ambiental (fs. 289); y los propios hechos constatados por los funcionarios de la SMA, que consignaron que los "humos suben por efecto atmosférico, luego se dispersa y precipita (dispersado) en sector de viviendas frente a la avenida Nueva Costanera [...]" (fs. 347). Situación similar ocurre con los valores relacionados a la "altura terreno sobre base de chimenea", en que se puede asumir razonablemente que la altura fue considerada desde la base del suelo, dado que la DIA y la RCA no aportaron antecedentes que indiquen lo contrario y, además, que este supuesto es coherente con los datos geoespaciales contenidos en el archivo KMZ mencionado. Por último, las opciones visualización, concretamente el "arreglo distancia" no tiene incidencia en los cálculos ni las proyecciones realizadas, ya que su función es únicamente presentar de manera gráfica los resultados obtenidos con el propósito de facilitar su interpretación. Es decir, no forma parte del proceso analítico para determinar los resultados del modelo de dispersión de contaminantes atmosféricos.

CENTÉSIMO DECIMOQUINTO. Finalmente, los **parámetros opcionales y alternativos** corresponden a variables que, de ser utilizados, complejizan el desarrollo del modelo con el propósito de dotar de mayor realismo a los resultados, por lo que el usuario puede prescindir de ellos. En este caso tres de las variables corresponden a información geográfica de la zona, primero, si es zona urbana o rural, lo cual se extrae a fs. 375-376 y fs. 511-512. La segunda variable, implica decidir si el terreno es o no es "complejo" y, en caso de determinar que el "terreno no es complejo" o también "terreno simple", definir si este es un terreno "simple plano" o "simple elevado". En este caso la SMA aplicó un factor de 0,4 para calcular una

concentración promedio de 24 horas (considerando 133°, fs. 3375), es decir, seleccionó el factor de ajuste para "terrenos simples" de acuerdo a lo indicado por el modelo Screen3. Luego, de los datos geoespaciales contenidos en el archivo KMZ y de la información proporcionada en la Figura 27 del informe "Medición de olor mediante olfatometría dinámica y modelo de dispersión" (fs. 490 y ss.), que muestra la elevación del terreno y concluye que "[l]a zona modelada corresponde a un sector ubicado en la planicie costera a una altura de 10 m.s.n.m." (fs. 554), se infiere que la elección subsiguiente fue "terreno simple plano", ya que la altura del terreno no excede la elevación de base de la chimenea. Por otra parte, las demás variables, como las opciones de caída de flujo de edificio, la opción meteorológica y la clase de estabilidad atmosférica, puede asumirse que no fueron consideradas por la SMA, y que estas tres decisiones de modelación habrían sido tomadas utilizando el modelo más básico y, por ende, basada en "valores simplificados", tal como establece la resolución sancionatoria (nota al pie N° 27 de la Resolución, fs. 3376).

CENTÉSIMO DECIMOSEXTO. A partir de lo anterior, y en concordancia con lo señalado en el Informe Técnico "Análisis Conceptual de Emisiones de Sistema de Antorchas" (fs. 108 y ss.) de la Reclamante, se concluye que, de los dieciséis parámetros requeridos por el modelo Screen3, la SMA sólo proporcionó información explícita respecto de tres de ellos, lo cual resulta insuficiente para validar de manera completa los resultados obtenidos. De los trece parámetros restantes, se puede señalar que: cinco de ellos pueden inferirse con relativa certeza a partir de antecedentes disponibles en el expediente; tres corresponden a parámetros opcionales cuya utilización no es estrictamente necesaria; uno carece de incidencia directa en los cálculos realizados, por lo que su omisión no afecta los resultados; y cuatro constituyen parámetros esenciales que fueron completamente omitidos, pese a ser imprescindibles para asegurar la reproducibilidad y permitir un control riguroso de la modelación.

CENTÉSIMO DECIMOSEPTIMO. En definitiva, esta información insuficiente impide conocer los fundamentos que fueron considerados por la autoridad administrativa al determinar -mediante

el modelo de dispersión Screen3- el número de personas posiblemente afectadas por la infracción, lo cual no solo vulnera el deber de motivación exigido para actos de esta naturaleza, sino que también afecta el derecho a defensa de la Reclamante, al imposibilitarle cuestionar los parámetros y resultados utilizados por la autoridad, y limitar su capacidad de controvertir la precisión de dicho resultado y -en último término- el efecto que tiene sobre la graduación de la multa aplicada. Por estas consideraciones se acogerá esta alegación de la Reclamante, dado que no es posible validar la modelación utilizada por la SMA para la determinación del número de personas posiblemente afectadas por la infracción N° 1.

4. Si la sanción administrativa ha perdido oportunidad, ya sea por prescripción o por decaimiento

CENTÉSIMO DECIMOCTAVO. La empresa considera que, en cualquier caso, la sanción administrativa ha perdido oportunidad, ya sea por prescripción o por decaimiento. Al respecto indicó que:

