



**RESUELVE SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN
Y TIENE POR CERRADA LA INVESTIGACIÓN.**

RES. EX. N° 9 / Rol D-086-2018

Santiago, 05 JUN 2019

VISTOS:

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; 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° En relación a la presente resolución, 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.

6° Por su parte, en el Primer Orosí 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.

7° Por último, en el Segundo Orosí 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.

8° En razón de lo anterior, esta SMA, mediante la Res. Ex. N° 8/Rol D-086-2018, de fecha 29 de mayo de 2019, en su Resuelvo I procedió a rechazar la prueba testimonial solicitada por Gasmar en el Primer Orosí de su escrito de descargos de fecha 12 de noviembre de 2019 y complementada en el Primer Orosí de la presentación de fecha 09 de mayo de 2019. Por su parte, en su Resuelvo II dispuso que previo a proveer la solicitud de reserva documental, Gasmar aclarara y fundamentara su solicitud en un plazo de 2 días hábiles desde la notificación de dicha resolución.

9° De esta forma, la Res. Ex. N° 8/Rol D-086-2018, fue notificada personalmente en el domicilio del titular, con fecha 30 de mayo de 2019.

10° Posteriormente y encontrándose dentro del plazo dispuesto en la Res. Ex. N° 8/Rol D-086-2018, el titular procedió a responder a la solicitud





indicada en el Resuelvo II de dicha resolución. A continuación, se analizará la reserva de información requerida por la Empresa.

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.

11° Primeramente, cabe señalar que los principios de transparencia y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, son desarrollados en forma 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”*.

12° 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 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. 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”*.

13° 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”*.



14° 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.

15° 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.

16° 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)¹.

17° 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.

18° 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-

¹ 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.

19° 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.

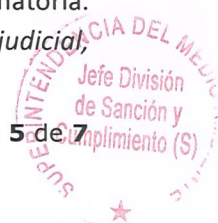
20° Gasmar en su escrito de fecha 09 de mayo de 2018, solicitó a esta Superintendencia otorgar carácter reservado y confidencial a todos documentos proporcionadas en la referida presentación (indicados en el considerando 5 de la presente resolución), señalando que su publicidad es susceptible de afectar la seguridad del establecimiento, así como sus derechos de carácter comercial o económico, no entregando mayores razones de hechos ni de derecho.

21° En razón de dicha presentación se procedió a dictar la Res. Ex. N° 8/Rol D-086-2018, la cual en su Resuelvo II, dispuso que previo a proveer, el titular debía precisar de qué manera la publicidad y/o divulgación de cada uno de los antecedentes cuya reserva se solicitó, se enmarcan dentro de las causales contenidas en el artículo 21 de la Ley N° 20.285 y los criterios del Consejo para la Transparencia.

22° En ese contexto, el titular, mediante presentación de 03 de junio de 2019, en cumplimiento de la precitada resolución, presentó argumentos a fin de aclarar y fundamentar la solicitud de reserva presentada con fecha 09 de mayo de 2019.

23° En primer lugar, en relación a la información acompañada como respuesta al Resuelvo V de la Res. Ex. N° 6/Rol D-086-2018, de los puntos N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4, el titular fundamenta su solicitud de confidencialidad en virtud de la causal establecida en el artículo 21 N° 1.b de la Ley N° 20.285, la que dispone que podrá denegarse total o parcialmente el acceso a la información, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente *“Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas”*.

24° En ese contexto, agrega que el presente procedimiento Rol D-086-2018, se encuentra en trámite y no cuenta con resolución sancionatoria. Luego señala que *“(…) existen diferentes procedimientos, de carácter administrativo y judicial,*



iniciados por terceras partes antes diversas autoridades, que pudieran verse afectadas por esta información, mientras el presente proceso de sanción se encuentre pendiente". Termina señalando que, en razón de lo expuesto, resultaría indispensable se mantenga la confidencialidad de los documentos mientras no se cuente con resolución de término.

25° Al respecto, el titular no presenta argumentos de hecho y derecho concretos, relativos a cómo los referidos documentos pudiesen afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido (SMA), en el contexto de los antecedentes utilizados previos a la adopción de una resolución (en este caso la resolución sancionatoria), sino más bien presenta argumentos genéricos para la totalidad de los documentos invocados. Adicionalmente, no explicita los motivos que generarían una afectación concreta a los diferentes procedimientos administrativos de carácter judicial o administrativo (los que tampoco fueron individualizados), en razón la publicidad de los documentos respecto de los que se solicita confidencialidad. Como se indicara en la sección anterior, es deber del titular probar concretamente la causal invocada, en relación a los documentos que se solicita su reserva, circunstancia que no concurre en el presente caso.

26° En definitiva, se estima que la fundamentación de la causal invocada por el titular (art. 21 N° 1, letra b), no resulta adecuada ni correcta a efectos que este instructor pueda determinar su concurrencia, de modo que se procederá a su rechazo.

27° Ahora bien, esta SMA decretará de oficio, en virtud de la causal establecida en el artículo 21 N° 2, de la Ley N°20.285 y del deber que como órgano de la administración detenta, la reserva de los valores consignados en los documentos individualizados en el considerando 5 de la presente resolución e individualizados en lo principal del escrito de fecha 09 de mayo de 2019.

28° En segundo lugar, de conformidad a lo requerido la Empresa aclaró y fundamentó la solicitud de reserva de información respecto de los Estados Financieros auditados del año 2017 y 2018, y Balance Tributario de los años 2017 y 2018, en relación al artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285, indicando que dichos antecedentes comerciales y tributarios constituyen información sensible, *"cuya divulgación puede afectar la vida comercial de Gasmar e incluir en su competitividad en el mercado"*, solicitando que se mantenga en todo momento la reserva de información contenida en los mismos.

29° En este sentido, se estima que la Empresa ha entregado argumentos suficientes para determinar que su información financiera, cumple con los criterios que hacen procedente la aplicación de la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285. En razón de lo anterior, se accederá a la reserva solicitada respecto de dicha información.

30° En otro orden de cosas, habiendo concluido las diligencias probatorias en relación a los hechos investigados y las responsabilidades indagadas en el presente procedimiento sancionatorio, corresponde tener por cerrada la investigación. En conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de la LO-SMA, se propondrá la resolución o sanción que en atención a la ponderación de la prueba disponible corresponda aplicar.



RESUELVO:

I. DECRETAR LA RESERVA DE LA DOCUMENTACIÓN contenida en el **Considerando 28** de la presente resolución, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6° de la LO-SMA y 21 N° 2, de la Ley N° 20.285.


II. RECHAZAR LA SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN referida a los puntos N° 1, 2, 3 y 4, acompañados como respuesta al requerimiento formulado por esta SMA en el Resuelvo V de la Res. Ex. N°6/Rol d-086-2018. Se rechaza la reserva solicitada por las razones indicadas en los considerandos 25 y 26 de la presente resolución; y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 de la LO-SMA, artículo 16 de la Ley 19.880 y en los artículos 5 y 21 de la Ley 20.285.

III. DECRETAR LA RESERVA PARCIAL, DE OFICIO, de los documentos indicados en el considerando 5° de la presente resolución e individualizados en lo principal del escrito de fecha 09 de mayo de 2019, en lo que se refiere a los valores consignados en ellos.

IV. TENER POR CERRADA LA INVESTIGACIÓN del procedimiento sancionatorio Rol N° D-086-2018.

V. 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.

