

Santiago, veinticinco de enero de dos mil trece.

Vistos:

1° Que a fojas 57 compareció don Rodrigo Weisner Lazo, abogado, en representación convencional de los Senadores Isabel Allende Bussi, Jaime Quintana L., Fulvio Rossi C., Antonio Horvath K., Ricardo Lagos W., José Antonio Gómez, Sara Larraín R-T., Jack Stern N.; Agrupación Gremial de Guías y Prestadores de Servicios Turísticos Cajón del Maipo; Instituto Rio Colorado; Sociedad de Turismo Cascada de Las Animas Limitada; Concejales Sres. Andrés Venegas V., Marco Antonio Quintanilla P., y Eduardo Astorga F., todos domiciliados para estos efectos en Avenida Presidente Riesco N° 5561, Piso 8, Las Condes Santiago, deduciendo reclamo de ilegalidad en contra la Decisión de Amparo ROL C-1362-11, dictada por el Consejo para la Transparencia (en lo sucesivo “CPLT”) en Sesión Ordinaria N° 349 de 22 de junio de 2011, que se pronunció sobre el reclamo por denegación de acceso a la información pública interpuesto en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante “SISS”), al no haber entregado copia del Convenio celebrado entre Aguas Andinas S.A. y, AES Gener S.A. (en adelante “ Gener”), relativo, fundamentalmente, a la utilización en el Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo (PHAM) de recursos hídricos de Laguna Negra y Laguna Lo Encañado.

El Convenio celebrado con fecha 06 de junio de 2011, con plazo de vigencia de 40 años a contar de la fecha de su suscripción, regula la forma en que Aguas Andinas y Gener, ejercerán sus respectivos derechos de aprovechamiento de aguas, en el contexto del PHAM.

En concreto, el reclamante precisa que la resolución cuestionada del H. Consejo del Transparencia, determina que el Convenio tiene el carácter de privado, ha sido celebrado entre particulares, no correspondiendo a información que deba dar a conocer a terceros, sin perjuicio de cláusula de confidencialidad que contiene.

Expone que la SISS ejerció sus potestades públicas tanto al requerir copia del Convenio como al formarse una opinión sobre el mismo, al adoptar la decisión administrativa (no escriturada) de desarrollar un programa mensual de vigilancia y fiscalización especial sobre el PHAM.

En concepto del reclamante, la información que se ordena entregar no es de carácter reservado o secreta, por cuanto, la publicidad afecta en este caso es el interés nacional, el servicio público sanitario, siendo comprometido el abastecimiento de Santiago por 40 años con un servicio que no es sanitario.

Expresa ilegalidades cometidas en la Decisión del Honorable Consejo para la Transparencia: decisiones contradictorias, violación de los artículos 5, 10, 11, 21, 35 y 40 de la Ley 20.285, violación de los artículos 8, 12, 19 N°4 y 76 de la Constitución Política de la Republica, artículos 7, 14 y 16 de la Ley 19.880.

2° Que a fojas 114 la Sociedad Aguas Andinas S.A., sociedad prestadora de los servicios públicos de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas, formula descargos y observaciones, tendientes al rechazo de la reclamación de ilegalidad deducida en contra de la Decisión de Amparo.

Señala haber entregado copia del Convenio a la SISS, haciéndole presente su carácter confidencial y, la reserva de su contenido, conforme lo prevé el artículo 3 letra B) de la Ley 18.902, lo que se cumplió.

Expresa que el objetivo de la Ley de Transparencia es transparentar la función pública y no la divulgación a terceros de información de naturaleza privada. El artículo 8° de la Constitución Política del Estado, atiende únicamente a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, no a la publicidad de los contratos celebrados entre particulares.

Agrega, que el contrato cuya exhibición se solicita jamás ha servido de sustento de algún acto o resolución de la Administración, quedando excluido de la publicidad que consagra el artículo 5° de la ley 20.285. También, tratándose de ley una ley de quorum calificado, el Convenio no puede ser divulgado, conforme lo dispuesto en el artículo 21 N° 5 de la ley citada.

3° Que a fojas 139 la empresa Gener manifiesta que la decisión del Honorable Consejo para la Transparencia, fue dictada con estricto apego a la normativa vigente, velando por la privacidad que ha de regir en las relaciones entre privados. La publicidad importaría vulnerar las normas que rigen en la materia, en particular las contenidas en la Constitución Política de la Republica.

