

C.A. de Santiago

Santiago, veintiocho de diciembre de dos mil veintiuno.

Al escrito folio 49, estése a lo que se resolverá.

Santiago, a de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

1º) Que don RODRIGO JOANNON GARCÍA-HUIDOBRO, ingeniero, con domicilio en Carlos Antúnez 2733, departamento 402, Providencia, interpone Reclamación de Ilegalidad contra el CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA en la Decisión Amparo Rol C-7902-20, que deniega su solicitud de información según lo establecido el artículo 28 de la ley 20.285 de Acceso para la Información Pública.

Explica que el 13 de octubre de 2020 solicitó a la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (DGC): *“...todos aquellos documentos o actos y, los fundamentos de los mismos, entre el MOP y sus direcciones, especialmente la Dirección General de Concesiones y SERNAC en lo relativo a autopistas concesionadas, eso es, oficios, correos electrónicos, cartas, actas, expedientes, contratos, resoluciones, WhatsApp y cualquier tipo de comunicación habida entre el MOP y el SERNAC; desde el mes de julio de 2020 al 13 de octubre del mismo año; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 12 de la Ley 20.285”*. Pero el 1 de diciembre de 2020 se le denegó el requerimiento por la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N°1 literal a) de la Ley de Transparencia.

Frente a ello el 2 de diciembre de 2020 dedujo Amparo sobre su derecho a la información, se recibieron los descargos y finalmente el Consejo resolvió rechazándolo, por considerar, en síntesis, que su entrega podría afectar el cumplimiento de las funciones del órgano en lo que se refiere a la defensa judicial en los cuatro procedimientos señalados, puesto que dicha información podría ser utilizada por este Servicio para respaldar la posición jurídica del Ministerio de Obras Públicas”.



Estima ante ello, que se trata de un fundamento equivocado que vulnera su Derecho a la Información, contemplado en el artículo 19 N°12 de la Carta Fundamental; y además que es improcedente la causal esgrimida para la denegación.

Advierte en ese sentido lo que llama una incongruencia en el fundamento de la decisión, ya que deniega la información al público por eventualmente afectar la defensa judicial del órgano en los procedimientos que indica, pero no dice de qué manera ello afecta la causal de secreto o reserva aplicada, invocando una normativa ambigua y amplia que el mismo Consejo ha admitido tiene graduaciones respecto a su nexos causal y la ocasión en que puede ser publicitada como cita de otros casos y también al Tribunal Constitucional que ha expresado que el artículo 21 N°1 puede propiciar arbitrariamente la opacidad.

En definitiva considera que, entender, como lo hace la entidad reclamada, que las comunicaciones objeto de la solicitud de información pudiera considerarse como afectas a causal de secreto o reserva, conllevaría el peligro de considerar que a cualquier acto administrativo pudiera afectarle tal causal, por unilateral, discrecional, e infundadamente así decidirlo el órgano requerido. Por el contrario, de existir una eventual configuración de la causal de secreto o reserva por afectar intereses en el juicio del órgano requerido, debiera únicamente aplicarse a los actos que digan directa relación con los contratos en litigio concreto, y no eventuales, puesto que en ese caso y ante eventuales juicios, toda la información podría ser reservada.

2°) Que informando don David Ibaceta Medina, Director General Suplente y representante legal del Consejo para la Transparencia, señala que en efecto se denegó el Amparo por la causal del artículo 21 N°1 literal a) de la ley 20.285, precisada por el artículo 7° N°1 literal a) de su Reglamento.

Agrega como contexto que, en relación a los tribunales donde se ventilan las controversias en materia de obras públicas, la Ley de Concesiones en su versión vigente a la fecha de celebración de los contratos de concesión Sistema Norte-Sur y sistema Américo Vespucio



Sur-Poniente, contempló un sistema especial de solución de controversias entre el MOP y las sociedades concesionarias ante una Comisión Conciliadora, que de fallar da paso a una Comisión Arbitral. De acuerdo al artículo 22 bis de la Ley Orgánica del MOP, la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas tiene entre sus funciones la fiscalización del debido cumplimiento de las normas legales y administrativas aplicables, lo que implica litigar frente a los tribunales competentes. En los 4 procedimientos judiciales vigentes, la materia discutida son los cobros de tarifas y si han existido cobros excesivos a los usuarios de las autopistas. Por lo que, la entrega de la documentación pedida puede afectar las facultades del órgano en lo que se refiere a defensa, entregando una ventaja estratégica a las contrapartes.

