

C.A. de Santiago

Santiago, veintidós de abril de dos mil veintidós.

**VISTOS:**

**PRIMERO:** Que la abogada Gladys Fuentes Espinoza en representación de TELEFÓNICA MÓVILES CHILE S.A., interpone Reclamo de Ilegalidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 20.285, contra la Decisión de 26 de octubre de 2021 pronunciada por el CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, recaída en el Amparo C5177-21 que acogió el amparo de acceso a información contra la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), ordenando *“la entrega de copia de todos los antecedentes de respaldo, oficios, informes, o instrucciones, específicamente aquellos relativos al método o procedimiento de valorización de los terrenos o espacios físicos ocupados por antenas de telecomunicaciones (costo fijo de arriendos), considerados, al menos, respecto del último proceso de tarificación de servicio público de telecomunicaciones, asociados a la empresa MOVISTAR”*

Estima que esta decisión no se ajusta a derecho porque el requerimiento de información guarda relación con el costo de arriendo de inmuebles en donde mantiene instalaciones y equipamiento para la operación y explotación de los servicios objeto de sus concesiones de servicio público de telecomunicaciones, contenida en contratos de naturaleza eminentemente privada, que incluye cláusulas de confidencialidad, cuya divulgación puede afectar el precio y otras variables económicas que se pactan en negociaciones. Como la confidencialidad es una obligación contractual, su incumplimiento genera responsabilidades conforme a las normas del Código Civil.

La información fue entregada a Subtel en el contexto de un proceso de fijación tarifaria. Por ello, al momento de realizar la entrega de los costos reales en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 18.168, se dejó expresa constancia a ese Organismo de Estado que el Estudio Tarifario se entregaba dividido en dos carpetas, una de carácter público y la otra de carácter reservado. Respecto de esta



última, se señaló expresamente la constancia que la información de él o los archivos que se incluyen en dicha carpeta tienen el carácter de reservados, por lo que se cumple con las exigencias que el propio CPLT ha establecido: a) ser secretas ya que no es conocida ni accesible fácilmente respecto de personas que normalmente utilizan este tipo de información al no existir un portal de acceso público ni restringido donde se publique esta información, la cual es comunicada a la autoridad cada 5 años y sujeto a un procedimiento reglado; b) ser objeto de razonables esfuerzo para mantener el secreto porque tanto el Reglamento Tarifario como las BTE contemplan que dicha información no es pública y que en caso de ser requerida debe ajustarse al procedimiento establecido en la ley, por lo que existe un sustento regulatorio en mantener el secreto o reserva, y a mayor abundamiento el contrato de arriendo al incluir cláusula de confidencialidad manifiesta a intención de las partes de que el precio se mantenga bajo reserva, motivo por el que su parte se ha opuesto; y c) en cuanto al valor comercial, como el costo de arriendo se negocia caso a caso, dependiendo del lugar, metros cuadrados del terreno, criterios de eficiencia técnica, representa un costo relevante en la operación que incide en su desenvolvimiento competitivo.

El Consejo reconoció el cumplimiento de las dos primeras exigencias pero no la tercera y señaló que *“no resultan de una envergadura tal que permitan determinar la concurrencia del referido requisito, toda vez que se refieren a situaciones meramente hipotéticas”*. Y por ello estimó que su parte no acreditó una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva. Sin embargo, su parte afirma que el valor comercial de la información del costo real del arriendo de los terrenos es evidente e inherente a la misma ya que tiene un carácter sensible y estratégico en la operación que realiza. Para que pueda operar sus servicios debe instalar infraestructura (torres y antenas) en inmuebles propios o de terceros que en su caso corresponde al 90%, con los cuales debe acordar condiciones y precio, pactándose confidencialidad ya que su publicidad podría tener como consecuencia la



elevación de los previos afectando el costo de los gastos de operaciones de Telefónica.

