# GOBIERNO DE CHILE MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS

MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE PARTES

RECIBIDO

CONTRA	ALORIA GENERAL MA DE RAZON	
R E	CEPCION	
DEPART. JURIDICO		
DEPT. T. R. Y REGISTRO		
DEPART. CONTABIL.		
SUB. DEP. C. CENTRAL		
SUB. DEP. E. CUENTAS		
SUB. DEPTO. C. P. Y BIENES NAC.		
DEPART. AUDITORIA		
DEPART. V. O. P. , U. y T.		
SUB. DEPTO. MUNICIP.		
REFRENDACION		
REF. POR \$ IMPUTAC ANOT. POR \$ IMPUTAC		
DEDUC.DTO.		

N° Proceso 69+737/

REF: Deniega parcialmente entrega de información relativa a solicitud que indica, conforme lo dispone la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

\_\_\_\_\_

SANTIAGO,

0 7 JUN 2017

**RESOLUCIÓN EXENTA DGOP N°** 

2112

### **VISTOS:**

- Las necesidades del Servicio.
- Presentación efectuada en la Oficina de Información y Atención Ciudadana MOP, por don Pedro Luis Del Mónaco a través del Formulario Nº 78264 de fecha 24 de abril de 2017.
- Lo dispuesto en la Ley Sobre Acceso a la Información Pública N°20.285.
- El Decreto Supremo Nº 13 de 2009, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento de la Ley N°20.285.
- Instrucción General N°10 del Consejo para la Transparencia, publicada en el Diario Oficial el 17 de diciembre de 2011.
- Lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° del DFL 1/19.653 de 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- En uso de las facultades establecidas en el DFL MOP N° 850, de 1997, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del DFL N° 206, de 1960, Ley de Caminos.
- La Resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija las Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.
- D.S. MOP N° 900 de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164 DE 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.
- El D.S. MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.



#### **CONSIDERANDO**

- Que con fecha 24 de abril de 2017, se recibió la solicitud de información pública N° 78264, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Estimados miembros de la Dirección General de Obras Publicas, Por medio de esta solicitud y de acuerdo con la Ley de Transparencia 20.285, solicito el acceso a la siguiente información referente al Proyecto Embalse La Punilla:

- 1. Estudio de Actualización de Antecedentes Técnicos de Propiedades del Proyecto Embalse Punilla en la Region del Bio Bio. 2013 CONIC-BIF.
- 2. Lámina Expropiaciones Zona de Inundación Embalse La Punilla 2013 DOH.
- 3. Especificaciones Instrumentación Geotecnica y Estaciones Fluviometricas, Meteorológicas y Telemetria. Embalse Punilla. 2013 DOH.
- 4. Actualización Proyecto Diseño Central y Embalse, VIII Región. 2013 EDIC.
- 5. Actualización de Ingeniería Basica del Diseño Central y Embalse Punilla, VIII Región. 2013 FDIC.
- 6. Estudio Modelo de Negocios Embalse Punilla. 2013 QUIROZ & ASOCIADOS.
- 7. Estudio de Prefactibilidad y Mercado para Proyecto Central Punilla 2012 SYSTEP.
- 8. Estudio de Alternativas Central Hidroelectrica Embalse Punilla 2010 ACTIC CONSULTORES.

Segun "Resolución del DGOP 3049", en adjunto, la Dirección General de Obras Publicas resuelve que se hagan publicas las informaciones solicitadas una vez adjudicado el Contrato de Concesion del Embalse y Central La Punilla. Ante eso, solicitamos la informacion.

Muchas Gracias"

- Que, conforme lo establecido por el artículo 10 de la Ley 20.285, "Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley".
- El artículo 5 del cuerpo legal mencionado en el considerando anterior estipula: "En 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. 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.".
- El artículo 11 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, consagra el principio de divisibilidad en los siguientes términos:
  - El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:(...) e) Principio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo 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".
- Conforme a lo anterior, por medio del presente acto se hace entrega al ciudadano los documentos individualizados en los números 1, 2, 3, 4 y 5 su solicitud. No obstante, los documentos correspondientes a los numerales 6, 7 y 8, recibirán un tratamiento diferente,

de acuerdo a su naturaleza.

