

DGP

RECTIFICA RES. EX. N° 1/ ROL D-005-2022 Y SIGUIENTES.

RES. EX. N° 5/ ROL D-005-2022

CONCEPCIÓN, 23 DE JUNIO DE 2022

VISTOS:

Conforme con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, que establece la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, "LOSMA"); 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 la Ley N° 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, la "LOCBGAE"); 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° 2124, de 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA 1159/2021, de fecha 25 de mayo de 2021, que establece orden de subrogancia para el cargo de Jefa/e del Departamento de Sanción y Cumplimiento de la Superintendencia del Medio Ambiente; y en la Resolución N° 7, 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. Mediante Resolución Exenta N°1/ D-005-2022 de fecha 11 de abril de 2022, se dio inicio a la instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-005-2022, seguido en contra de AES ANDES S.A., Rol Único Tributario N° 94.272.000-9 (en adelante, "el titular" o "la empresa"). Dicha Resolución fue notificada personalmente con fecha 11 de abril de 2022.

2. Con fecha 20 de abril de 2022, Norberto Corredor Díaz, en representación de AES ANDES S.A., presentó una solicitud de ampliación de los plazos otorgados para presentar un programa de cumplimiento (en adelante, "PdC"), y para formular descargos, con el fin, según indicó, de estudiar en detalle los antecedentes que obran en el proceso y, si hubiera mérito para ello, presentar un programa de cumplimiento, o bien, evacuar en tiempo y formular los descargos respectivos. Dicha solicitud fue acogida a través de la Resolución Exenta N°3/ D-005-2022, de 20 de abril de 2022.

3. A su vez, en el mismo escrito indicado previamente, al empresa solicita la rectificación de la Resolución Exenta N°1/ D-005-2022, debido a que quien detentaría la calidad del titular de la RCA N° 012/2015, de la Comisión de Evaluación de la Región del Biobío, que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto Parque Eólico Mesamávida, así como de las consultas de pertinencia efectuadas a la fecha y que se relacionan con el presente procedimiento, sería la sociedad Energía Eólica Mesamávida SpA. Adicionalmente indica lo siguiente:

- Que la SMA en el documento denominado "*Bases Metodológicas para la Determinación de Sanciones Ambientales – Actualización*", aprobado mediante Resolución Exenta N° 85, de 22 de



enero de 2018, quien ha definido que *“La imputación realizada por la SMA normalmente tendrá como base la atribución de responsabilidad a título de autor, esto es, quienes “(...) aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización”. Generalmente el sujeto infractor será quien se encontraba bajo el deber de dar cumplimiento a la acción u omisión exigida por la norma, a pesar de lo cual no da cumplimiento a ella. Cuando la atribución de responsabilidad es a título de autor, entonces la sanción aplicable no se verá alterada por esta circunstancia, ni para su incremento ni para su disminución, lo que según la empresa sería aplicable a la sociedad Energía Eólica Mesamávida SpA, y no a AES ANDES S.A., quien solo ostentaría participación en el capital de la primera. Lo contrario, implicaría una clara vulneración a la separación de las personas jurídicas y la limitación de responsabilidad.*

- La empresa además incorpora lo resuelto por el Segundo Tribunal Ambiental¹, en sentencia confirmada por la Excelentísima Corte Suprema⁴, en cuanto a *“Que, una interpretación armónica y sistemática de las normas citadas en los considerandos precedentes lleva a concluir que el concepto de titular de un proyecto o actividad se define como la persona natural o jurídica que es responsable de éste, cuya ejecución puede ser previa o posterior a su ingreso al SEIA y a la obtención de una RCA favorable”².*

- Finalmente, señala que el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental recientemente confirmó el criterio resolviendo *“Que, en primer lugar, resulta necesario establecer qué debe entenderse por Titular de un proyecto o actividad para efectos sancionatorios (...) debe considerarse Titular de un proyecto a “la persona natural o jurídica que es responsable de éste, cuya ejecución puede ser previa o posterior a su ingreso al SEIA y a la obtención de una RCA favorable se configura en torno de la persona de infractor (sic), quien podrá o no ser titular de una RCA” (...) La Excm. Corte Suprema confirmó el fallo e indicó que el Titular «comprende a la persona natural o jurídica que es responsable y tiene el control del proyecto que se ejecuta (...) configurándose la responsabilidad en torno a la persona del infractor, quien podrá ser o no titular de una RCA”³.*

4. Mediante Res. Ex. N° 4/D-005-2022, esta Superintendencia, previo a resolver el escrito de AES ANDES S.A., requirió de información a la empresa y suspendió el presente procedimiento administrativo sancionatorio. En particular, cabe señalar que, en el Resuelvo I de la aludida Res. Ex. N° 4, se solicitaron los siguientes antecedentes: a) Estados Financieros (Estado de Situación, Estado de Resultados, Estado de Flujo de Efectivo, Estado de cambios en el Patrimonio y Notas a los Estados Financieros) y Balance Tributario de AES ANDES S.A. correspondiente a los años 2020 Y 2021; b) Informe respecto de la relación que existe entre el AES ANDES S.A. R.U.T. N° 94.272.000-9 y Energía Eólica Mesamávida SPA R.U.T. N° 76.868.991-1, además de cualquier antecedente que cuente en su poder respecto de los propietarios del proyecto “Parque Eólico Mesamávida”, ubicado en la comuna de Los Ángeles, Región del Biobío.

