

ANT.: Res. Ex. N° 2/Rol N° D-074-2015, de 20 de enero de 2016.

REF.: Expediente Sancionatorio N° D-074-2015.

MAT.: 1. Deducer recurso de reposición. 2. Subsidiariamente, deducir recurso jerárquico. 3. Solicita suspensión de efectos del acto administrativo.



Santiago, 01 de febrero de 2016

Señora

Marie Claude Plumer Bodin

Jefa (S) División de Sanción y Cumplimiento

Superintendencia del Medio Ambiente

Presente

At. Fiscal instructor: Sr. Camilo Orchard Rieiro.

Por medio de la presente, **Cecilia Urbina Benavides**, en representación de **Minera Florida Limitada**, empresa del giro de su denominación, ambos domiciliados para estos efectos en La Concepción 141, Oficina 1106, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Región Metropolitana, estando dentro de plazo, vengo en presentar recurso de reposición en virtud del artículo 59 de la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, por los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se exponen en contra de la Res. Ex. N° 2/Rol N° D-074-2015, de 20 de enero de 2016, en tanto rechaza la solicitud de reserva de información efectuada el 14 de enero de 2016 respecto de los siguientes documentos:

1. Cotización N° 3314 emitida por Maestranza Vicmar para la construcción de la obra disipadora de energía;
2. Presupuesto N° 053-1 emitido por SINGPRO para la instalación de challas para mitigar el polvo en el chancador primario;
3. Propuesta económica mejorada de Laboratorios Hidrolab S.A. para el contrato de servicio de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas;
4. Metodología y Presupuesto de Construcción de 2 pozos, pruebas de bombeo y traslado de derecho de aprovechamiento de aguas, emitido por SITAC S.A. en junio de 2013;
5. Cotización N° 175127 preparada por Automatización Vignola Industrial el día 12 de enero de 2016 para la venta de 2 flujómetros; y,
6. Cotización N° 11-004-A11-B3 de Constructora del Pacífico E.I.R.L. de fecha 14 de agosto de 2014 para el montaje de bombas.

I.-

ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCESO DE SANCIÓN.

Con fecha 17 de diciembre de 2015, mediante Res. Ex. N° 1/Rol D-074-2015, la Superintendencia del Medio Ambiente (“SMA”) formuló cargos a Minera Florida Ltda. por una serie de hechos que a su juicio constituirían una infracción a las Resoluciones de Calificación Ambiental que rigen la explotación del yacimiento de oro subterráneo “Pedro de Valencia” ubicado la comuna de Alhué, provincia de Melipilla, Región Metropolitana¹

En el marco de este procedimiento sancionatorio, conforme al derecho establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (“LO-SMA”) y dentro del plazo otorgado en la Res. Ex. N° 1/ Rol D-074-2015, el día 14 de enero del año en curso, Minera Florida Ltda. presentó a la Superintendencia del Medio Ambiente un Programa de Cumplimiento respecto de los cargos imputados, acompañando la información técnica y económica que acredita el cumplimiento de las acciones comprometidas en dicho programa.

En este contexto, en el segundo otrosí del escrito se solicitó a la Superintendencia del Medio Ambiente ordenar las medidas pertinentes para guardar la reserva de información financiera y comercial de los diversos antecedentes entregados, entre otros, la cotización N° 3314 emitida por Maestranza Vicmar el día 7 de enero de 2016 para la construcción de la obra disipadora de energía; el presupuesto N° 053-1 emitido por SINGPRO el día 7 de enero de 2016 para la instalación de challas para mitigar el polvo en el chancador primario; la propuesta económica mejorada de Laboratorios Hidrolab S.A. y que para todos los efectos legales que puedan tener lugar forma parte integrante del contrato de servicio de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas suscrito con Minera Florida Ltda. el día 26 de mayo de 2015, la cotización N° 175127 de Automatización Vignola Industrial respecto a la venta de 2 flujómetros y la cotización N° 11-004-A11-B3 de Constructora del Pacífico E.I.R.L. para el montaje de bombas en el tranque de relaves y la Metodología y Presupuesto de Construcción de 2 pozos, pruebas de bombeo y traslado de derecho de aprovechamiento de aguas, emitido por SITAC S.A. en junio de 2013. Estos documentos fueron adjuntados en los Anexos 5, 6, 10 y 12, respectivamente.

