

DECISIÓN AMPARO ROL C515-11**Entidad pública:** Superintendencia de Servicios Sanitarios, SISS**Requirente:** Mónica González Mujica**Ingreso Consejo:** 26.04.2011

En sesión ordinaria N° 293 del Consejo Directivo, celebrada el 26 de octubre de 2011, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del amparo Rol C515-11.

VISTOS:

Los artículos 5°, inc. 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de las Leyes N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1-19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; y los D.S. N° 13/2009 y N° 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante indistintamente el Reglamento y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia; lo dispuesto en la Ley N° 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, el D.F.L. N° 70/1988, del Ministerio de Obras Públicas, o Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios, el D.S. N° 453/1990, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento del D.F.L. N° 70/1988, y en el D.F.L. N° 382/1989, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la Ley General de Servicios Eléctricos.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 15 de marzo de 2011, doña Mónica González Mujica formuló ante la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante indistintamente SISS) una solicitud de información en los siguientes términos: *«[s]olicito el contrato de servicios sanitarios que realiza la empresa Aguas de Antofagasta S.A. con todos sus clientes “no regulados” (Minera Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Minera Rayrock y otros) que tenga en la región de Antofagasta. Solicito también que se adjunten los datos sobre el volumen de agua que se le suministra a cada uno de estos clientes “no regulados” de Aguas Antofagasta, qué tipo de agua se le suministra (cruda, potable, etc.) a los clientes “no regulados”, cual es la fuente de*

agua que se le suministra a estos clientes “no regulados” y si estos clientes “no regulados” mantienen otro tipo de contrato o acuerdo con Aguas Antofagasta S.A.»

- 2) **RESPUESTA:** La SISS respondió a la antedicha solicitud a través del Ordinario N° 1.304, de 11 de abril de 2011, al cual adjuntó una planilla denominada “Consumos de Clientes No Regulados de la Empresa Aguas Antofagasta S.A., año 2009”, que contiene seis columnas en la que se informa acerca de: nombre de la prestación, sistema, localidad, contratos vigentes (empresas), unidad y cantidad. En el mismo documento se informa acerca de las fuentes de aguas asociadas a la venta de agua cruda y de agua potable.
- 3) **AMPARO:** El 26 de abril de 2011 don Pablo Gómez Edwards, quien señaló obrar en representación de doña Mónica González Mujica, dedujo ante este Consejo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la SISS, en el cual argumentó que:
 - a) La SISS entregó la información solicitada sólo de manera parcial, por cuanto se excusó de entregar copia de los contratos solicitados, infringiendo con ello el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, que presume pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado.
 - b) Los contratos en cuestión debiesen obrar en poder de la SISS, conforme a lo que prescribe la Ley General de Servicios Sanitarios —D.F.L N° 382/1989 del Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP)— en sus artículos 47D Y 47F. Añade al efecto que por definición propia la SISS ejerce funciones de fiscalización o supervigilancia sobre las empresas concesionarias de agua potable, de suerte que resulta imprescindible que cuente con los contratos consultados, ya que de otro modo la fiscalización sería inexistente.
- 4) **SUBSANACIÓN:** En conformidad a lo prescrito en el artículo 46, inciso segundo, del Reglamento de la Ley de Transparencia, este Consejo Directivo acordó requerir al reclamante que subsanara su amparo, en el sentido de acreditar la personería que señaló investir, en conformidad a lo prescrito en el artículo 22 de la Ley N° 19.880, materializándose tal requerimiento en el Oficio N° 1.053, de 3 de mayo de 2011. El reclamante dio cumplimiento a lo requerido el 6 de mayo de 2011, acompañando la documentación respectiva. Además, en la misma fecha indicada se requirió a la solicitante que ratificara lo obrado en su nombre, quien accedió a tal requerimiento mediante presentación de esa misma fecha.
- 5) **TRASLADO A LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS:** En virtud de lo anterior, este Consejo Directivo declaró admisible el amparo, trasladándolo a la Sra. Superintendente de Servicios Sanitarios, mediante el Oficio N° 1.128, de 11 de mayo de 2011, quien por su parte, no formuló las observaciones y descargos en el término contemplado en el artículo 25 de la Ley de Transparencia. No obstante ello, dicha autoridad a través del Ordinario N° 3.115, de 27 de julio de 2011, señaló a este Consejo que a la fecha de presentación del amparo, el organismo se encontraba en plena implementación de un nuevo sistema de gestión documental cuya operación y aprendizaje requirió un periodo de tiempo, lo cual le impidió evacuar oportunamente sus descargos. Agregó, que si bien la solicitud dice relación con información que reviste carácter público a la luz de lo prescrito en el artículo 5° de la Ley de Transparencia, es manifiesto que contiene información cuya publicidad podría afectar los derechos de terceros, por lo que previo a evacuar los descargos, estima pertinente dar aplicación al procedimiento contemplado en el artículo 20 del mismo cuerpo legal,

para cuyo efecto solicitó la ampliación del plazo contemplado en la norma citada. Tal solicitud fue acogida por este Consejo Directivo a través del Oficio N° 1.984, de 10 de agosto de 2011, otorgándosele a la SISS como plazo máximo para evacuar sus descargos el 16 de agosto del año en curso, y se le requirió, además, acompañar bajo la reserva del artículo 26 de la Ley de Transparencia, los contratos comprendidos en la solicitud.

6) **OPOSICIÓN DE LA EMPRESA AGUAS DE ANTOFAGASTA S.A. ANTE LA SISS:** La SISS comunicó la solicitud de información a la empresa Aguas Antofagasta S.A, mediante el Ordinario N° 3.132, de 28 de julio de 2011. Por su parte, dicha empresa a través de presentación de 1° de agosto de 2011, manifestó ante el mencionado órgano su oposición a la entrega de la información requerida, argumentando, en resumen, lo siguiente:

- a) La divulgación de los contratos solicitados puede afectar los derechos de la empresa, por cuanto ellos contienen información estratégica y confidencial sobre las políticas comerciales aplicadas por la empresa con respecto a los clientes libres que no se encuentra sujetos a regulación. En este sentido agrega que la divulgación de esos contratos o de la información contenida en ellos acarrearía un debilitamiento en la posición comercial de la empresa y un grave daño a su patrimonio, lo cual se traduciría en una vulneración de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.
- b) Enfatiza que los contratos en cuestión se refieren a actividades que no se encuentran sujetas a regulación, pues se realizan en un mercado libre y competitivo, por lo que su uso o publicación por parte de un tercero, aún cuando no sea mal intencionada o con ánimo de abuso, conlleva un factor desequilibrante en las condiciones de mercado donde libremente participa Aguas de Antofagasta S.A., pudiendo provocar también un potencial perjuicio patrimonial a las contrapartes de dichos contratos.
- c) Indica que la información requerida fue entregada a la SISS haciendo expresa reserva de su confidencialidad, y con el único objeto que ella pudiera ser utilizada en el marco de los procesos tarifarios recientes como elemento de validación de la información entregada por la empresa, de suerte que cualquier otra información derivada de los contratos que actualmente posee la SISS y que diga relación con clientes libres, no son materia de regulación ni de fiscalización por parte de la SISS, y consiguientemente, no caben dentro de las hipótesis de publicidad establecidas en el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley de Transparencia.

7) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DE LA SISS:** El 17 de agosto de 2011, mediante el Oficio N° 3.404, la SISS formuló sus observaciones y descargos en los siguientes términos:

- a) Indica que atendida la naturaleza de la información requerida, procedió a dar aplicación al procedimiento contemplado en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, comunicando la solicitud de información a la empresa Aguas de Antofagasta S.A., a través del Ordinario N° 3.132, quien, a su turno ejerció en tiempo y forma su derecho de oposición, solicitando a la SISS mantener la confidencialidad de los contratos solicitados.

