



DEV

**TIENE PRESENTE LOS DESCARGOS PRESENTADOS
POR ENAP REFINERÍAS S.A. Y SOLICITA LA
INFORMACIÓN QUE INDICA**

RES. EX. N° 3 / ROL F-085-2021

Santiago, 9 de mayo 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 “LO-SMA”); 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 adelante, “Ley N° 19.880”); en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente; en el Decreto Supremo N° 105 del año 2018, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para las Comunas de Concón, Quintero y Puchuncaví (en adelante e indistintamente, “D.S. N° 105/2018”, “PPDA de CQP” o “el Plan”); 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° 2124, de 30 de septiembre de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente que fija la Organización Interna de la Superintendencia del Medio Ambiente; en la Resolución Exenta RA N°119123/44/2021, de 10 de mayo de 2021, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que designa a la Jefa del Departamento de Sanción y Cumplimiento; en la Resolución Exenta N° 549, de 31 de marzo de 2020, de la Superintendencia del Medio Ambiente, que Renueva Reglas de Funcionamiento Especial de Oficina de Partes y Oficina de Transparencia y Participación Ciudadana de la SMA; 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 DEL PROCEDIMIENTO F-085-2021

1° Que, con fecha 6 de octubre de 2021, 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 F-085-2021, con la formulación de cargos en contra de ENAP Refinerías S.A. (en adelante, “el titular” o “ENAP”), en virtud de infracciones tipificadas en el artículo 35 letra c) de la LO-SMA. Dicha formulación de cargos fue notificada personalmente con fecha 7 de octubre de 2021, según consta en el acta de notificación respectiva.

2° Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la LO-SMA, y en el artículo 6 del D.S. N° 30/2012, el infractor tiene un plazo de 10 días contado desde la notificación de la formulación de cargos para presentar un programa de



cumplimiento (en adelante, "PdC"). A su vez, el artículo 49 de la LO-SMA, establece un plazo de 15 días para presentar los descargos correspondientes.

3° Que, con fecha 18 de octubre de 2021, estando dentro de plazo legal, el Sr. Patricio Farfán Bórquez, actuando en representación de ENAP, presentó un escrito en el cual se solicita una ampliación del plazo para presentar un PdC y/ descargos.

4° Que, con fecha 20 de octubre de 2021, mediante la RES. EX. N° 2 / ROL F-085-2021, esta Superintendencia resolvió la solicitud de ampliación de plazos, ampliando el plazo para presentar un PdC y descargos en 5 y 7 días hábiles respectivamente.

5° Que, con fecha 10 de noviembre de 2021, ENAP realizó una presentación en donde, en lo principal, formuló descargos en el presente procedimiento; en el primer otrosí se acompañaron los documentos allí indicados; en el segundo otrosí solicitó que se ordene como diligencia probatoria la incorporación al presente procedimiento sancionatorio el "*Informe Técnico Cumplimiento de Normas de Calidad del Aire por MP2,5, MP10, Plomo, y SO2 Evaluación de Información Redes de Calidad del Aire Puchuncaví, Quintero y Concón, Región de Valparaíso*" para los 10 primeros meses del año 2021, o en su defecto, para el primer semestre del mismo año, acompañándose también los antecedentes sobre los cuales se ejecutaron los informes correspondientes al periodo 2019 y 2020. Finalmente, en el tercer otrosí se solicitó la reserva de información del documento "*Informe Técnico*" desarrollado por la empresa Proterm.

II. DILIGENCIA PROBATORIA SOLICITADA POR ENAP REFINERÍAS S.A.

6° Que, respecto de la diligencia probatoria solicitada, ENAP requiere que se incorporen los antecedentes indicados previamente, toda vez que dicha información recaerían sobre el incumplimiento de las obligaciones que se imputan en el presente procedimiento (cargos 1, 5, 6, 7 y 8) y porque permitirían la evaluación del estado de la calidad del aire en la comuna de Concón, lo que será determinante para evaluar la clasificación de gravedad atribuida por esta SMA a los hechos imputados.

7° Que, cabe entonces a este Fiscal Instructor pronunciarse sobre la diligencia requerida, verificando si cumple o no con el requisito copulativo de pertinencia y conducencia, en los términos establecidos en el art. 50 de la LO-SMA, inciso final.

