



MCPB/

RESUELVE SOLICITUD DE RESERVA QUE INDICA.

RES. EX. N° 6/ ROL F-040-2016

Antofagasta, 5 de abril de 2017.

VISTOS:

Conforme con 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 de 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; 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 el Decreto Supremo N° 76, de 10 de octubre de 2014, del Ministerio del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 332, de 20 de abril de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus respectivas modificaciones (Res. Ex. N° 906/2015, de 29 de septiembre de 2015, Res. Ex. N° 461/2016, de 23 de mayo de 2016 y Res. Ex. N° 40/2017, de 20 de enero de 2017, rectificadora a su vez por la Res. Ex. N° 95/2017, de 10 de febrero de 2017), todas la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 731, de 8 de agosto de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente y sus modificaciones (Res. Ex. N° 21, de 16 de enero de 2017, N° 40, de 20 de enero de 2017 y N° 95, de 10 de febrero de 2017); 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 25 de noviembre de 2016, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-040-2016, con la formulación de cargos en contra de Sociedad Contractual Mineral El Abra (en adelante, también e indistintamente "SCM El Abra" o "la Empresa"), Rol Único Tributario N° 96.701.340-4.

2. Que, con fecha 20 de diciembre de 2016, Mario Larenas González, en representación de SCM El Abra, presenta programa de cumplimiento, en los términos y plazos que establece el artículo 6° del D.S N° 30/2013 y el artículo 42 de la LO-SMA. A su presentación acompaña la información técnica y económica que acredita el cumplimiento de las acciones incorporadas en el Programa de Cumplimiento, solicitando que se tenga por acompañada;

3. Que, con fecha 23 de febrero de 2017, mediante Res. Ex. N° 3/Rol F-040-2016, este servicio tuvo por presentado el programa de

cumplimiento indicado en considerando 7° de la presente resolución, formulando una serie de observaciones las que debían incorporarse en un texto refundido del mismo, en un plazo de 5 días hábiles.

4. Que, con fecha 6 de marzo de 2017, estando dentro de plazo, Mario Larenas González, en representación de SCM El Abra, presentó programa de cumplimiento refundido, indicando que se han incorporado las observaciones efectuadas al documento indicado en el considerando 9° de la presente resolución. A su presentación, acompañó la siguiente documentación:

- i) Anexo A, “Antecedentes preliminares de eventuales medidas adicionales”;
- ii) Anexo B, “Estudios Geofísicos de Tomografías Eléctricas”;
- iii) Anexo C, “Procedimiento SGape0007 “Hallazgos, acciones correctivas y preventivas”;
- iv) Anexo D, “Antecedentes respecto a la inexistencia de efectos negativos producidos por la infracción N°2 en la Fauna”;
- v) Anexo E, “Antecedentes respecto a la inexistencia de efectos negativos producidos por la infracción N° 3 en el medio ambiente y /o en la salud de las personas;
- vi) Anexo F, “Información de costos actualizada, asociada a las acciones 1.8, 1.10, 1.11, 1.13, 1.14”.

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 el Anexo F del programa de cumplimiento, en virtud del artículo 6° de la LO-SMA y el artículo 21 N° 2, de la Ley N° 20.285 (en adelante, Ley de Transparencia), argumentando que *“la información individualiza corresponde a antecedentes sensibles y estratégicas [...], cuya divulgación puede afectar las condiciones de contratación por lo que se solicita estricta reserva de la información contenida en dichos antecedentes, especialmente, los servicios y bienes objeto de las cotizaciones y propuestas comerciales; los valores y condiciones ofertadas, así como el nombre de los proveedores, con el objeto que sea utilizada estrictamente para los fines del presente procedimiento de sanción”*. Específicamente, esta información corresponde a los siguientes documentos: Propuesta 016-09122_2 “Análisis de datos y preparación de informe de análisis de las filtraciones de PLS de ROM I y ROM II_Versión 2”; Propuesta técnica económica para la elaboración de análisis de pertinencia de ingreso y DIA para modificaciones Proyectos ROM I y ROM II; Cotización CS-084-D-110117, relativa a servicios de reparación y re-inspección del sistema de manejo de soluciones en ROM I y ROM II.

6. Que, respecto 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.

7. 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.

8. 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 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”*.

9. 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”*.

10. 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 (...)”*.

11. 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.

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.

12. 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.”

13. 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.

14. 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.

15. Que, antes de analizar la aplicación de estos criterios al caso concreto, cabe consignar que la solicitud de reserva presentada por SCM El Abra, 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 permiten determinar la eficacia y seriedad del programa de cumplimiento presentado por SCM El Abra. Ello se manifiesta en lo dispuesto en el artículo 7 del D.S N° 30/2012, cuyo literal d) señala que forma parte del contenido mínimo de programa de cumplimiento la “*Información técnica y de costos estimados relativa al programa de cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad*”.