- b) Señala que efectivamente los documentos solicitados se refieren a actividades que no se encuentran dentro del ámbito de regulación de los servicios sanitarios, y por lo tanto, no pueden ser fiscalizadas por la SISS, dado que son informados para fines específicos previstos en la ley, al considerar un descuento en la tarifa, en la medida que la infraestructura que se utilice para la ejecución del contrato en cuestión sea utilizada para la entrega de servicios sanitarios.
- c) Al efecto, cita jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, señalando que el criterio adoptado en distintas decisiones a efectos de establecer la afectación de los derechos y bienes jurídicos protegidos por las causales de reserva, ha sido establecer, a partir de la publicidad de la información requerida, la existencia de un daño actual, probable y específico a uno o más de tales derechos o bienes jurídicos, precisando que en el caso *sub lite* tanto la empresa Aguas de Antofagasta S.A. como las demás entidades privadas con las que ésta ha contratado, podrían ver dañados sus derechos patrimoniales en los términos que ellas mismas han señalado, particularmente su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, toda vez que, de publicitarse el contenido de los convenios en cuestión, se los deja en una situación vulnerable y desigual con respecto a sus pares.
- d) Conforme a lo anterior, concluye que los contratos en cuestión no son de aquellos que corresponde divulgar por la SISS, por cuanto ésta los conoce únicamente con el fin específico que establece la ley, agregando que la labor fiscalizadora que el servicio realiza en dichas materias podría verse afectada si es que los antecedentes que sus fiscalizados entregan de manera confidencial para estos efectos son publicados.

El 30 de agosto de 2011, mediante el Oficio N° 2.227, este Consejo solicitó a la SISS complementar sus descargos a efectos de que acompañara: (i) copia de todos los documentos incluidos en el procedimiento de notificación a la empresa Aguas Antofagasta; (ii) copia de los contratos objeto de la solicitud. Dicho organismo, a través del Oficio N° 3.726, de 14 de septiembre de 2011, acompañó la información solicitada y reiteró el carácter reservado que, a su juicio, tendría la información requerida, para lo cual reiteró los argumentos vertidos en sus descargos.

- 8) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DE LOS TERCEROS INVOLUCRADOS:** En conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, este Consejo notificó la reclamación a los siguientes terceros involucrados: Aguas Antofagasta S.A. (mediante el Oficio N° 2.217, de 30.08.2011); Minera Spence (mediante el Oficio N° 2.225, de 30.08.2011); Empresa Minera Anglo American, división Mantos Blancos (mediante el Oficio N° 2.219, de 30.08.2011); Minera El Tesoro (mediante el Oficio N° 2.220, de 30.08.2011); Empresa Sierra Miranda (mediante el Oficio N° 2.216, de 30.08.2011); SQM Nitratos (mediante el Oficio N° 2.223, de 30.08.2011); Minera Rayrock (mediante el Oficio N° 2.218, de 30.08.2011); Minera Esperanza (mediante el Oficio N° 2.221, de 30.08.2011); Minera Cerro Dominador (mediante el Oficio N° 2.222, de 30.08.2011); Empresa Bayesa (mediante el Oficio N° 2.224, de 30.08.2011). Algunos de dichos terceros formularon sus observaciones o descargos, en los términos que se indican a continuación:

- a) MINERA SPENCE: Mediante presentación de 21 de septiembre de 2011, manifestó no oponerse a la entrega de la información requerida, por cuanto señaló que dicha información consta en una fuente accesible al público.
- b) BAYESA S.A.: A través de presentación de 27 de septiembre de 2011, señaló que no mantiene contrato alguno con la empresa Aguas Antofagasta S.A.
- c) AGUAS ANTOFAGASTA S.A.: Mediante presentación de 21 de septiembre de 2011, formuló sus observaciones y descargos, argumentando, en resumen, lo siguiente:

En primer término, y a modo de contexto señala que:

- i. Conforme a lo establecido en la cláusula trigésimo octava del Contrato de Transferencia, mediante el cual ECONSSA transfirió a Aguas de Antofagasta S.A. el derecho de explotación de concesiones sanitarias, se transfirieron también a esta última los contratos de venta de agua no regulados, celebrados por la primera, y que se encontraban vigentes a la fecha de la transferencia. Adicionalmente, en la cláusula cuadragésimo primera del mencionado contrato, se facultó a Aguas de Antofagasta S.A. para desarrollar actividades referidas a la producción y comercialización de agua cruda con clientes no regulados, en los términos que contemple la legislación sanitaria y de acuerdo a las instrucciones que imparta la Superintendencia de Servicios Sanitarios y/u otras entidades fiscalizadoras.
- ii. Los servicios no regulados en referencia se enmarcan dentro de la facultad que el artículo 8°, inciso 2° del D.F.L. MOP N° 382/88 (Ley General de Servicios Sanitarios) le reconoce a los concesionarios; asimismo, el artículo 24 del D.F.L. MOP N° 70/88 (Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios) dispone que si el prestador sanitario desea dar servicios no obligatorios (no regulados), podrá convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones a que haya lugar.
- iii. Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario efectuar una precisión, ya que las ventas de agua cruda que Aguas de Antofagasta S.A. efectúa a sus clientes mineros, son negocios no regulados, que no deben confundirse — como lo hace la reclamante en su solicitud— con las ventas de servicios públicos sanitarios a Grandes Consumidores, que son aquellos regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley General de Servicios Sanitarios, artículos 47A a 47 H, y que corresponden a un servicio regulado.
- iv. En el marco de las disposiciones contractuales y legales indicadas, Aguas de Antofagasta S.A. 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 ECONSSA, los cuales constituyen acuerdos perfectamente lícitos, vigentes entre empresas privadas, y que por lo mismo, escapan a la regulación de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Manifiesta su oposición a la entrega de la información requerida argumentando en torno a lo siguiente:

- i. La solicitud de información se sustenta en un error conceptual, cual es creer que los contratos que Aguas de Antofagasta S.A. mantiene vigentes con sus clientes mineros, son aquellos regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley General de Servicios Sanitarios, artículos 47A a 47H, referidos a los Grandes Consumidores de servicios sanitarios, los cuales se encuentran sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, siendo su objeto la prestación de los servicios de distribución de agua potable o de recolección de aguas servidas, según queda claramente establecido en el inciso 1° del artículo 47 A de la misma ley.
- ii. Lo que vende Aguas Antofagasta S.A. a sus clientes mineros es agua cruda, para uso industrial, y que no corresponde a ninguno de los 4 servicios públicos sanitarios definidos en los artículos 3° y 5° de la Ley General de Servicios Sanitarios, vale decir, producción y distribución de agua potable, y recolección y disposición de aguas servidas. Los contratos con dichos clientes constituyen un servicio no regulado, que no se rige por las normas aplicables a los servicios públicos sanitarios.
- iii. Conforme a lo establecido en los artículos 2° y 4° de la Ley N° 18.902, a la SSIS sólo le corresponde la fiscalización del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios por parte de los prestadores de tales servicios, mientras que la venta de agua cruda a empresas mineras no es un servicio sanitario.
- iv. La información requerida se encuentra excluida de la hipótesis de publicidad contemplada en el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, por cuanto a su respecto tiene lugar la causal de reserva contemplada en su artículo 21, N° 2, dado que la divulgación de la información solicitada afectaría de manera grave los derechos de carácter comercial o económico de la empresa.
- v. Al efecto indica que la información solicitada corresponde a contratos vigentes entre empresas privadas, referidos a una actividad económica no sujeta a regulación y que se desarrolla en el marco de un mercado competitivo como lo es el suministro de agua cruda a las empresas mineras en la II Región. Explica al efecto que concurren a este mercado diversos actores; en primer lugar, las propias empresas mineras, quienes participan ya sea como clientes del suministro de agua, o bien como suministradores a través de sus propias soluciones basadas en la explotación de sus derechos de aprovechamiento de agua o de plantas desaladoras de agua de mar, o de impulsiones de agua de mar sin tratar; concurren también los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, ya sea vendiendo sus derechos a las mineras o celebrando contratos de suministro de agua cruda con los mineros; por último, participan las empresas que operan servicios sanitarios en la región, como es el caso de Aguas de Antofagasta S.A., quienes participan vendiendo agua cruda proveniente de las fuentes de aguas continentales, de la desalación de agua de mar o del suministro de aguas servidas tratadas.
- vi. Los contratos solicitados por la reclamante contienen información estratégica, y por lo mismo, confidencial en relación al suministro de agua

cruda que Aguas de Antofagasta proporciona a sus clientes mineros, tales como precio, caudales y volúmenes comprometidos, plazos, garantías y demás condiciones relevantes.