El recurrente tampoco se explica la causa por la cual el requirente solicitó la información de costos reales de arriendo, ya que estos no necesariamente son usados por la autoridad para determinar el costo eficiente teórico del proceso tarifario regulado en la Ley de Telecomunicaciones. Nada obsta a que el requirente pueda usar esa información para especular y elevar artificialmente los precios de arrendamiento, ofreciendo servicios de corretaje a los actuales o futuros arrendadores de este tipo de sitios, lo que implica una expectativa razonable de daño o perjuicio para su parte. Al hacer pública esta información (más de 1.000 contratos), los proveedores de este servicio de sitios podrían alegar diferencias respecto al valor pactado en otros, o que debe atenderse a los diferentes clases de sitios y la negociación particular y perseguir un alza.

Por otra parte, en los últimos 3 procesos tarifarios, la información de costos reales ha sido catalogada por la Subtel como confidencial, dada la naturaleza comercial de la misma y existe a este respecto “confianza legítima”, por esta razón su parte, al momento de enviar la información durante el proceso de fijación tarifaria tiene la fundada convicción de que esa información no será traspasada a terceros.

Pide se deje sin efecto la orden de entregar la información requerida.

**SEGUNDO:** Que informando el Consejo para la Transparencia, solicita sea desechado el reclamo por no haber incurrido en ninguna ilegalidad en la adopción de la decisión porque la información solicitada es de carácter público y constituye un fundamento directo de los actos administrativos, al haber formado parte de un procedimiento de ese carácter y sobre cuyo mérito se adoptó la decisión de la autoridad que fijó la estructura, nivel y mecanismo de indexación de interconexiones por Telefónica Móviles Chile S.A. para el periodo 2019-2024.-

Reseña el procedimiento y la normativa aplicable y señala que precisamente en el ejercicio de las facultades otorgadas a la Subtel, es



que este organismo ha debido ponderar las propuestas tarifarias efectuadas por las empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones, requiriendo a la empresa reclamante los antecedentes y documentos aludidos en la solicitud de información, para luego, sobre la base de su análisis, revisión y estudio, dictar actos administrativos, diligencias y actuaciones, relacionados con la dictación del Decreto N°21 de 21 de enero de 2019, que fijó la estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas de los servicios suministrados a través de las interconexiones por Telefónica Móviles Chile S.A.

Entiende entonces que la información es pública, sin importar su origen. Cita el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República y 3°, 4°, 5° inciso 2° y 11 de la Ley de Transparencia, así como el artículo 3° letra g) del Reglamento de la misma ley.

Por otra parte la información solicitada no afecta los derechos comerciales y económicos de Telefónica Móviles Chile S.A. por lo que no se configura la causal de secreto o reserva del artículo 21 N°2 de la ley 20.285.- La empresa eficiente no es la empresa real sujeta a regulación, ni ninguna otra empresa que opera en el mercado, sino que corresponde exclusivamente a un “diseño” que se elabora con motivo de la fijación de tarifas y que debe reflejarse en un “cálculo”, es decir, en un conjunto de fórmulas y parámetros que permiten aplicarlas, se trata de un modelo matemático ajeno a la empresa real. Esto significa que se diseña una empresa ficticia o teórica de modo tal que provea el servicio regulado de la forma más eficiente posible, con la mejor tecnología disponible en el momento de la fijación de las tarifas, considerando la normativa vigente y las características del área de servicio correspondiente. Dicha empresa se construye desde cero. El objetivo perseguido con este modelo de regulación es que una empresa real obtenga una rentabilidad normal solo si es capaz de comportarse como lo haría la empresa eficiente. Con este sistema, los costos de la ineficiencia son asumidos por la concesionaria y no por los usuarios del servicio público telefónico, debiendo destacarse que el modelo de “empresa eficiente” diseñado por las autoridades no tiene por qué



reflejar los costos reales de una compañía en específico. En ese entendido, la solicitud de acceso se refiere a los costos de la “empresa eficiente” y a antecedentes que respaldan los criterios de asignación de tales costos en el modelo de cálculo, utilizados por Subtel en las diversas etapas del procedimiento administrativo de tarificación consultado, Informe de Objeciones y Contraposiciones, en la dictación del Decreto Tarifario, y específicamente, en el Informe de Sustentación preparado por los Ministerios para cada una de las Concesionarias, a efectos de su control de legalidad por la Contraloría General de la República.

