

**Entidad pública:** Fiscalía Nacional Económica (FNE)

## DECISIÓN AMPARO ROL C6688-20

**Requirente:** Rodrigo Astudillo Guevara

**Ingreso Consejo:** 16.10.2020

### RESUMEN

Se rechaza el amparo deducido en contra de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), referido a la entrega de copia digital del expediente y todos los antecedentes asociados al ROL FNE F144-2018 tramitado por la Fiscalía Nacional Económica, con el detalle que se indica en el requerimiento de información. Lo anterior, por la concurrencia de las causales de reserva del artículo 21 N° 1 y 2 de la Ley de Transparencia.

En sesión ordinaria N° 1152 del Consejo Directivo, celebrada el 26 de enero de 2021, 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 de la solicitud de amparo al derecho de acceso a la información Rol C6688-20.

#### VISTO:

Los artículos 5°, inciso 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y de la ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; lo previsto en el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado; y los decretos supremos N° 13, de 2009 y N° 20, de 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 e indistintamente, el Reglamento, y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

#### TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 27 de agosto de 2020, don Rodrigo Astudillo Guevara solicitó a la Fiscalía Nacional Económica, en adelante e indistintamente Fiscalía o FNE: *“copia digital del expediente y todos los antecedentes asociados al ROL FNE F144-2018 tramitado por la Fiscalía Nacional Económica, incluyendo el Informe de Aprobación, de 29 de junio de 2018, junto con todos los documentos allí citados en versión pública”.*



2) **RESPUESTA:** Mediante ordinario N° 1795, de 23 de septiembre de 2020, la Fiscalía Nacional Económica respondió a dicho requerimiento de información indicando que: *“se ha resuelto otorgar acceso parcial a su solicitud haciendo entrega de los siguientes documentos:*

1. *Copia de comprobante de ingreso ante esta Fiscalía, de fecha 13 de junio de 2018, mediante el cual Acciona Industrial, Abengoa Atacama y Abengoa OM Atacama notifican operación de concentración.*
2. *Copia de imagen de CD presentado por Acciona Industrial, Abengoa Atacama y Abengoa OM Atacama que acompaña notificación de operación de concentración.*
3. *Copia de imagen de CD presentado por Acciona Industrial, Abengoa Atacama y Abengoa OM Atacama que acompaña notificación de operación de concentración.*
4. *Versión pública de cadena de correos electrónicos, de fecha 18 de junio de 2018, mediante el cual se requiere información a partes notificantes y se complementa notificación.*
5. *Copia de Resolución FNE que instruye la investigación Rol FNE N°F144-2018, de fecha 19 de junio de 2018*
6. *Versión pública de correo electrónico, de fecha 19 de junio de 2018, que notifica Resolución FNE de inicio de investigación Rol FNE N°F144-2018. Se adjunta copia de la citada resolución.*
7. *Copia de comprobante de ingreso ante esta Fiscalía, de fecha 20 de junio de 2018, mediante el cual Acciona y Abengoa complementan notificación.*
8. *Copia de imagen de CD presentado por Acciona y Abengoa que acompaña complementación de notificación.*
9. *Versión pública de correo electrónico, de fecha 21 de junio de 2018, mediante el cual se acompañan documentos.*
10. *Copia de imagen de CD que contiene el audio declaración de HydroChile S.A., de fecha 21 de junio de 2018.*
11. *Versión pública de acta de constancia de declaración y ratificación, firmada por el declarante y funcionarios de la Fiscalía, de fecha 21 de junio de 2018.*
12. *Copia de Oficio Ordinario N°1399-2018 FNE que cita a declarar, de fecha 22 de junio de 2018.*
13. *Copia de Oficio Ordinario N°1400-2018 FNE que cita a declarar, de fecha 22 de junio de 2018.*
14. *Copia de comprobante de ingreso ante esta Fiscalía, de fecha 23 de junio de 2018, mediante el cual Acciona y Abengoa complementan información.*
15. *Copia de imagen de CD presentado por Acciona y Abengoa que complementa información.*
16. *Copia de imagen de CD que contiene el audio declaración de Pacific Hydro Chile S.A., de fecha 25 de junio de 2018.*
17. *Versión pública de acta de constancia de declaración y ratificación, firmada por el declarante y funcionarios de la Fiscalía, de fecha 25 de junio de 2018.*



18. Copia de Oficio Ordinario N°1423-2018 FNE que cita a declarar, de fecha 26 de junio de 2018. 19. Copia de Oficio Ordinario N°1432-2018 FNE que cita a declarar, de fecha 26 de junio de 2018. 20. Copia de imagen de CD que contiene el audio declaración de Enel Green Power Chile Ltda., de fecha 26 de junio de 2018.

