



RESUELVE SOLICITUD DE PRESENTAR PRUEBA DE TESTIGOS, TIENE PRESENTE DOCUMENTOS Y PREVIO A PROVEER RESERVA DE INFORMACIÓN SOLICITA LO QUE INDICA

RES. EX. N° 8 / Rol D-086-2018

Santiago, 29 MAY 2019

VISTOS:

Lo dispuesto Lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que dispone la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, “LO-SMA”); en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos 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 N° 82, de 18 de enero de 2019, que Establece Orden de Subrogación para el cargo de Jefe de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Res. Ex. N° 85, de 22 de enero de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización; 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 07 de septiembre de 2018, 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 D-086-2018, con la formulación de cargos a GASMAR S.A. (en adelante, “el titular”), en virtud de infracciones tipificadas en el artículo 35 letra a) y j) de la LO-SMA, mediante Resolución Exenta N° 1/Rol D-086-2018.

2° La resolución indicada en el considerando anterior, fue notificada personalmente en las oficinas de Gasmar S.A. con fecha 10 de septiembre de 2018.

3° En relación a la referida formulación de cargos, don Mario Basualto Vergara, en representación de Gasmar S.A., presentó un escrito con fecha 14 de septiembre de 2018, mediante el cual hizo presente un conjunto de consideraciones relativas a los cargos N° 3 y 4.

4° Que, esta Superintendencia, mediante su Res. Ex. N° 3/Rol D-086-2018, resolvió rectificar los cargos N° 3 y 4 de la formulación de cargos.

5° Posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2018, Gasmar S.A. presentó un escrito mediante el cual, en lo principal presentó descargos contra los cargos dispuestos en la Res. Ex. N° 1/Rol D-086-2018 y aquellos rectificadas mediante la Res. Ex. N° 3/Rol D-086-2018.

6° Por su parte, y en lo pertinente a la presente resolución, en el Primer Otrosí de dicho escrito el titular realiza una reserva de prueba testimonial, incluyendo la declaración de don Octavio Ortiz Herrera, Gerente de Desarrollo de Jaime Illanes & Asociados, coautor del “Informe de Reporte Sancionatorio Respecto Reporte SMA”, que se acompaña en el Segundo Otrosí. Agrega que dicha declaración resulta relevante, en cuanto permitiría, conforme a lo expuesto por Gasmar, acreditar que la inyección de gas barrido y piloto en un caudal promedio inferior al caudal promedio de diseño de la antorcha, no genera un impacto significativo sobre la población de Puchuncaví y Quintero. De la lectura y contenido de dicho informe, queda en evidencia que la referida “acreditación” mediante prueba testimonial, se vincula a los aspectos relatados en el mismo informe, de coautoría de quien se solicita la declaración, circunstancia que se vincula al cargo N° 1 de la formulación de cargos del presente procedimiento Rol D-086-2018.

7° Al respecto, mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2018, de 16 de abril de 2019, en su Resuelvo III, esta SMA requirió a Gasmar que dentro del plazo dispuesto en el Resuelvo VI de la misma resolución, explicara la pertinencia y conducencia de la diligencia probatoria relativa a la prueba testimonial indicada en el considerando precedente, dado que los argumentos invocados no permitían esclarecer su procedencia. Adicionalmente, a través del Resuelvo V de la misma Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2019, esta SMA procedió a requerir información, en virtud del artículo 50 de la LO-SMA, entregando un plazo de 7 días hábiles.

8° Posteriormente, el titular procedió a solicitar la ampliación del plazo señalado precedentemente, mediante escrito de fecha 29 de abril de 2019, el cual fue concedido a través de la Res. Ex. N° 7/Rol D-086-2018, de fecha 3 de mayo de 2019, por un plazo adicional de 3 días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo originalmente otorgado.