Aclara que la decisión recurrida no solicita se entreguen los contratos con los proveedores, ni los contratos de arriendo que mantiene in más de 1.000 contraparte como lo afirma la empresa, ni costos reales de arriendo, sino que lo pedido son los antecedentes de respaldo, oficios, informes o instrucciones, específicamente aquellos relativos al método o procedimiento de valorización de los terrenos o espacios físicos ocupados por antenas de telecomunicaciones (costo fijo de arriendos), considerado, al menos, respecto del último proceso de tarificación de servicio público de telecomunicaciones, asociados a Movistar. Lo que se vincula a las Bases Técnico Económicas Definitivas para el proceso tarifario de la concesionaria Telefónica Móviles Chile S.A. correspondiente al Periodo 2019-2024, aprobada por Resolución N°478 de 26 de febrero de 2018 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, documento oficial que establece los parámetros que serán considerados por la autoridad para fijar las tarifas reguladas, y que en lo relativo a ponderación de inversiones o gastos en terrenos de la empresa eficiente señala como “Criterios de Costos: las inversiones o gastos en terrenos de la Empresa Eficiente se utilizarán precios de mercado. Para los costos de edificios tanto administrativos, técnicos y comerciales, e inversiones en gestión y energía, los costos a utilizar podrán provenir de los valores promedio observados en los últimos proyectos ejecutados o licitados, en la medida que la muestra de ellos sea representativa para efectos del diseño de la Empresa Eficiente. El



uso de otros antecedentes deberá estar justificado en el Estudio”. Por ende lo solicitado son únicamente los antecedentes que fueron permitieron a Subtel ponderar los valores promedio en el procedimiento de determinación de tarifas. Si eventualmente se contienen algunos contratos de arriendo con cláusulas de confidencialidad dentro de los antecedentes presentados a Subtel no es admisible que prime el secreto por sobre el principio general de publicidad porque e infringe el principio de jerarquía normativa y fuerza obligatoria de la Constitución.

Con la entrega de la información solicitada no se configura la causal del artículo 21 N°2 de la ley 20.285, al no cumplirse sus requisitos. Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación y prueba es de la parte interesada ya que la información que obra en poder de la autoridad se presume pública. Era la empresa la que debía explicar en detalle, en sus descargos presentados en sede administrativa la causal de reserva alegada y la afectación de sus derechos comerciales o económicos y las ventajas del secreto.

Agrega que existe un interés público en conocer la información pues en ellos se fundamentó la autoridad para fijar tarifas en zonas determinadas en las que no existe un mercado que permita competencia entre oferentes y que generalmente son lugares apartados geográficamente y rurales.

Finalmente agrega que lo solicitado era mucho más extenso que lo otorgado y que no es necesario indicarse motivo por quien hace la solicitud de acceso.

**TERCERO:** Que el artículo 28 de la Ley 20.285 establece: *“En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21. El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo ante la Corte de*



*Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20. El reclamo deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada. Deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan”.*

**CUARTO:** Que según se extrae de los documentos aparejados y se relata también por reclamante y reclamado, los antecedentes que dieron forma al debate fueron los siguientes:

- a) Petición de 24 de junio de 2021 por Sebastián Guerra Espinoza Andrés Alarcón Andrade, quien solicitó a la Subsecretaría de Transporte y Telecomunicaciones *“copia de todos los antecedentes de respaldo, oficios, informes, o instrucciones, específicamente aquellos relativos al método o procedimiento de valorización de los terrenos o espacios físicos ocupados por antenas de telecomunicaciones (costo fijo de arriendos), considerados, al menos, respecto del último proceso de tarificación de servicio público de telecomunicaciones, asociados a la empresa MOVISTAR”.*
- b) En Ordinario N°9414, de 1 de julio de 2021, la Subsecretaría denegó lo solicitado por oposición de la empresa Movistar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 20.285.-
- c) Admitido Amparo presentado por el interesado, el Consejo Directivo por Oficio N°E16522 de 3 de agosto de 2021 pidió a la Subtel que indicare: (1°) por qué a su juicio se afectan los derechos comerciales de Movistar; (2°) las funciones normativas de la Subtel respecto de la información solicitada; y de más datos necesarios para el procedimiento de Amparo.
- d) La Subtel respondió por correo electrónico de 5 de agosto de 2021, dando por reproducidos lo ya informado y además acompañando copia de los descargos del tercero interesado que invocó la causal del artículo 21 N°” de la Ley de Transparencia,



por tratarse de información estratégica, contenida en contratos con proveedores con cláusula de confidencialidad.

- e) En el traslado conferido a tercero interesado, éste señaló, en síntesis que el requerimiento guarda relación con el costo de arriendo de inmuebles en donde tiene instalaciones y equipamiento contenida en contratos privados con cláusula de confidencialidad y la confidencialidad es una obligación contractual cuyo incumplimiento genera responsabilidad civil; el proceso de fijación tarifaria es un procedimiento estrictamente reglado en el cual la concesionaria debe poner a disposición de la autoridad toda la información exigida por el artículo 12 del Reglamento Tarifario, considerándolos públicos, salvo lo relativo a aquellos datos o antecedentes referidos a costos reales y efectivos de la concesionaria, para lo cual debe estarse a lo establecido en la ley 20.285; y se dan los requisitos que el propio Consejo ha indicado para la reserva, es decir, que sea secreta, que se hayan realizado esfuerzos para mantenerla como tal y que tengan valor comercial, especialmente porque no existe un portal de acceso público ni restringido en donde se publique la información, la cual es comunicada cada 5 años a la autoridad. Por ello los contratos tienen cláusulas de confidencialidad, con la intención de mantener en reserva el precio que se negocia caso a caso, lo que representa un costo relevante en la operación que incide en su desenvolvimiento competitivo.
- f) El Consejo reconoce en su examen que la solicitud dice relación con la valorización de terrenos y espacios físicos ocupados por las antenas de telecomunicaciones, contenidos en los antecedentes necesarios para el proceso reglado de tarificación y entregados a la autoridad con ese fin. Sin embargo, respecto de las exigencias de la reserva estimó que no se cumple con el último de ellos indicando: *“sobre el tercer requisito (...) la divulgación de los costos de arriendo solicitados, de acuerdo con lo señalado por el tercero podrían afectar sus condiciones de negociación con*





*proveedores, que se realizan caso a caso, lo que puede afectar su desenvolvimiento competitivo. En cuanto a dichas argumentaciones, esta Corporación estima que no resultan de una envergadura tal que permitan determinar la concurrencia del referido requisito, toda vez que se refieren a situaciones meramente hipotéticas".* Por lo que desestima la causal de reserva o secreto de afectación de derechos del tercero interesado, *"al no haberse argumentado debidamente por aquel, la forma en la que con la entrega de los antecedentes se configuraría una expectativa razonable de daño o afectación, presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva de la información solicitada".* Y acoge el Amparo por tratarse de información pública, ordenando conforme al Principio de Divisibilidad que previamente el órgano reclamado tarje los datos personales de contexto.