- Para efectos de comprender las razones por las que el servicio sufriría un perjuicio al proceder a la entrega de dicha información, y en aplicación del test de daños que corresponde realizar en este tipo de solicitudes, debemos partir por señalar qué contienen los estudios requeridos en los números 6, 7 y 8:
  - Estudio del Modelo de Negocios del Proyecto Embalse Punilla, elaborado por Jorge Quiroz C. Consultores Asociados S.A.: este estudio consistió en un análisis crítico del modelo de negocio y de los distintos escenarios posibles para el financiamiento óptimo del proyecto, minimizando la entrega de subsidios directos por parte del Estado, de modo de contar con antecedentes técnicos y económicos ajustados a la normativa y condiciones del mercado del agua y de la generación hidroeléctrica.
  - Estudio de Prefactibilidad y Mercado para Proyecto Central Punilla, elaborado por Systep Ingenieros y Diseños: el estudio consistió en un análisis de optimización de la central hidroeléctrica asociada al embalse La Punilla, considerando los derechos de agua de los regantes determinados recientemente por la Dirección General de Aguas (DGA). De esta manera, fue la base para la estimación de los ingresos asociados al Servicio Complementario de Hidrogeneración del Negocio del Embalse La Punilla.
  - Estudio Alternativas, Central Hidroeléctrica, Embalse Punilla, preparado por Actic Consultores: es el estudio preliminar al anterior (preparado por Systep), que analizó las alternativas de central hidroeléctrica asociada al embalse Punilla, lo que sirvió de base para la estimación de los ingresos asociados al Servicio Complementario de Hidrogeneración del Embalse La Punilla.
- Tal como se ha señalado, los estudios mencionados fueron parte de los antecedentes fundamentales para la elaboración de las bases de licitación y posterior adjudicación de la concesión, lo que se produjo por medio del Decreto Adjudicación N° 152 de 21 de marzo de 2016. El Embalse La Punilla está ubicado en la Región del Bío-Bío, comuna de Cohihueco, San Fabián. Este Proyecto hídrico considera la construcción de un embalse multipropósito para riego, teniendo como negocio complementario la generación de energía hidroeléctrica. El proyecto responde a necesidades de regulación y seguridad de riego de los agricultores del área del Río Ñuble, comprendiendo la provincia del mismo nombre. El Embalse La Punilla es una obra de gran magnitud que beneficiará a las comunas de San Carlos, Chillán, Ñiquén, San Nicolás, Coihueco y San Fabián de Alico, en el Bío Bío. La obra permitirá la generación de beneficios directos para la economía, como mejores superficies cultivables, mejor seguridad de riego y control de crecidas, además de facilitar la irrigación efectiva de más de 60 mil hectáreas, entre otros aportes. En conclusión, significará un mejor desarrollo agrícola y económico para toda la región. El muro considera una altura aproximada de 137 metros, y un volumen de almacenamiento de agua total de 625 millones de metros cúbicos.
- Los estudios requeridos fueron la base para establecer el modelo de negocio de la concesión, por ejemplo, fue determinante para establecer el factor de licitación, respecto del cual las bases señalan:

## "3.1 FACTORES DE LICITACIÓN

Se describen a continuación los dos factores de Licitación individuales e independientes, según el Tramo de Licitación al que postula el Licitante o Grupo Licitante en su Oferta Económica.

## 3.1.1 PLAZO DE LA CONCESIÓN (D)

En su Oferta Económica, el Licitante o Grupo Licitante deberá definir el Plazo de duración de la Concesión, expresado en meses sin fraccionamiento, conforme al Formulario de Oferta Económica del Anexo № 1 de las presentes Bases de Licitación. Este plazo comenzará a regir según lo señalado en el artículo 1.7.5 de las presentes Bases de

Licitación.

## 3.1.2 FACTOR DE SUBSIDIO (S)

En su Oferta Económica el Licitante o Grupo Licitante deberá definir el valor para el Factor de Subsidio "S" conforme al Formulario de Oferta Económica del Anexo Nº 1 de las presentes Bases de Licitación, el cual será aplicado para determinar el valor de los montos de subsidio, de acuerdo a lo indicado en los artículos 1.12.1 y 1.12.1.1 de las presentes Bases de Licitación.

