

**SE PRONUNCIA SOBRE SOLICITUD DE RESERVA QUE
INDICA**

RES. EX. N° 3 / ROL A-002-2018

Santiago, 07 NOV 2018

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto 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 adelante, LBPA); 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 el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 37, de 8 de septiembre de 2017, del Ministerio de Medio Ambiente, que Renueva la Designación de Cristián Franz Thorud como Superintendente del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N°424, de 12 de mayo de 2017, que Fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA SMA N° 119123/21/2018, de 23 de febrero de 2018, que Renueva el Nombramiento de Marie Claude Plumer Bodin como jefa de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 30, de 11 de febrero de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante, D.S. N° 30/2012); 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. Geotérmica del Norte S.A. (en adelante GDN o la Empresa, indistintamente), es titular del proyecto "Central Geotérmica Cerro Pabellón", aprobado mediante la Res. Ex. N° 086/2012, de 12 de abril de 2012, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Antofagasta (en adelante, RCA N° 86/2012), y del proyecto "Línea de Transmisión Eléctrica Cerro Pabellón", calificado favorablemente mediante la Res. Ex. N° 168/2013, de 11 de julio de 2013, de la misma Comisión (en adelante, RCA N° 168/2013).

2. Con fecha 9 de agosto de 2018, esta Superintendencia formuló cargos a GDN mediante Res. Ex. N° 1 / Rol A-002-2018, otorgando un plazo de diez días para presentar un Programa de Cumplimiento y un plazo de quince días para formular descargos.

3. Mediante carta de 20 de agosto de 2018, GDN presentó una solicitud de ampliación de los plazos para presentar Programa de Cumplimiento y para formular descargos, la que fue acogida mediante Res. Ex. N° 2 / Rol A-002-2018.

4. Con fecha 29 de agosto de 2018, se realizó una reunión de asistencia al cumplimiento con representantes de GDN y ENEL S.A., en la Oficina Central de la SMA, en la cual se otorgó asistencia para la presentación de un Programa de Cumplimiento.



5. Con fecha 10 de septiembre de 2018, dentro del plazo legal para tales efectos, GDN presentó un Programa de Cumplimiento, solicitando en lo principal que se tenga por presentado el mismo y que se apruebe, decretando la suspensión de procedimiento de sanción y poniendo término, tras su ejecución satisfactoria, al procedimiento de sanción. En el Primer Otrosí de la presentación, se solicita tener por acompañada la información técnica y económica que acredita el cumplimiento de las acciones incorporadas en el Programa de Cumplimiento y sus costos, la que se encuentra esquematizada en un Anexo A, compuesto de 11 informes, así como de otros 17 anexos. En el presente acto, se tendrán por presentados el Programa de Cumplimiento y sus anexos, sin perjuicio de la decisión sobre su aprobación o rechazo, que corresponde exclusivamente a la Jefatura de esta División de Sanción y Cumplimiento y será resuelta en su oportunidad.

6. En el Segundo Otrosí de la presentación, se solicita la reserva de información en relación a los documentos adjuntos al Programa de Cumplimiento, específicamente de los anexos N° 1.02; 1.03; 2.01; 4.02; 6.04; 6.07; 9.03; 13.04 y 13.05, o en su defecto, se solicita guardar reserva de los valores asociados a las acciones del Programa de Cumplimiento. La solicitud de reserva de la Empresa será resuelta en el presente acto.

7. GDN funda la solicitud de reserva en que se trata de información de carácter comercial sensible y estratégico, *“por estar asociada a negocios vigentes o que bien puede afectar futuras negociaciones con proveedores o futuros contratistas, al tiempo de tratarse de los términos de contratación con terceros, de manera que su divulgación puede comprometer derechos de aquellos”*.

8. Según señala la Empresa, la reserva solicitada encuentra amparo constitucional y legal, pues el artículo 8° de la Constitución Política de la República permite decretar la reserva o secreto fundando la decisión en causales consagradas en leyes de quórum calificado. La Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, establece causales de reserva en su artículo 21, donde el N° 2 consagraría específicamente el “secreto empresarial”, que permite la reserva de antecedentes “[c]uando su publicidad, comunicación o conocimiento 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”.