**QUINTO:** Que, como se advierte, no existió divergencia en cuanto a que se trata -los solicitados- de antecedentes entregados por la concesionaria a la autoridad sectorial de telecomunicaciones para que ésta pudiese determinar en un proceso reglado las tarifas del Periodo 2019-2024; ni tampoco que dentro de tales antecedentes se encuentran contratos de arrendamientos de inmuebles celebrados con particulares que pueden contener (y contendrían) cláusulas de confidencialidad, los cuales forman parte de los costos que la empresa debe efectuar. Pero que por estar en poder de la autoridad se les presume públicos.

La dificultad se produce entonces en determinar si la entrega de aquellos datos es perjudicial comercialmente para la concesionaria y si desde esa perspectiva se encuentra en la hipótesis comprendida en la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

**SEXTO:** Que como se ha indicado en otras ocasiones, esta ley 20.285 regula y hace posible el Principio de la Transparencia de la función pública y el derecho en el acceso a la información de los órganos del Estado Moderno, obligación exigida por la ciudadanía a través de sus órganos legislativos, que constituye un método eficaz de



control de la gestión gubernamental. Sin embargo, esa obligación y su correlativo derecho no son absolutos, previéndose ciertas limitaciones en la misma ley, dirigidas a cautelar ya sea el cumplimiento de funciones propias del órgano que debe entregar la información, entre ellos aquellos que sirven para la adopción de una resolución, medida o política; o se trate de datos declarados secretos o reservados, especialmente si tiene el carácter de datos comerciales de importancia estratégica para su propietario de origen, el cual se ha conducido respecto de ellos con reserva.

**SÉPTIMO:** Que por otra parte, la ilegalidad de una decisión administrativa se produce, además de motivos formales, cuando ella ha sido dictada en contravención a la ley, particularmente si ha torcido la recta interpretación de la misma. De manera que para decidir en el presente caso si ello ha tenido ocurrencia es necesario previamente considerar si la interrogante esencial del presente reclamo es una cuestión puramente de hecho, sujeta a probanzas o debe ser decidida en torno a criterios de razonabilidad que hagan plausible la afirmación controvertida.

**OCTAVO:** Que tal como se transcribió en el Motivo 4° de este fallo, el Amparo indica al respecto lo siguiente: *“sobre el tercer requisito (...) la divulgación de los costos de arriendo solicitados, de acuerdo con lo señalado por el tercero podrían afectar sus condiciones de negociación con proveedores, que se realizan caso a caso, lo que puede afectar su desenvolvimiento competitivo. En cuanto a dichas argumentaciones, esta Corporación estima que no resultan de una envergadura tal que permitan determinar la concurrencia del referido requisito, toda vez que se refieren a situaciones meramente hipotéticas”*. Por lo que desestima la causal de reserva o secreto de afectación de derechos del tercero interesado, *“al no haberse argumentado debidamente por aquel, la forma en la que con la entrega de los antecedentes se configuraría una expectativa razonable de daño o afectación, presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva de la información solicitada”*.



**NOVENO:** Que el Consejo se decanta entonces por la segunda posibilidad de análisis y desecha la oposición únicamente porque “*las argumentaciones*” no le resultan gravitantes por ser en su opinión hipotéticas, agregando como razón de esta conclusión que -nuevamente- no se ha “*argumentado debidamente*”.

**DÉCIMO:** Que resulta evidente entonces que no existe en realidad más que una opinión acerca de la falencia pero no se desarrolla de ninguna manera por qué le parece que la argumentación es insuficiente y por qué se trata de cuestiones hipotéticas, lo que constituye únicamente retórica sin contenido. Y en esas condiciones no es posible tener por fundamentada la decisión al tenor de lo exigido por el Principio de Racionalidad contenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y artículos 4 a 16 y 41 de la ley 19.880, tornando la decisión del Amparo N°5177-21 por lo tanto en ilegal.