El valor de "S" deberá venir expresado con 3 decimales."

- El adjudicatario del contrato, que luego constituiría la Sociedad Concesionaria Aguas de Punilla S.A., optó por el Tramo C, que incluía un Factor de Subsidio (S) de 1,000, ofertando una duración de 540 meses de la concesión.
- En primer lugar, debemos tener presente que el Ministerio de Obras Públicas en el proceso licitatorio entrega antecedentes referenciales para que los licitantes, realicen sus propios análisis y estudios con el objeto de incentivar que realicen las ofertas más eficientes posibles, lo que permite a la Administración recibir las mejores ofertas para el interés público y fiscal. En otras palabras, no se proporciona toda la información con la que cuenta la Administración, lo que es particularmente relevante en un contrato de concesión de obra pública en que uno de sus elementos esenciales es la distribución de los riesgos, que en este caso asumen los licitantes al realizar sus ofertas. Así lo entiende la normativa que regula las ofertas en el Sistema de Concesiones de Obras Públicas,\_Reglamento de la Ley de Concesiones que en primer lugar las define en el artículo 3 numeral 17 como: "Oferta: El conjunto de documentos que forman las ofertas técnica y económica del licitante, incluida la documentación complementaria y los antecedentes generales", pero aún más ilustrativo es lo que prescribe el artículo 19, número 2 del mismo cuerpo de normas: "Serán de cargo del oferente todos los costos directos e indirectos asociados a la preparación y presentación de su oferta, no siendo el MOP, en ningún caso, responsable de estos costos". Asimismo, lo ha señalado la doctrina: "Corresponde a los licitantes elaborar su oferta en función de las exigencias establecidas en las bases de licitación" (Rufián, Dolores. 1999).

En conclusión, no se entregan a los licitantes toda la información con la que dispone el MOP y que ha utilizado para elaborar las bases de licitación, porque la idea es que los privados realicen sus propios cálculos y análisis, con el objeto que asuman los riesgos de presentar ofertas competitivas que permitan a la Administración llevar adelante una licitación exitosa.

Una vez adjudicado el contrato, ya es posible proporcionar la información que fue utilizada para desarrollar el proyecto y la licitación, que es el caso de los documentos individualizados de los numerales 1 al 5 del requerimiento. Sin embargo, los documentos número 6, 7 y 8 deben ser tratados de manera distinta por su naturaleza crítica y estratégica, cuya la razón es de sentido común. Es evidente que los contratos de concesión de obra pública son de larga duración, en este caso hablamos de 540 meses, es decir, más de 40 años. En términos civilistas se trata de un contrato de tracto sucesivo y que se desarrollará a lo largo del plazo señalado. Por consiguiente, en un plazo tan extenso es muy probable, prácticamente seguro según nos ha mostrado la experiencia de más de 20 años del sistema, que se produzcan situaciones o circunstancias que requieran realizar modificaciones de carácter contractual. La posibilidad de realizar modificaciones, es la manifestación de la característica o principio de Mutabilidad del Contrato en contratación administrativa, que es transversalmente aceptada por nuestra doctrina:

- ➤ "La contratación pública de la Administración, como se ha señalado, regularmente va asociada a la naturaleza de las prestaciones públicas en ellos involucrados. De ahí entonces que los contratos que celebre la Administración puedan verse alterados por las necesidades a las cuales van asociadas los contratos. La mutabilidad del contrato ofrece una doble vertiente. De una parte, es la consecuencia del ius variandi que se reconoce a la Administración; de otra resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del contratista, la adaptación del contrato a circunstancias sobrevinientes." (Cordero, Luis. 2015).
- ➤ "Los nuevos eventos que ocurren durante la vigencia de un contrato administrativo de larga duración no deben ni pueden transformarlo en algo obsoleto e innecesario. Por ello, se reconoce que el contrato administrativo de ejecución diferida en el tiempo "no crea un conjunto de relaciones definitivamente establecidas, sino más bien organiza las relaciones dinámicas de colaboración entre la Administración y su cocontratante". (Moraga, Claudio.2010).
- "Durante la ejecución de los contratos de concesión pueden producirse contingencias de distinto origen que modifiquen esos elementos y el principio de buena fe y reciprocidad en los contratos administrativos exigirá su adaptación a las nuevas circunstancias. La forma que adoptará esta modificación contractual será la de renegociación o reconversión del contrato (...)". (Rufián, Dolores. 1999).
- El principio de mutabilidad está recogido en el artículo 19 y 20 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que establece como supuestos para modificar los contratos de concesión de obra pública los siguientes:
  - Artículo 19 inciso tercero de la Ley de Concesiones de Obras Públicas: "El Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por otras razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurriere por tal concepto".
  - Artículo 20 inciso primero de la Ley de Concesiones de Obras Públicas: "El Ministerio de Obras Públicas y el concesionario podrán acordar la modificación de las características de las obras y servicios contratados, a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, mediante la suscripción del correspondiente convenio complementario al contrato de concesión".
- Teniendo en consideración que toda futura modificación de contratos, conlleva compensar a la sociedad concesionaria, en virtud de lo establecido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas. La entrega de los estudios relacionado al modelo de negocio y desarrollo de servicios complementarios, afectaría el debido cumplimiento de las funciones del servicio, porque expondría información estratégica y crítica, que será fundamental en los probables futuros procesos de negociación a lo largo del contrato de concesión de obra pública. Básicamente, porque el concesionario conocería el comportamiento económico que espera el MOP del contrato de concesión, sus fortalezas y debilidades, lo que afectaría una adecuada distribución de los riesgos o el llamado equilibrio económico del contrato. Entregar la información implicaría debilitar la posición negociadora del Estado en futuras modificaciones que se produzcan, lo que claramente repercutirá de manera negativa en el interés fiscal, aumentando las posibilidades de la concesionaria de obtener mayores

beneficios o montos más alto de posibles compensaciones.

- Este servicio, no solamente debe llevar a cabo un proceso licitatorio exitoso, sino que también cumple labores ejecutoras a lo largo del contrato de concesión de obra pública, para lo cual el ordenamiento jurídico contempla una serie de facultades exorbitantes, como el mencionado ius variandi, por tanto, es fundamental mantenerlas. Sin embargo, si se divulga la información requerida se estará menguando las facultades del MOP, la distribución de los riesgos y posición negociadora, lo que no permitirá al Ministerio realizar debidamente sus funciones, afectándose el interés general y fiscal.
- Adicionalmente, divulgar la información solicitada podría perjudicar fuertemente los intereses públicos y fiscales en el contrato de concesión de obra pública, porque las estimaciones del modelo económico o de negocio utilizado por el servicio en sus evaluaciones, incluyen proyecciones de inversiones y flujos de ingresos, entre otros aspectos, que podrían ser utilizado por el concesionario para demandar al Fisco, por obtener Ingresos menores a los estimados por el MOP, alterando la distribución de los riesgos del contrato que explicamos anteriormente (es riesgo de la concesionaria). Asimismo, la concesionaria en el caso que su inversión sea mayor a la calculada por el MOP, podría demandar al Fisco que se les pague la diferencia que produciría con el Presupuesto Oficial Estimado de la Obra, también alterando la distribución de los riesgos del contrato (es riesgo de la concesionaria). Las probabilidades de una demanda de las características señalas son altas, a luz de la experiencia que tiene este servicio en la aplicación del Sistema de Solución de Controversias Especial que contempla la Ley de Concesiones de Obras Públicas, en que ha sido de público conocimiento el alto nivel de litigiosidad, respecto de demandas indemnizatorias de las sociedades concesionarias, ya sea por mayores costos o por los menores ingresos esperados.
- Conforme a los argumentos señalados, es evidente que la información requerida podría afectar el debido funcionamiento del servicio, el interés público y fiscal, puesto que se trata de información crítica y estratégica de un contrato de concesión de obra pública de gran magnitud, cuyo presupuesto oficial de la obra asciende a UF 9.410.000 y un plazo de concesión de más de 40 años (540 meses). Dado que, el MOP vería debilitada y afectada sus facultades y posición negociadora en futuras modificaciones contractuales. Asimismo, expone el comportamiento económico que espera el MOP de la concesión, lo que permitiría a la concesionaría comparar dichos datos con el rendimiento efectivo de la concesión, alterando una adecuada distribución de los riesgos, y otorgándole los medios para demandar el Fisco por mayores costos, pérdidas de ingreso o menores a los esperados por la propia Administración. De esta manera, es plenamente aplicable la causal de reserva o secreto establecida en el artículo 21 N° 1 de la Ley 20.285, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