Añade que el Convenio celebrado con Aguas Andinas S.A. es de naturaleza privada, no modificándose dicha condición por el solo hecho de encontrarse en poder del SISS, órgano de la administración que, por lo demás, manifestó no haber adoptado decisión alguna en torno al mismo, de manera tal que no existe en la especie ejercicio de la función pública, razón por la cual no existe fundamento alguno que permita al reclamante negar el carácter reservado del referido contrato.

4° Que a fojas 210 el Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público, evacuó informe solicitado por esta Corte, formulando los descargos y observaciones respecto al Reclamo de Ilegalidad interpuesto en su contra, con motivo de la dictación de la Decisión de Amparo N° C1362-11, solicitando su rechazo, con costas.

5° Que el Convenio solicitado por los reclamantes dice relación que en virtud de aquél, Aguas Andinas S.A., concesionaria de servicios públicos sanitarios, compromete el abastecimiento de agua de la ciudad de Santiago, mediante la entrega a Gener, para su uso no consuntivo en generación eléctrica, durante cuarenta años, un caudal de las aguas efluentes de Laguna Negra y Laguna Lo Encañada.

6° Que conforme lo establece el artículo 8° de la Constitución Política de la República, introducido a la Carta Fundamental por la Reforma Constitucional de 2005, “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

7° Que si bien el aludido principio de publicidad no es absoluto, pues admite excepciones, al establecer el Constituyente que una ley de quórum calificado podrá autorizar la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, como también de sus fundamentos cuando su publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional, resulta claro que tales excepciones deben aplicarse restrictivamente y solo cuando se acrediten debidamente.

Cabe hacer notar que de acuerdo con el artículo primero transitorio de la ley 20.285, debe entenderse que la ley 18.902, ley orgánica que crea la

Superintendencia de Servicios Sanitarios, es una de quórum calificado para los efectos del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

8° Que la Decisión de Amparo ROL C1362-11, agregado a fojas 44 y siguientes, negó el requerimiento del Convenio que los reclamantes formularon a la Administración, fundado en el artículo 5° de la Ley de Transparencia, estableciendo que el contrato no ha servido de fundamento, sustento o complemento directo y esencial de algún acto, resolución o pronunciamiento de la SISS y, que tampoco existe una norma que disponga su publicidad, concluyendo que se mantiene su carácter de privado, no procediendo su publicidad, no obstante encontrarse en poder de un órgano de la Administración del Estado. Considera inoficioso entrar a determinar si a su respecto procede una causal de reserva o secreto.

9° Que frente a lo expuesto, debe recurrirse al artículo 3° de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, referido al concepto de Acto Administrativo. Dispone la norma, en su inciso primero que las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos, entendiendo por tales, en su inciso segundo, las **decisiones formales** que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

A partir de la norma referida en lo precedente, es posible conceptualizar la resolución como un **acto administrativo formal** que dictan las autoridades administrativas, dotadas de poder de decisión, sobre asuntos propios de su competencia.

10° Que se entienden por formalidades, como elemento de licitud del acto administrativo, el conjunto de solemnidades materiales que debe reunir para su validez; esto es, todos los trámites que son necesarios para su existencia jurídica, normalmente, la escrituración, los dictámenes, timbraje, etc. La ley 19.880, establece en su artículo 5°, el principio de escrituración de la gestión administrativa, al prescribir que “el procedimiento administrativo y los actos de la administración a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios

electrónicos, a menos que por su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”. En concepto del autor German Boloña Kelly, en su libro “El Acto Administrativo”, hay en esta norma, una apertura hacia nuevas modalidades de comunicación que puede aportar en el futuro el avance tecnológico, también legitima la vieja fórmula de la orden verbal o las de carácter convencional vinculadas a la función.

11° Que a su vez, el artículo 8° de la ley N° 19.880, recuerda que “todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual se exprese su voluntad”.