- vii. La divulgación de esta información al mercado, aunque sea sin intención dolosa, causaría un daño irreparable en la posición comercial de Aguas Antofagasta 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 a los precios de venta a cada cliente, al caudal comprometido con cada uno, en qué punto se entrega el suministro, a las garantías exigidas y a los plazos de ampliación o término de cada contrato, así como en general a las demás condiciones comerciales de los mismos. Así, ¿qué impediría que los competidores se acerquen a esos clientes y les ofrezcan "mejorar" las condiciones?; otro tanto ocurre con los nuevos clientes que se van incorporando al mercado. En definitiva, sostiene que de entregarse la información, cualquier competidor sabría en qué condiciones la empresa está dispuesta a suministrar agua cruda para los efectos de de realizar una "oferta competitiva" por su parte.

Finalmente, para dar cuenta de las argumentaciones vertidas en sus descargos, acompaña la documentación pertinente.

- d) MINERA ESPERANZA y MINERA EL TESORO: Mediante presentación de 22 de septiembre de 2011, ambas empresas formularon sus observaciones y descargos en idénticos términos, argumentando, en resumen, lo siguiente:
 - i. Explican que el contrato celebrado entre Aguas de Antofagasta S.A. y Mineras El Tesoro y Esperanza, tienen por objeto la provisión de agua cruda, lo cual impide considerarlo un contrato de prestación de servicios sanitarios, desde que se entiende por agua cruda aquella no sometida a ningún tipo de tratamiento y susceptible de ser potabilizada. En este sentido, agrega que la Ley General de Servicios Sanitarios, sólo incluye dentro de su regulación a los contratos sanitarios, pues su artículo 1º, N° 1º dispone al efecto: *"Las disposiciones relativas a la explotación de servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y distribuir aguas servidas servicios denominados en adelante, servicios sanitarios"*.
 - ii. De esta manera, manifiestan que los contratos objeto de la solicitud no son susceptibles de ser calificados como contratos de servicios sanitarios, ya que no tienen por objeto regular la producción o distribución de agua potable, como tampoco la recolección y disposición de aguas servidas, ni tienen por objeto la entrega de alguno de esos servicios sanitarios a un cliente no regulado como serían las Mineras El Tesoro o Esperanza.
 - iii. Por otra parte, señala que el artículo 10, inciso segundo, de la Ley de Transparencia sólo alude a los contratos que celebra la Administración del Estado con un particular, sin que pueda extenderse su texto a los contratos entre particulares, y que por distintas razones obren en su poder. Agrega que la simple circunstancia que un contrato entre particulares esté en poder de la Administración, no lo transforma en un documento de acceso público,

al no encontrarse incluido dentro de los actos a los que se puede acceder a través del ejercicio del derecho de acceso a la información. Por lo tanto, sostiene que los contratos en cuestión se encuentran regidos por el Derecho Privado, y en ese sentido se encuentran excluidos de la competencia de la SISS.

- iv. Expresa que los contratos requeridos tampoco pueden calificar dentro de lo que ley considera como *toda información elaborada con presupuesto público, cualquier sea el formato o soporte que se contenga*, desde que es obvio que el contrato no fue elaborado de ese modo, que se contenga en un determinado soporte. Agrega, que si bien se podría entender lo contrario al considerar el contenido del artículo 5° de la Ley de Transparencia, en cuanto define el contenido del principio de acceso a la información pública en términos aparentemente más amplios que el artículo 10, su tenor no lo hace aplicable a los contratos en cuestión, puesto que no se trata de actos que obren en poder de la SISS a efectos de ser fundamento, sustento o complemento directo y esencial de un acto administrativo.
- v. Cita el contenido del artículo 5° de la Ley de Transparencia, señalando que de acuerdo a su tenor, la información o antecedentes contenidos en los contratos tampoco pueden ser considerados como públicos, toda vez que no se trata de información que *obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación, o procesamiento*. Ello, por cuanto la Ley se refiere a información elaborada por el órgano público o por un particular, sin que dentro de la misma pueda ser considerado como tal un contrato.
- vi. Por lo anterior, argumenta que el contrato en cuestión o los celebrados con Aguas de Antofagasta S.A. sobre servicios que no constituyen prestación de servicios sanitarios, se encuentra regidos por el Derecho Privado y en ese sentido se encuentran excluidos no solo de la competencia de la SISS, sino que también del Consejo para la Transparencia, de suerte que no puede invocarse respecto de ellos la procedencia de la transparencia pasiva.
- vii. Por último, y en subsidio de lo anterior, se opone a la entrega de la información requerida en virtud de la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. Al efecto precisa que la entrega de la información afecta a la empresa en el ámbito comercial o económico ya que lo que ha pactado con la empresa Aguas de Antofagasta S.A. forma parte de su estrategia para enfrentar sus procesos productivos en la industria extractiva del cobre. Además, la entrega de la información solicitada, eventualmente puede afectar la libre competencia entre actores que concurren tanto en el segmento de comercialización del agua cruda para uso industrial y en el mercado de la producción de cobre, en el cual el agua se constituye como un insumo vital.

Y CONSIDERANDO:

I. IDENTIFICACIÓN DE LA MATERIA DEBATIDA.

- 1) Que si bien la solicitud de información de la especie se refirió a otros materias —tales como (i) volumen, tipo y fuente del agua que la empresa Aguas de Antofagasta S.A suministra a cada una de las empresas mineras indicadas por la reclamante; y (ii) existencia de otros convenios celebrados entre las mismas partes— la presente reclamación se circunscribe sólo a los contratos celebrados entre la empresa Aguas de Antofagasta S.A. y las empresas mineras que indicó el reclamante, denominadas convencionalmente “clientes no regulados”.
- 2) Que para comprender qué información se está solicitando conviene hacer una revisión somera de las actividades relacionadas con el suministro de agua en las que participa o interviene la empresa Aguas de Antofagasta S.A. en la Región de Antofagasta:
 - a) En el sector regulado que comprende la prestación de servicios públicos sanitarios, cuyas características responden a las de un monopolio natural, sujeto al régimen de fijación de tarifas —conforme dispone el artículo 1° del D.F.L. N° 70/1988, del MOP, o Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios— la empresa Aguas de Antofagasta S.A. interviene como proveedor exclusivo, en cuanto titular de la concesión para la explotación de servicios públicos sanitarios¹, comprendiendo su actividad las etapas propias del tratamiento de aguas, esto es, por una parte, la producción y distribución de agua potable, denominadas genéricamente “servicios de agua potable”; y por otra, la recolección y disposición de aguas servidas, comprendidas dentro de la denominación genérica “servicios de alcantarillado”².
 - b) En este mercado el Capítulo III (artículos 47A a 47H) del D.F.L N° 382/1989, MOP, que establece la Ley General de Servicios Sanitarios, contempla un régimen especial aplicable a ciertos usuarios de servicios públicos sanitarios que denomina “grandes consumidores”. Este supone que las empresas concesionarias que ejercen actividades de distribución de agua potable y de

¹ A este respecto el artículo 4° del D.F.L N° 382, dispone: «Estarán sujetos al régimen de concesiones todos los prestadores de servicios sanitarios definido en el artículo 5° de esta ley, cualquiera sea su naturaleza jurídica, sean de propiedad pública o privada».