- a) **Existe pérdida de oportunidad de la sanción administrativa, por prescripción.** Desde el 26 de febrero de 2009, la Administración (COREMA del Biobío) tuvo conocimiento de que la antorcha L-1360 seguía operando, sin ser reemplazada; y que, desde febrero de 2013, la SMA tuvo conocimiento de esta situación, por medio de reporte de emisiones entregado por la empresa, que no fue observado. Además, desde febrero de 2019, cuando la SMA inspeccionó la Refinería, hasta marzo de 2022, cuando se formularon cargos, transcurrieron más de 3 años. Sin embargo, la SMA considera que se está frente a una infracción permanente, pero esto es errado, porque se indica que la infracción se cometió el 1 de agosto de 2004, cuando debió estar hecho el reemplazo según el calendario aplicable. Si existe fecha cierta para el cumplimiento de la medida es una infracción instantánea de efectos permanentes. Pero, incluso si fuese una infracción permanente, la prescripción se computa desde que la Administración tomó conocimiento de la misma, de lo contrario

se estaría ante infracciones imprescriptibles. Por tanto, ha transcurrido ampliamente el plazo de prescripción del art. 37 de la LOSMA.

b) En subsidio de lo anterior, **existe pérdida de oportunidad de la sanción administrativa, por decaimiento**. Como la Administración -a través de la COREMA de Biobío- tuvo conocimiento del hecho desde febrero de 2009 e incluso si se considera la última fecha en que la SMA inspeccionó la Refinería -febrero de 2019-, se cumplirían los requisitos de esta figura jurisprudencial porque hubo una dilación excesiva e injustificada en la resolución del procedimiento administrativo, vulnerando la garantía constitucional de debido proceso, así como los principios de celeridad, conclusivo y de inexcusabilidad de la Ley N° 19.880, y de eficacia y eficiencia de la Ley N° 18.575. De acuerdo con la jurisprudencia, el plazo máximo para tramitar un procedimiento administrativo sancionatorio, salvo que medie justificación, es de 2 años, que ha transcurrido con creces. Además, en cualquier caso, como la SMA tuvo conocimiento desde hace más de 8 años de este hecho, sin realizar reproche alguno, generó necesariamente la confianza legítima en la empresa de que no incumplió la RCA.

CENTÉSIMO DECIMONOVENO. La SMA considera que no procede la prescripción de la infracción N°1, ni el decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, sostuvo que:

- a) No existe prescripción de la infracción, porque la omisión de reemplazar la antorcha L-1360 se mantiene, perpetuando una situación antijurídica por la sola voluntad de la empresa, tratándose de una infracción permanente. Así, el plazo de prescripción se computará desde que se efectúe la acción debida, lo que no ocurre aún.
- b) En cuanto a la alegación de decaimiento, la empresa ignora que el cómputo del plazo para aplicarlo, se computa desde la formulación de cargos, no desde la detección de la infracción o de la emisión del informe de fiscalización, lo que ha sido reconocido por la Excma. Corte Suprema en sentencias de las causas rol 38340-2016 y

34496-2021. De esa forma, computada correctamente la duración del procedimiento administrativo sancionador, este es de apenas un año. Además, la sanción impuesta continúa siendo eficaz, porque la empresa sigue sin efectuar el reemplazo exigido por la RCA.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO. En relación a la prescripción, el art. 37 de la Ley N° 19.300 establece que “[l]as infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas”, interrumpiéndose dicho plazo con la notificación de la formulación de cargos. Así, de acuerdo a la norma transcrita el plazo de prescripción comienza a computarse desde que se ejecuta la infracción, esto es, desde que la acción u omisión se concreta y produce sus efectos dando origen al hecho ilícito.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO PRIMERO. Ahora bien, un aspecto clave para saber si operó la prescripción es determinar la naturaleza de la acción u omisión que se ha cometido, pues dicha categoría determinará el día a partir del cual debe comenzar el cómputo del plazo. En efecto, como se ha explicado “[n]ormalmente la identificación del día inicial no plantea especiales problemas cuando se trata de infracciones que producen efectos inmediatos y concretos; sin embargo, puede presentar alguna complejidad cuando se trata [...] de infracciones de las denominadas ‘permanentes’ o que permiten mantener un ‘estado de cosas’ anti-jurídico” (MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XII: Actos administrativos y sanciones administrativas, 2da. Edición, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 341). Así, se ha definido a este tipo infracción denominada permanente como aquella en la que “[...] una acción u omisión única crea una situación jurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta” (NIETO GARCÍA, Alejandro, *op. cit.*, p. 493). Otra definición señala que “[l]as infracciones permanentes son únicas y no varias, pero con capacidad de producir una lesión, estable o prolongada en el tiempo, del bien jurídico protegido, creando una situación contraria a Derecho” (MUÑOZ MACHADO, Santiago, *op. cit.*, 2017, p. 342). De esta forma, las infracciones permanentes son las que crean un estado anti-jurídico constante en el tiempo debido a que la conducta del

sujeto se mantiene al margen del ordenamiento. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso de autos, en el que se trata de una omisión, y en la que la Reclamante, hasta la fecha en que fue dictada la Resolución Reclamada, no ejecutó el reemplazo de la antorcha ya referida, siendo dicha obligación plenamente exigible. Por tanto, se mantuvo en la omisión y en la conducta infraccional.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SEGUNDO. Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de lo razonado en el considerando Vigésimo tercero del presente fallo, el momento a partir del cual la SMA estimó que debía verificarse el reemplazo de la antorcha no define el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Este momento solo señala cuándo se hizo exigible la obligación establecida en la RCA N° 64/2004. Aceptar lo contrario, como pretende la Reclamante, llevaría no solo a eludir la obligación de someter todas las fases asociadas al proyecto al contenido estricto de la RCA; sino también a relativizar aquellas conductas antijurídicas que de forma dolosa o negligente perduran. Además, el inicio del plazo de prescripción exige que la infracción se haya "cometido", situación que -en el caso de autos- deja de verificarse cuando el infractor depone la omisión antijurídica que temporalmente se ha prolongado.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO TERCERO. La Reclamante, por otra parte, califica de forma errada su conducta señalando que esta sería una infracción instantánea de efectos permanentes o, también denominada, infracción de estado y que, según la doctrina, son aquellas que se cometen a través de "un acto instantáneo de ilicitud que [...] provocan la creación de una situación ilícita indefinida que -por contraste con las infracciones permanentes- no se integran en el tipo" (NIETO GARCÍA, op. cit., 2012, p. 545). Vale decir, una inflación de este tipo exige que se verifique una única conducta puntual, momentánea y aislada que no perdura en el tiempo, pero que produce efectos que persisten tras la realización del hecho (acción u omisión) que los originó. En este entendimiento, aunque el hecho de la Reclamante pudo provocar efectos que no forman parte del tipo infraccional, la omisión o inobservancia a la obligación dispuesta en la RCA N° 64/2004 se ha prolongado de forma indefinida, lo que