9° En vista de lo expuesto, el titular presentó con fecha 09 de mayo de 2019, encontrándose dentro de plazo, un escrito en cumplimiento de la Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2019. En lo principal de dicha presentación acompañó la información requerida por esta SMA, adjuntando los siguientes documentos: (i) Manual “Instrucciones de Puesta en Marcha Operación y Mantenimiento” de la antorcha, elaborado por Airoil-Flaregas S.A., (ii) Oferta comercial del proyecto “Proyecto para implementar historizador en Planta”, elaborado por la empresa GEPROIC de 10 de septiembre de 2018, (iii) Orden de compra N° 18004 de 03 de enero de 2018 del encargo de capacitación en “Factorytalk Historian & Vantagepoint”, (iv) Sistema de Registro Operacional Antorchas Planta Gasmar, (v) Orden de compra N° 19172, de 26 de abril de 2019, del sistema de encendido automático de antorchas del establecimiento de Gasmar y del sistema de monitoreo de flujos a la antorcha, (vi) Planos de la antorcha, elaborados por Airoil- Flaregas, los que dan cuenta de la altura, diámetro interno y diámetro externo, además de la ubicación y dimensiones del sello molecular, (vii) Manual de la antorcha “Proyect 756”, de Gasmar, elaborada por Airoil- Flaregas, (viii) Respuesta Punto 3 “Informe de Reporte de Sancionatorio Respecto de Reporte SMA”, elaborado por Jaime Illanes y Asociados en abril de 2019, (ix) Registro de generación residuos peligrosos fase de construcción del proyecto “Ampliación Terminal Proyecto TK-5”, (x) Planillas generación residuos peligroso periodo 2007-2016 acompañadas a la SMA por presentación de 20 de abril de 2017, (xi) Estimación residuos peligroso operación proyecto “Ampliación Terminal Proyecto TK-5”, (xii) Memoria descriptiva de Planta Gasmar en la que consta el certificado de inscripción en la Superintendencia de Electricidad y

Combustibles, con fecha 21 de octubre de 2014, (xiii) Carta de 07 de febrero de 2017, acompañada a las oficinas de la SMA en Valparaíso, (xiv) Plano de la bodega de residuos peligrosos elaborado por Loica Arquitectos. El plano acompañado identificar el sector donde se almacenan cada uno de los residuos peligrosos en la bodega, según su tipo, (xv) Especificaciones técnicas de la bodega de residuos peligrosos, elaborado por el arquitecto don Héctor Andrés Díaz Torres, de Loica Arquitectos, (xvi) Plano georreferenciado de la bodega de residuos peligrosos, elaborado por Gasmar, (xvii) Fotografías fechadas y georreferenciadas que dan cuenta del estado actual de la bodega y de la distribución interna de los residuos, (xviii) Estados Financieros auditados 2017 y 2018, (xix) Balance tributario del año 2017, (xx) Balance Tributario 2018, y (xxi) CD “Anexo I Respuesta SMA”, el cual contiene los siguientes documentos: a) Archivos de datos meteorológicos WEF (sic) de entrada CALPUFF para los escenarios 1,2,3 y 4 de la modelación; y b) archivos de entrada y salida de CALPUFF de la modelación del informe, para cada escenario, incluyendo, al menos, todos los archivos de entrada y salida con extensiones .dat; .inp; .info; y .grd.

10° Por su parte, en el Primer Otrosí de dicho escrito el titular solicita se tenga presente un conjunto de argumentos relacionados a la pertinencia y conducencia de la declaración de testigo de don Octavio Ortiz Herrera, conforme se ha señalado precedentemente.

11° Por último, en el Segundo Otrosí del mismo escrito, Gasmar solicita confidencialidad y reserva de la información que se acompaña en lo principal de su escrito de fecha 09 de mayo de 2019 y señalados en el considerando 9° de esta resolución.

I. Pertinencia y conducencia de prueba testimonial requerida por Gasmar.

12° En cuanto a la conducencia y pertinencia de la prueba testimonial de don Octavio Ortiz Herrera, coautor del “Informe de Reporte Sancionatorio Respecto de Reporte SMA”, de noviembre de 2018, Gasmar, en su escrito de fecha 09 de mayo de 2019, señala que aquella declaración, considerando la calidad de especialista del mismo, podría aportar elementos técnicos en vista de la alta complejidad asociada al funcionamiento de la antorcha, conforme a las especificaciones del cargo N° 1 de la formulación de cargo.