9. A mayor abundamiento, GDN cita decisiones del Consejo para la Transparencia, donde se han señalado los criterios para determinar si se está ante información empresarial cuya divulgación pueda afectar derechos económicos y comerciales del tercero involucrado: (i) la información debe ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; (ii) debe tratarse de información secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y, (iii) la información debe tener un valor comercial por ser secreta, toda vez que poseer la información con ese carácter proporciona a su titular una ventaja competitiva o, *a contrario sensu*, su publicidad pueda afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo¹.

10. En el presente caso, como concluye la Empresa, la información objeto de la solicitud de reserva trataría sobre procedimientos, registros y presupuestos u honorarios asociados a la prestación de servicios o adquisición de bienes por parte de terceros, en relación al rubro que desempeña GDN, de manera que se efectúan esfuerzos para evitar su divulgación y mantener el secreto fuera del ámbito de su administración. En consecuencia, GDN estima que los antecedentes se encuentran amparados por la causal de reserva o secreto del artículo 22 N° 2 de la Ley N° 20.285, por lo que su publicidad afectaría derechamente las ventajas competitivas de los terceros involucrados, frente a otros competidores que presenten servicios equivalentes.

¹ Según decisiones del Consejo para la Transparencia contenidas en los roles A204-09, A252-09, A114-09, C501-09, C887-10 y C515-11, entre otras, de acuerdo a presentación de GDN de 10 de septiembre de 2018.



11. Respecto a la solicitud de reserva efectuada por GDN, en primer término, debe tenerse en cuenta que el artículo 8°, inciso segundo de la Constitución Política de la República, establece el principio de la transparencia y publicidad de los actos de los órganos del Estado. Conforme a este principio, las resoluciones de los organismos de la Administración del Estado son públicas, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, pudiendo establecerse reserva o secreto de los mismos únicamente mediante una ley de quórum calificado.

12. Este principio tiene especial relevancia en el ámbito del derecho ambiental, donde diversas disposiciones tanto nacionales como internacionales destacan el rol del acceso a la información ambiental para una correcta toma de decisiones. En el ámbito del derecho internacional, destaca la Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo (1992), cuyo principio 10° dispone: *“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”*.

13. Por su parte, la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, desarrolla el principio de transparencia de la función pública. En virtud de este principio, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 establece que *“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. El principio de transparencia de la función pública se encuentra amparado en diversas disposiciones de la normativa ambiental. El artículo 31 bis de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, dispone que toda persona tiene derecho a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentra en poder de la Administración. Más específicamente, en relación al presente procedimiento sancionatorio, el artículo 31 de la LO-SMA determina que, entre los contenidos que debe contener el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (en adelante, SNIFA), incluye los procesos sancionatorios incoados respecto de cada actividad, proyecto y sujeto fiscalizado y sus resultados.

15. En tales circunstancias, las causales de excepción a la publicidad de la información, en el contexto del procedimiento sancionatorio, se encuentran enumeradas en la Ley N° 20.285, siendo la regla general que se publiquen los antecedentes que figuran en el expediente. El artículo 21° de la Ley N° 20.285 establece estas excepciones, determinando en el numeral N° 2 que será causal de secreto o reserva, en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, *“cuando su publicidad, comunicación o conocimiento 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”*. Considerando que la solicitud de GDN se realiza específicamente respecto a ciertas piezas del Programa de Cumplimiento, debe tenerse presente además el artículo 11, letra e) de la misma Ley, que establece el “[p]rincipio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo 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”.

16. Ahora bien, como primer elemento a considerar en el análisis sobre la procedencia de la solicitud de reserva de GDN, debe destacarse el rol que cumple la información objeto de la reserva dentro del procedimiento sancionatorio. Los antecedentes, referidos a datos financieros que permiten sustentar el cálculo de costos asociados a la implementación de las acciones del Programa de Cumplimiento, permiten a los interesados en el procedimiento administrativo corroborar los montos que, de acuerdo a la Empresa, deberán ser desembolsados durante la ejecución del Programa. Se trata de documentos que, cuando menos, constituyen un complemento directo de la presentación de GDN y dan sustento a lo que pueda resolver esta Superintendencia respecto al Programa de Cumplimiento, existiendo además normas que consagran especialmente la publicidad del expediente. En tal sentido, la divulgación de los antecedentes se relaciona con la satisfacción de un interés público, asociado a la publicidad del presente procedimiento.