impide calificar el ilícito como una infracción instantánea de efectos permanentes.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO CUARTO. En definitiva, y en vista de lo señalado, no cabe duda de que el ilícito cometido por ENAP Refinerías S.A. corresponde a una infracción permanente, dado que la omisión contraria a derecho persiste. En otras palabras, la contravención a la obligación de reemplazar la antorcha L-1360 no ha sido cumplida y, por ende, el ilícito aún no se ha agotado, lo que imposibilita el inicio del cómputo del plazo de prescripción previsto en la LOSMA. En consecuencia, las alegaciones de la Reclamante serán desestimadas.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO QUINTO. Además, esta conclusión tampoco supone una contravención del principio de confianza legítima según alegó la Reclamante. Primero, porque en aquellos casos en que se ha postulado, la confianza constituye un límite a los poderes de revisión de la Administración, vale decir, la confianza debe estar depositada sobre actos firmes que luego son dejados sin efecto mediante una actuación posterior (BERMÚDEZ, Jorge, "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XVIII, N° 2, 2005, pp. 83-105). Este supuesto no se configura en la especie, ya que la SMA no ha revisado ni menos ha dejado sin efectos actos pretéritos dictados por ella misma con motivo de la Resolución Sancionatoria. En segundo lugar, el que se hubiese señalado que "SMA estuvo en conocimiento del hecho hace más de 8 años" -afirmación que, además, no ha sido probada- no devela un cambio de parecer en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o de resolver el asunto (*Ibid.*). Más bien, esta afirmación -en los términos que se han planteado- sólo sería indicaria de que la autoridad administrativa no disponía de la información necesaria para formular cargos e instruir un procedimiento sancionatorio. Finalmente, el mismo autor, tomando como base la doctrina y jurisprudencia alemana, señala que las actuaciones de la Administración no quebrantan la protección a la confianza legítima, cuando el beneficiario del acto "[c]onocía del carácter irregular del acto administrativo o, si no teniendo conocimiento del mismo, había incurrido en una falta o negligencia grave"

(Ibid.). Por lo tanto, incluso si se considera que las actuaciones pasadas de la SMA constituyan actos firmes y demostraban la convicción de que no había incumplimiento, aquella aún podría haber reconsiderado, cambiado de parecer y anulado dichas actuaciones, ya que ante irregularidades no existe confianza digna de protección.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SEXTO. Por otra parte, para resolver las alegaciones relacionadas con el decaimiento del procedimiento sancionatorio, se considerará, en primer término, que el decaimiento, denominado más recientemente por la Excmo. Corte Suprema -siguiendo el art. 40 de la Ley N° 19.880- como imposibilidad material de continuación del procedimiento (CS, Rol N° 34.496-2021, sentencia de casación de 26 de enero de 2022, considerando 8°), es una institución de origen jurisprudencial que determina la ineficiencia del procedimiento cuando, por causas sobrevivientes, desaparecen los presupuestos jurídicos o materiales que motivaron su instrucción. De esta forma, la pérdida de eficacia del procedimiento conlleva a que el acto terminal o sancionatorio también pierda su contenido o fundamento, provocando su extinción.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO SÉPTIMO. En el contexto sancionatorio, esta institución opera -entre otras causas y en lo que ahora interesa- por el transcurso excesivo e injustificado del tiempo que demora la autoridad administrativa en poner término a la tramitación del procedimiento sancionatorio.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO OCTAVO. Considerando lo anterior, así como lo alegado por la Reclamante, se logra apreciar que la discusión se relaciona con la extensión del procedimiento administrativo sancionador y, específicamente, el momento a partir del que se contabiliza el plazo para configurar la ilegalidad denunciada sobre el procedimiento.