13° Agrega que el Sr. Octavio Ortiz, es ingeniero hidráulico con alta experiencia en la *“ponderación y evaluación de situaciones ambientales complejas, ocupando, actualmente, el cargo de gerente de desarrollo y socio de la consultora Illanes y Asociados”*. Adicionalmente indica que su testimonio puede ser conducente en vista de los nuevos antecedentes aportados a lo largo del procedimiento sancionatorio, que permitirían contar con una *“mejor y más fundada resolución del presente procedimiento”*.

14° En este sentido, el artículo 50° de la LO-SMA exige que para dar lugar a una diligencia probatoria, ésta debe ser tanto pertinente como conducente, lo cual es más exigente que el artículo 35 de la Ley N° 19.880, que dispone en su inciso final que el instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias mediante resolución fundada.

15° Al respecto, cabe señalar que a través de la Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2019, esta SMA solicitó a Gasmar, en vista de lo expuesto en el Primer Otrosí de escrito de descargos, argumentar cómo el testimonio de don Octavio Ortiz permitiría *“acreditar que la inyección de gas barrido y piloto (...) no genera un impacto significativo sobre la población de Puchuncaví y Quintero”*, en razón de las consideraciones dispuesta en el “Informe de Reporte Sancionatorio Respecto de Reporte SMA”, de noviembre de 2018, de su coautoría, circunstancia que no ha sido tratada de forma expresa por el titular en su escrito de fecha 09 de mayo de 2019, conforme a lo señalado en los considerandos precedentes.

16° En efecto, en esta última presentación, Gasmar no aporta ningún elemento adicional que permita a esta SMA ponderar adecuadamente la pertinencia y conducencia de la reserva de prueba testimonial, sino más bien se limita a presentar argumentos genéricos, no relacionados a la solicitud original expuesta en su escrito de descargos, vinculada al esclarecimiento de los contenidos tratados en el referido informe.

17° Así, el objetivo del “Informe de Reporte Sancionatorio Respecto de Reporte SMA” como señalara Gasmar, es exponer los *“posibles riesgos a la salud de la población que genera la inyección de caudales de gas barrido y gas piloto a la antorcha, inferiores a los comprometidos ambientalmente”*, mediante la presentación de diversos escenarios de modelación para identificar las máximas concentraciones de CO, en comparación con las normativas de calidad del aire vigente a nivel nacional, motivo por el cual esta SMA, en el Resuelvo V de la Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2018, requirió la entrega de los datos utilizados en dicho informe para analizar debidamente sus conclusiones.

18° De este modo, el titular, mediante su escrito de fecha 09 de mayo de 2019, procedió a la entrega de los datos requeridos por esta SMA, los que se estiman suficientes para efectos de ponderar adecuadamente el contenido del informe en cuanto a los datos crudos utilizados, premisas e información que lo fundan, de modo que el testimonio de don Octavio Ortiz se estima como una prueba sobreabundante, por cuanto no aportaría nada distinto al contenido en el referido informe.¹ Adicionalmente, como se indicara, el titular no aporta nuevos antecedentes que permitan a esta SMA ponderar la conducencia y pertinencia de la reserva de prueba testimonial al informe indicado.

19° Por su parte, en cuanto a la circunstancia que el testimonio de don Octavio Ortiz podría ser conducente en vista de los nuevos antecedentes aportados a lo largo del procedimiento sancionatorio, entendiendo aquellos acompañados en su escrito de 09 de mayo de 2019 y que son pertinentes al cargo N° 1 (y expuestos en el considerando 9° de la presente resolución), el titular no aporta antecedentes que permitan esclarecer su pertinencia y conducencia, en cuanto al contenido específico de cada uno de los referidos documentos. Asimismo, como se ha señalado, el contenido de dichos antecedentes deben ser suficientemente explicativos en cuanto a la fiabilidad de los datos aportados, sus metodologías, premisas, entre otros aspectos.