21. Versión pública de acta de constancia de declaración y ratificación, firmada por el declarante y funcionarios de la Fiscalía, de fecha 26 de junio de 2018.

22. Copia de comprobante de ingreso ante esta Fiscalía, de fecha 26 de junio de 2018, mediante el cual Acciona y Abengoa aportan información.

23. Copia de imagen de CD presentado por Acciona y Abengoa que aportan información.

24. Copia de imagen de CD que contiene el audio declaración de Cerro Dominador, de fecha 27 de junio de 2018.

25. Versión pública de acta de constancia de declaración y ratificación, firmada por declarantes y funcionarios de la Fiscalía, de fecha 27 de junio de 2018.

26. Copia de versión pública de Informe de Aprobación de investigación Rol FNE N°F144-20182, de fecha 29 de junio de 2018.

27. Copia de Resolución FNE que aprueba la investigación Rol FNE N°F144-2018, de fecha 29 de junio de 2018

28. Versión pública de correo electrónico, de fecha 29 de junio de 2018, que notifica Resolución FNE de aprobación de investigación Rol FNE N°F144-2018. Se adjunta copia de la citada resolución.

Las piezas del expediente objeto de su petición que no se proporcionan, corresponden a antecedentes aportados por las partes de la operación y por terceros ante requerimientos formulados por esta repartición para el análisis del caso, respecto de los cuales esta Fiscalía ha resuelto denegar el acceso./Tal decisión, así como la de reserva en parte de los documentos previamente individualizados, se fundamenta en lo establecido en el artículo 16 de la Ley N°20.285 sobre Transparencia y lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de dicha Ley y artículos 34 y 7 de su Reglamento:

1. Por aplicación de la causal contemplada en el artículo 20 de la Ley N°20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información del Estado y artículo 34 de su Reglamento, puesto que las partes de la operación se opusieron a la divulgación de la misma, en virtud del derecho que les confiere la ley, razón por la cual esta Fiscalía se encuentra impedida de proporcionarla.

2. Por aplicación de la causal descrita en el artículo 21, numeral 2° de la Ley N°20.285 y artículo 7, numeral 2° de su Reglamento, esto es, “[c]uando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente, tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”, por cuanto, en el caso particular, los antecedentes revisados incluyen información comercial, sensible y estratégica de diversos actores del mercado, en relación a los hechos analizados.

Por otro lado, se han resguardado los datos de carácter personal conforme con lo dispuesto en la Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada./ Lo expuesto precedentemente es de la mayor importancia pues los funcionarios de esta Fiscalía, conforme a lo dispuesto en los incisos tercero

*y cuarto del artículo 42 del DFL N°1/2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus respectivas modificaciones, tienen la obligación de guardar reserva respecto de “toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores y, especialmente, aquellos obtenidos en virtud de las facultades indicadas en las letras a), g), h) n) o), p), y q) del artículo 39, y en el artículo 41 ...”, esto es, de la información y antecedentes solicitados o recabados de diversas entidades o particulares con ocasión de una investigación. La infracción a dicha prohibición está sancionada con las penas previstas en los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal, así como con sanciones disciplinarias que puedan aplicarse administrativamente por la misma falta.*

*3. Por aplicación de la casual contemplada en el numeral 1° del artículo 21 de la Ley N°20.285 y artículo 7 numeral 1° de su Reglamento, en su parte general, esto es, “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, ...”/ Atendida la facultad de esta Fiscalía para recabar y recopilar la información y antecedentes que estime necesarios de parte de diversos agentes económicos, sean públicos o privados, incluso coercitivamente, con la debida autorización judicial, resulta esencial garantizar a las empresas y particulares el debido resguardo de los antecedentes aportados y que estos no serán develados en perjuicio de sus intereses, todo ello con el propósito de salvaguardar la función investigativa que está llamada a desarrollar este órgano fiscalizador”*

3) **AMPARO:** El 16 de octubre de 2020, don Rodrigo Astudillo Guevara dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del señalado órgano de la Administración del Estado, fundado en que recibió una respuesta incompleta a su solicitud de información, al efecto, hizo presente que el órgano reclamado no entregó la información que le fue solicitada. En particular, omitió entregar la información de fondo que sirvió de sustento para emitir el Informe de Aprobación y la Resolución FNE de fecha 29 de junio de 2018, los cuales se encuentran en la “Notificación de la operación” y en 9 CD’s incorporados al expediente ROL FNE F144-20182, todo lo cual obra en su poder, alegando luego, que dichos antecedentes sirvieron de sustento o complemento directo para la dictación de la Resolución FNE de fecha 29 de junio de 2018, y que la reclamada tiene la obligación de entregar la información que se origine en el marco de una investigación –que actualmente se encuentra finalizada– si ella ha sido remitida por el interesado en el marco de un deber legal y cuando dicha información es sustento directo de un acto y/o resolución administrativa.

4) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de esta Corporación acordó admitir a tramitación este amparo, confirmando traslado al Sr. Fiscal Nacional Económico de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), mediante oficio N° E19316, de 06 de noviembre de 2020 solicitándole que: (1°) se refiera, específicamente, a las causales de secreto o reserva que, a su juicio, harían procedente la denegación de la información reclamada, detallando cómo la entrega dicha información afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano que usted representa; (2°) explique cómo lo solicitado afectaría los derechos de los terceros; (3°) indique si procedió de conformidad a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley de Transparencia; (4°) de haber procedido conforme al artículo 20 de la Ley de Transparencia, señale si los terceros eventualmente afectados presentaron su oposición a la solicitud que motivó el presente



amparo y, en la afirmativa, acompañe todos los documentos incluidos en el procedimiento de comunicación al tercero, incluyendo copia de la respectiva comunicación, de los documentos que acrediten su notificación, de la oposición deducida y de los antecedentes que den cuenta de la fecha en la que ésta ingresó ante el órgano que usted representa; y, (5º) proporcione los datos de contacto -por ejemplo: nombre, dirección, número telefónico y correo electrónico-, de los terceros involucrados, a fin de evaluar una eventual aplicación de lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento.

Mediante presentación acompañada a correo electrónico de 23 de noviembre del 2020, el órgano reclamado evacuó sus descargos, reiterando lo señalado con ocasión de su respuesta, agregando que: La Fiscalía, negó el acceso a la información proporcionada por las Partes y terceros, en virtud de las siguientes causales de reserva:

- a) Artículo 21, numeral 1) de la Ley N° 20.285 y artículo 7º, numeral 1) de su Reglamento: cual es que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, “Como es de conocimiento de este H. Consejo, las principales funciones de la Fiscalía Nacional Económica, conforme a los artículos 1º, 2º y 39 del DL 211, entre otros, dicen relación con resguardar y promover la libre competencia en los mercados; instruyendo, por un lado, investigaciones sobre todo hecho, acto o convención que - en los términos definidos por la ley- pueda constituir un atentado contra dicho bien jurídico y, por otro, actuando como parte ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, representando el interés general de la colectividad en el orden económico. La labor de este Servicio, en este caso en particular, consiste en llevar a cabo investigaciones vinculadas a operaciones de concentración, con origen en la notificación obligatoria de las mismas establecida en el artículo 48 del DL 211. 14. En virtud de dicha función investigativa, la Fiscalía Nacional Económica está facultada para recabar y recopilar de parte de agentes económicos, sean estos públicos o privados, informaciones y antecedentes que estime necesarios, con motivo de las indagaciones o investigaciones que practique, sean aquellos públicos o reservados. Dicha facultad está expresamente contenida en el artículo 52 del Título IV “De las Operaciones de Concentración” del DL 211, el cual hace referencia directa al artículo 39, letra a) del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de otras disposiciones y atribuciones. Por otro lado, existe una obligación general de reserva impuesta a los funcionarios de esta Fiscalía Nacional Económica por el artículo 42 del DL 211, conforme a lo dispuesto en sus incisos tercero y cuarto, en virtud de la cual tienen la obligación de guardar reserva respecto de “toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores...”. La infracción a dicha prohibición está sancionada con las penas previstas en los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal, así como con sanciones disciplinarias que puedan aplicarse administrativamente por la misma falta. Pues bien, de lo reseñado se desprende la importancia que reviste la entrega de antecedentes por parte de los particulares u otras entidades para el cumplimiento de las funciones de esta Fiscalía, la que es obligatoria una vez instruida una investigación. Particularmente en el análisis de operaciones de concentración, la