CENTÉSIMO VIGÉSIMO NOVENO. Para resolver esta cuestión, se considerará que el art. 3º de la LOSMA diferencia las facultades de fiscalización de las sancionadoras. Las primeras habilitan la inspección, medición y análisis para controlar el cumplimiento de las obligaciones ambientales vigiladas por la SMA. La potestad sancionatoria, en cambio, faculta para imponer sanciones por infracciones. Debido al alcance específico de ambas potestades, el legislador, mediante el art. 7º de la

LOSMA, decidió mantenerlas separadas a fin de asegurar la imparcialidad en su ejercicio, permitiendo que el funcionario que recibe la información de fiscalización tenga autonomía para decidir si procede iniciar el procedimiento sancionatorio. Así, las actividades de fiscalización no constituyen actos del procedimiento sancionatorio, aunque pueden ser incorporadas a este para fundarlo.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO. En otros términos, los actos que dejan constancia de las diligencias de investigación, no contienen una declaración de voluntad destinada a ejercer la potestad sancionadora, sino que constituyen actuaciones de constancia, pues a través de aquellas la Administración busca un entendimiento preliminar de los hechos que podrían constituir infracciones administrativas y que -de ser efectivos- servirán de base y prueba para la formulación de cargos. En ese sentido, el acta de investigación o la confección de los informes de fiscalización no están sujetos al régimen de caducidad, ya que carece del elemento decisorio necesario para revelar la voluntad de la Reclamada de dar inicio al procedimiento sancionador.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO PRIMERO. Por el contrario, el inicio del procedimiento sancionatorio coincide con el momento en que se decide la formulación de cargos contra el eventual infractor. Ello, por así disponer expresamente el art. 49 de la LOSMA, que establece que “[l]a instrucción del procedimiento sancionatorio [...] **se iniciará** con una formulación precisa de los cargos” (destacado del Tribunal).

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SEGUNDO. Por lo tanto, el inicio del procedimiento sancionador ambiental se produce con el pliego de cargos, razonamiento que, además, ha ratificado la Excmo. Corte Suprema (v.gr. CS, Rol N° 34.496-2021, sentencia de casación 26 de enero de 2002, considerando 9º; CS, Rol N° 38.340-2016, sentencia de casación de 3 de agosto de 2017, considerando 19º) y también por este Tribunal (3TA, R-71-2022, sentencia de 28 de diciembre de 2023, considerando 27º; 3TA, Rol N° R-49-2022, sentencia de 16 de noviembre de 2023, considerando 13º; 3TA, Rol N° R-44-2022, sentencia de 27 de junio de 2023, considerandos 14º y ss.; 3TA, Rol N° R-51-2022, sentencia de 22 de diciembre de 2023, considerando 11º; 3TA, Rol N° R-2-2021, sentencia de 22 de abril de 2021, considerandos 18º y ss.).

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO TERCERO. Por los motivos reseñados, habiéndose iniciado el procedimiento sancionador con la formulación de cargos el 10 de marzo de 2022, habiéndose dictado la Resolución Sancionadora el 10 de marzo de 2023 y no existiendo controversia sobre el plazo de dos años para configurar esta causal, este Tribunal concluye que no se configura la ilegalidad denunciada por la Reclamante.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO CUARTO. Tampoco se observa que la tardanza de la SMA hubiese sido injustificada, pues en el transcurso del procedimiento se sucedieron una serie de diligencias y actuaciones administrativas todas ellas contiguas y próximas en el tiempo, lo que impide afirmar que existió una inactividad o pasividad por parte la autoridad reclamada que determine un actuar negligente o una dilación excesiva del procedimiento sancionatorio.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO QUINTO. Así, de los antecedentes que obran en el expediente sancionatorio, se advierte que:

- a) Posterior a formulación de cargos, de 10 de marzo de 2022 (fs. 231 y ss.) y la resolución de la SMA que tiene por presentados los descargos, de 6 de junio de 2022 (fs. 3285 y ss.) se realizaron una serie de actuaciones, entre ellas, la solicitud de ampliación de plazo para efectuar descargas (fs. 2667 y ss.), la resolución de la SMA que concede la ampliación de plazo para presentar descargas (fs. 2700 y ss.) y la presentación de los descargos (fs. 2711 y ss.). Es decir, durante este tiempo no se mantuvo paralizado el procedimiento, sino que se dio curso de acuerdo al mérito del procedimiento.
- b) Luego, el procedimiento se detuvo por aproximadamente cuatro meses y medio hasta el 20 de octubre de 2022, momento en el cual la SMA resolvió requerir información a ENAP Refinería S.A. (fs. 3295 y ss.), en contra de lo cual el Titular presentó recurso de reposición (fs. 3299 y ss.). El referido recurso fue rechazado por la autoridad administrativa el 27 de octubre de 2022 (fs. 3313 y ss.). Además, luego del requerimiento la Reclamante respondió al requerimiento de información mediante tres presentaciones de 26 de octubre de 2022 (fs. 3304 y ss.), de 4 de noviembre de 2022 (fs. 3323 y ss.) y de 11 de noviembre de 2022 (fs. 3334 y ss.).

c) Así, entre este último escrito mediante el cual se complementó el requerimiento de información de la SMA y la Resolución Sancionatoria de 10 de marzo de 2023 (fs. 3342 y ss.), transcurrieron poco menos de cuatro meses.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SEXTO. En definitiva, se concluye que, en la especie, se han realizado actuaciones y diligencias relevantes durante todo el tiempo que duró el procedimiento sancionatorio. No se advierte que la SMA haya incurrido en dilaciones excesivas e injustificadas que evidencian una actitud pasiva o incumplimiento al deber de impulsar de oficio y con celeridad el procedimiento. Por el contrario, los periodos en los que se evidenció un mayor lapso de inactividad imputable a la SMA corresponden a aquellos en que se llevó a cabo el estudio definitivo del caso y se determinó la sanción aplicada. Por estas razones, la solicitud de la Reclamante consistente en que se declare el decaimiento o imposibilidad de continuar con el procedimiento será rechazada.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Por lo tanto, este Tribunal desestimará las alegaciones vinculadas a la prescripción, protección a la confianza legítima y la caducidad o imposibilidad material de continuación del procedimiento sancionador.

