



SE TIENE POR PRESENTADO PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y SE PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESERVA DE INFORMACIÓN QUE INDICA

RES. EX. N° 3/ROL D-092-2018

Santiago, 22 ABR 2019

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo octavo de la Constitución Política de la República; en el artículo 13 de la ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 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 artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "la 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° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 491, de fecha 31 de mayo 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 867, de fecha 16 de septiembre 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación; en la Resolución Exenta N° 693, de fecha 21 de agosto 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente; 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; Resolución Exenta N° 424, de fecha 12 de Mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 85, de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 166, de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución N° 82, de fecha 18 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

1. Que, con fecha 16 de octubre de 2018, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, se dio inicio al procedimiento sancionatorio Rol D-092-2018 mediante la formulación de cargos en contra de la sanitaria **ESSBIO S.A.** (en adelante, "el titular"), rol único tributario N° 76.833.300-9, contenida en la Resolución Exenta N° 1/Rol D-092-2018, por incumplimiento del D.S. N° 38/2011, debido a "[l]a obtención, con fecha 15 de octubre de 2015, de Nivel de Presión Sonora Corregido (NPC) de 57 y 65 dB(A), en horario nocturno, en condición externa; medido en receptores sensibles, ubicados en Zona II".
2. Que dicha resolución fue notificada de forma personal con fecha 17 de octubre de 2018, en virtud del art. 46 inciso tercero de la ley N° 19.880.
3. Que, con fecha 08 de noviembre de 2018, conforme a lo establecido en el considerando VI de la Res. Ex. N° 1/Rol D-092-2018 y previa

solicitud de reunión de asistencia, los Srs. Jorge Pérez Lobos, Cecilia Urbina y Sergio Tejías Morales concurren a las dependencias de esta Superintendencia, ubicadas en Teatinos N° 280, piso 9, comuna de Santiago, con el objeto de que funcionarios de este servicio les proporcionasen asistencia sobre los requisitos y criterios para la presentación de un Programa de Cumplimiento.

4. Que, con fecha 22 de marzo de 2019, esta Superintendencia recibió una solicitud de ampliación de plazo para presentar el Programa de Cumplimiento y descargos, suscrita por el gerente general de ESSBIO S.A. don Eduardo Hid Abuaud Abujatum. Igualmente, se acompañó en dicha presentación copia autorizada escritura pública de acta de sesión ordinaria de directorio, celebrada ante notario público de Concepción don Ernesto Valenzuela Norambuena, repertorio N° 468-2014, de 30 de enero de 2014, en que consta la personería del suscriptor para obrar por el titular.

5. Que, luego, con fecha 31 de marzo de 2018, mediante la Res. Ex. N° 2/Rol D-092-2018, el Fiscal Instructor del presente procedimiento sancionatorio decretó otorgar la ampliación de plazo señalada en el considerando anterior de la presente resolución, concediendo para tal efecto un plazo adicional de 5 días hábiles para presentar un Programa de Cumplimiento y, a su vez, un plazo adicional de 7 días hábiles para presentar descargos, ambos contados desde el vencimiento del plazo original concedido en Resuelvo IV de la Res. Ex. N° 1/Rol D-092-2018.

6. Que, con fecha 09 de noviembre de 2018, esta Superintendencia recibió, dentro de plazo, un Programa de Cumplimiento a nombre de la empresa ESSBIO S.A. firmado por su subgerente de regulación y medio ambiente don Sergio Tejías Morales, en el cual fueron propuestas medidas para hacer frente a la infracción imputada. Asimismo, a dicho Programa de Cumplimiento se adjuntaron los siguientes documentos:

- i. Anexo 1: "Informe de Resultados. Actividad de Medición. Variable Ruido (Mes Octubre). Proyecto Planta Elevadora de Aguas Servidas Rubén Hurtado. Penco", de 29 de octubre de 2018, elaborado por Giro Consultores Ltda.;
- ii. Anexo 2 "a": Cotización N° 46217/2018 de [REDACTED], de 05 de noviembre de 2018;
- iii. Anexo 2 "b": Solicitud SAP N° 1010029460, de 09 de noviembre de 2018;
- iv. Anexo 3 "a": Informe "Soluciones de control de ruido para cumplimiento del D.S. 38/11. 'Planta elevadora de aguas servidas Ruben [sic] Hurtado, Penco'. Essbio", sin fecha, elaborado por Formatic Ltda.;
- v. Anexo 3 "b": Cotización N° 237 de [REDACTED], de 05 de noviembre de 2018;
- vi. Anexo 3 "c": Orden de compra N° 4540027752 de [REDACTED], de 09 de noviembre de 2018;
- vii. Anexo 4 "a": Cotización N° CO-181019-M-047-ES de [REDACTED], de 18 de septiembre de 2018; y
- viii. Copia autorizada de escritura pública de mandato judicial otorgada ante notario público de Concepción don Ernesto Valenzuela Norambuena, repertorio N° 966-2017, de 10 de marzo de 2017.

