

**SE PRONUNCIA SOBRE ESCRITO DE FECHA 23 DE
MAYO DEL AÑO 2023 PRESENTADO POR EMPRESA DE
FERROCARRILES DEL ESTADO EN EL MARCO DE
EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO**

RES. EX. N°9/ ROL D-003-2020

Santiago, 29 de junio de 2023

VISTOS:

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, “LO-SMA”); en la Ley N° 18.575, 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° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 13 de mayo de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que Fija la Planta de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 564, de 29 de marzo de 2023, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Fija Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta N° 752, de 04 de mayo de 2023 que Establece Orden de Subrogancia para los cargos de la Superintendencia del Medio Ambiente que se indican; en la Resolución Exenta N°349, de 22 de febrero de 2023, que Fija las reglas de funcionamiento de Oficina de partes y Oficina de transparencia y participación ciudadana 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:

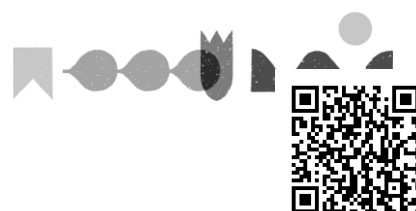
**I. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROCEDIMIENTO
SANCIONATORIO**

1. Que, mediante la Resolución Exenta N°1/Rol D-003-2020, de 23 de enero de 2020, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la LO-SMA, esta Superintendencia procedió a formular cargos en contra de Empresa de los Ferrocarriles del Estado (en adelante, la “Empresa” o el “Titular” o “EFE”, indistintamente), formulando cargos vinculados a incumplimientos a la RCA N°018/2008, la cual calificó favorablemente, desde la perspectiva ambiental, el proyecto “Remediación de Suelos para la Reparación y Rehabilitación de la Vía Férrea Arica Visviri”.

2. Que, los hechos infraccionales identificados en la Resolución Exenta N°1/Rol D-003-2020 (“FdC”), corresponden a los siguientes:

2.1 Remediación deficiente de los suelos que presentan contaminación por minerales (plomo).

2.2 Los canales perimetrales de intercepción de escorrentías superficiales del Depósito de Puquíos se encuentran obstruidos con tierra y material vegetal, impidiendo libre escurrimiento de las aguas.



2.3 El proyecto de remediación no fue ejecutado en el plazo establecido en la RCA.

3. Que, el 3 de marzo de 2020, EFE presentó un Programa de Cumplimiento (en adelante, "PdC"), el cual, luego de una ronda de observaciones fue aprobado, con correcciones de oficio, mediante la Res. Ex. N°5/Rol D-003-2020, dictada el 9 de julio de 2020.

4. Que, el mencionado PdC identificó, para la acción ID 6 "*Pavimentación de la calle Lateral Poniente Sta. María (532 metros lineales) de la comuna de Arica*", tres impedimentos para su ejecución:

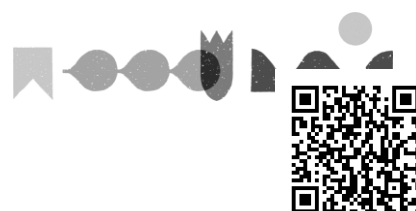
- *Glosa presupuestaria asociada a EFE no otorgue recursos suficientes para ejecución de acción.*
- *Demoras producidas por autorizaciones de autoridades competentes para interrumpir tránsito en zonas urbanas o, en su caso, imposición de medidas adicionales para llevar a efecto faenas de confinamiento.*
- *Demoras producidas por contingencia sanitaria que limite el tránsito de operarios e insumos necesarios para la ejecución de obras, lo que incluye impactos en procesos licitatorios para la contratación del servicio (eventualidad de declarar procesos desiertos por falta de oferentes o condiciones propuestas)*

II. AMPLIACIONES DE PLAZO SOLICITADAS POR EFE DURANTE LA EJECUCIÓN DEL PDC RELATIVAS A ID 6

5. Que, el 27 de diciembre de 2021, EFE presentó un escrito haciendo valer el impedimento N°2 asociado a la acción ID 6, fundado en que, con posterioridad al ingreso del proyecto de pavimentación "*Caletera poniente Santa María, tramo: Roxana – Renato Rocca, zona industrial, Arica*" ante el Servicio de Vivienda y Urbanismo de la región de Arica y Parinacota ("SERVIU"), se sucedieron variadas observaciones por parte de la Autoridad, la cual a la fecha de la presentación de dicha solicitud, aun no dictaba el acto terminal.