² Sobre el particular, el artículo 3° del D.F.L N° 382, preceptúa: «Se entiende por producción de agua potable, la captación y tratamiento de agua cruda, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas. Se entiende por distribución de agua potable, la conducción del agua producida hasta su entrega en el inmueble del usuario. Se entiende por recolección de aguas servidas, la conducción de éstas desde el inmueble del usuario, hasta la entrega para su disposición. Se entiende por disposición de aguas servidas, la evacuación de éstas en cuerpos receptores, en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas, o en sistemas de tratamiento». A su turno, el artículo 5° del mismo cuerpo legal establece: «Es servicio público de producción de agua potable, aquel cuyo objeto es producir agua potable para un servicio público de distribución. Es servicio público de distribución de agua potable, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Es servicio público de recolección de aguas servidas, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación. Es servicio público de disposición de aguas servidas, aquel cuyo objeto es disponer las aguas servidas de un servicio público de recolección». Es preciso señalar que mediante el D.S. N° 97/2004, del MOP, Aguas Antofagasta S.A. adquirió el derecho a explotar los servicios públicos de producción y distribución de agua potable, recolección y disposición de aguas servidas, excluida la disposición de las aguas servidas de las ciudades de Antofagasta y Calama

recolección de aguas servidas deben permitir el uso de sus redes por parte de las empresas concesionarias de servicios de producción de agua potable y disposición de aguas servidas que contraten directamente la prestación del servicio respectivo con los grandes consumidores, quienes pueden actuar como clientes libres conviniendo con los prestadores, a través de contratos, tarifas y condiciones de servicio distintas a las fijadas por la autoridad.

- c) Por otra parte, en el área constituida por el mercado de agua cruda o no tratada, cuya estructura responde a la de un mercado que se desenvuelve bajo condiciones de competencia, no sujeto al régimen de regulación tarifaria, Aguas de Antofagasta S.A. interviene como un competidor más que provee agua cruda para uso industrial, fundamentalmente a empresas del rubro minero, e interactúa con otros agentes que, en cuanto titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, actúan como competidores en el mismo mercado. Así lo admite el artículo 24 de la Ley de Tarifas del Sector Sanitario (*“Si el prestador desea dar servicios no obligatorios podrá convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones a que haya lugar”*).
- 3) Que del tenor de los descargos formulados por la empresa Aguas de Antofagasta S.A, así como de la información remitida por la SISS a esta sede, puede establecerse que dicha empresa ha celebrado con algunas de las empresas mineras a que se refiere la solicitud contratos cuyo objeto es, en general, la venta o suministro de agua cruda para uso industrial, precisando dicha empresa que éstos no guardan relación alguna con la prestación de servicios sanitarios a los usuarios denominados “grandes consumidores”. Por ello hizo presente que la reclamante habría incurrido en una confusión o imprecisión en su solicitud al haber otorgado a dichos contratos esta última connotación. Con todo, cabe hacer presente que el contrato celebrado entre Aguas de Antofagasta S.A. y la empresa minera Rayrock Ltda. dice relación con el suministro de agua potable.
- 4) Que, si bien la requirente alude en su solicitud a los *contratos de servicios sanitarios* celebrados entre la empresa Aguas de Antofagasta S.A. y las empresas mineras que especificó —que según lo precisado en el considerando precedente no tienen tal connotación— este Consejo, en atención a los restantes puntos que comprendió la solicitud, así como en virtud de los principios de máxima divulgación y de facilitación que rigen el derecho de acceso a la información pública, conforme establece el artículo 11, letras d) y f) de la Ley de Transparencia, estima pertinente reconducir la solicitud a los contratos relativos al suministro o venta de agua cruda o de agua potable. De este modo, no cabe sino desechar la pretensión formulada por las empresas Minera Esperanza y el Tesoro, en orden a que correspondería el rechazo del presente amparo al no existir la información solicitada.

II. EL PROCESO DE FIJACIÓN DE TARIFAS EN EL SECTOR SANITARIO.

- 5) Que, a modo de contexto, se explicará el proceso tarifario del sector sanitario. En este sector la autoridad sectorial es la SISS, que fiscaliza a las empresas que explotan el servicio público sanitario. Entre otras funciones le compete determinar las fórmulas tarifarias que permitirán calcular los precios máximos a cobrar por las empresas concesionarias en la prestación de los servicios sanitarios y que se fijarán por D.S. del Ministerio de Economía, ciñéndose al procedimiento que establece la Ley de Tarifas del Sector Sanitario y su Reglamento, y cuyas bases son las siguientes:

- a. El esquema aplicado en este sector es el de la «Empresa Modelo Eficiente», que «...busca “emular” la competencia en los mercados en que existen monopolios naturales. Para ello utiliza el criterio de tarificación a costo marginal con lo que se busca alcanzar la eficiencia asignativa... En el proceso de fijación tarifaria se utiliza una empresa de referencia hipotética eficiente que comienza sus operaciones en ese momento»³. Así, el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios establece que: «Los costos involucrados en la determinación de las fórmulas tarifarias se estimarán en base a una empresa modelo. Se entenderá por empresa modelo, una empresa prestadora de servicios sanitarios diseñada con el objeto de proporcionar en forma eficiente los servicios sanitarios requeridos por la población, considerando la normativa y reglamentación vigentes y las restricciones geográficas, demográficas y tecnológicas en las cuales deberá enmarcar su operación. Asimismo deberá considerar las interconexiones posibles entre prestadores establecidos en el Decreto con Fuerza de Ley N° 382, del Ministerio de Obras Públicas. Los costos que se considerarán en el cálculo de las tarifas de cada una de las etapas del servicio sanitario serán aquellos en que incurra la empresa modelo correspondiente». Pues bien, a efectos de fijar las tarifas del sector en base a este modelo, la SISS y la empresa prestadora deben intercambiar flujos de información en el marco del procedimiento administrativo que se describe a continuación.
- b. La Ley de Tarifas (Título I) y su Reglamento (Títulos I y II) contemplan las distintas etapas del procedimiento administrativo para determinar las fórmulas tarifarias. Cada proceso se inicia con la formulación de las bases del respectivo estudio⁴ que, una vez publicadas, pueden ser objeto de observaciones por quienes tienen interés comprometido en el proceso tarifario respectivo. Una vez definidas las bases tanto la empresa como la SISS desarrollan sus respectivos estudios⁵, finalizados los cuales se intercambian. La empresa puede formular observaciones al estudio de la SISS, que pueden ser acogidas o rechazadas por esta última, luego de lo cual sucede un proceso de negociación, que puede finalizar, como última etapa, con un acuerdo. En caso de mantenerse todas o algunas de las discrepancias las dirimirá una Comisión de Expertos.
- 6) Que el último proceso tarifario mediante el cual se fijaron fórmulas tarifarias para los servicios de producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas para la empresa concesionaria Aguas de Antofagasta S.A., fue concluido mediante la dictación del D.S. N° 67, de 6 de junio de 2011, del Ministerio

³ SÁNCHEZ, José & CORIA, Jéssica. *Definición de la Empresa Modelo en Regulación de Monopolios en Chile*. Ministerio de Economía de Chile, 2003, p. 2. Disponible en: <http://www.economia.cl/2011/03/10/definicion-de-la-empresa-modelo-en-regulacion-de-monopolios-en-chile.htm>

⁴ El artículo 5° del D.S. N° 453/1988, establece: «Transcurridos 30 días, contados desde la fecha de recepción por parte del prestador de las bases de cálculo (...), éste deberá hacer llegar a la Superintendencia los antecedentes necesarios para la realización de los estudios señalados en el artículo 3° de este reglamento».

