

GPH 28.991



TIENE POR PRESENTADOS DESCARGOS Y SE PRONUNCIA SOBRE SOLICITUDES QUE SE INDICAN.

RES. EX. N° 2/ ROL D-121-2019

Santiago, 26 NOV 2019

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante “LO-SMA”); 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; la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; el Decreto Supremo N° 38 de 2011, del Ministerio de Medio Ambiente, que establece Norma de Emisión de Ruidos Molestos Generados por Fuentes que indica (en adelante “D.S. N° 38/2011 MMA”); la Resolución Exenta N° 491 de 31 de mayo de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que dicta instrucción de carácter general sobre criterios para la homologación de zonas del D.S. N° 38/2011 MMA; la Resolución Exenta N° 867 de 16 de septiembre de 2016, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que aprueba protocolo técnico para la Fiscalización del D.S. N° 38/2011 MMA; la Resolución Exenta N° 693 de 21 de agosto de 2015, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Contenido y Formatos de las Fichas para Informe Técnico del Procedimiento General de Determinación del Nivel de Presión Sonora Corregido; el artículo 80 de la Ley N° 18.834, que aprueba Estatuto Administrativo; en la Res. Ex. N° 424, de 12 de mayo de 2017, de la Superintendencia del Medio Ambiente, y sus modificaciones; en la Resolución Exenta N° 82 de 18 de enero de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; en la Resolución Exenta N° 1.300 de 11 de septiembre de 2019, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que designa funcionario que indica en el segundo orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento; la Resolución Exenta N° 85 de 22 de enero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Aprueba Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización (en adelante “Bases Metodológicas”); el Decreto Supremo N° 30 de 20 de agosto de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación (en adelante “D.S. N° 30/2012 MMA”); la Resolución Exenta N° 166 de 8 de febrero de 2018, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que crea el Sistema de Seguimiento de Programas de Cumplimiento (SPDC) y dicta instrucciones generales sobre su uso (en adelante “Res. Ex. N° 166/2018 SMA”); y en la Resolución N° 7 de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

1°. Que, con fecha 29 de agosto de 2019 se inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-121-2019, con la Formulación de Cargos en contra de Constructora Novatec S.A., titular de la faena de construcción del edificio denominado “Parque Chacabuco”, en virtud de una infracción tipificada en el artículo 35 letra h) de la LO-SMA.

2°. Que, el artículo 49 de la LO-SMA establece un plazo de 15 días hábiles para presentar los descargos correspondientes, mientras que el artículo

42, del antedicho cuerpo legal, establece un plazo de 10 días hábiles para la presentación de un Programa de Cumplimiento, ambos contados desde la notificación de la Formulación de Cargos.

3°. Que la Formulación de Cargos precedentemente referida, fue notificada de forma personal al titular con fecha 2 de septiembre de 2019, según consta en el acta de notificación respectiva, firmada por quien la recibiera.

4°. Que, en su Resuelvo VIII, la antedicha resolución requirió al titular la información que en ella se indicó.

5°. Que, con fecha 7 de octubre de 2019, ingresó a la oficina de partes de esta Superintendencia un escrito presentado por don Matías Stamm Moreno, en representación de Constructora Novatec. S.A., el que, en lo principal, contiene los descargos del titular respecto de los cargos que se le formularon.

6°. Que, en los respectivos otrosíes de la presentación referida en el considerando precedente, el titular acompaña documentos; solicita que se ordene la apertura de un término probatorio; proporciona información requerida y solicita reserva de la misma; además, acredita la personería con que actúa don Matías Stamm Moreno y confiere poder a doña Paola Fritz Torrealba.

A.1. Sobre la Reserva de Información en un procedimiento administrativo sancionatorio seguido ante la SMA

7°. Que, primeramente, 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 quorum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos.

8°. 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 el medio ambiente. Asimismo, su importancia se manifiesta en instrumentos internacionales que han abordado este aspecto, dentro de los que destaca la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, junio de 1992).

9°. Luego, 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 establece en su artículo 16 el principio de Transparencia y de Publicidad, indicando que *“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”*.

10°. Que, estos 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 *“[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 o 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 "[a]simismo, **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**" (énfasis agregado).

11°. Que, 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 "[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 y legal asociado al 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 "(...) 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 ello.

12°. Que, por otra 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.

