



**SE PRONUNCIA SOBRE SOLICITUD DE RESERVA Y
PROVEE LO QUE INDICA**

RES. EX. N°9/ ROL F-016-2015

Santiago, **16 ENE 2017**

VISTOS:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile; en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que Establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en adelante LO-SMA; en la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; en la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 20.285, de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del año 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, modificada por la Resolución Exenta N° 906, de 29 de septiembre de 2015, y por la Resolución Exenta N° 461, de 23 de mayo de 2016, todas de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 731, de 08 de agosto de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y, en la Resolución N° 1.600, de 30 de octubre 2008, de la Contraloría General de la República, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

CONSIDERANDO:

1. Que, con fecha 09 de junio de 2015, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-016-2015, con la formulación de cargos a Empresa Nacional de Electricidad S.A. (en adelante, "ENDESA S.A.", o la "Empresa", indistintamente), Rol Único Tributario N° 91.081.000-6, representada por Valter Moro, como propietaria de fuente afecta al Decreto Supremo N° 13, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas.

2. Que, mediante Resolución Exenta N° 7 / Rol F-016-2015, de 28 de noviembre de 2016, este Fiscal Instructor, ordenó determinadas diligencias probatorias consistentes en requerir información a la Empresa, junto con tener presente las consideraciones efectuadas por ENDESA S.A., en presentación de 21 de noviembre de 2016, y tener por acompañados e incorporados al expediente administrativo determinados antecedentes. Cabe indicar que esta Resolución estableció un plazo de 7 días hábiles para la remisión de la información en ella consignada, y que la misma fue recepcionada en el Centro de Distribución Postal de la comuna del destinatario, con fecha 02 de diciembre de 2016, de acuerdo a lo señalado en la página web de Correos de Chile, bajo el código de seguimiento 1180403111998.

3. Que, mediante presentación de 12 de diciembre de 2016, ENDESA S.A. presentó solicitud de ampliación del plazo establecido para remitir la información solicitada por este Fiscal Instructor, la que fue concedida mediante Resolución Exenta N° 8 / Rol F-016-2015, de 13 de diciembre de 2016, otorgando un plazo adicional de 3 días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo original. Cabe indicar que esta Resolución concedió un plazo adicional de 3 días hábiles para la remisión de la información requerida.

4. Que, con fecha 22 de diciembre de 2016, y encontrándose dentro del plazo otorgado para ello, la Empresa dio respuesta al requerimiento de información, adjuntando al efecto, la siguiente documentación en soporte digital:

- i. Anexo 1. Informe Técnico Filtro de Mangas Central Térmica Bocamina Unidad Número 1, de 22 de diciembre de 2016.
- ii. Anexo 2. Informe de Actividades Asistencia Técnica CEMS Bocamina I, 241287-INF-001, de 03 de abril de 2014.
- iii. Anexo 3. Planillas horarias del 1° trimestre de 2015 al 31 trimestre de 2016, en formato .csv.

5. Que, adicionalmente, en la referida presentación, la Empresa solicita ordenar las medidas pertinentes para guardar reserva de la información financiera y comercial entregada en anexo 9.14 del Informe Técnico Filtro de Mangas Central Térmica Bocamina Unidad Número Uno, de 22 de diciembre de 2016, en virtud del artículo 6° de la LO-SMA y del artículo 21 N° 2, de la Ley N° 20.285 (en adelante, Ley de Transparencia), argumentando que *"[e]sta documentación ha sido generada por la compañía, en el marco de las condiciones de contratación con terceros [...] la información individualizada corresponde a antecedentes sensibles y estratégicas de nuestra representada, cuya divulgación puede afectar las condiciones de contratación con proveedores, por lo que se solicita estricta reserva de la información contenida en dichos antecedentes, con el objeto que sea utilizada estrictamente para los fines del presente procedimiento de sanción"*. Específicamente, esta información corresponde a los siguientes documentos: Órdenes de Compra C-Orden/Entrega (ZOE) 6400463668 y N° 7500049532, Contrato Cerrado (ZEC) 690022120 –todas éstas asociadas a compras de filtros de mangas–, y, Contrato de Mantenimiento de Equipos Mecánicos de Generación Año 2013 Empresa Nacional de Electricidad S.A. con Astilleros y Maestranzas de la Armada, y Factura N° 74367, asociada al precitado contrato, junto a correos electrónicos relacionados a la emisión de dicha factura.