⁵ Según el artículo 3° del D.S. N° 453/1988 «La Superintendencia de Servicios Sanitarios, en adelante la Superintendencia, realizará estudios para determinar las fórmulas tarifarias. Los prestadores, utilizando las mismas bases de los de los estudios de la Superintendencia, elaborarán sus propios estudios. En dichos estudios se determinarán los costos incrementales de desarrollo o los costos marginales de largo plazo, según corresponda, los costos totales de largo plazo, la tasa de costo de capital y las fórmulas tarifarias, constituidas estas últimas por las tarifas definitivas y sus respectivos mecanismos de indexación».

de Economía, fijándose las tarifas correspondientes al quinquenio 2011-2016. Cabe consignar que previo al último proceso tarifario descrito, desde el año 1990 a la fecha, respecto de las empresas ESSAN S.A. o su continuadora legal Aguas de Antofagasta S.A., han tenido lugar cuatro procesos de fijación tarifaria, los cuales culminaron con la dictación de los decretos tarifarios respectivos.

- 7) Que la SISS ha precisado que los contratos solicitados, si bien dicen relación con actividades comerciales desarrolladas por la empresa Aguas de Antofagasta S.A. en el mercado no regulado, y por lo mismo no sujetas a su fiscalización, le han sido remitidos por ésta para efectos de aplicar un descuento en la fijación de la tarifa regulada, al contemplar la utilización de infraestructura para la prestación de servicios regulados y no regulados. Con esto se alude al mecanismo de ajuste o separación de los costos de infraestructura que la SISS puede aplicar en el proceso de fijación tarifaria a efectos de determinar los costos definitivos de la empresa prestadora, cuando a consecuencia de la indivisibilidad de proyectos de expansión la infraestructura utilizada para la prestación de servicios sanitarios, sea también utilizada dicha empresa para realizar actividades de suministro de aguas no sujetas a regulación tarifaria⁶. De hecho, los contratos objeto de la solicitud contemplan cláusulas que facultan a la empresa Aguas de Antofagasta S.A. para suspender o disminuir el caudal de agua cruda comprometido: a) En caso que se vea afectada la calidad y continuidad de los servicios públicos sanitarios en las ciudades respectivas o se prevea la afectación, o b) Cuando por fallas del sistema disminuya la cantidad de agua disponible para la prestación del servicio regulado.
- 8) Que, en este contexto, puede concluirse que los contratos objeto de la solicitud han sido entregados por la empresa Aguas de Antofagasta S.A. a la SISS en el marco del último procedimiento de fijación tarifaria, o, bien, con ocasión de procesos tarifarios anteriores, a efectos de ilustrar a la autoridad respecto de los costos de la empresa prestadora, y en tal carácter han sido objeto de estudio por parte de dicha autoridad, por lo que constituirían, indefectiblemente, parte del fundamento de la decisión adoptada por la autoridad en orden a la fijación de las fórmulas tarifarias aplicables a dicha empresa.
- 9) Que, identificada la información solicitada, corresponde a continuación determinar si las argumentaciones vertidas por la SISS o las oposiciones esgrimidas por los terceros, son causa suficiente para decretar el secreto o reserva de la misma.

III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DEL ART. 21 N° 1 DE LA LEY DE TRANSPARENCIA.

- 10) Que la SISS, junto con aseverar que mantiene en su poder los contratos requeridos únicamente con el fin específico que establece la ley, ha indicado que la labor fiscalizadora que realiza en el ejercicio de sus atribuciones podría verse afectada si los antecedentes, que sus fiscalizados entregan de manera confidencial para estos efectos, son divulgados. Con ello parece referirse —aunque indirectamente— a que la divulgación de los contratos solicitados supondría la afectación del debido cumplimiento de las funciones de la SISS, por lo que en ejercicio de la facultad que confiere a este Consejo el artículo 33, literal j) de la Ley de Transparencia, dicha

⁶ El artículo 8°, inciso 5°, del D.F.L N° 70/1989 —Título I “De las Tarifas”— establece al efecto: «Sin perjuicio de lo anterior si por razones de indivisibilidad de proyectos de expansión, éstos permitieran también satisfacer, total o parcialmente, demandas previstas de servicios no regulados que efectúe el prestador, se deberá considerar sólo una fracción de los costos correspondientes, para efectos del cálculo de las tarifas. Dicha fracción se determinará en concordancia con la proporción en que sean utilizados los activos del proyecto por los servicios regulados y no regulados».

alegación se entenderá reconducida a la casual de reserva contemplada en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, debiendo analizarse, por tanto, la procedencia de esta última.

- 11) Que, la SISS no ha precisado la manera como se vería afectado el debido cumplimiento de sus funciones de divulgarse los contratos requeridos. Conforme el criterio establecido por este Consejo en virtud del principio de apertura o transparencia, consagrado en el artículo 11 c) de la Ley de Transparencia, la carga de acreditar de las circunstancias de las que depende la concurrencia de una causal de secreto o reserva que releve del deber de entregar la información corresponde a quien la alega, esto es, al órgano público, o al tercero que se opone a la entrega de la información, sin que basten puras afirmaciones como las realizadas por la SISS (p. ej., decisiones Roles A1-09, A39-09 y A7-09). Sin perjuicio de lo anterior, no se estima que las empresas fiscalizadas pudieran inhibirse de remitir la información solicitada a la SISS en lo sucesivo, pues su entrega no es voluntaria. Por el contrario, aquella tiene potentes facultades para obtener su entrega, por lo que se rechazará este argumento⁷.
- 12) Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, y a mayor abundamiento, cabe señalar que la Ley de Tarifas dispone, respecto de la etapa de estudios del procedimiento de fijación tarifaria, que: *«Los estudios del prestador y de la Superintendencia, conteniendo sus fundamentos, antecedentes de cálculo y resultados, serán puestos en mutuo conocimiento, en la fecha, hora y lugar que señale el Superintendente, en presencia de un Notario Público. El Notario certificará el hecho del intercambio y procederá a rubricar una copia de la documentación, en todas sus fojas, que guardará bajo su custodia en sobre cerrado y sellado»*. A su turno, el inciso 8° de la disposición citada dispone: *«Una vez informado el dictamen a que se refiere el inciso anterior, el Superintendente, certificando este hecho, deberá requerir al Notario correspondiente la entrega de toda la documentación guardada bajo su custodia.»* Finalmente, el inciso 9° del precitado artículo 10, refiriéndose a la generalidad de los antecedentes utilizados en el proceso de fijación tarifaria preceptúa: ***«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 de fijación tarifaria»***. Respecto de esta regla de publicidad debe señalarse lo siguiente:
 - a. Esta norma, pese a ser anterior a la vigencia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 —que consagró en la Carta Fundamental el principio de publicidad— y la Ley de Transparencia, debe ser interpretada a

⁷ En efecto, el artículo 55 de la Ley General de Servicios Sanitarios establece: *«Los prestadores quedarán sujetos a la supervigilancia y control de la entidad normativa. Para tales efectos, ésta podrá pedir informes e inspeccionar los servicios, requerir los diseños correspondientes a los proyectos incorporados en el programa de desarrollo, revisar o auditar su contabilidad y, en general, adoptar las medidas necesarias para velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. Los prestadores deberán remitir anualmente a la entidad normativa, en la fecha que ésta fije, una nómina de las obras puestas en explotación durante el año y los montos de inversión, especificando, además, las obras ejecutadas de conservación, reparación y reemplazo de los bienes afectos a la concesión»*. A su turno, su inciso tercero dispone: *«El no acatamiento por parte de los prestadores de servicios sanitarios, de las obligaciones y plazos establecidos por la ley respecto de las concesiones a que se refiere este cuerpo legal, así como de las órdenes escritas y requerimientos, debidamente notificados, y plazos fijados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en ejercicio de las atribuciones que la ley le encomiende, en relación a la misma materia, podrá ser sancionado con multas, las que quedarán a beneficio fiscal y se regirán por las normas del Título III de la ley N° 18.902»*.

la luz de ambos cuerpos legales, de manera de obtener una interpretación armónica y sistemática. En esta línea de razonamiento se advierte del contexto de las demás disposiciones citadas en el considerando precedente que en ella responde a igual lógica que la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, cuya aplicación e interpretación debe ser restrictiva.