- "1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:"
- La causal señalada la debemos relacionar con la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia, en especial lo señalado en el considerando 7) de la resolución del Amparo C 1345-14:
  - "7) Que, este Consejo, a través de su Jurisprudencia, ha reconocido implícitamente que las

hipótesis de afectación al debido cumplimiento de las funciones de un órgano, establecidas en las letras a), b) y c), del artículo 21, N° 1, de la Ley de Transparencia, no son taxativas, por cuanto del mismo tenor del citado numeral 1 se advierte gracias a la expresión particularmente, que ellas han sido dispuestas para ejemplificar situaciones comunes de afectación al debido cumplimiento de funciones, lo que no obsta que se pudieran presentar otras hipótesis que produjeran el mismo efecto."

- Se hace presente a don que según lo dispone el artículo 24° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tiene el derecho de recurrir ante el Consejo para la Transparencia, dentro del plazo de quince días, contados desde la notificación de la presente Resolución Exenta.
- En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, se procede a dictar la presente Resolución Exenta que deniega la entrega de información.

#### RESUELVO

relativa a: "6. Estudio Modelo de Negocios Embalse Punilla. 2013 QUIROZ & ASOCIADOS.7. Estudio de Prefactibilidad y Mercado para Proyecto Central Punilla 2012 SYSTEP.8. Estudio de Alternativas Central Hidroelectrica Embalse Punilla 2010 ACTIC CONSULTORES", a través de la solicitud de acceso a la información N° 78264 de 24 de abril de 2017, por concurrir a su respecto la causal de secreto o reserva establecidas en el artículo 21° N° 1, de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

ENTRÉGASE la información relativa a los siguientes documentos: 1. Estudio de Actualización de Antecedentes Técnicos de Propiedades del Proyecto Embalse Punilla en la Region del Bio Bio. 2013 CONIC-BIF. 2. Lámina Expropiaciones Zona de Inundación Embalse La Punilla 2013 DOH. 3. Especificaciones Instrumentación Geotecnica y Estaciones Fluviometricas, Meteorológicas y Telemetria. Embalse Punilla. 2013 DOH. 4. Actualización Proyecto Diseño Central y Embalse, VIII Región. 2013 EDIC. 5. Actualización de Ingeniería Basica del Diseño Central y Embalse Punilla, VIII Región. 2013 EDIC".

NOTIFÍQUESE la presente resolución a don presente por la Encargada SIAC CCOP.

**INCORPÓRESE** al índice de los actos y documentos calificados como secretos o reservados una vez que la presente resolución se encuentre firme, de conformidad a lo establecido en el artículo 23° de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y en el N° 2 de la Instrucción General N°3 del Consejo para la Transparencia (Índice de Actos y Documentos Calificados como Secretos o Reservados).

ANÓTESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE

Directora General de Obras Públicas Subrogante The option of th

**GOBIERNO DE CHILE** MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS DIRECCION GENERAL DE OBRAS **PÚBLICAS** 

> MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE PARTES

> > RECIBIDO

CONTRALORIA GENERAL		
TOMA DE RAZON		
R E C E P C I O N		
DEPART. JURIDICO		
DEPT. T. R. Y REGISTRO	Spring Sanskharten	
DEPART. CONTABIL.		
SUB. DEP. C. CENTRAL		
SUB. DEP. E. CUENTAS		
SUB. DEPTO. C. P. Y BIENES NAC.	THE REAL PROPERTY.	
DEPART. AUDITORIA		
DEPART. V. O. P. , U. y T.	-	
SUB. DEPTO. MUNICIP.		
REFRENDACION		
REF. POR \$		
IMPUTAC. ————————————————————————————————————		
IMPUTAC		
DEDUC.DTO.		

RODRIGO URZUA ALVAREZ

Coordinador de Concesiones de Obras Públicas (S)



https://siac.mop.gov.cl/Atencion/bandeja.do?metodo=fichaSolicitud&idSolicitud=78264... 07-06-2017

