

Santiago, veinticinco de Junio de dos mil doce.

**Vistos y teniendo presente :**

1°.- Que a fojas 4, MAGALY ESPINOSA SARRIA, ingeniero comercial, en representación de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS en su calidad de Superintendente, domiciliada para estos efectos en calle Moneda N° 673, piso 9° de la comuna de Santiago, interpone Reclamo de Ilegalidad en contra de la Decisión de Amparo Rol N° C 515-11, dictada el 30 de Noviembre del año 2011 por el Consejo para la Transparencia, representado por su Director General don Raúl Ferrada Carrasco, ambos con domicilio en calle Morandé N° 115, piso 7°, a fin de que se deje sin efecto el acto impugnado por el cual se ordenó hacer entrega a la requirente doña Mónica González Mujica de los contratos que se encuentran en su poder y que dicen relación con el suministro de agua cruda o no tratada, celebrados entre la empresa Aguas Antofagasta S. A., por una parte, y las empresas mineras Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Rayrock Ltda., Esperanza y Bayesa S.A., por la otra. Así estima que se debe dar por cumplida, en todas sus partes, la solicitud de acceso a la información que motivó el reclamo interpuesto por doña Mónica González Mujica.

Señala que el 15 de Marzo de 2011 la señora González solicitó a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en adelante SISS, los contratos de “servicios sanitarios” que la empresa Aguas de Antofagasta S. A., mantenía con todos los clientes no regulados de la Región Antofagasta. Específicamente se refirió a Minera Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Minera Rayrock y otros, solicitando antecedentes sobre los volúmenes de agua

suministrada a cada uno de esos clientes, las fuentes, tipo de agua entregada y si la empresa sanitaria mantenía otro tipo de contrato o acuerdo con estas empresas.

Indica que el requerimiento de información señalado fue respondido mediante Oficio SISS N° 1.304/11 de 11 de Abril de 2011. En este caso – continúa - se hizo entrega a la solicitante de antecedentes relativos a los consumos de clientes no regulados de la empresa de Aguas de Antofagasta S.A. para el año 2008. Entre ellas se indicó el nombre de la prestación, el sistema al que correspondería, las empresas informadas como contraparte de los contratos vigentes en el período y los metros cúbicos de agua potable o cruda involucrados en cada caso. De la misma forma se agregó una breve explicación sobre la ubicación de las fuentes de agua asociadas a la venta de agua cruda y a la venta de agua potable a granel.

Indica que sin perjuicio de lo anterior, la requirente consideró que su solicitud fue respondida parcialmente pues este Organismo se excusó de hacer entrega de los contratos celebrados entre Aguas de Antofagasta S. A. y sus clientes no regulados, con lo cual consideró infringido el artículo 5° inciso segundo de la Ley N° 20.285, que Regula el Acceso a la Información Pública, ya que “(...) *dichos documentos debieran estar en poder de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (...)*” por cuanto ésta “(...) *ejerce labores de vigilancia o fiscalización sobre las concesiones de agua potable, para lo cual resulta imprescindible contar con los contratos entre éstas y sus clientes no regulados (...)*”; por lo anterior, la solicitante recurrió de amparo ante el Consejo para la Transparencia.

Agrega que iniciada la tramitación de la acción su representada informó a Aguas de Antofagasta S. A. el requerimiento de información relativo a la entrega de los contratos celebrados con sus clientes no regulados y al derecho que le asistía para oponerse a ello. La empresa Aguas de Antofagasta S. A. respondió en tiempo y forma mediante presentación de 1° de Agosto de 2011, manifestando su “(...) *más terminante oposición a que se entreguen dichos contratos a terceros, toda vez que ellos contienen información estratégica y confidencial sobre nuestras políticas comerciales a clientes libres, no sujetos a regulación.*”. Asimismo, consideró que la divulgación de tales contratos o de información contenida en ellos acarrearía “(...) *un debilitamiento a su posición comercial y vulnera el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política.*”. Por último, Aguas de Antofagasta S. A. solicitó de manera expresa a la SISS mantener la confidencialidad de esos instrumentos, los que fueron entregados bajo esos términos y que reflejan actividades que no se encuentran sujetas a regulación o fiscalización y solo fue entregada para ser utilizada en los procesos tarifarios como elementos de validación de la información entregada al efecto.