6. Que, el 28 de julio de 2022, EFE informa que, sin perjuicio del retardo en la autorización del SERVIU al proyecto de pavimentación, se habría verificado un nuevo impedimento que obstaría al cumplimiento oportuno de la acción: el impedimento N°1, que indica "*[G]losa presupuestaria asociada a EFE no otorgue recursos suficientes para ejecución de acción*".

7. Que, la alegación del mencionado impedimento se fundó en que, la Dirección de Presupuestos (DIPRES) requirió que el proyecto de pavimentación que ya había sido aprobado en relación a su presupuesto debía ser evaluado socialmente. En virtud de ello, el organismo indicó que la acción N° 6 que se comprometió debía ingresar como un proyecto de inversión, y que toda iniciativa de inversión que se financie con recursos públicos debe contar con un informe del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el que debe estar fundamentado en una evaluación técnico-económica que analice su rentabilidad; por lo anterior, EFE indicó que la tramitación para la obtención del financiamiento se extendería, siendo insuficiente el plazo otorgado inicialmente para la ejecución del PdC.



8. Que, mediante la Resolución Exenta N° 8/Rol D-003-2020, de fecha 13 de febrero de 2023, se acogió la solicitud de ampliación de plazo presentada respecto de la acción N°6, al dar por configurados los impedimentos N°1 y N°2, fijando como plazo para la ejecución de la acción el 31 de mayo de 2023.

III. NUEVA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO PARA LA ACCIÓN N° 6

i. Fundamentos de la solicitud y propuesta de cronograma

9. Que, con fecha 23 mayo de 2023, EFE presentó un escrito haciendo valer nuevas circunstancias que se enmarcarían, en su opinión, en los impedimentos N°1 y N°2 respecto de la acción ID 6.

A. En relación al impedimento N°1

10. Que, el titular expone que la necesidad de someter al proyecto de pavimentación a una evaluación técnico-económica que analice su rentabilidad, ha retrasado la ejecución de la acción N° 6.

11. Que, respecto a dicha gestión, se informó a esta Superintendencia, mediante el reporte trimestral de avance (octubre de 2022), que las actividades que se encontraban pendientes para lograr disponer del mencionado presupuesto, eran “(i) *Obtención Resultados de Análisis Técnico Económico (RATE) y Recomendación Satisfactoria (RS) por parte del MDSF, el cual se espera obtener durante el mes de octubre del 2022;* (ii) *Obtención del Decreto Identificador (DI) de cierre para diciembre del año 2022, el que incluirá el proyecto de pavimentación en cuestión al presupuesto de inversión 2023. Una vez obtenido el DI, el proyecto será adjudicado al proponente que corresponda, lo que debería ocurrir en el mes de diciembre de 2022;* y (iii) *Durante los meses de enero y febrero se realizarían las gestiones contractuales correspondientes a fin de iniciar las obras de pavimentación el mes de marzo 2023.*” (énfasis agregado)

12. Que, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, efectuó la recomendación satisfactoria el 14 de diciembre de 2022.

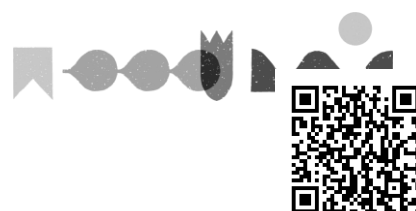
13. Sin embargo, en el escrito presentado con fecha 23 de mayo del presente año, EFE indica que el decreto identificador, señalado en el numeral (ii) anterior, recién se obtuvo el día 03 de febrero de 2023. Lo anterior, habría retrasado la ejecución del proyecto dado que la validación indicada en el numeral (i) anterior solo autorizaba al titular a adjudicar el proyecto a un contratista, pero no para dar inicio a la ejecución material; ya que para esto era necesaria la obtención del mencionado ID.