En cuanto a los juicios estos son: a) **Rol N°10** ante la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión Sistema Norte-Sur en que las partes son la Sociedad Concesionaria Autopista Central S.A. que presentó reclamación y el MOP. Se encuentra corriendo el plazo para que este último conteste la demanda y rinda prueba; b) **Rol N°11** ante la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión Sistema Norte-Sur en que el MOP presentó reclamación y se encuentra en estado de que la Comisión proponga a las partes normas de procedimiento; c) **Rol N°6** ante la Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión Sistema Américo Vespucio Nor-Poniente, las partes son la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A. y el MOP, en el cual se falló el 20 de septiembre de 2020 y se recurrió de queja que fue resuelta en diciembre de 2020; d) **Rol N°7** ante la Comisión Conciliadora del Contrato de Concesión Sistema Américo Vespucio Nor-Poniente, las partes son la Sociedad Concesionaria Vespucio Norte Express S.A. y el MOP, siendo este último quien presentó la reclamación, se recurrió de queja, resuelta en diciembre de 2020.

Respecto de la causal, aduce que el derecho a solicitar y recibir información no es absoluto, ya que el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política de la República, así como el artículo 21 de la Ley



de Transparencia, establecen excepciones al derecho al acceso a la información pública, representadas por el establecimiento y consagración de causales de reserva. De manera que a través de estas normas el legislador solo se limita a definir qué información puede ser objeto de solicitudes de acceso pero la publicidad no opera si existen excepciones. En el caso de autos no se ha aplicado erróneamente la limitación ya que se trata de antecedentes necesarios para defensas jurídicas.

Y sobre el caso en particular, explica que en mayo de 2020, el MOP comunicó a las empresas concesionarias de autopistas inurbanas de la Región Metropolitana, que luego de revisar los respectivos contratos, concluyó que Vespucio Norte, Vespucio Sur y Autopista Central cobraban tarifas que no correspondían en algunos pórticos, ya que debían aplicar una rebaja desde el 1 de abril lo que no ocurrió, debido a que consideraron que la cláusula de modificación trimestral era facultativa. De este modo, se activaron los procedimientos de reclamo y por ello la información pedida forma parte de los expedientes internos de los 4 litigios incoados y su publicidad puede acarrear ventajas improcedentes. No se trata de “información administrativa” o “documentos meramente relacionados”, pues los informes y comunicaciones solicitados, se refieren con precisión a los incumplimientos tarifarios que sostiene el MOP respecto de las empresas, cuya divulgación previa a la etapa procesal correspondiente, podría ser determinante para resolver la cuestión debatida.

Cita en su favor jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

3º) Que solicitado, a su vez, informe a la Dirección General de Obras Públicas, este fue evacuado por doña Marcela Hernández Meza, quien señaló que la negativa se ajusta a derecho porque, en efecto, la publicidad de los antecedentes afectaría el debido cumplimiento de la función de defensa de los intereses fiscales. La materia discutida en los juicios resulta de la mayor complejidad y relevancia, no solo para la protección judicial de los intereses fiscales, sino para la protección de los intereses de los usuarios de las autopistas, razón por la cual el Servicio



se ha opuesto a la entrega de los antecedentes requeridos por el recurrente. Darles publicidad impediría debilitar y entorpecer la posición jurídica y la estrategia judicial del MOP y como contrapartida la divulgación una ventaja a las contrapartes en esos juicios.

Añade a lo anterior, que a su juicio, el reclamo no cumple con el requisito de explicar en qué consiste la infracción y solo repite los argumentos del Amparo.

4º) Que el artículo 28 de la ley 20.285 de Acceso a la Información Pública dispone: *“En contra de la resolución que deniegue el acceso a la información, procederá reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de domicilio del reclamante...”*; ello implica entonces un examen acerca del apego a la norma vigente y de la razonabilidad de la decisión.

En este caso concreto, el recurrente la hace consistir en la improcedencia de la causal esgrimida para la denegación, transgrediendo su Derecho a la Información del artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República; en la existencia de una incongruencia en el fundamento de la decisión ya que deniega la información al público por afectar la defensa judicial del órgano en juicios pero no dice de qué manera ello afecta la causal de secreto o reserva aplicada, invocando una normativa que admite graduaciones respecto a su nexo causal y la ocasión en que puede ser publicitada.

5º) Que la petición efectuada por el interesado en su oportunidad consistió en: *“...todos aquellos documentos o actos y, los fundamentos de los mismos, entre el MOP y sus direcciones, especialmente la Dirección General de Concesiones y SERNAC en lo relativo a autopistas concesionadas, eso es, oficios, correos electrónicos, cartas, actas, expedientes, contratos, resoluciones, WhatsApp y cualquier tipo de comunicación habida entre el MOP y el SERNAC; desde el mes de julio de 2020 al 13 de octubre del mismo año; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 12 de la Ley 20.285”*.