Tal como consta del Programa de Cumplimiento, la solicitud de reserva se fundamentó en los artículos 6 de la LO-SMA y el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. La primera de estas normas establece que *“siempre que los documentos y antecedentes no tengan el carácter de públicos, los funcionarios de la Superintendencia deberán guardar reserva de aquellos que conocieren en el ejercicio de sus funciones, relativos a los negocios de las personas*

¹ En concreto, los cargos constituirían infracciones a las siguientes Resoluciones de Calificación Ambiental (“RCA”): i) 1333/1995 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana (“COREMA RM”) que aprueba el proyecto “Ampliación Tranque De Relaves Alhue”; ii) 621/2002 de COREMA RM que aprueba el proyecto “Botadero De Estéril Mina Pedro Valencia Alhué”; iii) 005/2005 de la COREMA RM que aprueba el proyecto “Tranque De Relaves Alhué Adosado Al Existente”; iv) 188/2008 de la COREMA RM que aprueba el proyecto “Ampliación Botadero De Estéril Existente Nv 620”; v) 273/2008 de la COREMA RM que aprueba el proyecto “Expansión Planta y Mina de Minera Florida Ltda. Expansión Minera Florida”; vi) 99/2011 de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región Metropolitana (“CEA RM”) que aprueba el proyecto “Planta De Procesamiento De Relaves”; vii) 410/2012 de CEA RM que aprueba el proyecto “Deposición de relaves filtrados interior mina”; y, viii) 105/2014 de CEA RM que aprueba el proyecto “Peraltamiento Tranque de Relaves Adosado”.

sujetas a su fiscalización y deberán abstenerse de utilizarlos en beneficio propio o de terceros” (el énfasis es propio), mientras que la segunda señala como causal de reserva “(...) cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. En concreto, la documentación adjunta al Programa de Cumplimiento incluye información preparada por terceros y que corresponden a antecedentes relativos a sus negocios, cuya divulgación puede afectar las condiciones de contratación de mi representada con proveedores, trabajadores y compradores.

Con fecha 20 de enero de 2016, mediante el resuelvo cuarto de la Res. Ex. N° 2/Rol N° D-074-2015, la Superintendencia del Medio Ambiente decidió rechazar la solicitud de reserva de Minera Florida Ltda. procediendo a declarar de oficio la reserva de algunos de los antecedentes acompañados. Según se desprende de la misma resolución, esta decisión se fundó en el considerando 11, cuyo tenor es el siguiente:

“Que el Consejo para la Transparencia ha aclarado en sus decisiones que la carga de dar cuenta de que concurre alguna de las causales de reserva contempladas en la ley, es la parte interesada en la reserva. Al respecto, ha señalado que no basta con la simple alegación de configurarse una causal de reserva, sino que esta debe probarse por quien la alega debido a que de esta circunstancia dependerá la extinción del deber de entregar la información. A mayor abundamiento, el Consejo para la Transparencia ha reiterado que no basta invocar la causalidad entre lo que se pide y la causal de reserva respectiva, sino que además debe acreditarse, caso a caso, cómo es que se afecta el debido cumplimiento del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional según corresponda. (Decisiones de Amparo Consejo para la Transparencia, ROL A39-09 y A-48-09)”.

II.-

OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

De acuerdo al artículo 15 inciso primero de la Ley N° 19.880, *“todo acto administrativo es impugnable por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley”.* Dicho recurso es procedente en el plazo de 5 días hábiles ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna, según detalla el artículo 59 de la referida ley, contados desde su notificación por carta certificada, de conformidad con el artículo 46 del mismo cuerpo normativo.