B. En relación al impedimento N°2

14. Indica el titular, que la aprobación del proyecto de pavimentación otorgado por el SERVIU fue obtenida con fecha 20 de enero del año 2022, mediante el Ord. N° 218, de 20 de enero de 2022.

Superintendencia del Medio Ambiente, Gobierno de Chile

Sitio web: portal.sma.gob.cl



15. Agrega que, dada la imposibilidad de comenzar con la ejecución material del proyecto, según lo mencionado previamente, el Ord. N° 218, de 20 de enero de 2022, caducó al haberse cumplido un año de su dictación.

16. A continuación, expone que se efectuó una nueva tramitación sectorial, la cual culminó con la dictación del Ord. N° 356, de 24 de marzo de 2023, mediante el cual el SERVIU otorgó nueva vigencia al proyecto, revalidando la aprobación.

17. No obstante, en la mencionada revalidación no se incluyó al Inspector Técnico de Obra (ITO) en razón de faltar ciertos requisitos para ello por parte del contratista, lo que se logró rectificar completamente el día 2 de mayo pasado, según da cuenta el Ord. N° 502/2023, del mismo Servicio.

18. En atención a todo lo anteriormente señalado respecto de los impedimentos N°1 y N°2, el titular propone el cronograma siguiente:

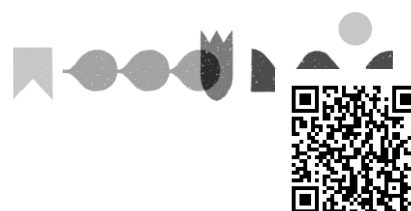
Imagen N°1: Cronograma propuesta en base de Impedimentos N°1 y N°2, de IDN°6.

Operación	2023								
	M	J	J	A	S	O	N	D	
Evaluación MDS	Ejecutado								
Licitación y Adjudicación del Servicio	Ejecutado								
Firma de Contratos	Ejecutado								
Obtención permisos y autorizaciones SERVIU									
Instalación de Faenas									
Ejecución de Obras									

Fuente: Presentación de EFE de fecha 23 de mayo de 2023.

19. Que, una interpretación sistemática de los diversos cuerpos normativos que regulan el PdC como instrumento de gestión ambiental, y una revisión de la práctica y jurisprudencia administrativa, conduce a aceptar el hecho de que el PdC puede sufrir determinadas modificaciones en la medida que: (i) el propio instrumento considere eventualidades externas –ajenas a la voluntad del proponente– que podrían imposibilitar la ejecución de una o más acciones dentro del plazo comprometido (lo que en la nomenclatura de la Guía para la Presentación de Programas de Cumplimiento, de julio de 2018, se denomina “Impedimentos”); o (ii) se verifique algún evento constitutivo de fuerza mayor. En el caso particular, para solicitar ampliación de plazo del PdC, EFE invoca la concurrencia de algunos de los impedimentos establecidos en dicho instrumento en relación con la acción ID 6, los que de configurarse –según lo expresado en el PdC– debían ser informados en el informe trimestral respectivo, entregando un nuevo cronograma para la ejecución de la acción.

20. Respecto del impedimento N°1, la situación presentada por el titular repercute en la disponibilidad presupuestaria necesaria para la ejecución de la acción, situación que es ajena a la voluntad del proponente, quien ha acreditado actuar con la debida diligencia. En consecuencia, se determina que la situación indicada por EFE configura el impedimento N°1 previsto en el PdC.



21. Por otra parte, respecto del impedimento N°2, existe también una determinación en el mismo PdC el cual reconoce como obstáculo para el cumplimiento de la acción, las demoras producidas por autorizaciones de autoridades competentes para interrumpir tránsito en zonas urbanas.

22. En ese sentido, la situación indicada por el titular, resulta ser más consecuencia del impedimento indicado en el numeral anterior, ya que como se señaló, no existe una demora respecto de las autorizaciones pertinentes, sino que aquella tramitada oportunamente ha caducado por el paso del tiempo, sin que hubiese podido ejecutarse la acción (por la ocurrencia del impedimento N°1). Frente a ello, la empresa ha tramitado nuevamente la autorización respectiva, la cual ha sido otorgada por el organismo sectorial correspondiente, por lo que no se visualiza que la situación indicada por EFE configure el impedimento N°2 previsto en el PdC.