Refiere la Superintendente que en sus descargos le indicó al Consejo que las materias tratadas en estos instrumentos se encuentran fuera del ámbito de regulación y fiscalización de la SISS y son informadas sólo con fines específicos dentro de los procesos tarifarios, ya que las utilidades generadas a raíz de negocios de esta naturaleza se consideran como un descuento en la tarifa, en la medida que la infraestructura que se utilice para la ejecución del contrato en cuestión sea usada en la entrega de los servicios sanitarios. A mayor

abundamiento, refiere la Superintendente que se hizo expresa referencia a la jurisprudencia del mismo Consejo para la Transparencia que cita, y que es contraria a lo resuelto en este caso. En el presente caso la SISS consideró que tanto Aguas de Antofagasta S. A. como las demás entidades privadas con las que ésta ha contratado, pueden ver dañados sus derechos patrimoniales en los términos señalados, así como también su derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, pues al publicitar el contenido de los convenios mencionados se los deja en una situación vulnerable y desigual con respecto de sus pares.

La Superintendente reclamante cita la normativa aplicable al sistema de fijación tarifaria que se aplica en Chile a los servicios públicos de producción y distribución de agua potable, y de recolección y disposición de aguas servidas. Luego agrega que la comercialización de agua cruda – aquella que no cumple los requisitos establecidos en la NCH 409/1.OS. 2005 “Agua Potable Parte 1. Requisitos” y, por tanto, no puede ser utilizada de manera directa e inmediata para satisfacer las necesidades de la persona humana - constituye una materia que no se encuentra regulada por la legislación sanitaria y debe regirse por el derecho común. El DFL N° 70 de 1988, en su artículo 24°, permite a los prestadores de servicios sanitarios entregar servicios no obligatorios y convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones a que haya lugar. Es en este contexto, explica, que el requerimiento de información de autos recayó en contratos celebrados por Aguas de Antofagasta S. A., de ahí que la reclamante haya alegado ante el Consejo que carece de facultades legales para intervenir en la celebración de estos acuerdos que se encuentran fuera del ámbito de regulación de los servicios sanitarios y que, por lo tanto, queda fuera

de la fiscalización de la SISS. Por otro lado, agrega que dentro del proceso de fijación tarifaria, los actos de esta naturaleza son informados por los prestadores en los casos en que su ejecución importe la utilización de la infraestructura que se destina a la prestación de los servicios sanitarios.

Agrega, citando el informe sobre “Publicidad de informaciones que integran el procedimiento tarifario”, elaborado por el profesor José Miguel Valdivia, que es posible afirmar que las informaciones que son entregadas por las empresas sanitarias a propósito de los procesos tarifarios corresponden a transacciones comerciales o a servicios de construcción de obras sanitarias. Estos antecedentes inciden en los costos y resultados financieros de la correspondiente empresa y, por lo tanto, pueden revelar sus estrategias comerciales pues aunque no se trate de informaciones cubiertas por la obligación legal de secreto “(...) *se las debe tener comprendidas en la reserva que tradicionalmente envuelven los negocios privados.*”. Al efecto, la misma Ley de Acceso a la Información Pública considera en el artículo 21 N° 2, como causal de secreto el que la publicidad de los antecedentes afecte “*derechos de carácter comercial o económico de las personas*”.

Agrega que la terminología constitucional es flexible y permite pensar que no necesariamente son públicos la totalidad de los antecedentes que estén a disposición de la Administración, sino solo aquellas informaciones que efectivamente constituyen fundamento de sus decisiones. Puede entenderse que la disposición constitucional reitera la distinción que parece desprenderse de la ley entre documentos e información, estando ambos conceptos en relación de continente y contenido al regular la publicidad de la información

administrativa. La ley consagra el derecho de oposición de los particulares interesados tratándose de “*documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos o intereses de terceros*”.

Indica que para la aplicación de la Ley N° 20.285, se tiene derecho a solicitar “información” y no cualquier antecedente. Pude decirse, entonces, que la jurisprudencia no hace una interpretación literal del artículo 5° de la Ley N° 20.285 sino - por el contrario -, este artículo debe ser interpretado armónicamente con el resto del ordenamiento normativo constitucional y legal y no puede, por tanto, considerarse que la información que está en poder del Estado sea pública *per se*. Añade que una importante excepción aún vigente respecto de la publicidad de la información administrativa se encuentra en la normativa especial sobre informaciones estadísticas elaboradas por organismos del Estado. El llamado “*secreto estadístico*” consistente en el estricto mantenimiento en reserva de los “*hechos que se refieren a personas o entidades determinadas*” de que tomen conocimiento los organismos públicos en el desempeño de sus actividades.