13°. Que, en relación a las peticiones de reserva, formuladas en virtud de los artículos 6° de la LO-SMA y 21 de la Ley N° 20.285, esta Superintendencia ha sostenido que su aplicación es de derecho estricto, considerando que el mandato constitucional para los Órganos de la Administración de Estado es la publicidad y transparencia de todos los actos y resoluciones, así como también sus fundamentos y procedimientos.

14°. Que, en relación a ello, 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 segundo, 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**" (énfasis agregado).

15°. 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. En este sentido, para entender que se podría generar con la publicación de estos antecedentes una afectación a los derechos de carácter comercial o económico y que, en consecuencia, se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, deben concurrir los siguientes requisitos de manera copulativa¹: 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.

¹ Consejo para la Transparencia. Decisión Amparo Rol C363-14, Considerando 5°, y Decisión Amparo Rol C1362-2011, Considerando 8°, letra b).

16°. Que, 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.

A.2. Análisis de la solicitud de reserva de información efectuada

17°. Que, concretamente, la empresa solicita que la siguiente información, acompañada en respuesta al requerimiento contenido en el Resuelvo VIII de la Res. Ex. N° 1/ Rol D-121-2019, sea decretada como reservada:

Tabla N° 1: Detalle solicitud de reserva de información Constructora Novatec S.A.

Documento escrito de 7 de octubre de 2019	Contenido
A 1)	Balance General del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2018 de la empresa Constructora Novatec S.A.
A 2)	Listado del número de martillos hidráulicos, martillos, sierras y vibradores de inmersión empleados en la construcción del edificio Parque Chacabuco.

18°. Para lo anterior, indica que “[l]os documentos señalados revisten el carácter de información económicamente sensible”, invocando, para tales efectos, lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 21 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

19°. Que, considerando lo señalado por la empresa, así como los criterios del Consejo indicados en el considerando 15°, cabe indicar que los documentos de la tabla N° 1, se refieren a información comercial, financiera y tributaria asociada a la producción y ventas de Constructora Novatec S.A., es decir, información estratégica relevante para su actividad, por lo que no es fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza este tipo de información, porque se refiere a la situación particular de la empresa y su rubro. Luego, al tratarse de información que pudiera incidir en los mercados, costos, clientes y/o proveedores de la empresa, y en general, en su situación comercial a futuro, es razonable sostener que respecto de ella se realizan esfuerzos por mantenerla en secreto. En el mismo sentido, la divulgación de esta información podría proveer a su poseedor de una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, o su bien su publicidad podría afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

20°. Que, de la reserva de información que en específico se solicita, no se visualiza la afectación de terceros.

21°. Que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, se otorgará la reserva de información solicitada en los términos planteados por Constructora Novatec S.A.

B. Sobre la orden de apertura de Término Probatorio en un procedimiento administrativo sancionatorio seguido ante la SMA

22°. Que, la Ley N° 19.880 establece que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho, apreciándose en conciencia. A su vez, el inciso primero del artículo 51 de la LO-SMA dispone que los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores deberán acreditarse mediante cualquier medio de prueba admisible en derecho, los que se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica. Estas disposiciones establecen, por tanto, la libertad probatoria para este procedimiento, imponiendo como único límite la licitud de la medida o diligencia probatoria que se solicita.

23°. Por su parte, el inciso final del artículo 50 de la LO-SMA establece que, recibidos los descargos o transcurrido el plazo otorgado para ello, la SMA examinará el mérito de los antecedentes y podrá ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan. Asimismo, dispone que se dará lugar a las medidas o diligencias probatorias que solicite el *presunto infractor* en sus descargos, que resulten pertinentes y conducentes.

24°. Que, en virtud de lo expuesto en el considerando precedente, para determinar la aprobación o rechazo de la solicitud efectuada por el titular, consistente en la apertura de un término probatorio en el presente procedimiento sancionatorio, corresponde efectuar un análisis de *pertinencia y conducencia* sobre el fundamento de la misma.

25°. De acuerdo con la doctrina española, se entiende por prueba *pertinente* aquella que guarda relación con el objeto del procedimiento. En el mismo sentido, la doctrina procesal ha entendido la pertinencia como el necesario "*vínculo o correspondencia que debe existir entre la diligencia probatoria y el hecho u omisión objeto del procedimiento*"². Por su parte, la Real Academia Española define *conducente* como aquello "*que conduce (guía a un objeto o a alguna situación)*", lo cual en este contexto se refiere a guiar al objetivo de determinar algún hecho o circunstancia objeto de la investigación. Aquí, la doctrina procesal ha vinculado el requisito de medidas o diligencias probatorias conducentes, con el de utilidad, como lo señala Cristian Maturana³: "*Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue (...) Cuando el medio de prueba es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin, bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes*".