12° Que en torno a este aspecto formal del acto administrativo, la Decisión de Amparo, hace referencia a que el H. Consejo solicitó información a la SISS, como medida para mejor resolver, organismo público que al responder mediante Oficio Ordinario N° 2365 de 13 de junio de 2012, reconoce haber ejercido sus potestades públicas, por cuanto, consigna “...la SISS deberá desarrollar un programa mensual de vigilancia y fiscalización especial, para comprobar que efectivamente la concesionaria cumpla con las obligaciones que la ley le impone”.

13° Que la circunstancia que la SISS no materializara la decisión administrativa de desarrollar un programa mensual de vigilancia y fiscalización especial, no contraviene la existencia de una declaración de voluntad de su parte, que siendo verbal, posteriormente se ratificó o se subsanó a través del Ordinario N° 2365 en referencia. En uno o en otro caso, se trató de un acto administrativo del órgano fiscalizador, conforme se ha venido discurriendo.

Los actos de la administración son todos los que la administración realiza, ya sea en el ejercicio de una potestad administrativa, ya sea como sujeto privado.

14° Que se sigue de lo expuesto que la jurisdicción, llamada en sede de un recurso de amparo de acceso a la información, debe examinar si concurre efectivamente el motivo grave y calificado que justifique la negativa que, en el procedimiento previsto, hubiere planteado el presunto afectado.

15° Que en este sentido, esta Corte no divisa la razón en virtud de la cual la entrega del Convenio pueda comprometer el interés patrimonial de Aguas

Andinas S. A. y Gener, por el contrario, la seguridad hidrológica respecto del servicio sanitario de la región metropolitana, es una materia de tal trascendencia social y económica, que hace necesaria el conocimiento de información que en él se contiene.

16° Que la publicidad de los actos del Estado, en particular de la información que éste ha recogido a través de sus órganos, debe operar como un medio para el control y la participación ciudadana en los asuntos públicos. Empero, ello no puede llegar al extremo de dañar o abrogar los atributos de la personalidad. En definitiva, se trata de resolver – caso a caso – en qué medida la información es necesaria para conocer la justificación de las decisiones de autoridad y, por lo mismo, hasta qué punto el derecho a la privacidad puede o debe replegarse en beneficio de ese objetivo. Las definiciones no pueden ser absolutas, de todo o nada. El propio artículo 11 de la Ley 20.285 consagra como uno de sus principios el de la divisibilidad, vale decir, que si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida y otra cuya publicidad puede repelerse por causa legal, entonces debe darse acceso a la primera y denegarse respecto de la segunda.

17° Que en virtud de lo expuesto y, el principio de la divisibilidad esta Corte accederá a la petición de los reclamantes, permitiendo que parte del Convenio pueda ser conocido por los peticionarios, respecto de las materias señalada por la Consejera doña Vivianne Blanlot S. consignada en las letras a), b) y c) del numeral 6) de la Decisión de Amparo, compartiendo de tal forma su razonamiento.

18° Que finalmente cabe señalar que la contradicción que advierten los reclamantes en el numeral 10) de la parte considerativa de la Decisión de Amparo no es tal por cuanto, los consejeros no discrepan en el carácter de privado de Convenio, sino que uno estima que no puede ser publicitado en su totalidad y el otro acceder al conocimiento de parte del mismo, haciendo uso de esta forma del principio de la divisibilidad.

Por estas razones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Transparencia, **se acoge parcialmente el reclamo de ilegalidad** deducido a fojas 56 por Rodrigo Weisner Lazo, en representación de los

reclamantes. Consecuentemente, se deja sin efecto la Decisión de Amparo Rol C1362-11, acordada por el CPLT en su Sesión Ordinaria N° 349 de 22 de junio de 2012, **en cuanto** no hace lugar a entregar a la parte reclamante el Convenio suscrito entre Aguas Andinas S.A. y Gener y, en su lugar, se decide que deberá proporcionarse únicamente los antecedentes señalados por la Consejera doña Vivianne Blanlot S., contenidos en el numeral 6) de la Decisión de Amparo.

Redactó la ministro (S) señora Elsa Barrientos Guerrero.

Regístrese y, oportunamente, archívese.

Rol N° 6193-2012.-

Pronunciada por la **Quinta Sala** de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Mauricio Silva Cancino e integrada por la ministro (S) Elsa Barrientos Guerrero y, abogado integrante señor Eugenio Benítez Ramírez.