La Superintendente reclamante plantea que esta es precisamente la hipótesis que se da en el caso de autos, en el cual los contratos que Aguas de Antofagasta S. A. mantiene con sus clientes no regulados son entregados a la SISS con el objeto que esta utilice como dato estadístico aquella información que contienen con respecto a los costos asociados a la infraestructura sanitaria involucrada en el proceso tarifario que corresponda. Por ello, según lo entiende el reclamante, la publicidad de los documentos comerciales que los contienen no debe alcanzar a la

totalidad del instrumento, puesto que la SISS separa los datos que requiere de la fuente original para poder utilizarlos.

Finalmente, concluye señalando que los antecedentes requeridos por la requirente de información fueron entregados luego de que - en aplicación del principio de la divisibilidad - fueran separados de su fuente de origen por provenir de actividades que se encuentren fuera del ámbito de la regulación de la SISS, pero que tienen una injerencia importante en algunos aspectos específicos del proceso tarifario.

2°.- Que a fojas 97 comparece don Raúl Ferrada Carrasco, Director General y representante legal del Consejo para la Transparencia, alegando, en primer lugar, que la Superintendencia de Servicios Sanitarios carece de legitimación activa para interponer el presente reclamo de ilegalidad, toda vez que sólo los terceros titulares de los derechos supuestamente vulnerados son quienes podrían válidamente haber reclamado de las infracciones que denuncia la reclamante, tal como lo hizo la empresa Aguas de Antofagasta S. A. Así, entiende que no puede esta entidad invocar para este efecto la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, motivo por el cual las supuestas empresas afectadas podían oponerse a la entrega de los contratos si consideraban que su revelación pudiere afectarles, debiendo haber dado aplicación oportuna a la comunicación reglamentaria del artículo 20 de la citada ley, lo que no hizo la SISS. Sin perjuicio de ello, con posterioridad igualmente se permitió resultando que 6 empresas mineras con las cuales Aguas de Antofagasta S. A. han celebrado dichos contratos no se opusieron a la entrega de los mismos.

En segundo lugar, y en cuanto al fondo, señala que las argumentaciones de la reclamante resultan del todo infundadas por cuanto de conformidad a lo que dispone el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia, los fundamentos y documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial de los actos de los órganos de la Administración son públicos, ello sumado a la existencia de una presunción legal que reconoce que toda información que obre en poder de los órganos de la administración es, en principio, pública, independiente de su origen. Corresponde, entonces, a la parte afectada por la presunción legal, justificar la concurrencia de alguna de las excepciones a la publicidad establecidas en el artículo 21 de la citada ley.

Indica que en el caso de autos los contratos que el Consejo ha ordenado revelar fueron entregados por la empresa Aguas de Antofagasta S. A. a la Superintendencia para ser considerados en el proceso de fijación de tarifas de servicios sanitarios de la II Región, y en virtud de ellos aplicar un descuento en la tarifa de los clientes de servicios sanitarios, con motivo de la utilización de la misma infraestructura para transportar y vender agua cruda o no tratada a empresas mineras de la región.

Por ello, en opinión del Consejo, la publicidad de los contratos que deben entregarse a la solicitante de éstos no deviene por aplicación de la presunción de publicidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, sino de la aplicación del inciso primero del mismo artículo, al servir dichos contratos, en conjunto con otros antecedentes, de fundamento directo y esencial del proceso de

fijación tarifaria que concluyó con el respectivo acto administrativo de la autoridad que las determinó para el quinquenio 2011-2016.

Agrega que en la especie no concurre ninguna causal de secreto o reserva, atendido - en primer término - que la información solicitada es pública por haber sido proporcionada obligatoriamente a la SISS para la fijación de tarifas en el proceso tarifario y constituir, por tanto, uno de los fundamentos que la autoridad consideró para tales efectos; y - en segundo lugar - por encontrarse en poder de un órgano de la administración, recibiendo aplicación la presunción de publicidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia.