¹ En ese contexto, el Tercer Tribunal Ambiental (Rol 21-2015), ha resuelto que una prueba testimonial es sobreabundante, cuando su objetivo es explicitar los contenidos de un informe técnico acompañado en el procedimiento como medio de prueba, por cuanto en aquel *“han debido quedar registradas las metodologías e informaciones utilizadas, sus análisis técnicos y sus respectivas conclusiones, siendo innecesario que uno de los profesionales que elaboró el informe ilustre al Fiscal Instructor acerca de los méritos técnicos de su trabajo, incluso a título de testigo experto”*. (destacado es nuestro).

20° Finalmente cabe señalar que el Fiscal Instructor se encuentra facultado para solicitar aclarar presentaciones u otras gestiones que se realicen en el desarrollo de un procedimiento sancionatorio, con el fin de precisar hechos o circunstancias relevantes y formar una convicción respecto de los mismos. De este modo, en la especie, dada la exigua fundamentación de la empresa en el Primer Otrósí de su escrito de descargos, para sustentar su petición de prueba de testigos, este Fiscal Instructor consideró pertinente dar la oportunidad a Gasmar, para explicar en términos claros y objetivos dicha solicitud (mediante la Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2018) lo cual, como se desprende de esta resolución, no fue realizado por el titular, resultando en el rechazo de su solicitud por la inconducencia de la diligencia solicitada.

II. Solicitud de reserva de información realizada por Gasmar.

a. Consideraciones generales sobre la solicitud de reserva de información en un procedimiento seguido ante la SMA.

21° Primeramente, 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 aquellos.

22° Por su parte, el artículo 6 de la LO-SMA indica que siempre que los antecedentes no tengan el carácter de públicos, los funcionarios de la SMA deberán guardar reserva de aquellos que conocieren en el ejercicio de sus funciones, relativos a los negocios de las personas sujetas a su fiscalización. Adicionalmente, 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 *“Principio 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 quorum 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”*.

23° Los principios de transparencia y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, son desarrollados en forma más extensa en la Ley N° 20.285, la cual señala en su artículo 5, inciso primero que *“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración de 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 quorum calificado”*. El inciso segundo del mismo artículo establece que *“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”*.



24° El principio de transparencia también se encuentra presente en el artículo 31 bis de la ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el cual señala que *“Toda 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 (en adelante, “SNIFA”), el cual busca hacer efectivo el mandato constitucional y legal asociado con el acceso a la información ambiental. En particular, el artículo 31 indica en su literal 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”*, lo que incluye a la documentación presentada con ocasión de los mismos o relacionada con ellos.

25° En relación a las peticiones de reserva, formuladas en virtud de los artículos 6 de la LO-SMA y del 21 de la Ley N° 20.285, esta Superintendencia ha sido enfática en sostener que su aplicación es de derecho estricto, considerando que el mandato constitucional para los Órganos de la Administración del Estado es la publicidad y transparencia de todos los actos y resoluciones, así como también sus fundamentos y procedimientos, tal como indica el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución Política de la República.

26° En relación a ello, cabe observar que el artículo 21 de la Ley N° 20.285 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).

27° Con motivo 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. En este sentido, para entender que se ha producido una afectación a los derechos de carácter comercial o económico, y que en consecuencia se ha configurado la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, deben concurrir los siguientes requisitos de manera copulativa²: 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 la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) 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.

28° Por tanto, toda la información aportada por un sujeto fiscalizado, una vez recibida por la Superintendencia del Medio Ambiente, se presume pública por regla general y para todos los efectos legales, por obrar en poder de los órganos de la Administración. Lo anterior, se encuentra en armonía con lo dispuesto en el artículo 6 de la LO-

² Consejo para la Transparencia. Decisión Amparo Rol C363-14, Considerando 5°, y Decisión Amparo Rol C1362-2011, Considerando 8°, letra b).



