

RESUELVE SOLICITUD DE RESERVA QUE INDICA

RES. EX. N° 3/ ROL F-054-2020

Antofagasta, 13 de octubre de 2020.

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución Política de la República de Chile; 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° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 18.575, que establece la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 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° 18.834, que aprueba Estatuto Administrativo; 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 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 Exenta N° 1076, de fecha 26 de junio de 2020, que Fija organización interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 31, de 8 de octubre de 2019, que Nombra a Don Cristóbal de La Maza Guzmán, en el cargo de Superintendente del Medio Ambiente; Resolución Exenta N° 894, de fecha 28 de mayo de 2020, que Establece orden de subrogancia para el cargo de Jefe de la División de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 7, de 26 de marzo 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 31 de julio de 2020, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, se inició la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol F-054-2020, con la formulación de cargos en contra de **HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.**, Rol Único Tributario N° 78.627.210-6, titular de la unidad fiscalizable "Tottus Calama Centro" (en adelante, "Tottus Calama") ubicado en la comuna de Calama, Región de Antofagasta.

2. Que, con fecha 2 de septiembre de 2020, don Pablo Alvarado Escobar, en representación de **HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.**, presentó programa de cumplimiento den los términos y plazos que establece el artículo 6° del D.S. N° 30/2012 y el artículo 42 de la LO-SMA. A su presentación acompaña la siguiente información técnica y económica:

i. **Anexo A:** Informe de luminarias recambiadas; Plano, en formato .dwg y .pdf que muestra disposición de luminarias antes de ser reemplazadas y/o eliminadas; Plano, en formato .dwg y .pdf que muestra disposición de luminarias reemplazadas y/o con indicación del modelo al cual corresponde cada una de ellas; Ficha técnica de Led reflector para exterior IP65 200W con visera (Código N° 9314); Ficha técnica de Led reflector para exterior IP65 de 200W con visera (Código N° 9315); Certificado de aprobación del producto de alumbrado en contaminación lumínica PCL N°2 N° SMA-0140 de 20 de enero de 2020, para producto Reflector de Exterior Spark 150W 3000K con visera; Certificado de aprobación del producto de alumbrado en contaminación lumínica PCL N° 2 N° SMA-0141 de

20 de enero de 2020, para producto Reflector de Exterior Spark 200W 3000K con visera; informe nuevo sistema de iluminación de Tottus Calama; Set fotográfico de trabajos realizados.

ii. **Anexo B:** Cotización N° 35033 de suministro de nuevos equipos de iluminación emitida por Zingg Ilumina, de fecha 21 de agosto de 2020.

iii. **Anexo C:** Procedimiento para la administración de notificaciones – Hipermercado Tottus S.A; Vídeo interactivo, denominado “*procedimiento para la administración de notificaciones*”; Folleto informativo de “*procedimiento para la administración de notificaciones*”.

iv. **Anexo D:** Copia de Escritura Pública de mandato judicial de Hipermercados Tottus S.A. a Dafne González y Otros, otorgada con fecha 20 de enero de 2020, en la 2° Notaría Pública de Santiago de don Francisco Javier Leiva Carvajal, Repertorio N°7718-2020.

3. Que, adicionalmente, en la referida presentación la empresa solicita que se adopten las medidas pertinentes para guardar reserva de la información contenida en el **Anexo B** del programa de cumplimiento, en virtud del artículo 6° de la LO-SMA y el artículo 21 N° 2, de la Ley N° 20.285 (en adelante, Ley de Transparencia), argumentando que “*se trata de información de carácter comercial sensible y estratégico para mi representada, y su caso para sus contratistas o proveedores, 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*”. Específicamente, esta información corresponde a cotización N° 35033, referida al de suministro de nuevos equipos de iluminación emitida por Zingg Ilumina, de fecha 21 de agosto de 2020.

4. Que, respecto a la solicitud de reserva, 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 aquéllos.

5. 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, y la Convención Sobre Acceso a la Información, Participación Pública en la Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Temas Medioambientales de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

6. Que, el principio de transparencia y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, es desarrollado en forma más extensa por la Ley de Transparencia, 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 y

¹ BERMÚDEZ, Jorge. El acceso a la información pública y la justicia ambiental. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 1er Semestre 2010, XXXIV, p. 574.

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”.

7. 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 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 asociado con el acceso a la información ambiental. En particular, el artículo 31 recién mencionado, indica en sus literales c) y g) 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”* y *“[t]oda otra decisión o resolución de carácter general emanada de autoridad recaída en asuntos ambientales”*.

8. Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 6° de la LO-SMA, dispone *“[s]iempre que los documentos y 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 y deberán abstenerse de utilizarlos en beneficio propio o de terceros [...]”*.

9. Que, por lo tanto, la LO-SMA establece el deber funcionario de reserva de documentos y antecedentes *que no tengan el carácter de públicos*, sin especificar los criterios respecto de cuáles de dichos documentos o antecedentes concurre dicha condición.

10. Que, en relación con lo anterior, 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: *“[p]rincipio 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 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.”*

11. Que, en relación a ello, cabe observar que el artículo 21° de la Ley de Transparencia 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). Por su parte, el artículo 11 letra e) de la misma norma, establece el **principio de divisibilidad**, conforme el cual si un acto administrativo o antecedente que obre en poder del Estado 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.