5. Si está configurada o no la infracción N° 2

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO OCTAVO. La empresa considera que no se configura la infracción N° 2. Al respecto indicó que:

- a) Respecto de los parámetros caudal, pH y temperatura, ocurrió que el sistema electrónico de reporte del RETC no permitía ingresar más de un dato por parámetro, por lo que se informó un valor promedio, además de cargarse todos los certificados de análisis de laboratorio de marzo a diciembre 2019 para temperatura y pH, que acreditan que los monitoreos sí se hicieron con la frecuencia exigida, lo que es reconocido en el considerando 63° de la Resolución Reclamada.
- b) Respecto del reporte de noviembre de 2021, este no se hizo por incumplimiento contractual del Laboratorio Hidrolab. La SMA reconoce esto, no obstante, considera que no es caso fortuito ni fuerza mayor, obviando que, por

sus propias instrucciones, los muestreos y análisis deben provenir de una Entidad Técnica de Fiscalización Ambiental -en adelante, ETFA- con alcances autorizados para el tipo de variable o componente que se monitorea, lo que dificulta contratar sus servicios en tan corto tiempo. Por tanto, no puede imputarse como infracción un hecho causado por un tercero, respecto del cual no tiene control alguno.

CENTÉSIMO TRIGÉSIMO NOVENO. La SMA considera que la infracción N° 2 está debidamente configurada. Al respecto, sostuvo que:

- a) Si bien se acreditó el cumplimiento de la frecuencia de muestreo de los parámetros temperatura y pH, no ocurrió así con los demás parámetros indicados en la Resolución Reclamada; tampoco acreditó que entre marzo y diciembre de 2019, el sistema de reporte del RETC impidiese ingresar más de un dato por parámetro.
- b) En cuanto a la falta de reporte de monitoreo de noviembre de 2021, debido al incumplimiento contractual del Laboratorio Hidrolab, esto no constituye impedimento alguno, ni caso fortuito, ni fuerza mayor, porque para casos de que no exista una ETFA disponible, la Res. Ex. N° 127, de 25 de enero de 2019, de la SMA, dispone en su punto 6° que se podrá contratar cualquier empresa con acreditación vigente con el INN o con algún organismo de acreditación internacional reconocido por CILAC, y en su defecto, cualquier persona externa que preste el servicio. Además, la infracción se configura incluso en ausencia de intencionalidad, pues esta se considera al determinar la sanción, siendo una circunstancia del art. 40 letra d) de la LOSMA.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO. En relación a la infracción referida a la frecuencia de muestreo de los parámetros de caudal, pH y temperatura correspondiente a marzo y diciembre de 2019, este Tribunal desestimarán el primero de los argumentos esgrimidos por la Reclamante, vinculados al supuesto problema técnico o la imposibilidad de ingresar todos los datos al Sistema de Ventanilla Única del RETC, debido a la falta de pruebas que acrediten dichas afirmaciones.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO PRIMERO. No obstante, a juicio de este Tribunal, la SMA no acreditó el incumplimiento que fue imputado, particularmente en lo referido a la obligación legal de ejecutar los **muestreos de los parámetros pH y temperatura**, en la frecuencia y periodo referidos. En efecto, el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2020-1744-VIII-NE (fs. 1147 y ss.) da cuenta que el Titular, además de comunicar los datos obtenidos del análisis de sus residuos líquidos y obtener los Certificados de Autocontrol (fs. 1518-1568), respaldó tales cifras a través Informes de Muestreos, los cuales fueron elaborados por el propio Titular -ENAP- entre marzo a agosto y EULA-Chile entre septiembre a diciembre, según se muestra en la Tabla 4 de esta sentencia. Estos Informes, como advierte la propia SMA en la Tabla 5 de la Resolución Reclamada (fs. 3359-3360), documentan que la cantidad total de muestras tomadas cumplen con la frecuencia mínima exigida en la Res. Ex. N° 1807/2010 de la Superintendencia de Servicios Sanitarios -en adelante, SISS-, cuyo contenido extractado fue incorporado en formulación de cargos (fs. 239-240) y la Tabla 3º de la Resolución Reclamada (fs. 3345-3347).

Tabla 4. Cantidad de muestreos efectuados para pH y temperatura.

Periodo	Informe	Fs.	Fecha de muestreo	Total muestras por		Freq. exigida
				Informe	Periodo	
Marzo	AL* N° 1486896	1402	07-03-2019	12		48
	AL N° 1458668	1405	14-03-2019	12		
	AL N° 1460481	1408	21-03-2019	12		
	AL N° 1462249	1411	28-03-2019	12		
Abril	AL N° 1464013	1414	04-04-2019	12		48
	AL N° 1465797	1417	11-04-2019	12		
	AL N° 1468625	1420	18-04-2019	12		
	AL N° 1469421	1423	25-04-2019	12		
Mayo	AL N° 1471173	1426	02-05-2019	12	48	48