23. En virtud de lo expuesto, resulta razonable otorgar un nuevo plazo, hasta el 30 de noviembre del año 2023, según ha indicado en el nuevo cronograma presentado. Con todo, se hace presente que, en lo sucesivo, cualquier incidencia en relación con el plazo de ejecución de las acciones deberán ser informadas a través de los reportes trimestrales asociados al seguimiento del PdC, según fue indicado en este.

ii. Documentos acompañados, y solicitud de reserva

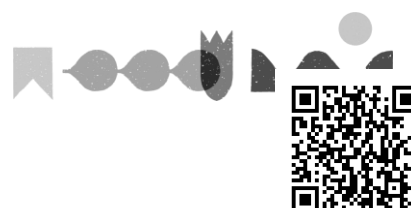
24. Que, en el mencionado escrito de fecha 23 de mayo del presente, se adjuntaron una serie de documentos destinados a acreditar las circunstancias que fundamentarían la ocurrencia de los impedimentos, asociados al desarrollo de la acción N°6.

25. Así también, el titular solicitó la reserva de parte de la información adjunta:

- a) Contrato para transporte y disposición final de residuos peligrosos (Documento 20230224).
- b) Contrato ejecución de obras de remediación y pavimentación (Documento 20230313).

26. Que, fundamenta la mencionada solicitud de reserva en que se trataría de información de carácter técnico y comercial, sensible y estratégico para EFE y para el tercero que ha participado, 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 técnicos elaborados por un tercero, de manera que su divulgación puede comprometer derechos de aquel.

27. Que, luego señala que la referida reserva estaría amparada constitucional y legalmente, de acuerdo con el artículo 8 de la Constitución de la República que permite decretar la reserva o secreto fundando en causales consagradas en ley de quórum calificado. En dicho marco, cita el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, que incorpora el secreto empresarial como límite al ejercicio del deber de transparencia, y al correlativo derecho de acceso a la información.



28. Que, por su parte, menciona las decisiones del Consejo para la Transparencia contenidas en los roles A204-09, A252-09, A114-09, C501-09, C887-10 y C515-11, que establecen los criterios para determinar si la información contiene información empresarial cuya divulgación pueda afectar derechos económicos y comerciales del tercero involucrado.

29. Que, tal como lo señala la titular, el inciso 2° 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.

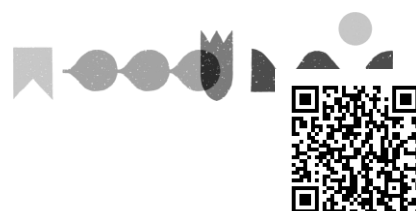
30. Que, este principio adquiere especial relevancia en materia ambiental, ya que del acceso a la información depende la posibilidad de los ciudadanos de prevenir o evitar problemas globales, regionales o locales, relacionados con los recursos naturales.

31. Que, por su parte, los principios de transparencia y publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, son desarrollados 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 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).

32. Que, por otra parte, el artículo 6 de la LO-SMA, señala que *“[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. La infracción a esta obligación será sancionada en la forma establecida en el inciso primero del artículo 247 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa”* (énfasis agregado).

33. Que, en relación con las peticiones de reserva, esta SMA ha sostenido 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.

34. 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 su aplicación, el hecho que la publicidad, comunicación o conocimiento de determinados antecedentes *“(…) afecte a 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).



35. 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.

36. Que, el titular especifica que los anexos cuya reserva solicita se tratarían términos contractuales asociados a la adquisición de servicios por parte de terceros, en relación al rubro que desempeñan, de manera que se efectúan esfuerzos para evitar su divulgación y mantener el secreto fuera del ámbito de administración de este titular 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 21 N°2 de la Ley N°20.285. En consecuencia, su publicidad afectaría derechamente las ventajas competitivas de los terceros involucrados, frente a otros competidores que presten servicios equivalentes.