6. Que, luego, con fecha 27 de diciembre de 2016, Cecilia Urbina Benavides, realizó presentación ante esta Superintendencia, por la que fijó nuevo domicilio de los apoderados designados por la Empresa en este procedimiento sancionatorio, correspondiendo éste a calle Badajoz N° 45, oficina 801-B, comuna de las Condes, Región Metropolitana.

7. Que, con posterioridad a ello, con fecha 03 de enero de 2017, Correos de Chile remitió a esta SMA, sobre que contenía la Resolución Exenta N° 8 / Rol F-016-2016, por la que se resolvió ampliación de plazo solicitada por ENDESA S.A.; ello, además se encuentra indicado en la página web de Correos de Chile, bajo el código de seguimiento 1170073457571. Cabe consignar, que esta Resolución fue dirigida al apoderado designado por la



Empresa, Mario Galindo Villarroel, al domicilio ubicado en Av. Santa Rosa 76, piso 13, Santiago, Región Metropolitana, que corresponde al domicilio del representante legal de la Empresa.

8. Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 46, de la Ley N° 19.880, “[l]as notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda”, por lo que al haber sido recepcionada con fecha 02 de diciembre de 2016, en el Centro de Distribución Postal de la comuna del destinatario, la Res. Ex. N° 7 / Rol F-016-2015, el plazo originalmente establecido para la remisión de la información que por dicho acto se requirió, vencía el 19 de diciembre de 2016. Sin perjuicio de lo anterior, con la ampliación de plazo establecida mediante Res. Ex. N° 8 / Rol F-016-2015, esto es, por 3 días hábiles, el plazo quedó fijado para el día 22 de diciembre de 2016.

9. Que, en atención a lo anteriormente expuesto, resulta evidente que la Empresa tomó conocimiento de la ampliación de plazo otorgada por este Fiscal Instructor, utilizando la totalidad del plazo ampliado para la remisión de la información requerida por la Resolución Exenta N° 7 / Rol F-016-2015.

10. Que, el artículo 47 de la Ley N° 19.880, establece que aun cuando no hubiere sido practicada notificación alguna, se entenderá el acto debidamente notificado si el interesado a quien afectare, hiciere cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad, por lo que al haber remitido la Empresa la información requerida considerando el plazo extendido, se entenderá debidamente notificada la Res. Ex. N° 8 / Rol F-016-2015, que estableció la referida ampliación.

11. Que, en cuanto a la solicitud de reserva, cabe señalar que el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República establece el principio de transparencia y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos, indicando que sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos.

12. Que este principio adquiere especial relevancia en materia ambiental, ya que del acceso a la información depende la posibilidad de los ciudadanos de prevenir o evitar problemas globales, regionales o locales, relacionados con los recursos naturales, además de que la situación de desconocimiento de dicha información “[...] conlleva a la adopción de decisiones erróneas, involuntarias y no deseadas, las que inciden directamente en la salud y calidad de vida de la población.”¹ La importancia del principio de acceso a la información ambiental se ve reflejada en los múltiples tratados internacionales que han abordado este punto, dentro de los que destacan la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, específicamente en su principio número 10, y la Convención Sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Temas Medioambientales de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

13. Que, el principio de transparencia y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, es desarrollado en forma más extensa por la Ley de Transparencia, la cual señala en su artículo 5, inciso primero que “[e]n virtud del principio de

¹ BERMÚDEZ, Jorge. El acceso a la información pública y la justicia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1er Semestre 2010, XXXIV, p. 574.

transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

14. Que el principio de transparencia también tiene reflejo en la legislación ambiental, en específico en el artículo 31 bis de la ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el cual señala que “[t]oda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentra en poder de la Administración, de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República y en la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública”. Por su parte, en los artículos 31 a 34 de la LO-SMA, se regula el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), el cual busca hacer efectivo el mandato constitucional asociado con el acceso a la información ambiental. En particular, el artículo 31 recién mencionado, indica en sus literales c) y g) que, dentro de la información que debe publicarse en el SNIFA, se encuentran precisamente “...los procesos sancionatorios incoados respecto de cada actividad, proyecto y sujeto fiscalizado y sus resultados” y “[t]oda otra decisión o resolución de carácter general emanada de autoridad recaída en asuntos ambientales”.

15. Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 6° de la LO-SMA, dispone “[s]iempre 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 sujetas a su fiscalización y deberán abstenerse de utilizarlos en beneficio propio o de terceros (...).”