**REPÚBLICA DE CHILE
TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL**

Fojas 3746
tres mil setecientos cuarenta y seis

	AL N° 1472887	1429	09-05-2019	12		
	AL N° 1474759	1432	16-05-2019	12		
	AL N° 1476564	1435	23-05-2019	12		
Junio	AL N° 1486525	1438	10-06-2019	12	48	48
	AL N° 1482005	1441	13-06-2019	12		
	AL N° 1483867	1444	20-06-2019	12		
	AL N° 1485674	1447	27-06-2019	12		
Julio	AL N° 1487450	1453	04-07-2019	12	48	48
	AL N° 1489278	1459	11-07-2019	12		
	AL N° 1491099	1465	18-07-2019	12		
	AL N° 1492892	1471	25-07-2019	12		
Agosto	AL N° 1496474	1477	08-08-2019	12	60	48
	AL N° 1503976	1480	13-08-2019	12		
	AL N° 1400025	1497	22-08-2019	12		
	Inf. N° 1600	1503-1506	29-08-2019	11		
			30-08-2019	13		
Septiembre	Inf.** N° 1668	1156-1159	04-09-2019	11	120	48
			05-09-2019	13		
	Inf. N° 1704	1486-1489	10-09-2019	13		
			11-09-2019	11		
	Inf. N° 1720	1170-1173	11-09-2019	13		
			12-09-2019	11		
	Inf. N° 1754	1184-1187	16-09-2019	14		
			17-09-2019	10		
	Inf. N° 1808	1198-1201	25-09-2019	13		
			26-09-2019	11		

Octubre	Inf. N° 1891	1215-1218	02-10-2019	13	96	48
			03-10-2019	11		
	Inf. N° 1936	1229-1232	09-10-2019	13		
			10-10-2019	11		
	Inf. N° 1986	1243-1246	16-10-2019	12		
			17-10-2019	12		
	Inf. N° 2012	1257-1260	23-10-2019	13		
			24-10-2019	11		
Noviembre	Inf. N° 2125	1268-1271	06-11-2019	12	96	48
			07-11-2019	12		
	Inf. N° 2188	1282-1285	13-11-2019	13		
			14-11-2019	11		
	Inf. N° 2268	1296-1299	20-11-2019	12		
			21-11-2019	12		
	Inf. N° 2321	1310-1313	27-11-2019	13		
			28-11-2019	11		
Diciembre	Inf. N° 2371	1324-1327	04-12-2019	13	96	48
			05-12-2019	11		
	Inf. N° 2465	1338-1341	11-12-2019	13		
			12-12-2019	11		
	Inf. N° 2510	1355-1358	17-12-2019	14		
			18-12-2019	10		
	Inf. N° 2574	1366-1369	26-12-2019	14		
			27-12-2019	10		

* AL = Análisis de laboratorio; ** Inf = Informe de Muestreo. Fuente: Elaboración propia.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. En otros términos, aun cuando resulta efectivo que los Certificados de Autocontrol emitidos por el Sistema de Ventanilla Única del RETC, registran un total de 4 muestreos por mes, entre marzo y diciembre de 2019, los informes de ensayo revelan un escenario distinto, en el cual el Titular cumple con la frecuencia y periodicidad exigidas en el Programa de Monitoreo aprobado por la SISS.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO TERCERO. Lo anterior coincide con lo expuesto por la Reclamante al evacuar sus descargos en el procedimiento sancionatorio, particularmente, con el "Informe de análisis y estimación de efectos" (fs. 3251 y ss.) y el "Apéndice A: Certificados de laboratorio con las mediciones de pH y temperatura efectuados por laboratorios ENAP, periodo marzo 2019 - diciembre 2019" (fs. 2832 y ss.), que confirman lo expresado en el considerando precedente.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO CUARTO. Finalmente, esta conclusión de ENAP Refinería S.A. y que ha sido ratificada por este Tribunal, no fue controvertida en la Resolución Reclamada, según consta de su considerando 63°, donde se indicó lo siguiente: "Teniendo presente la información detallada en la tabla anterior [Tabla 5 de la Resolución Sancionatoria] [...] se puede concluir que [...] la titular dio cumplimiento muestreando con frecuencia mínima de medición para pH, Temperatura" (fs. 3360). Incluso, esta afirmación es ratificada al evacuar el informe de autos, toda vez que en ella se expresó que "[l]o cierto es que los parámetros temperatura y pH fueron los únicos respecto de los cuales ENAP logró acreditar haber dado cumplimiento a la frecuencia mínima" (fs. 205).

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO QUINTO. Desde esta perspectiva, el art. 13 de la Ley N° 19.880 establece que la Administración debe conducir sus procedimientos "**con sencillez y eficacia**, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar **constancia indubitable de lo actuado** y evitar perjuicios a los particulares" (énfasis del Tribunal). Además, el art. 2° letra e) del D.S. N° 1/2013, del MMA, establece que uno de los objetivos del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes -en adelante, RETC- es "[f]acilitar a los sujetos regulados la entrega de la información sobre las emisiones [...]" . En consecuencia, si bien la