17. En vista de lo anterior, se procederá a analizar la configuración de la causal de reserva invocada por la Empresa, considerando el interés público comprometido en la decisión. Revisando las decisiones del Consejo para la Transparencia citadas por GDN, debe realizarse algunos alcances en cuanto a los requisitos para acceder a la reserva por “secreto empresarial”.

18. En su Programa de Cumplimiento, GDN indica que el tercer criterio para determinar si la divulgación de la información empresarial puede afectar los derechos económicos y comerciales de un tercero involucrado, es que “[l]a información debe tener un valor comercial por ser secreta, toda vez que poseer la información con ese carácter proporciona a su titular una ventaja competitiva o, a contrario sensu, su publicidad pueda afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo” (lo destacado es nuestro). Cabe señalar, que los criterios en cuestión se encuentran citados textualmente en el documento de la Empresa, indicando que provienen de un conjunto de decisiones del Consejo para la Transparencia, entre otras.

19. Al respecto, debe señalarse que la declaración más similar al criterio enunciado por GDN proviene de la decisión del Consejo para la Transparencia en el caso rol C887-10, donde se señalan tres criterios para resolver el asunto controvertido en el Considerando 12°, incluyendo como tercer criterio: “La información debe tener un valor comercial por ser secreta, toda vez que poseer la información con ese carácter proporciona a su titular una ventaja competitiva o su publicidad pueda afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo”.

20. Sin embargo, en otras decisiones (casos roles C501-09 o A252-09), la jurisprudencia otorga cuatro criterios para determinar si se configura el “secreto empresarial”: “a) 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. b) Que su mantenimiento en reserva proporcione a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva. c) Que su publicidad pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. d) Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto”. Como se puede apreciar, estos criterios consideran separadamente, la ventaja competitiva asociada a determinada información, por un lado, y la afectación significativa del desenvolvimiento competitivo, por otro.

21. En tal sentido, la diferencia entre ambos criterios es el uso de la conjunción “o”, la que acompañada de la expresión *a contrario sensu* en el escrito de GDN, da a entender que se trata de una alternativa entre dos requisitos igualmente válidos: o se trata de información que otorga una ventaja competitiva, o se trata de información cuya publicidad pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su dueño. En tal sentido, la jurisprudencia más reiterada del Consejo para la Transparencia considera separadamente ambos criterios, tanto que la información otorgue una ventaja competitiva, como que pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo del titular, en caso de ser divulgada.

22. Con todo, sin perjuicio de la precisión anotada, cabe señalar que la información objeto de solicitud de reserva en el presente caso, podría cumplir con los requisitos establecidos por el Consejo para la Transparencia. Para determinar lo anterior, se analizará el cumplimiento de los criterios del Consejo en relación a los antecedentes sobre los cuales se solicita guardar reserva. Estos antecedentes son los siguientes:

- **Anexo 1.02:** Orden de compra de GDN a Marly SRL para los equipos del sistema de control de nivel de piscinas CP5-CP5A.
- **Anexo 1.03:** Cotización de Marly SRL de 16 de agosto de 2018.
- **Anexo 2.01:** Contrato N° 006/15 de suministro de agua cruda entre GDN y Antofagasta Railway Co. P.L.C.