Sostiene que no basta con indicar una causal de aquellas previstas en el artículo 21 sino que - en el caso concreto - debe hacerse una apreciación del daño, balanceando una ponderación entre el daño que traería aparejada la publicidad del antecedente y el daño que traería aparejado su divulgación. Con los antecedentes de la causa pareció evidente al Consejo para la Transparencia que revelar la información sobre los contratos suscritos entre la reclamante de ilegalidad y las empresas citadas no podría dañar o afectar los derechos comerciales y económicos de ninguna de éstas, más aún cuando al menos 4 de los contratos habían sido suscritos por escritura pública, siendo por ende esencialmente públicos al encontrarse en un instrumento público al cual cualquier persona puede acceder y, además, por la circunstancia de que en ellos no se revela ningún tipo de información sobre procesos productivos de las empresas mineras o información relativa a la estrategia comercial de Aguas de Antofagasta S. A, motivo por el cual la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia que invocaron las tres empresas opositoras, no

prosperó. En el caso de autos no existe norma legal que establezca el secreto o reserva de los documentos que se ordena revelar, por lo que la confidencialidad que alegó en su oportunidad Aguas de Antofagasta S. A. no encuentra sustento normativo. Cita en apoyo de sus tesis decisiones anteriores del Consejo, jurisprudencia de esta Corte de Apelaciones, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Por ende, al efectuarse el “*test de daño*” al caso concreto, se consideró cuales eran los bienes jurídicos en conflicto: a) la transparencia de ciertos contratos que se encuentran en poder de un órgano de la administración y que han servido como uno de los antecedentes y fundamentos tenidos a la vista por la autoridad para la fijación tarifaria de servicios sanitarios en la II Región; y, b) por otra parte, la eventual afectación a los derechos económicos y comerciales de la empresa Aguas de Antofagasta S. A. y las otras dos empresas que se opusieron a la entrega de los antecedentes, a saber, Minera Esperanza y Minera El Tesoro. El Consejo no advirtió cómo la divulgación de los contratos que se ha ordenado entregar podría afectar los derechos comerciales y económicos de las tres empresas que se han opuesto a su entrega, considerando que las cláusulas principales se refieren al caudal de aguas comprometida por el prestador precisándose el máximo estipulado, suministro de caudales adicionales, punto de entrega de caudal a suministrar, punto de conexión, lugar físico de conexión, obligaciones de mantenimiento y reparaciones de arranque, tarifa por metro cúbico, pagos mínimos garantizados, agua suministrada, forma de medición, factura mensual, cobros, garantías, cláusulas penales, y suspensión o terminación anticipada del servicio.

Agrega que la interpretación de los casos de secreto o reserva debe ser restrictiva, atendido a que el derecho de acceso a la información está implícitamente reconocido por la Constitución. Además, la información solicitada constituye un antecedente que sirvió de complemento directo y esencial al pronunciamiento del Ministerio de Economía, lo cual reafirma el carácter público de éstos, más aún cuando los contratos han sido proporcionados a la SISS no por mera voluntad o liberalidad, encontrándose amparados por la presunción de publicidad, lo que se ve reforzado con lo dispuesto en el artículo 11 letra a) de la ley del ramo.

Indica que los contratos no se refieren al procedimiento industrial aplicado por la empresa para suministrar el servicio, no incluyen las condiciones técnicas precisas de su proceso industrial, etapas de funcionamiento, métodos de operación, ubicación o caracterización específica de la infraestructura utilizada, más allá de alguna descripción necesaria para precisar el objeto de las obligaciones pactadas. Lo anterior permite establecer razonablemente que los contratos en comento no contienen información cuya reserva otorgue a la empresa una ventaja competitiva o que debilite su posición comercial, contratos que por lo demás carecen de cláusulas de confidencialidad.

**En cuanto la reclamación que deduce Aguas de Antofagasta S.A. (Rol N° 9368-2011).**

3°.- Comparece don Francisco Javier Zaldívar Peralta, abogado, mandatario judicial, en representación de la sociedad Aguas de Antofagasta S. A., señalando que su representada es una sociedad anónima abierta sometida a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros y de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Menciona la legislación aplicable y aclara que las ventas de agua cruda que efectúa Aguas de Antofagasta S. A. a sus clientes mineros son negocios no regulados que no deben confundirse con la venta de servicios públicos sanitarios a grandes consumidores, regulados entre el artículo 47° A y el artículo 47° H del Capítulo II del Título III de la Ley General de Servicios Sanitarios, los que sí corresponden a servicios regulados.