- b. En efecto, mediante dichas normas se establecen, primero, medidas tendientes a resguardar ciertos antecedentes acompañados al proceso de fijación de tarifas, en tanto no se haya adoptado la decisión definitiva sobre la materia, para luego declarar que una vez adoptada la decisión, dichos antecedentes tienen carácter público. Todo lo anterior permite concluir que mediante dichas normas el legislador ha pretendido cautelar el debido cumplimiento de las funciones del órgano en el marco del proceso decisional que supone la fijación de tarifas.
- c. Pues bien, conforme lo ha resultado reiteradamente este Consejo (*vgr.* en las decisiones de los amparos roles A297-09, A47-09, C248-10, C737-10) dicha causal supone la concurrencia de dos requisitos copulativos: (i) existencia de un proceso decisional no concluido destinado a la adopción de una medida, política o resolución; y (ii) afectación del debido cumplimiento de las funciones del servicio como consecuencia del conocimiento de los antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de la decisión.
- d. Desde esta perspectiva no cabe sino concluir que los contratos requeridos constituyen información pública, toda vez que, según se ha señalado, han constituido antecedentes acompañados al último proceso de fijación tarifaria, o a procesos anteriores, respecto de los cuales la decisión respectiva en orden a la fijación de las formulas tarifarias ya fue adoptada a través de los decretos tarifarios correspondientes, lo que descarta el primer requisito de la causal, sin perjuicio que tampoco se aprecia el supuesto de afectación del debido cumplimiento de las funciones de la SISS.

13) Que, con todo, la regla de publicidad anotada no puede interpretarse en términos absolutos, sino sólo en función del bien jurídico que busca cautelar, por lo que ha de entenderse que ella es sin perjuicio del carácter reservado que puedan tener los antecedentes incluidos en el procedimiento de fijación tarifaria, a la luz de otras causales de reserva contempladas en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 21 de la Ley de Transparencia.

III. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DEL ART. 21 N° 2 DE LA LEY DE TRANSPARENCIA.

14) Que, por otro lado, debe analizar el mérito de las oposiciones de los terceros. Sin embargo, previo a ello debe señalarse que la reclamada, en el marco del procedimiento administrativo de acceso a la información, no dio cumplimiento cabal a la norma contemplada en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, por cuanto no comunicó la solicitud de información a las empresas mineras indicadas por la requirente a efectos de informarles acerca del derecho que les asistía para oponerse a la entrega de la información. Por otra parte, si bien efectuó tal comunicación a la empresa Aguas de Antofagasta S.A. lo hizo en exceso del plazo que establece la

norma y sólo con ocasión de la reiteración requerida por este Consejo (no obstante lo cual se tendrá por interpuesta la oposición de dicha empresa al formularse dentro del plazo legal contado desde que fuese notificada, no pudiendo perjudicarle la omisión del órgano requerido). Estas omisiones transgreden los principios de facilitación y oportunidad consagrados en el artículo 11, letras f) y h) de la Ley de Transparencia, lo que se representará a la Sra. Superintendente de Servicios Sanitarios.

- 15) Que Aguas de Antofagasta S.A. manifestó en esta sede su oposición a la entrega de la información en los mismos en que dedujo oposición ante la SISS. Habiéndose emplazado en esta sede a las empresas mineras co-contratantes a que se refirió la solicitud —Minera Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Minera Rayrock y Bayesa S.A.— sólo las empresas mineras “Esperanza” y “El Tesoro”, manifestaron en tiempo y forma, su oposición a la entrega de los contratos requeridos.
- 16) Que, en primer término, cabe abordar la principal alegación formulada por las empresas mineras Esperanza y El Tesoro en torno a que los contratos requeridos constituirían información a la que no le resulta aplicable la Ley de Transparencia, al tratarse, en su opinión, de contratos celebrados entre particulares que, por lo mismo, no podrían entenderse subsumidos en alguna de las hipótesis de publicidad contempladas en el artículo 5°, inciso segundo, y artículo 10, de la Ley de Transparencia. Sobre el particular se reitera la posición adoptada por la mayoría de este Consejo en el sentido que, encontrándose la información requerida en poder del órgano de la Administración del Estado, se configura la hipótesis general de publicidad contemplada en el artículo 5°, inciso 2°, de la Ley de Transparencia. Por tanto, dicha información se sujeta al régimen que establece este último cuerpo legal, presumiéndose pública, en principio, por ese solo hecho, de suerte que verificándose tal supuesto, sólo procede analizar si a su respecto se configuran una o más de las causales de secreto o reserva contempladas en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 21 de la Ley de Transparencia. En este sentido, cabe dar por reproducidos los razonamientos contenidos en los considerandos 10° y 16° de las decisiones de los amparos Rol A65-09 y A165-09, ambas de 6 de abril de 2010, con la prevención de que el Consejero Sr. Jorge Jaraquemada no comparte esta perspectiva, si bien concurre a lo decidido por las razones que se expresan al final de la decisión.
- 17) Que, los terceros que han ejercido su derecho de oposición —Aguas de Antofagasta S.A. y las Empresas Mineras Esperanza y El Tesoro— han invocado la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. Para analizar su procedencia conviene abordar por separado las argumentaciones expuestas por la empresa Aguas de Antofagasta S.A., por un parte, y las Empresas Mineras Esperanza y El Tesoro, por otra.
- 18) Que la empresa Aguas de Antofagasta S.A., para fundamentar la causal invocada, ha argumentado, en resumen, que: (i) los contratos requeridos contienen información estratégica y confidencial sobre las políticas comerciales aplicadas por la empresa respecto a sus clientes no regulados, que junto con ella intervienen en el libre mercado del suministro de agua cruda en la II Región de Antofagasta; (ii) la divulgación de dicha información generaría un desequilibrio en las condiciones de mercado, generando una posición desventajosa para la empresa frente a sus competidores; (iii) por lo tanto, la divulgación de la información requerida, le

ocasionaría un perjuicio en sus derechos comerciales o económicos, traducido en un daño patrimonial que lesionaría la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. En otras palabras, esta empresa alega que la divulgación de la información requerida afectaría sus derechos comerciales o económicos porque supondría revelar información concerniente a su estrategia empresarial. Con ello alude a los elementos constitutivos del denominado “secreto empresarial”, definido por el artículo 86 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, como “*todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”, no requiriéndose un título de protección para su invocación.