autoridad administrativa está habilitada para exigir que los titulares presenten sus reportes observando las formalidades dispuestas por ella o por la normativa aplicable, no debe perder de vista que esta ritualidad no puede traducirse en una carga que pierda vista circunstancias particulares como las del presente caso y, en especial, cuando ha quedado demostrado, mediante los documentos verificados por la propia SMA, que el Titular ha dado cumplimiento efectivo a su obligación de muestreo en la frecuencia requerida. Por lo tanto, el incumplimiento imputado, quebranta el carácter desformalizado de los procedimientos administrativos.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SEXTO. Además, el incumplimiento imputado, conforme al considerando 11.2. de la Resolución Reclamada (fs. 3345-3347), se circunscribió expresamente al art. 35 letra g) de la LOSMA, que tipifica "El incumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de residuos líquidos industriales"; y no al literal m) del mismo precepto, que tipifica "[e]l incumplimiento de la obligación de informar de los responsables de fuentes emisoras, para la elaboración del registro al cual hace mención la letra p) del artículo 70 de la ley N° 19.300". Esta distinción -aunque en apariencia sutil- es fundamental, ya que el primero de los tipos infraccionales se centra en el monitoreo, entendido como el proceso de supervisión u observación de las condiciones en que se desarrolla un proyecto o actividad mediante la recopilación de datos; mientras que el segundo tipo, apunta a la obligación de reportar y comunicar formalmente los resultados obtenidos a partir del monitoreo.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. En este sentido, el D.S. N° 90/2000, del MINSEGPRES -normativa aplicable a la descarga de residuos líquidos industriales- establece en su numeral 6.3.1. la frecuencia de monitoreo a la que está sujeta la fuente emisora, pero no detalla la obligación de reportar los resultados ni especifica la modalidad o mecanismo que debe ser utilizado por el Titular para entregar dicha información. Esta última obligación, en cambio, se encuentra regulada en los arts. 17, 18, 19 y 31 del D.S. N° 1/2013, del MMA, que "Aprueba reglamento del Registro de Emisiones y Transferencias de Contaminantes, RETC" -referido en el art. 70 letra g) de la Ley

N° 19.300- y que, en general, establece que los sujetos obligados a reportar sus emisiones deben hacerlo exclusivamente a través de la ventanilla única en el portal electrónico del RETC.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Por lo tanto, el tipo infraccional del art. 35 letra g) de la LOSMA, que fue imputado por la SMA no se configura respecto de los parámetros pH y temperatura, dado que como reconoce la propia Reclamada, ENAP Refinerías S.A. efectuó el monitoreo de tales parámetros en la frecuencia establecida en el D.S. N° 90/2000, del MINSEGPRES y el respectivo Programa de Monitoreo. Adicionalmente, aunque la SMA no imputó la infracción prevista en el art. 35 letra m) de la LOSMA, esta tampoco se configura, ya que el error de carga en el Sistema de Ventanilla Única RETC, constituye -en el caso en concreto- un error formal y de menor entidad, dado que los datos obtenidos fueron efectivamente reportados y comunicados a la autoridad en la oportunidad debida, según se expresó anteriormente.

CENTÉSIMO CUADRAGÉSIMO NOVENO. Ahora bien, en cuanto a la **medición del caudal**, la Reclamante da cuenta que, de acuerdo a su Programa de Monitoreo, el volumen de descarga media mensual corresponde a 368.582 m³/día (fs. 3257), debiendo analizar dicho parámetro con una frecuencia de muestreo diaria (fs. 239, 3346). Señalado lo anterior, en el Informe de Fiscalización Ambiental DFZ-2020-1744-VIII-NE no existe registro de que dicho parámetro hubiese sido controlado en los términos exigidos por el Programa de Monitoreo. Tampoco se logra extraer dicho dato de los Análisis de Laboratorio, Informes de Muestreo y Certificados de Autocontrol (fs. fs. 1147-1568) ni del Anexo denominado "Datos crudos Refinería ENAP Bio Bio" (S/F), acompañado en el otrosí de la presentación de fs. 194 y ss.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO. Este antecedente, por el contrario, solo viene a ser informado una vez evacuados los descargas de la Reclamante en el procedimiento sancionatorio, mediante el documento denominado "Apéndice C: Tablas con mediciones utilizadas" (fs. 3240 y ss.), que presenta los datos del caudal diario para la anualidad del 2019 y 2020, según da cuenta la Tabla C2 del mencionado informe (fs. 3243-3245).