Refiere que en el marco de las disposiciones contractuales y legales que indica, su representada suministra agua cruda para uso industrial a diversos clientes no regulados, principalmente mineros, ya sea en virtud de contratos celebrados por ella misma o bien por aquellos que le fueron transferidos por la Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S. A., hoy ECONSSA CHILE S. A. Se trata de contratos lícitos entre empresas privadas, que escapan a la regulación de la SISS. Por otra parte alega que a la Superintendencia sólo le corresponde la fiscalización del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios por parte de los prestadores de tales servicios, señalando que la venta de agua cruda a empresas mineras no es ninguno de los 4 servicios públicos definidos en los artículos 3 y 5° de la Ley General de Servicios Sanitarios, esto es, producción y distribución de agua potable, y la recolección y disposición de aguas servidas. Se trata de una actividad económica que se desarrolla en el marco de un mercado competitivo. Los contratos contienen información estratégica, confidencial a sus clientes mineros, tales como precio, caudales y volúmenes comprometidos, plazos, garantías y demás condiciones relevantes. La divulgación de esta información al mercado, aunque sea sin intención dolosa, causaría un daño irreparable en la posición

comercial de Aguas de Antofagasta S. A. en el mercado de suministro de agua a las empresas mineras. Sólo basta imaginar lo que podría significar que sus competidores actuales o potenciales tengan acceso a la información referida, lo que configura una de las hipótesis de excepción contempladas en el número 2 del artículo 21 de la Ley 20.285.

La publicidad cuestionada importaría dar conocimiento de una estrategia y posición comerciales en materias de precios de venta a cada cliente; no se trata de un procedimiento industrial sino de un conjunto de relaciones contractuales que las define en un mercado competitivo. Todo actor tiene derecho a la reserva de dicha estrategia y posición.

Señala que la información comercial contenida en contratos privados que estuvieron en manos de SISS durante el último proceso tarifario no corresponde a sustento o complemento directo y esencial para la resolución del proceso tarifario que previene el artículo 5° de la Ley 20.285. Luego cita el inciso 5° del artículo 8° del DFL MOP N° 70 de 1988, para concluir que los antecedentes comerciales contenidos en los citados contratos nada tiene que ver con la determinación de la fracción de costos y si lo que se busca es determinar qué parte de una infraestructura se utiliza para atender el servicio regulado y cuál para el servicio no regulado, basta con conocer la demanda agregada de ambos tipos de servicios, información que la SISS ya entregó a la reclamante, sin que tenga ninguna relevancia al respecto las demás condiciones comerciales particulares de cada uno de los contratos que la misma reclamante ahora se empeña por conocer.

Añade que su representada ha sostenido el fundamento de la posición en el número 2° del artículo 21 de la ley en comento y muy particularmente en la afectación de derechos de orden comercial y económico. Además, no se requiere cláusula de confidencialidad en los contratos para que el organismo requerido comunique al interesado el requerimiento que da lugar a su derecho a impetrar reserva y tampoco se requiere de esta cláusula para que el Consejo deba amparar el derecho a reserva y, el hecho de que algunos contratos de marras consten en instrumentos públicos, ello no dice relación con el carácter de público que pueda tener la información contenida en ella, sino con formalidades relativas a su valor probatorio.

4°.- Que a fojas 215, el Sr. Director General y representante del Consejo para la Transparencia solicita el rechazo de la reclamación intentada señalando, en síntesis, que la normativa de propiedad industrial que de manera descontextualizada hace presente Aguas de Antofagasta S. A. no la formuló el Consejo para determinar que la información era o no pública, sino que para desvirtuar argumentos esgrimidos en el sentido que los contratos contendrían antecedentes referidos a procesos productivos respecto de los cuales la empresa tendría ciertos derechos, ya que la publicidad de los contratos está dada por aplicación del artículo 8° de la Carta Fundamental y los artículos 5°, 10 y 11 de la Ley de Transparencia. La información es pública, a pesar de que su origen sea privado, pues la empresa ha debido proporcionarla obligatoriamente a la SISS por disposición legal, para que dicho órgano tome conocimiento de los contratos y los considere en el proceso de fijación tarifaria de los servicios sanitarios de la II Región, constituyendo, por tanto, uno de los antecedentes considerados