8° Al respecto, y de forma preliminar al eventual análisis de pertinencia de la diligencia solicitada, cabe señalar que la información requerida tiene el carácter de pública por lo que no sería necesario incorporarla expresamente en el presente procedimiento, al encontrarse disponible en el portal de esta SMA (SNIFA) en los siguientes enlaces:

Informe DFZ-2020-2496-V-NC del año 2019

<https://snifa.sma.gob.cl/Fiscalizacion/Ficha/1047687>

Informe DFZ-2021-90-V-NC del año 2020

<https://snifa.sma.gob.cl/Fiscalizacion/Ficha/1049104>



Informe DFZ-2022-87-V-NC del año 2021

<https://snifa.sma.gob.cl/Fiscalizacion/Ficha/1053745>

9° Que, de esta forma, y sin perjuicio de lo señalado previamente, esta SMA de todas formas incorporará los antecedentes contenidos en los enlaces previamente individualizados, toda vez que es información pertinente para la resolución del presente procedimiento en cuanto efectivamente puede relacionarse con los cargos y/o efectos asociados a los cargos, y conducente porque permite la evaluación del estado de la calidad del aire en la zona regulada por el PPDA de CQP.

10° Que, por otro lado, se ha determinado la necesidad de solicitar a ENAP la información que se indica en lo resolutivo de este acto, con el objeto de contar con los antecedentes necesarios para la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA.

III. SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN REALIZADA POR ENAP REFINERÍAS S.A.

A. Consideraciones generales sobre la solicitud de reserva de información en un procedimiento seguido ante la Superintendencia del Medio Ambiente

11° Que, primeramente, 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 aquellos.

12° 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. Adicionalmente, la situación de desconocimiento de información relacionada con antecedentes de esta naturaleza “(...) *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 manifiesta en los instrumentos internacionales que han abordado este aspecto, dentro de los que destacan la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, junio de 1992).

13° Que, 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

¹ BERMUDEZ, 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.



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”.*

14° Que, 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”.*

15° 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 *“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.

16° Que, 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.

17° Que, 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).

18° Que, en razón de lo anterior, frente a la solicitud de reserva de antecedentes presentados ante esta Superintendencia, resulta oportuno revisar 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.

19° Que, 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-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.

20° Que, 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. Alcance de la reserva de información solicitada por ENAP REFINERÍAS S.A.

21° Que, mediante su presentación de 10 de noviembre de 2021, ENAP solicitó otorgar carácter reservado y confidencial del documento “Informe Técnico” desarrollado por la empresa Proterm, de fecha 27 de octubre de 2021. Sobre este, señala que en el se da cuenta de información de carácter sensible y estratégico para ENAP ya

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



que entre los antecedentes hay información asociada a procesos industriales cuya publicidad podría afectar aspectos de índole operacional y comercial de la compañía.

C. Análisis de la solicitud de reserva de información

22° Que, a continuación, se procederá a revisar si resulta procedente acceder a la reserva de información solicitada por la Empresa, en virtud del artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285, esto es, si su publicidad, comunicación o conocimiento afecta los derechos de las personas, particularmente tratándose de sus derechos de carácter comercial o económico.

23° Que, cabe consignar que la solicitud de reserva presentada por ENAP, recae sobre información cuya publicación satisface un interés público en materia medioambiental, consistente en la posibilidad de cualquier persona de acceder a los elementos de juicio que permitan sustentar, eventualmente, la configuración de la infracción, la clasificación de la gravedad y la determinación de la sanción aplicable, de conformidad a lo establecido en el artículo 40 de la LO-SMA.

24° Que, a partir del tenor de la solicitud de reserva de información realizada, esta recaería sobre un documento correspondiente a un informe técnico en donde se concluye que *“para calcular la emisión en kg/h del parámetro en estudio, se debe considerar el producto de la Concentración (mg/m³N) y el Caudal de Gases (m³N/h), ambos Normalizados a 25°C y 101 kPa, en base seca y sin corrección por Oxígeno”*. Para arribar a dicha conclusión el informe analiza las disposiciones normativas contenidas en el PPDA de CQP, la Res. Ex. N°1743 “Aprueba Protocolo para Validación, Aseguramiento y Control de Calidad de CEMS” y el Anexo N°1 “Instructivo para la cuantificación de emisiones con CEMS y Métodos Alternativos” de la Res. Ex. N°55 “Aprueba instructivo para el monitoreo, reporte y verificación de las emisiones de fuentes fijas afectas al impuesto del artículo 8° de la Ley N°20.780”. Así, es posible apreciar que en dicho documento no existe información específica asociada al proceso industrial de ENAP (p. ej. no se usa data propia de la operación de ENAP, sino que transcriben las fórmulas modelo), ni aspectos de índole comercial u operacional, toda vez que citan y transcriben fórmulas y disposiciones legales contenidas en resoluciones de esta SMA u otros servicios, cuyo carácter es público.