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. Señalado lo anterior, el Tribunal también tiene en consideración que el Sistema de Ventanilla Única del RETC, según establece el art. 3º letra o) del D.S. N° 1/2013, del MMA, es el sistema electrónico de declaración que permite "dar cumplimiento a la obligación de reporte de los establecimientos emisores o generador" y, en consecuencia, transparenta, de manera inequívoca, la oportunidad y diligencia con que los regulados hicieron seguimiento efectivo de las variables que deben ser analizadas de conformidad a normativa o los respectivos actos administrativos dictados en conformidad a ella. En otras palabras, este Sistema no solo facilita el proceso de cumplimiento normativo para reportar los resultados de los monitoreos, sino que también sirve como prueba fehaciente de que los datos -que posteriormente son reportados a través de este Sistema-, han sido obtenidos en los plazos y conforme a los métodos y frecuencia que establece el ordenamiento.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. Así, la conducta de la Reclamante de diferir el reporte del caudal al momento de evacuar sus descargas, no desacredita la infracción configurada por la SMA, fundamentalmente, porque el regulado debe reportar en el momento específico y determinado para asegurar que la frecuencia del monitoreo y sus resultado reflejen fielmente las condiciones reales del establecimiento a la época en que se generan aquellos datos, evitando cualquier tipo de manipulación o alteración de los mismos, conforme también se infiere del art. 10 del D.S. N° 31/2012, del MMA.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Asimismo, es fundamental tener en cuenta que el RETC, además de facilitar a los regulados la entrega de la información a ser reportada y a las autoridades competentes la supervigilancia de la misma, tiene por propósito asegurar su transparencia dado el carácter público que le atribuyen los arts. 8º y 22 letra i) de la D.S. N° 1/2013, del MMA y art. 31 bis letra b) de la Ley N° 19.300. Es decir, se busca que cualquier persona interesada pueda acceder a tales datos, promoviendo el control social sobre el estado del medio ambiente y de la actividad de los regulados y de la Administración.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO CUARTO. También, es del caso señalar que sin la información precisa del caudal descargado, que permite determinar el volumen total del efluente, es imposible calcular la carga másica de los contaminantes transportados (U.S. Environmental Protection Agency (2017). *National Pollutant Discharge Elimination System (NPDES) Compliance Inspection Manual.* EPA-305-K-17-001. Disponible en: <<https://bit.ly/3CWDHr1A>>), por lo que, el incumplimiento y omisión del Titular se vuelven esenciales para dimensionar los efectos del efluente sobre el medio receptor.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO QUINTO. En definitiva, posponer la entrega de antecedentes relativos a un monitoreo que debió ser reportado en plazo determinado, hasta una vez iniciado el procedimiento sancionador, no sólo resulta ineficaz para desacreditar la infracción que fue imputada por la autoridad administrativa, sino que también vulnera los deberes de transparencia y confiabilidad de la información que sirven de base y fundamento al sistema de monitoreo y fiscalización ambiental.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Por otra parte, las alegaciones relacionadas al problema de reporte en el mes de noviembre de 2021, debido a un supuesto **incumplimiento contractual**, serán desestimadas, dado que la observancia de las obligaciones ambientales debe ser asegurado por el titular del proyecto y/o la fuente emisora, cualquier defecto en el reporte no puede ser excusado por problemas contractuales.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. En este orden de ideas, considerando todo lo razonado, este Tribunal concluye que, aunque las alegaciones de la Reclamante en relación con la ejecución de los muestreos de pH y temperatura son ciertas, el tipo infraccional definido por el art. 35 letra g) de la LOSMA, en relación con el numeral 6.3.1. del D.S. N° 90/2000, del MINSEGPRES y lo dispuesto en la Res. Ex. N° 1807/2010 de la SISS, de igual manera se configura, dado que no se ha desvirtuado el incumplimiento al deber monitorear y reportar el parámetro caudal correspondiente a la anualidad del 2019 y los parámetros aceites y grasas, aluminio, DB05, hidrocarburos fijos, índice fenol, nitrógeno total Kjeldahl, sólidos suspendidos totales, sulfato, sulfuro y zinc para el mes de noviembre 2021.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. En efecto, las disposiciones singularizadas en el considerando anterior, constituyen una unidad normativa que define y describe de forma clara y precisa el término y las circunstancias que deben ser cumplidas por el titular y que, en caso de ser quebrantadas, habilita a la SMA a aplicar sanción conforme a las reglas metodológicas respectivas.

CENTÉSIMO QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Por lo tanto, cuando el Titular contraviene esta orden, ya sea respecto de uno, algunos o la totalidad de los parámetros a monitorear, ya sea de forma aislada, sucesiva o discontinua en el tiempo, se logra satisfacer los elementos de este tipo específico, provocando, en consecuencia, que la autoridad administrativa esté facultada para aplicar una sola sanción por el conjunto de hechos que permiten configurar la infracción, por lo tanto, la alegación de la Reclamante será desestimada.

POR TANTO Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los arts. 17 N°3, 18 N°3, 20, 25, 27, 29, 30 y 47 de la Ley N° 20.600; arts. 2°, 3°, 7°, 28, 35, 36, 37, 40, 49, 54, 56 y demás aplicables de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, contenida en la Ley N° 20.417; los arts. 3°, 11, 13, 16, 41 y demás aplicables de la Ley N° 19.880; arts. 2°, 10°, 11, 24, 31 bis y 70 letra p) de la Ley N° 19.300 y arts. 2°, 19, 71 del D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente; los arts. 12, 14, 15, 16, 37 de D.S. N° 30/1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia; el art. 1° y las demás aplicables del D.S. N° 12/2021 del Ministerio del Medio Ambiente; el art. 1° y y las demás aplicables del D.S. N° 12/2011, del Ministerio del Medio Ambiente; el art. 2° del D.S. N° 104/2018, del Ministerio del Medio Ambiente; el art. 2°, 3°, 8°, 17, 18, 19, 22 y 31 del D.S. N° 1/2013, del Ministerio del Medio Ambiente; el art. 10° del D.S. N° 31/2012, del Ministerio del Medio Ambiente; las disposiciones del D.S. 90/2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia; arts. 158, 160, 164, 169, 170 y demás aplicables del Código de

Procedimiento Civil; el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920; y demás disposiciones pertinentes.

SE RESUELVE:

- I. Acoger parcialmente** la reclamación de fs. 1 y ss., por ENAP Refinería S.A., en contra de la Res. Ex. N° 454, de 10 de marzo de 2023, de la SMA; por tanto, se anula parcialmente la Resolución Reclamada, debiendo la SMA dictar una nueva resolución sancionatoria que pondere el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción N° 1; y número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción N° 1, de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la sentencia.
- II. No condenar en costa a la Reclamada**, por haber tenido motivos plausibles para litigar.

Notifíquese y regístrese.

Rol N° R-8-2023

Pronunciada por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental, integrado por los Ministros Sr. Javier Millar Silva, Sr. Iván Hunter Ampuero y Sra. Sibel Villalobos Volpi. No firman el Sr. Hunter y la Sra. Villalobos, por haber cesado en su cargo por término de su período legal.

Redactó la sentencia el Ministro Sr. Javier Millar Silva.

Autoriza el Secretario Abogado Sr. Francisco Pinilla Rodríguez.

En Valdivia, a treinta de mayo de dos mil veinticinco, se anunció por el Estado Diario.