16. Que, para fundar su solicitud de reserva la empresa ha expresado lo siguiente: “*la información individualiza corresponde a antecedentes sensibles y estratégicas [...], cuya divulgación puede afectar las condiciones de contratación por lo que se solicita estricta reserva de la información contenida en dichos antecedentes, especialmente, los servicios y bienes objeto de las cotizaciones y propuestas comerciales; los valores y condiciones ofertadas, así como el nombre de los proveedores, con el objeto que sea utilizada estrictamente para los fines del presente procedimiento de sanción*”.

17. 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.

18. 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

19. 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.

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

21. 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.

22. 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.

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

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).

- 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.

23. Que, respecto de los documentos que forman parte del Anexo F del programa de cumplimiento sobre los cuales recae la solicitud de la empresa, es posible sostener que éstos contienen los aspectos típicamente pactados a los de cualquier propuesta o contrato de prestación de servicios y/o producto en materia de consultoría ambiental, por lo que respecto de 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. No obstante, aun cuando para las empresas mineras sea posible obtener cotizaciones respecto de este tipo de servicios, el valor específico de estos variará según quien sea el proveedor y dependiendo de las condiciones de contratación específicamente desarrolladas para cada caso. Por lo anterior, respecto de los valores contenidos en los documentos precitados, es posible sostener que se configura el primer criterio referido, pero sólo respecto del valor asociado a dichas cotizaciones y su desglose. En relación al segundo criterio, este Fiscal Instructor ha procedido a revisar las páginas web de todas las empresas que han realizado cotizaciones acompañadas por SCM El Abra, en las cuales es posible apreciar que en ellas se indican los servicios que proveen, pero no está publicada la información de los valores ni detalles de estos. De esta forma, es posible apreciar que estas empresas no publican información específica sobre los costos de sus servicios y productos. A partir de lo anterior, sumado a que no fue posible encontrar mediante otras vías de información los antecedentes en comento, concluyéndose que los valores de cada servicio y producto, en efecto, cumplen con el segundo criterio. Finalmente, en relación al tercer criterio, dado que los valores detallados de cada actividad pueden variar dependiendo de la negociación y que, conocer de antemano esta información sí podría afectar su desarrollo, de forma que otorguen una ventaja competitiva a su poseedor, este Fiscal Instructor considera que los valores de cada servicio y producto sí cumplen con el tercer criterio.

24. Que, por ende, se mantendrá la publicidad respecto del resto de la información contenida en las cotizaciones y propuestas comerciales que forman parte del Anexo F del Programa de Cumplimiento presentado con fecha 6 de marzo de 2017. En este sentido, se concluye que la divulgación del resto de información, como por ejemplo, aquella relativa a los servicios y bienes objeto de las respectivas cotizaciones y propuestas comerciales, condiciones ofertadas y nombres de las empresas proveedoras, no puede afectar a SCM El Abra y/o a las empresas proveedoras, por cuanto su publicidad no incluirá los valores económicos asociados y, asimismo, si bien constituyen contratos de tipo específico, éstos son de uso común en el mercado de las consultorías de servicios ambientales. Además, en el programa de cumplimiento, documento de carácter público, se indican las acciones y metas comprometidas, describiendo pormenorizadamente en la subcolumna "*forma de implementación*", una caracterización de las obras a desarrollar y en los casos en que éstas serán desarrolladas mediante consultorías ambientales. En consecuencia, en estos casos, en lo que respecta al fundamento de la solicitud de reserva, éste no apuntaría al fin de resguardar información de carácter económico y comercial, cuya publicidad y conocimiento pudiere afectar los derechos de la empresa en virtud del artículo 16 de la Ley N° 19.880, en relación con el artículo N° 21 N° 2 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

25. 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:

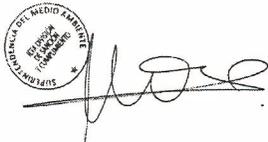
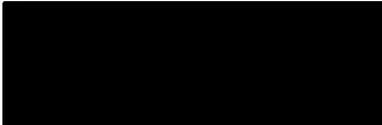
I. **RECHAZAR LA RESERVA**, solicitada en los términos originalmente planteados en la presentación de 06 de marzo de 2017, y **DECRETAR DE OFICIO** la reserva de la documentación consignada en el considerando 4° de la presente resolución, sólo en relación a los precios establecidos en dicha documentación.

II. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a Luis Fuenzalida Rodríguez y Julio García Marín, apoderados de SCM El Abra, domiciliados en Calle Badajoz N° 45, Oficina 801 - B, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.



Firmado digitalmente por Sebastián Nicolás Tapia Camus

Sebastián Tapia Camus
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Acción	Firma
Revisado y aprobado	 <p>Firmado digitalmente por</p> 

Carta Certificada:

- Luis Fuenzalida Rodríguez y Julio García Marín, apoderados de SCM El Abra, domiciliados en Calle Badajoz N° 45, Oficina 801 -B, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

C.C:

- División de Sanción y Cumplimiento, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Fiscalía, Superintendencia del Medio Ambiente.
- Sr. Ricardo Ortiz Arellano, Jefe Oficina Regional SMA Antofagasta.