**UNDÉCIMO:** Que el proceso de fijación de tarifas para el periodo comprendido entre 2019 y hasta el 2024, se encuentra detalladamente reglamentado en la ley 18.168 General de Telecomunicaciones y en su reglamento DS N°4, de 2003, lo mismo que en las Bases Técnico Económicas. De lo cual resulta que es obligatorio para los concesionarios poner a disposición de la autoridad toda la documentación o antecedentes de sustento, respaldo o complemento del Estudio y el Informe de Modificaciones e Insistencias incluyendo los referidos a costos reales y efectivos que el artículo 12 del Reglamento Tarifario indica que no serán públicos.

**DUODÉCIMO:** Que es cierto que la Ley de Transparencia ha ampliado la calidad de públicos a todos aquellos antecedentes con que cuente el servicio y en ese entendido rige plenamente la presunción, sin embargo, existía este antecedente normativo permite efectuar, al menos una aproximación a las características de tales documentos que en la práctica se entrega separadamente.

**DÉCIMO TERCERO:** Que los mayores o menores costos de arrendamiento que las empresas deben asumir para cumplir su cometido, no solo inciden en la determinación tarifaria, sino básicamente



en el margen de utilidad al que pueden acceder ya que si bien se trata de entidades que prestan un servicio público esencial, no han dejado por ello de ser particulares que operan con las reglas del mercado y en la lógica de ganancia o pérdida. Este es el sistema al que acceden por lo que las los eventos hipotéticos en efecto son las especulaciones propias del riesgo del negocio y no resulta procedente un establecimiento previo acerca de su ocurrencia, puede suceder o no suceder, pero el riesgo de que ocurra debe ser minimizado, y esta es la razón por la cual el conocimiento público que los precios que logran negociar afecta su desenvolvimiento económico y se encuentra protegido por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

En consecuencia y visto lo dispuesto en los artículos 1° y siguientes de la Ley de Transparencia, **SE ACOGE** el reclamo de ilegalidad por haber incurrido el Consejo para la Transparencia en la ilegalidad anotada y se anula la Decisión Amparo Rol C5177-21, adoptada el 26 de octubre de 2021.

**Acordada con el voto en contra** del ministro señor Zepeda, quien estuvo por rechazar el reclamo ya que en su concepto la preeminencia de la presunción de publicidad contenida en la Ley de Transparencia, posterior a la Ley General de Telecomunicaciones, implica que todos aquellos documentos que se encuentren en poder de la autoridad son de libre acceso a menos que se acredite algunas de las excepciones legales, cuyo no ha sido el caso.

En efecto, no se configura la causal del artículo 21, número 2, de la Ley de Transparencia, pues los antecedentes solicitados a la reclamante y aportados por ella, son parte de la base factual, segura, con la que se contó en el proceso de gestión tarifaria de la concesionaria, y se convirtió en uno de los elementos de costo a estimar para proyectar las tarifas reguladas, determinadamente, en la coordinación para establecer la estructura, nivel y mecanismo de indexación de las tarifas consideradas por la autoridad administrativa. Por lo tanto, la información solicitada por vía de transparencia, goza de la presunción de ser pública, sin que la empresa reclamante haya podido



desvirtuar en los hechos tal presunción. En tales circunstancias, la información es pública y se afina en la necesidad de satisfacer aquel conocimiento útil para alcanzar un entendimiento mucho más minucioso y detallado del deber de fundamento del acto administrativo, lo que se hace posible conforme a la protección constitucional que proviene del inciso segundo, del artículo 8, de la Constitución Política de la República.

Redactada por la ministra (S) señora Lidia Poza Matus y del voto en contra, su autor.

Regístrese, comuníquese y archívese.

**N°Contencioso Administrativo-552-2021.**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Jorge Zepeda Arancibia e integrada por el Ministro señor Alejandro Aguilar Brevis y por la Ministra (S) señora Lidia Poza Matus. No firma la Ministra (S) señora Poza por haber terminado su suplencia.



Pronunciado por la Séptima Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por los Ministros (as) Jorge Luis Zepeda A., Alejandro Aguilar B. Santiago, veintidós de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a veintidós de abril de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