El presente recurso se deduce dentro de plazo, pues el código de seguimiento asignado por Correos de Chile, N° 3072714431606, indica que la resolución recurrida fue entregada en el domicilio de Minera Florida Ltda. el día 25 de enero de 2016. Por consiguiente, el plazo de 5 días hábiles para la interposición de este recurso comienza a computarse desde el día 26 de enero de 2016 conforme al artículo 25 de la Ley N° 19.880 que al efecto ordena que *“los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate (...)”.*

Se hace presente que tanto este recurso como la Ley N° 19.880 resultan aplicables, por tener la Res. Ex. N° 2/ Rol D-074-2015 el carácter de acto decisorio respecto a la solicitud de reserva de

información, en los términos del artículo 41 de la Ley N° 19.880. Por su parte, esta última ley es atinente al presente procedimiento de sanción, en atención a lo señalado en el artículo 62 de la LO-SMA.

III.-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Determinada la procedencia y oportunidad del recurso deducido, el presente recurso se fundamenta en la errónea aplicación del derecho que efectúa la SMA en el acto recurrido al rechazar la solicitud de reserva de información respecto de algunos documentos acompañados, entre los que se encuentran la cotización N° 3314 de Maestranza Vicmar; el presupuesto N° 053-1 emitido por SINGPRO; la propuesta económica mejorada de Laboratorios Hidrolab S.A.; la cotización N° 175127 de Automatización Vignola Industrial respecto a la venta de 2 flujómetros y la cotización N° 11-004-A11-B3 de Constructora del Pacífico E.I.R.L. para el montaje de bombas en el tranque de relaves y la Metodología y Presupuesto de Construcción de 2 pozos, pruebas de bombeo y traslado de derecho de aprovechamiento de aguas, emitido por SITAC S.A.

Según se dijera en párrafos anteriores, este rechazo se encuentra fundamentado en la regulación del Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental de la LO-SMA, así como en el considerando 11 de la resolución recurrida que argumenta a grandes rasgos que *“el Consejo para la Transparencia ha reiterado que no basta invocar la causalidad entre lo que se pide y la causal de reserva respectiva, sino que además debe acreditarse, caso a caso, cómo es que se afecta el debido cumplimiento del órgano”*.

Al respecto, cabe precisar en primer lugar que la reserva respecto de los antecedentes que aporta un sujeto fiscalizado a la Superintendencia del Medio Ambiente está consagrado en el ya citado artículo 6 de la LO-SMA, el que extiende su aplicación sobre los negocios de los sujetos fiscalizados, sin establecer restricción alguna. Esta idea es reiterada en el artículo 34 de la LO-SMA que indica que *“las normas que establezcan el secreto o reserva sobre determinados asuntos no obstarán a que se proporcione a la Superintendencia la información o antecedente que ella requiera para el ejercicio de su fiscalización, sin perjuicio de que sobre su personal pese igual obligación de guardar tal reserva o secreto”* (énfasis agregado). Cabe señalar también, contrario a lo sostenido por esta Superintendencia en el considerando 13 de la resolución recurrida, que esta garantía legal en favor del sujeto fiscalizado, no es – ni podría ser - restringida mediante la potestad reglamentaria – al señalar que ellos permiten *“determinar la eficacia y seriedad del programa de cumplimiento, en los términos planteados en el literal d) del artículo 7 del Decreto Supremo 30/2013, del Ministerio del Medio Ambiente (...)”*. Lo anterior, por cuanto el artículo citado se limita a indicar como contenido mínimo del Programa de Cumplimiento la información técnica y de costos para acreditar eficacia y seriedad, sin referencia alguna a la publicidad de los mismos.

Adicionalmente, debemos hacer presente que el fundamento de esta decisión no se condice con lo que acto seguido resolvió la Superintendencia del Medio Ambiente en el considerando 14 de la resolución recurrida, cuando para efectos de ordenar la reserva de oficio de otros documentos del Programa de Cumplimiento, sostuvo que ella sí procedía *“por tratarse de información en las que*

Minera Florida Ltda., puede efectivamente tener un interés significativo en resguardar, por estar asociada a negocios vigentes o que bien puede afectar futuras negociaciones con proveedores u otros contratistas. (...)” (el destacado es propio). En este orden de ideas, cabe señalar que este razonamiento también resulta atinente a los documentos objeto de este recurso de reposición como se indicará a continuación.