12. Que, debido a 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.

13. Que, antes de analizar la aplicación de estos criterios al caso concreto, cabe consignar que la solicitud de reserva presentada por

HIPERMERCADOS TOTTUS S.A., se refiere a información cuya divulgación se relaciona con la satisfacción de un interés público comprometido, consistente en la posibilidad de cualquier persona de acceder a los elementos de juicio que permiten determinar la eficacia y seriedad del programa de cumplimiento presentado por la empresa. Ello se manifiesta en lo dispuesto en el artículo 7 del D.S. N° 30/2012, cuyo literal d) señala que, forma parte del contenido mínimo de dicho instrumento la *“información técnica y de costos estimados relativa al programa cumplimiento que permita acreditar su eficacia y seriedad”*.

14. Que, para fundar su solicitud de reserva la empresa ha señalado que *“se trata de información de carácter comercial sensible y estratégico para mi representada, y su caso para sus contratistas o proveedores, 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”*. Complementa lo anterior, indicando que se tratan de *“registros, presupuestos y honorarios asociados a la presentación de servicios o adquisición de bienes por parte de terceros, en relación al rubro que desempeña mi representada, de manera que se efectúan esfuerzos para evitar su divulgación y mantener el secreto fuera del ámbito de administración de Hipermercados Tottus S.A. y del contratista o proveedor, por lo cual, no cabe sino concluir que dichos antecedentes, se encuentran amparados por la causal de reserva o secreto del artículo 22 N°2 de la Ley N°20.285 y, en consecuencia, su publicidad afectaría derechamente las ventajas competitivas de los terceros involucrados, frente a otros competidores que presten servicios equivalentes”*.

15. Que, el Consejo para la Transparencia ha establecido que, para producirse una afectación a los derechos de carácter comercial o económico, y consecuentemente se configure la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, deben concurrir los siguientes requisitos de manera copulativa²:

- 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.
- Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto.
- 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.

16. Que, respecto de la documentación que forma parte del **Anexo B** del programa de cumplimiento sobre el cual recae la solicitud de la empresa, es posible sostener que éstos contienen los aspectos típicamente pactados a los de cualquier propuesta o contrato de prestación de servicios y/o productos en materia de suministros de equipos de iluminación, por lo que respecto de la *integridad del documento*, no es posible sostener que no es fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión. No obstante, aun cuando para la empresa sea posible obtener cotizaciones respecto a este tipo de servicios, el valor específico de estos variará según quien sea el proveedor y dependiendo de las condiciones de contratación específicamente desarrolladas para cada caso. Por lo anterior, respecto los valores contenidos en el documentos precitado, es posible sostener que se configura el primer criterio referido, pero sólo respecto al desgloce de los valores asociado a dicha cotización.

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

17. En relación al segundo criterio, este Fiscal Instructor ha procedido a revisar la página web de la empresa *Zingg Ilumina*, pudiendo apreciar que en ella se indican los servicios que se provee, pero no está publicada la información de los valores ni detalles de estos. De esta forma, es posible apreciar que esta empresa no publican información específica sobre los costos de sus servicios y productos. A partir de lo anterior, sumado a que no fue posible encontrar mediante otras vías de información los antecedentes en comento, concluyéndose que los valores de cada servicio y producto, en efecto, cumplen con el segundo criterio. Finalmente, en relación al tercer criterio, dado que los valores detallados de cada actividad pueden variar dependiendo de la negociación y que, conocer de antemano esta información sí podría afectar su desarrollo, de forma que otorguen una ventaja competitiva a su poseedor, este Fiscal Instructor considera que los valores de cada servicio y producto sí cumplen con el tercer criterio.

18. Que, por ende, se mantendrá la publicidad respecto del resto de la información contenida en la cotización que forma parte del **Anexo B** del programa de cumplimiento presentado con 2 de septiembre de 2020. En este sentido, se concluye que su divulgación – los bienes y servicios, condiciones ofertadas y nombre de la empresa proveedora – no pueden afectar a esta ni a **HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.** por cuanto su publicidad no incluirá los valores económicos asociados. Además, en el programa de cumplimiento, documento de carácter público, se indican las acciones y metas comprometidas, describiendo pormenorizadamente en la subcolumna “*forma de implementación*”, una caracterización de las obras a desarrollar y en la columna “*costos estimados*” la valorización de su implementación. En consecuencia, en lo que respecta al fundamento de la solicitud de reserva, éste no apuntaría al fin de resguardar información de carácter económico y comercial, cuya publicidad y conocimiento pudiere afectar los derechos de la empresa en virtud del artículo 16 de la Ley N° 19.880, en relación con el artículo N° 21 N° 2 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

19. Por lo tanto, y en atención a que respecto al desglose de los valores contenidos en la información referida en el considerando 3° de esta resolución, concurren los tres criterios desarrollados por el Consejo para la Transparencia para considerar que la publicación de dicha información podría afectar derechos de carácter económico y comercial de la Empresa, se procederá a decretar la reserva de dicha información.

RESUELVO:

I. **DECRETAR** la reserva de la documentación indicada en el considerando 3° de esta resolución, sólo en lo relativo a los precios establecidos en ella.

II. **NOTIFICAR POR CARTA CERTIFICADA**, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la ley N° 19.880, a don Pablo Alvarado Escobar, representante de **HIPERMERCADOS TOTTUS S.A.**, domiciliada en Avenida Granaderos 3657, Calama, Región de Antofagasta.

Sebastián Tapia Camus
Fiscal Instructor de la División de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente



Carta Certificada:

- Pablo Alvarado Escobar Representante legal de Hipermercado Tottus S.A., domiciliado en Avenida Granaderos 3657, Calama, Región de Antofagasta.

C.C.:

- Sandra Cortéz Contreras, Jefe Oficina SMA, Región de Antofagasta.