5. Con fecha 6 de mayo de 2022, la empresa AES ANDES S.A., dio respuesta al requerimiento de información acompañando los siguientes documentos: (i) Estados financieros AES ANDES S.A. y subsidiarias 2020 y 2021; (ii) Escritura de constitución de Sociedad por Acciones “Energía Eólica Mesamávida S.p.A.”; (iii) Certificado de Accionistas de la empresa Energía Eólica Mesamávida S.p.A.; (iv) Términos y condiciones contrato de prestación de servicios Energía Eólica Mesamávida S.p.A. y AES ANDES S.A. (Anexo 3).

6. El artículo N° 13 de la Ley N° 19.880 establece que: *“El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se*

¹ Causa Rol R N° 196-2018, Sentencia de 1° de junio de 2020.

² Causa Rol N° 79.353-2020, Sentencia de 26 de abril de 2021.

³ Causa Rol N° R-4-2021, Sentencia de 7 de marzo de 2022.



exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares. [...] El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado. [...] La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.”

7. Efectivamente el titular de la RCA N° 012/2015, que calificó como ambientalmente favorable el proyecto “Parque Eólico Mesamávida”, es la empresa Energía Eólica Mesamávida SpA la que habría mantenido su titularidad en los hechos, por lo que se rectificará, la Resolución Exenta N°1/ D-005-2022 y las Resoluciones posteriores a ella, modificándose el presunto infractor de AES ANDES S.A., Rol Único Tributario N° 94.272.000-9 a Energía Eólica Mesamávida SpA Rol Único Tributario N° 76.868.991-1.

8. No obstante lo anterior, esta SMA dispone de múltiples antecedentes, como los indicados en la Resolución Exenta N°1/ D-005-2022, que acreditan una relación entre el proyecto “Parque Eólico Mesamávida” y la empresa AES ANDES S.A., lo que podrá ser considerado en el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

9. Por otro lado, AES ANDES S.A., en su escrito de 6 de mayo de 2022, solicita que la información contenida en el anexo 3 de los antecedentes acompañados ante esta SMA sean reservados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Se solicita a esta Superintendencia ordenar las medidas pertinentes para guardar reserva de la información comercial asociada a las condiciones de contratación, adoptando las medidas necesarias para resguardar los derechos de la empresa, toda vez que corresponden a antecedentes sensibles y estratégicos, cuya divulgación puede afectar sus derechos de carácter comercial o económico, como consecuencia de una incidencia en las condiciones de futuras contrataciones como proveedora de los servicios que actualmente presta a Energía Eólica Mesamávida S.p.A. como a terceros, puesto que, de tenerse conocimiento de dichas condiciones, en el futuro podría verse impedida de celebrar nuevos contratos de prestación de servicios en iguales o mejores condiciones comerciales, menoscabando su capacidad de negociación y finalmente su patrimonio.

10. En primer lugar, en cuanto 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.

11. 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*”⁴. 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

⁴ 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.



Toma de Decisiones y Acceso a la Justicia en Temas Medioambientales de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

12. A su vez, en relación a las peticiones de reserva, formuladas en virtud de los artículos 6° de la LOSMA 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.

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 *“[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 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”*. 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”*.

14. El principio de transparencia también tiene su 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 y legal asociado con el acceso a la información ambiental. En particular, el artículo 31 recién mencionado, 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”* y así también toda la documentación presentada con ocasión de los mismos o relacionada con ellos.

15. Por tanto, toda la información aportada por un sujeto fiscalizado al ser 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 LOSMA, norma que impone a los funcionarios de esta Superintendencia, un deber de reserva de aquellos documentos y antecedentes que no tengan el carácter de público, es decir, que estén sujetos a alguna de las excepciones contempladas en el artículo 21° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, o en otra ley de quórum calificado.

16. En razón de lo anterior, la LOSMA 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.

17. En relación a lo anterior, el artículo 62 de la LOSMA 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.”

18. 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. 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.

19. Por consiguiente, corresponde analizar la información respecto a la cual se solicita reserva, a la luz de las causales de la Ley N° 20.285, que autorizan la reserva de información, por estar en juego derechos de carácter comercial o económicos, en virtud del artículo 6° de la LOSMA y del artículo 21 numeral 2° de la Ley N° 20.285, o de lo contrario, si es que la petición no cumple con los requisitos establecidos en dicho cuerpo normativo.

20. En razón de lo anterior, frente a la solicitud de reserva de antecedentes presentados ante esta Superintendencia por AES ANDES S.A., resulta oportuno analizar los criterios desarrollados por el Consejo para la Transparencia para la adecuada aplicación de esta causal de reserva, tal como se hace indica en la presentación de la empresa.