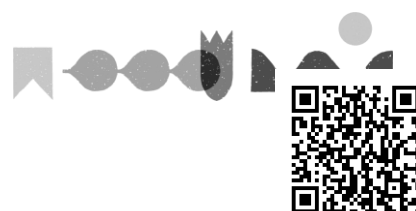
37. Que, respecto a los documentos señalados, y en relación al primer criterio del Consejo para la Transparencia es posible advertir que dicha información no resulta de fácil acceso para personas ajenas a la sociedad o para otras empresas del rubro. En efecto, los contratos específicos no constituyen antecedentes que se deban obligatoriamente publicar, de acuerdo a lo establecido por la legislación respectiva, así como tampoco consta que se haya divulgado la información en cuestión de manera voluntaria. Adicionalmente, esta información involucra detalles de costos y cobros por servicios de terceros, que no forman parte de este procedimiento.

38. Que, respecto al segundo criterio del Consejo para la Transparencia, dado que la información previamente individualizada no se encuentra publicada en los sitios web de la empresa, o en algún medio similar, es posible concluir que la información ha sido objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto.

39. Que, en lo referente al tercer criterio del Consejo para la Transparencia, es relevante señalar que los contratos entre EFE y empresas proveedoras para servicios en el contexto de PdC, contienen información sobre los servicios específicos que podría comprometer los márgenes de negociación para su contratación a futuro, respecto de ese giro u otro en que desenvuelva la titular, pudiendo afectar su publicidad las ventajas competitivas de los terceros involucrados.

40. Que, finalmente, de la reserva de la información que se solicita, no se visualiza una afectación de terceros.

41. Que, en suma, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, se otorgará la reserva solicitada en los términos planteados por EFE, respecto de la información acompañada al escrito de fecha 23 de mayo de 2023, de los anexos N°4 y N°5.



RESUELVO:

I. ACOGER LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO DE EMPRESA DE LOS FERROCARRILES DEL ESTADO formulada el día 23 de mayo del año 2023.

II. MODIFICAR EL PLAZO DE EJECUCIÓN de la acción ID 6 del Programa de Cumplimiento aprobado mediante la Res. Ex. N°5/ Rol D-003-2020, el cual deberá señalar como fecha de término, el 30 de noviembre de 2023, manteniendo una frecuencia trimestral para su reportabilidad. Para este último efecto, se procederá a cargar las respectivas resoluciones en la plataforma del SPDC, a fin de habilitar la carga de reportes por parte del Titular.

III. TENER POR ACOMPAÑADOS LOS DOCUMENTOS en el escrito de 23 de mayo del 2023.

IV. ACOGER LA SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN DE EFE declarando la reserva de la información de los documentos adjuntos N°4 y N°5 de dicha presentación.

V. NOTIFIQUESE POR CARTA CERTIFICADA, o por otro de los medios que establece el artículo 46 de la Ley N°19.880, a las siguientes personas: (i) al representante legal de Empresa de los Ferrocarriles del Estado, domiciliados ambos en calle Morandé 115, comuna de Santiago, Región Metropolitana; (ii) a Santiago Cano Ramos, domiciliado en Galvarino Riveros N°1.048, Población Maipú Oriente, comuna y ciudad de Arica, Región de Arica y Parinacota; (iii) a Juan Alberto Ampuero Urtuvia, Avenida Santa María N°2647, comuna y ciudad de Arica, Región de Arica y Parinacota; y (iv) a la Junta de Vigilancia Río Lluta y sus Tributarios, representada por don Eduardo Cortés-Monroy Portales, ambos domiciliados en calle Yugoslavia N°1281, comuna y ciudad de Arica, Región de Arica y Parinacota.

Dánisa Estay Vega
Jefa de la División de Sanción y Cumplimiento (S)
Superintendencia del Medio Ambiente

DGP/MUH

Carta Certificada

- Representante legal de Empresa de los Ferrocarriles del Estado, domiciliado calle Morandé 115, comuna de Santiago, Región Metropolitana.

- Santiago Cano Ramos, domiciliado [REDACTED]

- Juan Alberto Ampuero Urtuvia, [REDACTED]

- Junta de Vigilancia Río Lluta y sus Tributarios, representada por don Eduardo Cortés-Monroy Portales, [REDACTED]

C.C:

- Jefa Oficina SMA, región de Arica y Parinacota

Superintendencia del Medio Ambiente, Gobierno de Chile

Sitio web: portal.sma.gob.cl