7. Que, en la mentada presentación el titular solicitó la reserva de "la información contenida financiera y comercial entregada, y que se detalla en los Anexos 2.A, 2.B, 3.B, 3.C, 4.A, de esta presentación. Se hace presente, que esta documentación ha sido generada por terceros o se relaciona con terceros y puede comprometer derechos de aquellos [sic] (...) la información individualizada corresponde a antecedentes sensibles y estratégicas [sic] de mi 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. En su defecto, se solicita guardar reserva de los valores asociados a las acciones del presente programa de cumplimiento”.

8. 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 solamente una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de aquéllos.

9. Que, a su turno, el inciso segundo del art. 13 de la ley N° 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado prescribe que “[l]a función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”. Por otro lado, el inciso segundo del art. 16 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 complementa que “[e]n 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”.

10. 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.

11. 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 arts. 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 y legal asociado con el acceso a la información ambiental. En particular, el artículo 31 recién mencionado, indica en su letra “c” 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”.

12. Que el artículo 21 de la ley N° 20.285 indica cuáles son las únicas causales de reserva en las que se puede amparar un organismo de la Administración del Estado para denegar total o parcialmente la entrega de información de carácter público. En particular, con respecto a la información entregada por ESSBIO S.A., la causal invocada corresponde a la del número 2 de aquel artículo, el cual señala que procede la reserva 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”.

¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *El acceso a la información pública y la justicia ambiental*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (Valparaíso, 2010), p. 574.

13. Que, adicionalmente y de un tiempo a esta parte, el Consejo para la Transparencia ha desarrollado criterios, con respecto a la causal en comento, que permiten entender cuándo se produce una afectación a los derechos patrimoniales que busca proteger, debiendo concurrir los siguientes requisitos de manera copulativa²:

- I. 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;
- II. Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto –vgr., que el antecedente presentado contenga una cláusula de confidencialidad o la información no esté publicada en sitios *web*–; y
- III. Que 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 –por ejemplo, contratos específicos o cláusulas que escapen de contratos tipos, valores de insumos del giro del negocio³, *know how*, derechos de propiedad industrial, etc.–.

14. Que lo que corresponde es, entonces, que el solicitante hubiese justificado su petición de reserva de la información entregada, dando cuenta de cómo su publicidad podía generar alguno de los efectos contemplados en el artículo 21 N° 2 de la ley N° 20.285, fundamentando al efecto de qué manera concreta los antecedentes señalados cumplían con los criterios asentados por el Consejo para la Transparencia. Con todo, el titular sólo se limitó a fundamentar su solicitud en forma genérica, omitiendo explicar, a modo de ejemplo, cómo la publicidad de los mismos podía afectar las condiciones de contratación con proveedores.

15. Que, al respecto, para dar lugar a una solicitud de reserva como la de marras no basta con que el solicitante realice una simple aseveración de configurarse tal o cual causal de secreto, sino que la concurrencia de cualesquiera de éstas debe acreditarse por quien la alega en el caso concreto –sin bastar las alegaciones genéricas– e identificando pormenorizadamente qué parte de la información contenida en los antecedentes acompañados se pide resguardar⁴. A tal propósito, debe desplegarse un esfuerzo argumentativo suficiente e idóneo que, a opinión de este Fiscal Instructor, se echa en falta con creces en la solicitud de fecha 09 de noviembre de 2018.

16. Que, a mayor abundamiento, cabe señalar que existe un interés público comprometido en la publicidad de los antecedentes respecto de los cuales se solicita la reserva. Esto último por cuanto los antecedentes acompañados al Programa de Cumplimiento abarcan información acerca de los costos estimados de las medidas propuestas; datos que, a la postre, son de los más relevantes con que esta Superintendencia cuenta para los efectos de evaluar la eficacia y, especialmente, la seriedad del programa presentado, en aplicación del art. 7° del Decreto Supremo N° 30, del año 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que

² Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo rol C363-2014, cons. 5°; rol C1362-2011, cons. 8° letra “b”.

³ Consejo para la Transparencia, Decisión Amparo rol A252-2009, cons. 15°: “*la información contenida bajo el título ‘evaluación económica del proyecto’ y aquella contenida bajo el título ‘indicadores económicos’ del mismo, en tanto constituyen una estimación del flujo de caja del proyecto, indicando sus ingresos, egresos y flujo neto durante un determinado período de tiempo, es información que refleja un estudio comercial sobre la viabilidad de la empresa y los riesgos asociados a su desarrollo y, consecuentemente, su conocimiento proporciona al poseedor una ventaja competitiva respecto de otros operadores del mercado, quienes para formular postulaciones como la realizada por el tercero, deberán efectuar un trabajo estimativo similar*”.