- 19) Que para decidir sobre la procedencia de la causal invocada en los términos expuestos es preciso evaluar los efectos comerciales o económicos que tendría revelar la información solicitada, determinando concretamente si ello supone divulgar un secreto empresarial. Sobre el particular, este Consejo ha reconocido que la divulgación de una información determinada afectaría este bien jurídico cuando (p. ej., decisiones roles A252-09, A114-09 y C887-10):
- a) Tiene un valor comercial por ser secreta, lo que significa que poseerla proporciona a su titular una ventaja competitiva que se vería afectada significativamente por la publicidad;
 - b) Se han hecho razonables esfuerzos para mantener su secreto;
 - c) No es generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza este tipo de información.
- 20) Que el órgano reclamado ha acompañado a esta sede copia de los contratos celebrados entre la empresa ESSAN S.A. —antecesora legal de Aguas de Antofagasta S.A.— o esta última, y las empresas mineras: Rayrock Ltda (1993), Sales de Nitratos S.A. (1997), SQM Nitratos (2003), Sierra Miranda Sociedad Contractual Minera (2009), Minera el Tesoro (2009), Compañía Minera RIOCHILEX S.A., incluyendo sus modificaciones. Asimismo acompañó copia de un contrato de transporte de agua industrial celebrado entre la empresa minera Mantos Blancos y ESSAN, el cual da cuenta de la celebración anterior de un contrato de suministro de agua industrial entre ambas empresas. En cuanto a su contenido, dichos contratos versan sobre el suministro o venta de agua no tratada para uso industrial, o suministro de agua potable (empresa Rayrock Ltda.) incluyendo, en términos generales, estipulaciones relativas a: caudal de agua comprometido por el prestador precisándose el máximo estipulado; suministro de caudales adicionales a los comprometidos; punto de entrega del caudal a suministrar (caudal de arranque); especificación del punto de conexión o lugar físico del empalme del arranque del caudal; lugar físico de conexión del caudal; obligaciones de mantenimiento y reparaciones del arranque; tarifa por metro cubico; pagos mínimos garantizados (mensual y anual); especificación del agua suministrada (no tratada); forma de medición del caudal; facturación mensual; cobros; garantías; cláusulas penales; suspensión o terminación anticipada del servicio. Algunos contratos establecen ciertas estipulaciones que se refieren al suministro del servicio regulado, admitiendo la suspensión o disminución de caudal comprometido en caso que se vea afecte o se prevea la afectación de la calidad y continuidad de los servicios públicos sanitarios en las ciudades respectivas, o cuando por fallas del sistema disminuya la cantidad

disponible para la prestación del servicio regulado. Asimismo, en el contrato celebrado con la empresa Rayrock Ltda. esta última se obliga a entregar anticipadamente los aportes reembolsables necesarios para financiar la ampliación de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio regulado.

21) Que, la revisión de los contratos señalados más arriba, a la luz de los criterios citados en el considerando 19° precedente, permiten a este Consejo establecer las siguientes conclusiones:

- a) Si bien los contratos en sus estipulaciones contienen información sobre aspectos vinculados a la prestación del suministro de agua cruda o potable por parte de la empresa Aguas de Antofagasta S.A. a empresas mineras, no se refieren al procedimiento industrial aplicado por la empresa para suministrar el servicio. En efecto, no incluyen las condiciones técnicas precisas de su proceso industrial, etapas de funcionamiento, métodos de operación, ubicaciones o caracterización específicas de la infraestructura utilizada, más allá de algunas descripciones necesarias 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.
- b) Aguas de Antofagasta S.A. ha sostenido que dar a conocer los contratos supondría revelar sus políticas comerciales aplicadas con respecto a los clientes no regulados, debilitándose su posición comercial. Ello debe ser desechado, pues las políticas comerciales para un determinado grupo de clientes suelen ser previas a las estipulaciones contractuales, siendo éstas más bien el resultado o efecto de las mismas, de manera que no es necesario que dichas políticas se develen en toda su dimensión en los contratos respectivos. Siendo así no puede suponerse que su divulgación implique revelar un secreto empresarial. También alega que el conocimiento de los contratos permitiría a sus competidores ofertar mejores condiciones a sus clientes o captar otros nuevos que se incorporen al mercado, pero ello es parte del libre juego de oferta y demanda de un mercado sujeto a un régimen de competencia.
- c) A mayor abundamiento, Aguas de Antofagasta S.A. no ha demostrado la realización de razonables esfuerzos tendientes a mantener en reserva la información contenida en los contratos. Por ejemplo no ha incorporado cláusulas de confidencialidad en los mismos. La alegación en torno a que entregó la información a la SISS con carácter de confidencial no encuentra respaldo legal alguno, ni desvirtúa que tales contratos se incorporan a un procedimiento tarifario para ser evaluados por la autoridad al adoptar una decisión administrativa, según ya se ha razonado. Por último, tampoco se han hecho valer circunstancias que permitan fundamentar que la información contenida en los contratos no es generalmente conocida ni fácilmente accesibles para personas introducidas en dicha industria. Es más, algunos contratos solicitados constan en escrituras públicas, de manera que podrían ser fácilmente accesibles por cualquiera a través del respectivo protocolo notarial o archivo judicial. Por último, al responder la solicitud la SISS entregó a la reclamante la información concerniente a volúmenes, tipo y fuente del agua suministrada a cada empresa, de suerte carece de sentido plantear su reserva.

- 22) Que, por lo tanto, los contratos requeridos no contienen información que pueda ser calificada como secreto empresarial, esto es, que proporcionen una ventaja competitiva que, de ser revelados, perjudicase el desenvolvimiento competitivo de la empresa en el mercado de agua cruda o de agua potable. No habiéndose desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre la información requerida, y tampoco presumiéndose el daño o afectación invocada, esta causal de reserva se desechará.
- 23) Que, por su parte, las empresas Esperanza y El Tesoro han invocado la causal de reserva del art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, precisando que la entrega de la información requerida les afectaría en el ámbito comercial o económico ya que lo pactado en estos contratos forma parte de su estrategia para enfrentar sus procesos productivos en la industria extractiva del cobre. Agrega que también podría afectarse la libre competencia entre actores que concurren tanto en el segmento de comercialización del agua cruda para uso industrial como en el mercado de la producción de cobre, pues en este último el agua es un insumo vital. Sin embargo, tales terceros no han acreditado suficientemente sus alegaciones por lo que serán rechazadas, siguiendo lo ya señalado en el considerando 11° de esta decisión. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que si bien revelar los contratos supone dar a conocer los precios que dichas empresas pagan por el agua como insumo industrial, en caso alguno implica divulgar la estructura de costos en que incurren las empresas durante en proceso industrial minero u otra información que pueda calificarse como secreto empresarial.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN LOS ARTÍCULOS 24 Y SIGUIENTES Y 33 LETRA B), DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

- I. Acoger el amparo interpuesto por doña Mónica González Mujica, en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, por los fundamentos precedentemente expuestos.
- II. Requerir a la Sra. Superintendente de Servicios Sanitarios:
- 1) Hacer entrega a la reclamante de los contratos que obren en su poder, relativos al suministro de agua cruda o tratada, celebrados entre las empresas Aguas de Antofagasta S.A., por una parte, y las empresas mineras Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Rayrock Ltda., Esperanza, Bayesa S.A., por otra.
 - 2) Cumplir dicho requerimiento dentro de un plazo que no supere los 10 días hábiles contados desde que quede ejecutoriado el presente acuerdo, bajo el apercibimiento de proceder conforme lo disponen los artículos 46 y siguientes de la Ley de Transparencia.
 - 3) Informar el cumplimiento de estos requerimientos, enviando copia de los documentos en que conste la entrega de información al domicilio Morandé N° 115, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago, o al correo electrónico

cumplimiento@consejotransparencia.cl, para efectos de verificar el cumplimiento de esta decisión.