por la autoridad en ese proceso para efectos de un determinado descuento, lo cual implica que a la luz del artículo 5° de la Ley de Transparencia constituyen documentos que han servido como antecedente o complemento del acto administrativo dictado por la autoridad. Los contratos no contienen información cuya reserva otorgue a la empresa una ventaja competitiva y las políticas comerciales no se develan en toda su dimensión en los contratos respectivos, razón por la cual su divulgación no implica revelar un secreto empresarial, no siendo suficiente para reservar información que los supuestos competidores puedan ofertar mejores condiciones a sus clientes, pues esta ha sido considerada como fundamento de un acto administrativo de un servicio sensible como es el sanitario.

Cualquier alegación con carácter de confidencial debe ser rechazada, pues aquella aseveración no encuentra respaldo legal alguno, exigiéndose la existencia de una norma legal de quórum calificado para que establezca dicha reserva o confidencialidad. Si bien en el caso de autos los contratos respecto de servicios no regulados es una materia ajena a las facultades fiscalizadoras de la SISS, dicha Superintendencia sí podría fiscalizarlos para efectos de constatar que los valores declarados en dichos contratos sean reales y no simulados, ya que justamente el precio contenido en ellos es uno de los elementos en consideración para la aplicación del descuento tarifario correspondiente a los clientes de servicios sanitarios.

Finalmente, señala que la Decisión de Amparo emitida por el Consejo se encuentra absolutamente ajustada a derecho, habiéndose dictado dentro de las atribuciones y competencias que expresamente le

encomendó el legislador, no configurándose las ilegalidades alegadas por la reclamante.

5°.- Que, como se aprecia de la expositiva que antecede, el Consejo para la Transparencia, en relación a la reclamación interpuesta por la Superintendencia de Servicios Sanitarios alegó, en primer lugar, la falta de legitimación activa. Sobre el particular, se hace necesario consignar que las materias tratadas en los contratos cuya divulgación se pretende se encuentran fuera del ámbito de regulación y fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y son informados en cumplimiento de una obligación legal, para fines técnicos específicos dentro de los procesos de fijación de tarifas.

En el contexto que se analiza, tratándose la legitimidad activa de un concepto de orden sustantivo-procesal, la reclamante como órgano del Estado, debe, en principio, respetar la confidencialidad en virtud de la cual las empresas sujetas a su control han entregado información propia del ámbito privado, para un fin público específico. En efecto, si bien la información de que se trata fue solicitada en el marco de un procedimiento reglado - fijación de tarifas de servicios sanitarios - la reclamante invoca el ejercicio de una función de su competencia regulada en la normativa sectorial sanitaria que cita y, su actuación se enmarca en el ámbito de una obligación legal, cual es, recopilar antecedentes concretos de carácter comercial sobre ingresos que provienen de una actividad económica lícita, no regulada, para efectos tarifarios. En consecuencia, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en resguardo de un interés diverso de las empresas directamente afectadas, goza de legitimidad para impugnar la decisión de amparo, como órgano de la administración pública, pues no lo hace en beneficio

de las empresas contratantes, sino en el cumplimiento de un deber que - dice - debe respetar.

6°.- Que la causa que motivó la negativa de la reclamante a entregar la información requerida, en su concepto, encuentra fundamento en la causal de reserva o secreto prevista en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, lo cual hace procedente, para este primer análisis, la impugnación de legalidad al tenor de lo previsto en el artículo 28 de la citada ley.

7°.- Que en cuanto al fondo del asunto, es dable asentar que, como lo afirma el reclamado, la norma constitucional del artículo 8° consagra el principio de la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen en el ámbito de sus competencias. La Ley 20.285 creó la nueva institucionalidad con miras a promover y garantizar la transparencia; en consecuencia, la regla general es la publicidad y acceso a la información pública y la excepción la constituyen las causales del artículo 21 de la citada ley u otras que establezca una ley de quórum calificado, las que deben entenderse como un desarrollo o aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo de la norma constitucional.