En primer lugar, debemos indicar que según indica la cláusula primera del contrato de servicio de monitoreo de aguas superficiales y subterráneas suscrito entre Minera Florida Ltda. y Laboratorio Hidrolab S.A. el día 26 de mayo de 2015, sus anexos – dentro de los que se encuentra la “Oferta Económica” de fecha 22 de abril de 2015 – es para todos los efectos legales que haya lugar, parte integrante del mismo, pues detalla el objeto y alcance de los servicios y condiciones pactadas. Así las cosas, extraña que esta Superintendencia haya negado la solicitud de confidencialidad respecto de los anexos – cuales son parte del contrato de prestación de servicios - , en circunstancias que decretó de oficio la reserva de los términos y condiciones del contrato.

Asimismo, y atendido el razonamiento de la SMA para decretar de oficio la reserva de antecedentes, la publicidad de los términos económicos y condiciones de contratación de los documentos individualizados en el párrafo I de esta presentación, afecta las futuras negociaciones con proveedores o contratistas respecto del monitoreo de aguas superficiales y subterráneas que Minera Florida Ltda. está obligada a realizar conforme a sus Resoluciones de Calificación Ambiental. En efecto, la instalación de bombas – para lo cual fue solicitada una cotización a Constructora del Pacífico E.I.R.L., es una medida que se enmarca dentro de los compromisos ambientales de Minera Florida Ltda. para cautelar la calidad de las aguas durante toda la ejecución de su proyecto, de modo tal que es parte de las futuras negociaciones con contratistas y proveedores. Del mismo modo, como bien se indicó en el Cronograma de Cumplimiento, la construcción de la obra disipadora de energía – respecto de la que se solicitó la cotización N° 3314 de Maestranza Vicmar – y las medidas de mitigación en el chancador primario – respecto de la que SINGPRO emitió las respectivas cotizaciones -, así como la cotización N° 175127 de Automatización Vignola Industrial- para la adquisición de 2 flujómetros - son negocios vigentes cuya ejecución se espera dentro de los 2 primeros meses desde la aprobación del Programa de Cumplimiento y cuyo valor es referencial y susceptible a variaciones, según dan cuenta las cotizaciones. Por su parte, la construcción de pozos adicionales es una medida que está sujeta, en definitiva, a los resultados del estudio hidrogeológico descrito en el Programa de Cumplimiento, de modo tal que, en el caso eventual que mi representada se viera obligada a realizarlos, la publicidad de los costos podría afectar – en los términos usados por esta Superintendencia – las negociaciones futuras con proveedores.

Finalmente, no podemos dejar de referirnos a la jurisprudencia administrativa emanada del Consejo para la Transparencia a que refiere la SMA para fundar su decisión. De una revisión de las sentencias citadas en el acto recurrido se observa que al realizar tales afirmaciones, dicho Consejo se está refiriendo al estándar de fundamentación que pesa sobre la Administración del Estado para aplicar la excepción de reserva de información, pues como se sabe, la publicidad es la regla general respecto de los actos de la Administración del Estado según ordena el artículo 8 de la Constitución Política de la República. De esta forma, al estar ante una excepción a la transparencia de la función

pública, su interpretación debe ser restrictiva y fundamentada². Cuestión distinta se plantea en la especie, donde según ya se dijera, la regla general para la Superintendencia del Medio Ambiente es la reserva de la información de negocios de un fiscalizado – concepto más amplio que derechos de carácter económico o comercial - en virtud del artículo 6 de la LO-SMA.