- III. Representar a la Sra. Superintendente de Servicios Sanitarios no haber dado cumplimiento cabal al procedimiento de oposición contemplado en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, transgrediendo con ello los principios de facilitación y de oportunidad consagrados en los literales f) y h) del artículo 11 de la Ley de Transparencia, y requerirle que, en lo sucesivo, adopte las medidas administrativas para dar estricto cumplimiento a los plazos legales.
- IV. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a doña Mónica González Mujica, a la Sra. Superintendente de Servicios Sanitarios, y a las empresas Aguas de Antofagasta S.A. en el domicilio designado por esta en la presentación efectuada ante este Consejo con fecha 26 de septiembre de 2011; Empresa Minera Spence; Empresa Minera Mantos Blancos; Empresa Minera El Tesoro; Empresa Minera Esperanza; Empresa Minera Sierra Miranda; SQM Nitratos; Empresa Minera Rayrock Ltda. y Bayesa S.A.

VOTO CONCURRENTE DEL CONSEJERO DON JORGE JARAQUEMADA ROBLERO:

Este Consejero desea expresar que sin perjuicio de disentir de la posición mayoritaria expuesta en el considerando 16° de esta decisión, concurre igualmente a ella por las siguientes razones:

- 1) Como ya ha planteado en otras decisiones anteriores (p. ej., las recaídas en los amparos Roles C722-10, 866-10 y C839-10), la pura circunstancia de que una información obre en poder de un órgano de la Administración del Estado no la transforma en información pública, sujeta al principio de publicidad consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República. El carácter de público o reservado dependerá de su origen y naturaleza, pues perfectamente podría tratarse de información comprendida dentro de la esfera de privacidad de los particulares, que debe mantenerse en esa esfera de custodia y no darse a conocer.
- 2) No obstante la naturaleza privada inicial de la información que obre en poder de la Administración Pública, en algunos casos puede accederse a su divulgación a terceros cuando ha sido obtenida en ejercicio de las potestades del órgano respectivo y existe un interés público que lo amerite. Así ocurriría si la información obre en poder del órgano por la incidencia que tiene en la adopción de una decisión que éste ha adoptado.
- 3) Así ocurre en este caso. En efecto, la información aquí requerida, no obstante revestir carácter privado, es susceptible de ser alcanzada por el principio de publicidad no por el sólo hecho de obrar en poder de la SISS, sino por tratarse de uno de los antecedentes que dicho órgano ha tomado en consideración al ejercer su función de determinar las fórmulas tarifarias. Constituye, así, uno de los antecedentes que han informado la decisión administrativa adoptada al efecto, según se expone en el cuerpo de esta decisión (considerandos 5° a 8° precedentes) y que, como fundamento de la misma, quedan comprendidos dentro de la hipótesis de publicidad a que alude la mencionada norma constitucional, y el artículo 5° de la Ley de Transparencia.

VOTO CONCURRENTE DEL CONSEJERO DON JUAN PABLO OLMEDO BUSTOS: A efectos de reforzar el carácter de información pública que tienen los contratos solicitados este Consejero desea puntualizar que ha tenido en consideración lo siguiente:

- 1) Según se ha expuesto en los razonamiento de la mayoría, los contratos objeto de la solicitud han sido entregados por la empresa Aguas de Antofagasta S.A. a la SISS, a efectos de que esta última de aplicación, en el marco del procedimiento de fijación de formulas tarifarias, al artículo 8º, inciso 5º, la Ley de Tarifas (D.F.L N° 70) que contempla la posibilidad de separar los costos respecto de ambos servicios, en razón de la indivisibilidad de proyectos de expansión. Ello fuerza a concluir que los contratos en cuestión se vinculan con la infraestructura utilizada para la prestación del servicio sanitario, aspecto este último cuya publicidad ha reconocido el legislador, al establecer en el artículo 58, inciso quinto, de la Ley General de Tarifas (D.F.L N° 382/89) que *«los planes de desarrollo actualizados y los programas anuales de inversión de las empresas prestadoras serán públicos»*⁸.
- 2) Por otra parte, si bien los contratos solicitados dicen relación en su mayoría con el suministro de agua no tratada transada en un mercado libre pueden incidir potencialmente en la prestación del servicio público de suministro de agua potable, tal como lo evidencian sus cláusulas relativas a la posibilidad de suspender o dar por terminado el suministro de agua cruda, cuando ello envuelva el riesgo de afectar el suministro de agua potable. Además, dichos contratos inciden en último término —de la forma como se ha explicado en los razonamientos de la mayoría— en la fijación por parte de la SISS de las fórmulas tarifarias propias de un mercado monopólico.
- 3) Lo razonado precedentemente evidencia un interés público prevalente en la divulgación de dichos contratos, al permitir conocer diversos aspectos relevantes relacionados con la prestación de un servicio público monopólico, propiciando con ello el ejercicio de un adecuado nivel de control social sobre la materia. De ahí que el artículo 10, inciso 9º, de la Ley de Tarifas del sector sanitario, declare públicos los antecedentes utilizados en el proceso tarifario una vez fijadas las fórmulas tarifarias. En esta misma línea debe considerarse que los contratos en cuestión al referirse al suministro de agua, con prescindencia de la calidad de esta última, tienen como objeto un bien nacional de uso público, según prescribe expresamente el artículo 595 del Código Civil, cuya titularidad eminente corresponde al Estado de acuerdo al régimen consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, que solo confiere a los particulares, con intervención de la autoridad administrativa, un derecho para usar y gozar de ese bien. Lo cual también justificaría suficientemente su publicidad. Al ser los contratos solicitados un antecedente del proceso de fijación de tarifas sanitarias inciden en como la población accede a un insumo básico para la vida.
- 4) La publicidad aquí declarada se ve reforzada por la Resolución A/64/L.63/Rev.1 de la Asamblea General de Naciones Unidas declara, adoptada el de 28 de julio de 2010 y que declara *“(...) el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos...”*, exhortando a los Estados para que intensifiquen los esfuerzos *“...por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento”*. Siendo el

⁸ El D.F.L 382 en el artículo en referencia utiliza como sinónimas las expresiones “planes de desarrollo” y “programas de desarrollo”. Respecto de estos su artículo 14 establece que deben contener, a lo menos: a) descripción técnica general y un cronograma de las obras proyectadas para un horizonte de quince años; b) estimaciones de beneficios, costos, valor actualizado neto y rentabilidad asociados; y c) tarifas propuestas y aportes considerados.

acceso al agua un derecho humano fundamental resulta imprescindible conocer las condiciones para acceder a ella, pues esta información permitirá adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de este derecho. Así se materializa el carácter instrumental pero decisivo del derecho de acceso a la información pública.

En contra de la presente decisión procede, sólo de parte del reclamante o los terceros involucrados, la interposición del reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en el plazo de 15 días corridos, contados desde la notificación de la resolución reclamada, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. No procede, en cambio, el recurso de reposición establecido en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, según los fundamentos expresados por este Consejo en el acuerdo publicado en el Diario Oficial el 9 de junio de 2011.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Raúl Urrutia Ávila y los Consejeros don Jorge Jaraquemada Roblero y don Juan Pablo Olmedo. Se deja constancia que el Consejero don Alejandro Ferreiro Yazigi comunicó al Consejo Directivo, en forma previa al conocimiento del presente caso, la circunstancia de ser miembro del directorio de las empresas sanitarias ESSBIO S.A. y ESVAL S.A., a efectos de que ello fuera analizado al tenor del Acuerdo del Consejo para la Transparencia sobre Tratamiento de los Conflictos de Intereses, adoptado en la sesión N° 101, de 9 de junio de 2009, que hace aplicable a este Consejo el número 6 del artículo 62 de la LOCBGAE. Respecto de dicha invocación, los demás consejeros estimaron que no concurría interés o circunstancia que le restara imparcialidad para intervenir en el presente caso, pero el Consejero Ferreiro decidió de todas formas abstenerse de intervenir en el presente caso.

Certifica el Director General del Consejo para la Transparencia, don Raúl Ferrada Carrasco.