21. 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 copulativa:

- 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.

22. Respecto de los documentos referidos a las condiciones de contratación con la empresa Energía Eólica Mesamávida S.p.A., es posible sostener que se configuran copulativamente los tres criterios en análisis. Particularmente en relación al primer y segundo criterio, se puede indicar que la información no se encuentra publicada, razón por la cual es posible sostener que la empresa realiza razonables esfuerzos para mantener su secreto. En cuanto al tercer criterio, por las razones ya expuestas, se estima que la divulgación de las



condiciones contractuales podría afectar derechos comerciales o económicos de la empresa y llegar a afectar negociaciones con competidores, dado que, se podrían desprender las ganancias y/o pérdidas netas obtenidas por la empresa.

23. En este sentido, se estima que la Empresa ha entregado argumentos suficientes para determinar que su información comercial asociada a las condiciones de contratación con la empresa Energía Eólica Mesamávida S.p.A., cumple con los criterios que hacen procedente la aplicación de la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285. En razón de lo anterior, se accederá a la reserva solicitada respecto de dicha información.

RESUELVO:

I. ACCEDER A LO SOLICITADO Y RECTIFICAR la Resolución Exenta N°1/ D-005-2022 y las Resoluciones posteriores a ella, modificándose el presunto infractor del procedimiento administrativo sancionatorio Rol D-005-2022, de AES ANDES S.A., Rol Único Tributario N° 94.272.000-9 a Energía Eólica Mesamávida SpA, Rol Único Tributario N° 76.868.991-1.

II. ALZAR LA SUSPENSIÓN DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO, decretada a través de la Res. Ex. N° 4/D-005-2022.

III. HACER PRESENTE que, desde la notificación de la presente resolución, continuarán corriendo los plazos que se encontraban vigentes al momento de la suspensión. En específico, respecto al plazo contemplado en el artículo 42 de la LO-SMA para la presentación de un Programa de Cumplimiento, el que fue ampliado por 5 días adicionales, se hace presente que al momento de la suspensión del procedimiento ya habían transcurrido 13 días del plazo total, razón por la cual restan 2 días hábiles para su cumplimiento. Por otro lado, en relación al plazo contemplado en el artículo 49 de la LO-SMA, para la presentación de descargos, el que fue ampliado por 7 días adicionales, se hace presente que al momento de la suspensión del procedimiento ya habían transcurrido 13 días del plazo total, razón por la cual restan 9 días hábiles para su cumplimiento.

IV. DECRETAR LA RESERVA DE LA DOCUMENTACIÓN, del anexo 3 (Términos y condiciones contrato de prestación de servicios Energía Eólica Mesamávida S.p.A. y AES ANDES S.A.) proporcionado por AES ANDES S.A., con fecha 06 de mayo de 2022, en respuesta al requerimiento de información del literal b) del Resuelve I de la Res. Ex. N° 4/D-005-2022, en virtud de lo señalado en los artículos 6 letra a) de la LOSMA y 21 N° 2° de la Ley N° 20.285.

V. NOTIFICAR la presente Resolución a Energía Eólica Mesamávida SpA y a AES ANDES S.A. al correo electrónico nelson.saieg@aes.com. Las Resoluciones Exentas se entenderán notificadas el mismo día hábil de la emisión del correo electrónico.

Asimismo notificar la presente Resolución a los siguientes correos electrónicos:

Organización de acción social cultural comunidad el ciruelo sur	psicopedagoga.vilma@gmail.com , comunidadelciruelosur@gmail.com , miguelcarreno.abogado@gmail.com
---	--



Maxdiel Erices Recabal	Maxdiel8@gmail.com
Gustavo Adolfo Salamanca Obreque	gsalamanca@outlook.com
Silvia Adriana Calderón Zapata	Silvia.a.calderon.70@gmail.com
María Elena Matamala	manesetenta@yahoo.es
Doris Espinoza Salamanca	dpepinoza@gmail.com
María del Obreque Torres	gsalamanca@live.cl
Karen Flores Carrasco	knds_17@hotmail.com
Rosa Carrasco Carrasco	krnflores@gmail.com
Mirta Calderón Torres	consentida.vilma@gmail.com
Gabriela Romero Calderón	gabixuricci@gmail.com
Cristina Rumillanca Montecinos	rumillanca2020@gmail.com
María Magdalena Escobar Sanhueza	magdalena.escobarsanhueza@gmail.com
Cristián Eduardo Escobar González	cristianescobar.g64@gmail.com
Jennifer Torres Campos	jennitorrescampos@gmail.com
Carmen Gloria Pino González	digna2710@hotmail.com
Elías Venegas Vargas	marcello_ven@hotmail.com



Sigrid Scheel Verbakel
Fiscal instructora Departamento de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

Correo electrónico

- AES ANDES S.A., al correo electrónico nelson.saieg@aes.com.
- Energía Eólica Mesamávida SpA, al correo electrónico nelson.saieg@aes.com