POR TANTO, se solicita a Ud. tener por interpuesto el presente recurso, y en definitiva acogerlo, ordenando las medidas pertinentes para guardar reserva de la cotización N° 3314 emitida por Maestranza Vicmar el día 7 de enero de 2016 para la construcción de la obra disipadora de energía; el presupuesto N° 053-1 emitido por SINGPRO el día 7 de enero de 2016 para la instalación de challas para mitigar el polvo en el chancador primario; la propuesta económica mejorada de Laboratorios Hidrolab S.A.; la cotización N° 175127 de Automatización Vignola Industrial respecto a la venta de 2 flujómetros y la cotización N° 11-004-A11-B3 de Constructora del Pacífico E.I.R.L. para el montaje de bombas en el tranque de relaves y la Metodología y Presupuesto de Construcción de 2 pozos, pruebas de bombeo y traslado de derecho de aprovechamiento de aguas, emitido por SITAC S.A. en junio de 2013, acompañadas en los Anexos 5, 6, 10 y 12 del Programa de Cumplimiento presentado por Minera Florida Ltda. en el marco del procedimiento D- 074-2015 de la Superintendencia del Medio Ambiente.

PRIMER OTROSÍ: Subsidiariamente, en el supuesto de rechazo del recurso de reposición deducido en lo principal de este escrito, solicito a Ud. tener por deducido recurso jerárquico en contra de la Res. Ex. N° 2/Rol N° D-74-2015, de 20 de enero de 2016, en virtud del artículo 59 de la Ley N° 19.880, dando por reproducidos los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos en lo principal de esta presentación, y en definitiva acogerlo en los términos que se indica.

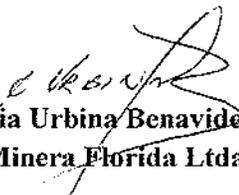
SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a Ud., decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, en virtud del artículo 57 de la Ley N° 19.880, debido a que la publicidad de la cotización N° 3314 emitida por Maestranza Vicmar el día 7 de enero de 2016 para la construcción de la obra disipadora de energía; el presupuesto N° 053-1 emitido por SINGPRO el día 7 de enero de 2016 para la instalación de challas para mitigar el polvo en el chancador primario; la propuesta económica mejorada de Laboratorios Hidrolab S.A., la cotización N° 175127 de Automatización Vignola Industrial respecto a la venta de 2 flujómetros y la cotización N° 11-004-A11-B3 de Constructora del Pacífico E.I.R.L. para el montaje de bombas en el tranque de relaves y la Metodología y Presupuesto de Construcción de 2 pozos, pruebas de bombeo y traslado de derecho

² En efecto, el considerando 5) de la Decisión A39-09 citado por la Superintendencia señala: “5) *que la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario*”.

En el mismo sentido, el considerando 5) de la Decisión A48-09 también citado es del siguiente tenor: “5) Que en cuanto a la alegación de no haberse celebrado en este caso una audiencia, cabe indicar que su fijación en cada caso constituye una facultad conferida a este Consejo, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 25 de la Ley de Transparencia y artículo 47, inciso cuarto, de su Reglamento, que, por ende, puede o no ejercer según las circunstancias. **Que, en la especie, la circunstancia de no haber ejercido dicha facultad no obstaba, por cierto, al cumplimiento, por parte de la autoridad reclamada, de la carga legal que le ha sido impuesta consistente en adjuntar los antecedentes y los medios de prueba de que dispusiere a efectos de excepcionarse de su obligación de proporcionar información pública.** De hecho, en base a los antecedentes presentados este Consejo estimó que no era necesaria tal audiencia.” (el destacado es nuestro).

de aprovechamiento de aguas, emitido por SITAC S.A. en junio de 2013, puede causar un daño irreparable a mi representada, al afectar negocios vigentes o que bien puede afectar futuras negociaciones con proveedores en el marco de la ejecución del Programa de Cumplimiento y cumplimiento de las exigencias de las Resoluciones de Calificación Ambiental que rigen la operación de mi representada, adoptando en el tiempo intermedio a la resolución del recurso administrativo las medidas de reguardo pertinentes.

Sin otro particular, se despide atentamente,



Cecilia Urbina Benavides
pp. Minera Florida Ltda.