26°. Que, por otro lado, la jurisprudencia ha señalado que es improcedente la solicitud genérica de medidas o diligencias probatorias⁴, debido a que se haría imposible determinar, respecto de dicha solicitud, su carácter de pertinente y conducente.

27°. Que, en su presentación de fecha 7 de octubre de 2019, en el segundo otrosí, el titular planteó su solicitud de apertura de un término probatorio en los siguientes términos: "*Se hace presente que Novatec hará uso de todos los medios de prueba que le otorga la ley, específicamente durante el término probatorio que solicitamos sea*

² MATURANA Cristian, *Disposiciones Comunes a todo procedimiento* (2012).

³ MATURANA Cristian, *Disposiciones Comunes a todo procedimiento* (2012).

⁴ Sentencia Segundo Tribunal Ambiental, rol N° R-23-2014.

fijado para este efecto, con el objeto de acreditar los hechos en los cuales fundamenta los presentes descargos”.

28°. Que, a juicio de este fiscal instructor, y al tenor de lo expuesto en el considerando precedente, la solicitud efectuada por el titular resulta ser meramente genérica, toda vez que no determina ni fundamenta ninguna diligencia probatoria en específico, razón por la cual se hace imposible realizar el análisis de *pertinencia y conducencia* referido en el considerando 24° de la presente resolución.

29°. Que, en virtud de lo precedentemente razonado, se desestimaré la solicitud efectuada por el titular en el segundo otrosí de su presentación de fecha 7 de octubre de 2019. Esto, sin perjuicio de persistir el derecho del titular a solicitar, en su oportunidad, la práctica de diligencias probatorias debidamente determinadas y fundadas.

RESUELVO:

I. TÉNGANSE POR PRESENTADOS LOS DESCARGOS formulados por Constructora Novatec S.A., en su presentación por escrito de fecha 7 de octubre de 2019, en el presente procedimiento sancionatorio.

II. TÉNGANSE POR ACOMPAÑADOS e incorporados al expediente sancionatorio los siguientes documentos, señalados por el titular en el primer otrosí de su presentación de fecha 7 de octubre de 2019:

- Permiso de Edificación N° 518 de fecha 10 de septiembre del año 2014 de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Concepción.
- Certificado de Recepción Definitiva de Edificación N° 224 de la Dirección de Obras de la I. Municipalidad de Concepción.
- Oficio ORD. N° 261D122, de la Dirección de Obras Municipales, de fecha 6 de febrero de 2017.
- Reporte Técnico empresa ECOS de fecha 6 de septiembre de 2019.

III. DECRETAR LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN entregada por el titular en su presentación de fecha 7 de octubre de 2019, ya individualizada en el considerando 17° de la presente resolución.

IV. RECHAZAR LA SOLICITUD DE APERTURA DE TÉRMINO PROBATORIO en el presente procedimiento sancionatorio. Esto, sin perjuicio, tal como se señala en la parte considerativa de la presente resolución, del derecho del titular de solicitar la práctica de las diligencias probatorias que sean debidamente individualizadas y fundamentadas.

V. TÉNGASE PRESENTE la designación de doña Paola Fritz Torrealba, cédula de identidad N° 8.669.327-5, abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, como apoderada del titular en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

VI. NOTIFICAR POR CARTA

CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N° 19.880, a Constructora Novatec S.A., domiciliada para estos efectos en avenida Presidente Riesco N° 5.335, Piso 11, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago; y a su apoderada doña Paola Fritz Torrealba, domiciliada para estos efectos en calle Cerro El Plomo N° 5.420, oficina N° 1.901, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago.




Eduardo Paredes Monroy
Fiscal Instructor
División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente


EPM

Carta Certificada:

- Representante Legal de Constructora Novatec S.A., avenida Presidente Riesco N° 5.335, Piso 11, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago.
- Paola Fritz Torrealba, calle Cerro El Plomo N° 5.420, oficina N° 1.901, comuna de Las Condes, Región Metropolitana de Santiago.