- **Anexo 4.02:** Estado de Pago N°s 4, 5 y 6, Contrato N° 11704-CLY5-L12, de fecha 6 de agosto de 2018.
- **Anexo 6.04:** Contrato de prestación de servicios CLY4-L16-10706, entre GDN y Gestión Ambiental S.A., de 16 de diciembre de 2014.
- **Anexo 6.07:** Presupuesto medidas de conservación, restauración y registro de Sitios Arqueológicos asociados a Programa de Cumplimiento (Procedimiento Rol A-002-2018), del Arqueólogo Mario Vásquez, de 5 de septiembre de 2018.
- **Anexo 9.03:** Estado de Pago N° 1, Quantis Services Chile SpA, Contrato "Proyecto Cerro Pabellón", de 09 de agosto de 2017.
- **Anexo 13.04:** Contrato N° 11704-CLY5-L12, entre GDN y POCH Ambiental S.A., de 16 de enero de 2017, y condiciones particulares del mismo.
- **Anexo 13.05:** se hace presente que este antecedente no fue acompañado al Programa de Cumplimiento; ni se encuentra en la enumeración de anexos del Programa de Cumplimiento, ni ha sido acompañado como documento adjunto, ni se encuentra entre los archivos digitales contenidos en el CD acompañado. Se presume, en consecuencia, que fue enumerado por error en la solicitud de reserva.

23. Como se ha indicado, el Consejo para la Transparencia otorga cuatro criterios orientadores para determinar si la divulgación de información empresarial puede afectar los derechos económicos y comerciales de personas jurídicas. Estos criterios deben cotejarse con el interés público comprometido en la publicidad de los anexos, que forman parte integrante del Programa de Cumplimiento, complementando directamente las acciones propuestas y dando sustento a su aprobación o rechazo. A continuación se analiza la aplicabilidad de estos criterios en el caso concreto:

23.1 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: si bien GDN no otorga elementos probatorios que permitan acreditar el carácter secreto de los antecedentes, se considera que la descripción de los servicios ofrecidos por las distintas empresas involucradas no corresponde a información secreta. Contrario a lo afirmado por GDN, que hace alusión a que *"se efectúan esfuerzos para evitar su divulgación y mantener el secreto fuera del ámbito de la administración de Geotérmica del Norte S.A. y del proveedor"*, parte del giro de estas empresas es divulgar y comercializar sus servicios. El contenido de los anexos involucrados en la solicitud, incluye la descripción de bienes o servicios ofertados o pactados, respecto a los cuales difícilmente se puede plantear que se trate de información que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible. Por otra parte, el valor ofertado o pactado para dichos bienes o servicios sigue una lógica distinta, pues este dato específico puede ser de difícil acceso para personas ajenas al rubro respectivo, ya que habitualmente es fruto de negociaciones particulares.

23.2 El secreto o reserva de la información requerida proporciona a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva: al respecto, pese a que GDN no ha otorgado antecedentes que permitan acreditar esta ventaja, debe señalarse que la información sobre la que se pide reserva no es, en sí misma, información que genere valor para la Empresa o para los terceros involucrados, pues se trata simplemente de *"procedimientos, registros y presupuestos u honorarios asociados a la prestación de servicios o adquisición de bienes por parte de terceros"*. No es información que otorgue una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, como puede ser información sobre procesos industriales o patentes de invención, por ejemplo. La ventaja competitiva que se puede apreciar, en el presente caso, más que el valor intrínseco de la información, se encuentra en el hecho que los competidores no conozcan los valores involucrados. En tal sentido, ni la descripción de los bienes y servicios, ni los valores ofertados o pactados, en sí mismos, proporcionan evidentes mejoras, avances o ventajas competitivas.

23.3 La publicidad de la información pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular: la Empresa tampoco ha acompañado antecedentes para acreditar este punto. No es claro cómo la divulgación de los documentos íntegros pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de sus



titulares, pues los procedimientos descritos no evidencian información sensible, cuya divulgación pueda afectar a terceros. Por otra parte, se aprecia que podría existir un impacto al publicarse los precios ofertados o pactados por terceros con GDN, al exponer a competidores y operadores del rubro los valores con que transan sus bienes y servicios, en circunstancias que esta información no suele ser compartida por terceros ajenos a la transacción.

23.4 La información debe ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto: si bien GDN se otorga antecedentes que acrediten estos esfuerzos, en primer término, debe establecerse que los distintos bienes y servicios descritos en los anexos no son mantenidos en secreto, por regla general. Como se ha indicado, las empresas generalmente buscan publicitar y divulgar los bienes y servicios ofertados. Sin perjuicio de ello, es del caso notar que el precio final ofertado o pactado con los proveedores de bienes y servicios involucrados, no suelen ser publicitados ni ofertados abiertamente en el mercado.