⁴ Véase Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, reclamos de ilegalidad roles N° 2275-2010, N° 2314-2011, N° 7330-2011, N° 7514-2010, N° 5856-2011, N° 529-2013 y N° 502-2013; también Excma. Corte Suprema en sendos recursos de queja, roles N° 6663-2012 y N° 10.474-2013.

Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación. Luego, se sigue que la información contenida en los mismos es necesaria para conocer la justificación de la eventual decisión que adopte la Autoridad⁵, en este caso, con respecto a la aprobación o rechazo del Programa de Cumplimiento presentado por ESSBIO S.A.

17. Que, sin perjuicio de todo lo anterior, existe dentro de los antecedentes aportados por el titular referencia a terceros cuyos intereses económicos y comerciales podrían verse afectados por la publicidad de la información acompañada. En virtud del principio de divisibilidad consagrado en el art. 11 letra “e” de la ley N° 20.285, se procederá a reservar toda alusión a nombres, logos y cualesquiera otra forma de identificación de los terceros proveedores emisores de los antecedentes acompañados en los Anexos 2 “a” y “b”, 3 “b” y “c” y 4 “a”, tanto en los referidos documentos como, asimismo, en las copias de la presente resolución con las que se notifique al resto de los interesados. Por lo demás, el interés público comprometido en la publicidad de la información sobre que recae la solicitud de reserva se satisface no obstante se proceda a tarjar los datos alusivos a los terceros proveedores, dado que éstos no son esenciales en función del propósito que han de servir, esto es, permitirle a esta Superintendencia imponerse de los costos de las medidas propuestas.

18. Que, mediante Memorándum D.S.C. N° 078/2019 de fecha 07 de marzo de 2019, por razones de distribución interna, se procedió a reemplazar al Fiscal Instructor Titular del presente procedimiento sancionatorio, designándose al efecto a don Felipe Concha Rodríguez.

RESUELVO:

I. **TENER POR PRESENTADO** el Programa de Cumplimiento ingresado a esta Superintendencia con fecha 09 de noviembre de 2018 por parte de **ESSBIO S.A.**; sin perjuicio de la eventual aprobación, rechazo o formulación de observaciones que se emita, en su oportunidad, por parte de la Jefatura de la División de Sanción y Cumplimiento de esta Superintendencia.

II. **TENER POR INCORPORADOS** al procedimiento sancionatorio los documentos anexos al Programa de Cumplimiento presentado con fecha 09 de noviembre de 2018, a los que se hace referencia en el Considerando N° 6 de la presente resolución.

III. **TENER PRESENTE LA PERSONERÍA** de don Sergio Tejías Morales para obrar por ESSBIO S.A.

IV. **ACCEDER PARCIALMENTE A LA SOLICITUD DE RESERVA DE ANTECEDENTES.** En virtud de lo expuesto en el N° 8 al N° 17 del Considerando de esta resolución, se rechaza la solicitud de reserva presentada por el titular en los términos expuestos en su escrito de fecha 09 de noviembre de 2018; haciéndose lugar a la reserva parcial de los antecedentes acompañados en los Anexos 2 “a” y “b”, 3 “b” y “c” y 4 “a”, individualizados en el Considerando N° 6 de esta resolución, solamente en cuanto a guardar reserva de toda alusión a nombres, logos y cualesquiera otra forma de identificación de los terceros proveedores emisores de aquellos antecedentes. Por último y necesariamente, se rechaza la solicitud subsidiaria de guardar reserva de los valores asociados a las acciones del programa de cumplimiento, por ser incompatible con lo ya resuelto.

⁵ Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, reclamo de ilegalidad rol N° 6193-2012.

V. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a ESSBIO S.A., con domicilio en avenida Arturo Prat N° 199, torre A, piso 15, comuna de Concepción, Región del Biobío.

Asimismo, notificar por carta certificada, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a doña Virginia Valderrama Nova, con domicilio en calle Rubén Hurtado N° 65, población Desiderio Guzmán, comuna de Penco, Región del Biobío.



Felipe Alfonso Concha Rodríguez
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Carta Certificada:

- Sergio Tejías Morales, representante ESSBIO S.A., Arturo Prat N° 199, torre A, piso 15, Concepción, Biobío
- Virginia Valderrama Nova, Rubén Hurtado N° 65, población Desiderio Guzmán, Penco, Biobío

C.C:

- Emelina Zamorano, Jefa Oficina Biobío, SMA

D-092-2018