25° Que, en este sentido, se estima que la información contenida en el documento “Informe Técnico” desarrollado por la empresa Proterm, de fecha 27 de octubre de 2021, no 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, no se accederá a la reserva solicitada respecto de dicha información.

RESUELVO:

I. TENER POR PRESENTADOS LOS DESCARGOS efectuados por ENAP Refinerías S.A., en escrito de fecha 10 de noviembre de 2021.

II. TENER POR INCORPORADOS AL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO los documentos indicados en el primer otrosí de la presentación de fecha 10 de noviembre de 2021.



III. SOLICITAR LA INFORMACIÓN QUE SE INDICA, con el objeto de contar con antecedentes necesarios para la ponderación de las circunstancias del artículo 40 de la LO-SMA:

1. Balance Tributario de ENAP Refinerías S.A., correspondiente al año 2021.
2. Estados Financieros (balance general, estado de resultado, estado de flujo de efectivo y nota de los estados financieros) de ENAP Refinerías S.A., correspondiente al año 2021.
3. Informar, describir y acreditar cualquier tipo de medida correctiva adoptada y asociada a las infracciones imputadas mediante la RES. EX. N° 1/ ROL F-085-2021, así como aquellas medidas adoptadas para contener, reducir o eliminar sus efectos. Al respecto, se deberá acompañar la siguiente información:
 - a. Detallar los costos en que se haya incurrido efectivamente en la implementación de las referidas medidas a la fecha de notificación de la presente resolución, los que deberán acreditarse mediante registros fehacientes, tales como facturas, órdenes de servicio, órdenes de compra, o guías de despacho.
 - b. Detallar el grado de implementación de las medidas correctivas adoptadas a la fecha de notificación de la presente resolución, señalando la respectiva fecha de implementación e incorporando registros fehacientes que den cuenta de lo anterior tales como videos y/o fotografías fechados y georreferenciados. En caso de existir medidas que estén en ejecución, se deberá indicar en qué fecha se contempla su término de ejecución, detallando los costos asociados a la ejecución de dichas medidas que se encuentren pendientes de pago.
 - c. Acompañar registros fehacientes que acrediten la efectividad de las medidas correctivas adoptadas para hacerse cargo de la infracción imputada y de sus efectos, cuando corresponda.

La información requerida deberá ser entregada dentro del plazo de 5 días hábiles, contado desde la notificación de la presente resolución.

IV. INCORPORAR AL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO el *“Informe Técnico Cumplimiento de Normas de Calidad del Aire por MP2,5, MP10, Plomo, y SO2 Evaluación de Información Redes de Calidad del Aire Puchuncaví, Quintero y Concón, Región de Valparaíso”* y sus documentos anexos, para los años 2019, 2020 y 2021, contenidos en los expedientes de fiscalización DFZ-2020-2496-V-NC; DFZ-2021-90-V-NC; DFZ-2022-87-V-NC.

V. RECHAZAR LA SOLICITUD DE RESERVA DE INFORMACIÓN del documento *“Informe Técnico”* desarrollado por la empresa Proterm, de fecha 27 de octubre de 2021, en virtud de lo dispuesto en los artículos 6° de la LO-SMA y 21 N° 2, de la Ley N° 20.285.

VI. NOTIFICAR POR CORREO ELECTRÓNICO a Patricio Farfán Bórquez, representante de ENAP Refinerías S.A., a las siguientes casillas electrónicas: pgalvez@enap.cl; rodrigoguzman@gtrabogados.cl y cristianruiz@gtrabogados.cl





Matías Carreño Sepúlveda
Fiscal Instructor del Departamento de Sanción y Cumplimiento
Superintendencia del Medio Ambiente

DGP/MGA

Correo electrónico:

- ENAP Refinerías S.A. Casillas electrónicas: pgalvez@enap.cl; rodrigoguzman@gtrabogados.cl y cristianruiz@gtrabogados.cl

Rol F-085-2021