24. Respecto a los criterios analizados, se debe observar que la carga de la prueba en relación a los hechos que permiten configurar la causal de reserva, pesa sobre quien solicita la reserva. Según ha determinado el Consejo para la Transparencia, *“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”*². Si bien GDN ha especificado sobre cuáles antecedentes debiera guardarse reserva, no ha especificado ni ha otorgado antecedentes para acreditar por qué se cumplirían los criterios establecidos por el Consejo para la Transparencia. El interés público comprometido en la publicidad de la información contenida en los anexos, impide acceder a la solicitud de guardar reserva respecto a los documentos íntegros.

25. En consecuencia, no es posible acceder a la solicitud principal efectuada por GDN, relativa a la reserva de los anexos señalados, pues no se han entregado antecedentes que acrediten la configuración de la causal de reserva invocada, en circunstancias que esta Superintendencia tiene el deber de publicar los antecedentes acompañados al Programa de Cumplimiento. Sin perjuicio de ello, por otra parte, resulta factible acceder a la solicitud subsidiaria de *“guardar reserva de los valores asociados a las acciones del presente programa de cumplimiento”*, pues se trata de datos específicos de los documentos que complementan el Programa de Cumplimiento, existiendo en todo caso un valor total aproximado para las acciones del instrumento, los que se encuentran anotados en la columna correspondiente. Por tanto, entendiendo que esta petición se refiere exclusivamente al contenido de los anexos sobre los que recae la solicitud de reserva, se procederá a tachar los valores indicados en los documentos, previo a su publicación en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental.

RESUELVO:

I. **TENER POR PRESENTADO** el Programa de Cumplimiento presentado por Geotérmica del Norte S.A., con fecha 10 de septiembre de 2018, así como los documentos acompañados en el Primer Otrosí de su presentación y descritos en el Considerando 5° del presente acto.

II. **ACOGER PARCIALMENTE** la solicitud de reserva realizada por Geotérmica del Norte S.A., en virtud de los argumentos establecidos en los considerandos 14° al 32° del presente acto, tachando los valores asociados a las acciones del presente Programa de Cumplimiento en los anexos N° 1.02; 1.03; 2.01; 4.02; 6.04; 6.07; 9.03 y 13.04, en forma previa a su publicación en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental, a objeto de guardar su reserva.

² Considerando 3° letra a), Decisión de 10 de julio de 2009, Rol A48-09, del Consejo para la Transparencia (citando decisiones en casos roles A39-09 y A41-09).

III. NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a Guido Cappetti, en representación de Geotérmica del Norte S.A., domiciliado en Av. Presidente Riesco N° 5335, Piso 15, Las Condes, Santiago; a Ulises Cárdenas Hidalgo, domiciliado en calle Lascas N° 368, ciudad y comuna de San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta; a Santos Urrelo Bello, domiciliado en calle Manuel Rodríguez s/n, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta; y a Héctor Meruvia Quispe, domiciliado en calle Hurtado de Mendoza N° 3125, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.




Gonzalo Parot Hillmer
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



Distribución:

- Guido Cappetti, en representación de Geotérmica del Norte S.A., domiciliado en Av. Presidente Riesco N° 5335, Piso 15, Las Condes, Santiago.
- Ulises Cárdenas Hidalgo, domiciliado en calle Lascas N° 368, ciudad y comuna de San Pedro de Atacama, Región de Antofagasta.
- Santos Urrelo Bello, domiciliado en calle Manuel Rodríguez s/n, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.
- Héctor Meruvia Quispe, domiciliado en calle Hurtado de Mendoza N° 3125, ciudad y comuna de Calama, Región de Antofagasta.

C.C.:

- Sandra Cortéz, Jefa de la Oficina Regional de Antofagasta de la Superintendencia del Medio Ambiente.



Faint, illegible text at the top of the page, possibly a header or introductory paragraph.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



Faint text below the signatures, possibly a date or reference number.

Main body of faint, illegible text, likely the main content of the document.

INUTILIZADO