16. Que, por lo tanto, la LO-SMA establece el deber funcionario de reserva de documentos y antecedentes *que no tengan el carácter de públicos*, sin especificar los criterios respecto de cuáles de dichos documentos o antecedentes concurre dicha condición.

17. Que, en relación a lo anterior, el artículo 62 de la LO-SMA establece, respecto de todo lo no previsto en ella, la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880, la que dispone en su artículo 16, lo siguiente: “[p]rincipio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él. [...] En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.”

18. Que, en relación a ello, cabe observar que el artículo 21° de la Ley de Transparencia desarrolla las causales de excepción a la publicidad de la información, y, específicamente en su numeral N° 2, establece como fundamento para la aplicación de dicha reserva, el hecho que la publicidad, comunicación o conocimiento de determinados antecedentes “(...) **afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico**” (el destacado es nuestro). Por su parte, el artículo 11 letra e) de la misma norma, establece el **principio de divisibilidad**, conforme el cual si un acto administrativo o antecedente que obre en poder del Estado contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

19. Que, en razón de lo anterior, frente a la solicitud de reserva de antecedentes presentados ante esta Superintendencia, resulta oportuno analizar los criterios desarrollados por el Consejo para la Transparencia para la adecuada aplicación de esta causal de reserva.

20. Que, antes de analizar la aplicación de estos criterios al caso concreto, cabe consignar que la solicitud de reserva presentada por ENDESA S.A., refiere a información cuya divulgación se relaciona con la satisfacción de un interés público comprometido, consistente en la posibilidad de cualquier persona de acceder a los elementos de juicio que permitan sustentar, eventualmente, la determinación de la sanción aplicable, en concreto, asociado al componente de beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, de conformidad a lo establecido en el artículo 40 letra c), de la LO-SMA.

21. Que, para fundar su solicitud de reserva la Empresa ha expresado lo siguiente: *[e]sta documentación ha sido generada por la compañía, en el marco de las condiciones de contratación con terceros [...] la información individualizada corresponde a antecedentes sensibles y estratégicas de nuestra representada, cuya divulgación puede afectar las condiciones de contratación con proveedores, por lo que se solicita estricta reserva de la información contenida en dichos antecedentes, con el objeto que sea utilizada estrictamente para los fines del presente procedimiento de sanción*".

22. Que, se advierte que la referida argumentación fue formulada de manera genérica, sin indicación precisa de cómo, a partir de la divulgación de la referida información, se podrían ver afectadas las condiciones de contratación con proveedores.

23. Que, a este respecto, el Consejo para la Transparencia ha expuesto en sus decisiones que la carga de dar cuenta de que concurre alguna de las causales de reserva contempladas en la ley, es de 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 ésta 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.²

24. Lo que correspondía entonces es que la Empresa – interesada en la reserva de información– hubiese aportado todos los elementos que permitan a esta autoridad, concluir que efectivamente es posible soslayar en el caso concreto, la aplicación de los principios de publicidad y transparencia, imperativos constitucionales y legales para esta Superintendencia, en pos de la configuración del secreto.

25. Por lo tanto, en lo que dice relación a los antecedentes respecto de los que se solicitó reserva de información, la petición genérica de ENDESA S.A. no puede ser tenida como fundamentación suficiente para soslayar la aplicación de los principios de publicidad y transparencia.

² (Decisiones de Amparo Consejo para la Transparencia, Rol A39-09 y A48-09).



26. No obstante lo anterior, la información recogida por el Estado a través de sus órganos debe operar como un medio para el control y la participación ciudadana en los asuntos públicos, sin que ello implique dañar o abrogar los atributos de la personalidad³, en este caso, de una persona jurídica. En razón de lo anterior, si bien debe rechazarse la petición de la empresa en los términos originalmente planteados, ello no es impedimento para que esta Administración, de oficio y con fines preventivos, analice y eventualmente decrete reserva de cierta documentación o parte de ella, en virtud del artículo 21 numeral 2° de la Ley de Transparencia, y en razón de los criterios exigidos por el órgano competente en su jurisprudencia administrativa.