Y la negativa del recurrido se fundamentó en que *“(...) la entrega de la documentación requerida podría afectar el cumplimiento de las*



funciones del órgano en lo que se refiere a la defensa judicial en los cuatro procedimientos señalados, puesto que dicha información podría ser utilizada por este Servicio para respaldar la posición jurídica del Ministerio de Obras Públicas. Desde esa perspectiva, la entrega de la información al público podría implicar una ventaja estratégica a las contrapartes del Ministerio de Obras Públicas, del cual depende el órgano reclamado. En este caso, el órgano reclamado sostuvo que dos de los procedimientos antes señalados, se encuentran pendientes de resolución, existiendo en estos casos una relación directa entre la información solicitada, el litigio o controversia pendiente y la estrategia jurídica o judicial del órgano, a la época del requerimiento de información”.

6°) Que tal como se extrae de los informes, el escenario en que se produce la solicitud de información relevante es aquel en que existían -y aún existen- cuatro juicios en tramitación, llevados a cabo entre empresas de autopistas concesionadas y el MOP, en los cuales se discute acerca de eventuales irregularidades tarifarias emanadas de una interpretación diversa de cláusulas de rebaja o ajuste en los precios, que redundarían en perjuicio de usuarios y usuarias del sistema; asuntos en que el SERNAC tiene interés y el MOP injerencia de fiscalización.

7°) Que el artículo 8° de la Constitución Política de la República establece que *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.*

Por su parte la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, reconoce en su artículo 5° inciso 1° indica que *“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, sin*



públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

Así, en lo que interesa, el artículo 21 de esta ley señala: *“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales”.*

Y por último el artículo 7° del Reglamento de esta ley refiere que *“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, serán las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate defensas jurídicas y judiciales, esto es, entre otros, aquéllos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico”.*

8°) Que se trata, por lo tanto, el derecho a la información, de un derecho ciudadano importante, pero que no es absoluto, ya que permite su afectación en casos calificados por el legislador, tal como aparece del transcrito artículo 21 que corresponde la causal esgrimida por el Consejo para la denegación que impugna el reclamante. La cual tiene lugar cuando se ha constatado, como en este caso, que los antecedentes requeridos han sido o pueden ser utilizados en juicio como parte de la estrategia de convencimiento, a lo cual el ente fiscalizador tiene derecho e incluso se encuentra obligado en el cumplimiento de sus deberes de servicio.

9°) Que, si bien es cierto que la ponderación de la pertinencia de los antecedentes puede ser graduada y tiene además que ser explicada satisfactoriamente al que la ha solicitado y no le ha sido entregada, no se advierte que ello no haya ocurrido en la especie.



Así, de la lectura de la Resolución Exenta N°2329 de 1 de diciembre de 2020 del MOP que no dio lugar a la entrega de los datos fluye que ésta se fundamentó en la existencia de 4 procesos pendientes: *“Que revisada la solicitud efectuada, se ha advertido que ésta se relaciona con controversias actuales ente el MOP y sociedades concesionarias de autopistas urbanas, que se individualizan (...) la entrega de información puede impactar negativamente el proceso de toma de decisiones de este Ministerio, por cuanto puede entorpecer la defensa de los intereses fiscales.”* Lo cual hizo suyo la Decisión de Amparo del día 2 del mismo mes y año al reconocer que le asistía al MOP una causal de secreto o resguardo, especialmente por la aportación de los datos de causas pendientes.

10°) Que de tal manera no se vislumbra cuál sería la “incongruencia” de la que hace acopio el reclamante desde que no basta con decir que no hay fundamentos, sin explicitarlos concretamente. O expresar que la causal es improcedente sin decir o demostrarlo.

Lejos de ello, como se ha revisado la decisión no puede ser ilegal ha sido dictada dentro de las facultades del Consejo y de acuerdo a los límites que la ley le ha entregado, apareciendo razonabilidad en sus fundamentos, aunque ellos no le sean favorables al petitionerario ya que se trataba de antecedentes generales relativos a comunicaciones sobre el cobro de las tarifas y los juicios estaban mayormente en tramitación.

En consecuencia y visto lo dispuesto en la Constitución Política de la República y la ley 20.285, **se rechaza** el reclamo de ilegalidad presentado por don Rodrigo Joannon García-Huidobro contra la Decisión de Amparo Rol C-7902-20 del Consejo para la Transparencia.

Redactó la ministra (S) señora Poza.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N°Contencioso Administrativo-186-2021.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Lilian Leyton Varela e



integrada por la Ministra (S) señora Lidia Poza Matus y por el Abogado Integrante señor David Peralta Anabalón.



Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Lilian A. Leyton V., Ministra Suplente Lidia Poza M. y Abogado Integrante David Peralta A. Santiago, veintiocho de diciembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a veintiocho de diciembre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.