La libertad de expresión e información, derecho fundamental en un estado democrático y, por ende, el acceso a ella, puede ser preponderante y afectar, por cierto, otros derechos involucrados. Sin embargo, esta afectación resulta justificada cuando el acceso a la información y su difusión son de interés público y se torna necesaria frente al bien jurídico que debe ser amparado. La transparencia no es absoluta, pues el orden constitucional admite motivos legítimos para

que actos o resoluciones, como los documentos que los sustenten, sus fundamentos o procedimientos, puedan mantenerse en secreto o reserva, siempre que quien la invoca acredite los hechos que la justifican.

8°.- Que, en el caso de autos, la Superintendencia de Servicios Sanitarios adujo para cuestionar la legalidad de la decisión de amparo, consideraciones del siguiente orden: a) que la comercialización de agua cruda a que se refieren los contratos cuya información se pide revelar, se encuentran fuera del ámbito de la regulación de los servicios sanitarios y de su fiscalización; b) que en el proceso de tarificación, estos contratos son informados por los prestadores como datos estadísticos, en aquellos casos en que su ejecución importe la utilización de la infraestructura que se destina a la prestación de servicios sanitarios, es decir, se trata de antecedentes sobre costos y resultados financieros; c) por lo anterior, en concepto de la reclamante, la publicidad de los antecedentes comerciales que los contienen no pueden alcanzar a la totalidad del instrumento y la parte utilizada en el proceso administrativo, conforme al principio de divisibilidad, ya fue entregada a la interesada, manteniendo la autoridad la reserva de los antecedentes que entran en la esfera privada de los contratantes, como lo autorizada el artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285.

9°.- Que, por su parte, la empresa Aguas de Antofagasta S. A. sostiene, en síntesis, que la publicidad de los contratos privados celebrados con empresas mineras importa la divulgación de una estrategia y posición comercial con sus clientes, pues no corresponde a sustento o complemento directo y esencial para la resolución del proceso tarifario que previene el artículo 5° de la Ley 20.285, como se

desprende de la ley sectorial artículos 4° y 8° del Decreto Ley MOP N° 70 de 1988 y tampoco corresponden, como lo plantea en su reclamación, a estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, que luego del proceso adquieran el carácter de públicos, en los términos del artículo 10 de la Ley de Tarifas. Por lo anterior, alega también la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, esto es, la afectación de derechos de orden comercial y económico.

**10°.-** Que la causal del artículo 21 del numeral 2° de la Ley de Transparencia dispone que se podrá denegar el acceso a la información por el órgano público requerido: “2° *Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento 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.*”.

En la normativa especial, el inciso final del artículo 10 de la Ley de Tarifas dispone: “*Todos los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, incluidos los documentos que se mantuvieron bajo custodia notarial, serán públicos una vez concluido el proceso tarifario.*”. El estatuto sectorial regula expresamente la confidencialidad temporal de la información reunida en el proceso de tarificación y dispone que, una vez concluido el acto administrativo terminal, habrá total publicidad de los antecedentes recopilados para ese fin por la autoridad competente, pues han servido de sustento o complemento a ese proceso tarifario. Por otro lado, los contratos de que se trata, liberada la reserva, son públicos no sólo en virtud de lo previsto en la citada disposición, sino por aplicación del artículo 5° de la Ley 20.285, desde que tratándose de información

recopilada por un órgano público para un fin específico, ésta forma parte de los procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas para el quinquenio vigente, es decir, de un acto administrativo. La información contenida en los contratos celebrados por Aguas de Antofagasta S. A., empresa sometida al sistema regulado, ha sido entregada en virtud de una norma que así lo dispone, material esencial para determinar, en ese proceso reglado, los costos de los servicios públicos sanitarios que otorgan las empresas titulares de concesiones de servicios sanitarios o que otorgan empresas a las cuales se ha hecho transferencia del derecho de explotación de una concesión de servicios sanitarios - cual es el caso de Aguas de Antofagasta S. A. - y, por tanto, ese valor, ajustado o determinado también sobre la base de la venta de aguas crudas en el ámbito privado, resulta al menos complementario de la regulación definitiva que ha de fijar el valor o precio que deben soportar los usuarios finales por los servicios sanitarios regulados que utilizan.