27. Que, el Consejo para la Transparencia ha establecido que para producirse una afectación a los derechos de carácter comercial o económico, y consecuentemente se configure la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, deben concurrir los siguientes requisitos de manera copulativa⁴:

- Que la información requerida no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión.
- Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto.
- El secreto o reserva de la información requerida proporcione a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, o su publicidad pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

28. Que, en aplicación del primer criterio, cabe indicar que ni las órdenes de compra ni el contrato, en general, tratan aspectos distintos a los de cualquier contrato de compraventa o de prestación de servicios, por lo que respecto a la integridad de la documentación, no es posible sostener que no es fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando en el mercado nacional e internacional existan diferentes ofertas de filtros de mangas, del propio análisis de la información presentada es posible advertir que el valor asociado a estos insumos varía entre un contrato y otro, por lo que aun cuando sea posible, para empresas de generación eléctrica, obtener cotizaciones respecto de este tipo de insumos, el valor específico de estos variará según quien sea el proveedor y dependiendo de las condiciones de contratación específicamente desarrolladas para cada compra. A su turno, en cuanto a los valores asociados al mantenimiento de equipos mecánicos de generación del año 2013, aplican las mismas consideraciones expresadas anteriormente, en cuanto corresponden a condiciones de contratación específicamente desarrolladas entre particulares. Por lo anterior, respecto de los valores contenidos en los documentos precitados, es posible sostener que se configura el primer criterio referido.

29. Que, en cuanto al segundo criterio, esto es que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto, cabe indicar que toda la

³ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 30 de mayo de 2013, Reclamo de Ilegalidad Rol N° 502-2013, caratulado "SCL Sociedad Concesionaria Terminal Aéreo de Santiago S.A. con Consejo para la Transparencia":

⁴ Consejo para la Transparencia. Decisión Amparo Rol C363-14, Considerando 5°, y Decisión Amparo Rol C1362-2011, Considerando 8°, letra b).



documentación refiere al cumplimiento de “Condiciones Generales de Contratación de Endesa” y “Condiciones Generales de Contratación del Grupo ENEL”. En efecto, al revisar dicha documentación publicada en la página web de ENEL Generación, sección proveedores, es posible advertir que contienen cláusulas de confidencialidad tanto respecto al contenido del Contrato, como a la documentación económica, financiera, técnica, estratégica, planos, informaciones, procedimientos, patentes, licencias y cualquier otra información que cualquiera de las Partes haya proporcionado para la ejecución del Contrato, por lo que es posible sostener la aplicación de este criterio respecto a los valores contenidos en los respectivos contratos, así como respecto a los contratos mismos.

30. Por último, en cuanto al último criterio, es posible sostener que la divulgación de los valores específicos respecto de los que ENDESA S.A. contrató determinados productos y servicios, podrían interferir en la determinación de precios de esos mismos productos y servicios que contrate ENDESA con otros proveedores, en tanto establece valores unitarios de productos que han sido fijados presumiblemente por la cantidad comprada u otras condiciones específicas que este Fiscal Instructor desconoce, propias de cada negociación emprendida, por lo que respecto de los valores contenidos en esta documentación, se advierte que el criterio igualmente concurre.

31. Por lo tanto, y en atención a que respecto de los valores contenidos en la información referida en el considerando 5° de esta resolución, concurren los tres criterios desarrollados por el Consejo para la Transparencia para considerar que la publicación de dicha información podría afectar derechos de carácter económico y comercial de la Empresa, se procederá, de oficio, a decretar la reserva de dicha información.

RESUELVO:

I. TENER POR ACOMPAÑADOS E INCORPORADOS AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO los antecedentes remitidos por la Empresa, consignados en el considerando 4° del presente acto administrativo.

II. TENER POR NOTIFICADA TÁCITAMENTE la Res. Ex. N° 8 / Rol F-016-2015, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley N° 19.880.

III. TENER PRESENTE la designación de nuevo domicilio de los apoderados designados por la Empresa en el procedimiento sancionatorio, correspondiendo éste a calle Badajoz N° 45, oficina 801-B, comuna de las Condes, Región Metropolitana.

IV. RECHAZAR LA RESERVA, solicitada en los términos originalmente planteados en la presentación de 22 de diciembre de 2016, y **DECRETAR DE OFICIO** la reserva de la documentación consignada en el considerando 5° de la presente resolución, sólo en relación a los precios establecidos en dicha documentación.



V. **NOTIFICAR por carta certificada**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, el presente acto administrativo a Mario Galindo Villarroel, domiciliado para estos efectos en calle Badajoz N° 45, oficina 801-B, comuna de las Condes, Región Metropolitana.




Daniel Garcés Paredes
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



Carta Certificada:

- Mario Galindo Villarroel, domiciliado en calle Badajoz N° 45, oficina 801-B, comuna de las Condes, Región Metropolitana.