SMA, en relación al artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285. En este marco, se requiere una adecuada fundamentación por parte de quien solicita una reserva de información amparado bajo esta normativa.

29° Sobre este particular, el Consejo para la Transparencia ha sostenido que la carga de acreditar la concurrencia de alguna de las causales de reserva contempladas en la ley, compete exclusivamente a la parte interesada en la reserva. En efecto, dicho organismo ha señalado que no basta con la simple alegación relativa a que –en la especie- se configuraría una causal de reserva, sino que **ésta deberá ser probada por quien la invoca**, resultando ello relevante, toda vez que de dicha circunstancia dependerá la extinción del deber de publicar 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 la forma en que se afectaría –en el caso concreto- el debido cumplimiento del órgano, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, según corresponda.

b. Sobre la reserva de información solicitada por Gasmar.

30° Gasmar en su escrito de fecha 09 de mayo de 2018, solicitó a esta Superintendencia otorgar carácter reservado y confidencial a todos documentos proporcionadas en la referida presentación, señalando que su publicidad es susceptible de afectar la seguridad del establecimiento, así como sus derechos de carácter comercial o económico.

31° Que, en el marco de lo consignado en los precitados considerandos de la presente resolución, en relación a los requisitos para acceder a la reserva de información, el solicitante debe justificar su solicitud, precisando respecto de cada documento, la forma en que su publicidad podría generar alguno de los efectos descritos en el artículo 21 de la Ley N° 20.285, señalando además cómo se configuran a su respecto los criterios asentados por el Consejo para la Transparencia, circunstancia que no acontece en el referido escrito de fecha 09 de mayo de 2019.

32° En efecto, se advierte que los argumentos otorgados por la Empresa para justificar su pretensión son de carácter genérico y no establecen una causal de reserva específica respecto a los datos que se pide mantener en reserva. Adicionalmente no se elabora mayormente de qué forma se produciría la referida afectación, ni se analiza la concurrencia de los criterios elaborados por el Consejo para la Transparencia en relación a la referida causal, los que se detallaron en el Considerando 26° de la presente resolución.

33° Por lo tanto, en lo que dice relación a los antecedentes respecto de los que se solicitó reserva de información, la petición genérica de Gasmar no puede ser tomada como fundamentación suficiente para tener por configurada una causal de reserva.

34° De acuerdo con lo indicado precedentemente y a fin de resolver la reserva de información requerida por Gasmar, se estima pertinente solicitar al titular que complemente y fundamente su solicitud, precisando de qué manera la publicidad y/o divulgación de cada uno de los antecedentes cuya reserva se solicita, se



enmarca dentro de las causales contenidas en el artículo 21 de la Ley N° 20.285, y los criterios del Consejo para la Transparencia.

RESUELVO:

I. **RECHAZAR** la prueba testimonial solicitada por Gasmar en el Primer Otrósí de su escrito de descargos de fecha 12 de noviembre de 2019 y complementada en el Primer Otrósí de la presentación de fecha 09 de mayo de 2019.

II. **PREVIO A PROVEER LA SOLICITUD DE RESERVA**, Gasmar deberá aclarar y fundamentar su solicitud, según lo señalado en el Considerando 33° de la presente resolución, lo que deberá efectuarse dentro de un plazo de **2 días hábiles** desde la notificación de ésta.

III. **TÉNGASE POR ACOMPAÑADOS** los documentos individualizados en lo principal del escrito de fecha 09 de mayo de 2019 y enumerados en el Considerando 9° del presente acto.

IV. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a don Mario Ignacio Basualto Vergara en representación de GASMAR S.A., Rut 96.636.520-K, domiciliado para estos efectos en Avenida Apoquindo 3200, piso 7, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.



Sebastián Arriagada Varela

**Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente**

Carta certificada:

- Mario Ignacio Basualto Vergara, en representación de GASMAR S.A., domiciliado en Avenida Apoquindo 3200, piso 7, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

C.C:

- Sergio de la Barrera Calderón, Oficina Regional de Valparaíso SMA.