La disposición de la Ley de Tarifas - normativa especial del sector sanitario, que ampara la reserva durante el proceso administrativo de fijación de tarifas -, no se opone a los preceptos constitucionales y legales antes citados, pues el interés general del derecho a la información pública debe prevalecer por sobre los intereses económicos particulares de las empresas que se dicen afectadas. En efecto, seis de los contratantes que celebraron convenciones de la misma naturaleza con Aguas de Antofagasta S. A., de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 inciso final de la Ley 20.285, estarían de acuerdo con la entrega de la información requerida y no existe en autos antecedentes concretos que permitan determinar una real y efectiva

afectación de los bienes jurídicos que se invocan para justificar la causal de secreto alegada. La conclusión anterior se ratifica y cobra mayor relevancia si se tiene presente que las convenciones – es decir, la compra venta de aguas crudas - no contienen cláusulas de confidencialidad, lo cual llevan a entender que no se tuvo presente por la reclamante - Aguas de Antofagasta S. A. - al tiempo de suscribirlos los fines estratégicos sobre políticas comerciales o que su divulgación pudiera debilitar su posición comercial o el grave daño a su patrimonio, que ahora esgrime. Además, alguno de estos contratos se celebraron por escritura pública, lo cual lleva, entonces, a inferir que el secreto o reserva no es una medida proporcional o necesaria para custodiar el interés comercial o financiero de la empresa reclamante.

**11°.-** Que en este mismo orden de ideas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios debe cumplir en el proceso tarifario las disposiciones que regulan el procedimiento y, por tanto, aquella que hace público los antecedentes e informes usados en la fijación de tarifas una vez concluido el procedimiento. Por consiguiente, la interpretación armónica de las normas ya citadas - artículo 8° de la Constitución Política de la República, y artículos 5° y 21 N° 2 de la Ley 20.285 - en relación a los preceptos de orden sectorial que regulan el manejo de la información sensible requerida por la Superintendencia en el ejercicio de su funciones, permiten concluir que los contratos de venta de aguas crudas, al incidir, de un modo concreto en la determinación de los costos e infraestructura de un servicio regulado, forman parte de los fundamentos o antecedentes que sirvieron de sustento o complemento esencial al proceso de fijación de tarifas de la empresa que es titular del Contrato de Transferencia del Derecho de

Explotación de Concesión Sanitaria en II Región - esto es, la sociedad Aguas de Antofagasta S. A.-, y por tanto, son públicos.

Los contratos eran necesarios para el mecanismo de ajuste o separación de los costos de Aguas de Antofagasta a efectos de determinar los costos definitivos de la empresas prestadoras, conforme al sistema regulado en el inciso 5° del artículo 8° del Decreto con Fuerza de Ley N° 70 de 1989, Título I, con incidencia en el cliente final del servicio, por lo que existe interés público en su conocimiento.

Por consiguiente, una vez concluido el proceso tarifario, la Superintendencia de Servicios Sanitarios carecía de atribuciones para discernir sobre el carácter público o privado del contenido de los documentos, por tratarse de antecedentes o informes del proceso tarifario; es decir, el deber de confidencialidad, como límite temporal definido en la ley y que le era exigible, se agotó al tiempo de concluir el acto administrativo.

**12°.-** Que, el interés público que se protege no está dado, en este caso, por el solo hecho que la información se encuentre en poder de la Administración sino por la relevancia que tales antecedentes tienen dentro de las competencias del órgano respectivo, y - además - por ser el antecedente directo y esencial de un acto administrativo, como lo dispone el artículo 5° de la Ley de Transparencia, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 18.575, es decir, se hallan en poder de un órgano administrativo y constituye o es parte de los fundamentos del acto o resolución – decreto tarifario -, desde que inciden de manera directa en los costos financieros de la empresa prestadora y la regulación sectorial definitiva.

**13°.-** Que por todo lo antes razonado no se advierte ilegalidad en la Decisión de Amparo que se impugna, razón por la cual las reclamaciones deben ser rechazadas.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, a lo que disponen los artículos 28 y 29 de la Ley 20.285, sobre acceso a la Información Pública, **se rechazan las reclamaciones interpuestas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios a fojas 41 y por la sociedad Aguas de Antofagasta S. A., a fojas 169, contra la decisión que fuera adoptada por el Consejo Para La Transparencia, recaída en Amparo C515-11.-**

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redactó la ministro señora González Troncoso.

Rol N° 9347-2011 (acumulada la Rol N° 9368-2011)

Pronunciada por la **Novena Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Jorge Zepeda Arancibia, e integrada por los ministros señor Mario Rojas González y señora Jessica González Troncoso.