información proporcionada por los actores del mercado en análisis -ya sean partes notificantes o terceros-, resulta crucial para evaluar y ponderar los eventuales riesgos que una operación podría generar en el (los) mercado (s) o consumidores potencialmente afectados, de modo tal de contar con un panorama fidedigno del estado actual de la industria respectiva, así como también la opinión de dichos actores, quienes podrían ser precisamente en quienes recaigan posibles consecuencias nocivas de una operación de concentración. Asimismo, quienes aportan antecedentes solicitan la reserva de los mismos, de la identidad de la persona o entidad de que se trate, o de parte de dichos datos, principalmente porque se refieren a información comercial, estratégica personal. Por ejemplo, en la notificación de la operación de concentración se solicitó reserva de la misma, así como de los documentos acompañados por las partes y en dos de las declaraciones efectuadas por terceros se solicitó expresamente su confidencialidad, conforme con lo establecido en el artículo 39 letra a) y 42 del DL 211. 18. En tal contexto, la entrega de la información requerida podría sentar un precedente que dificultaría el cumplimiento de la función que el legislador ha encomendado a esta Fiscalía en cuanto, concretamente, podría verse afectado o disminuido el interés de los particulares en proporcionar los antecedentes que se les solicitan, al no tener certeza que estos serán debidamente resguardados. Esto es especialmente sensible para el funcionamiento del régimen de control de operaciones de concentración que, en consideración a la agilidad propia de los negocios, contempla plazos acotados (30 días hábiles administrativos) para resolver fundadamente en relación con una operación y mercado en particular, plazos que si no cuentan con la colaboración activa de las partes y terceros serían imposibles de cumplir. En este sentido, verse enfrentados a una negativa generalizada de entrega de información, que hagan necesario concurrir al uso de la vía judicial para efectos de compeler a los destinatarios de la solicitud, hace inviable el ejercicio de las funciones encomendadas a la Fiscalía. Es por esta razón que, en general, existe la necesidad de mantener bajo reserva la información manejada, política que tiene por objeto precisamente incentivar la entrega expedita de antecedentes útiles para el análisis de los casos -en forma completa y veraz-, otorgando garantías a las empresas o personas naturales que así lo soliciten, con la confianza que los antecedentes no serán develados en perjuicio de sus intereses, cualquiera que estos sean. Por otro lado, respecto de los antecedentes aportados por terceros ajenos a la operación de concentración, se negó el acceso a su información teniendo en consideración esta causal y por los mismos argumentos antes mencionados, pues, como se adelantó, si se divulgara la información que las empresas o particulares proveen a la FNE para analizar la operación se podría ver mellado el fin encomendado por la ley a esta repartición, el cual implica emitir un pronunciamiento acerca de si una operación afecta o no sustancialmente la competencia en un mercado determinado, en un plazo determinado. De lo dicho resulta evidente que en el caso concreto la divulgación de los antecedentes pedidos resulta ser más perjudicial para el ejercicio de las funciones que desempeña esta Fiscalía, que su reserva.



- b) Artículo 21, numeral 2) de la Ley N° 20.285 y artículo 7º, numeral 2) de su Reglamento. Esta causal permite denegar el acceso a información “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente, tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. En el presente caso, tanto las Partes como otros terceros agentes económicos han aportado antecedentes a la Investigación necesarios para efectuar un debido análisis de la misma; antecedentes que incluyen información que podría originar una afectación en los derechos de determinadas personas, como también información económica de data reciente, que reviste el carácter de ser comercialmente sensible y estratégica para el desarrollo de la actividad en el mercado analizado. Dicha circunstancia podrá ser apreciada por este H. Consejo al revisar el expediente respectivo. En el caso de los terceros que no son partes de la operación de concentración, se les citó a prestar declaración con el objeto de recabar información acerca de sus operaciones, sus ventas, la estructura del mercado, costos y planes de inversión, márgenes, barreras a la entrada, individualización de clientes, entre otras. En estas declaraciones, los terceros aportaron información comercial cuya revelación puede afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular y dos de ellos solicitaron expresamente la confidencialidad de las mismas, como se expuso anteriormente. En virtud de lo expuesto, es posible advertir que la información aportada por los diversos agentes económicos oficiados por esta Fiscalía contiene información sensible y estratégica, pues guarda relación con información financiera, políticas comerciales, costos y fijación de precios de productos y/o servicios, socios comerciales, clientes, entre otros, cuya divulgación al resto de competidores y/o al público en general podría generar efectos adversos tanto para el tercero en cuestión, como para el mercado en general, como por ejemplo, podría conllevar un riesgo de coordinación entre competidores o la disminución de la intensidad competitiva entre ellos.
- c) Artículo 20 de la Ley N° 20.285 y artículo 34 de su Reglamento, obliga a denegar acceso a información aportada o que pueda afectar los derechos de terceros cuando éstos, consultados al efecto, se han opuesto a su entrega, como en el caso ocurrió, en virtud del derecho que les confiere la ley. Dicha norma, en armonía con el artículo 34 inciso 3º del Reglamento, establece que: *“Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo para la Transparencia, dictada conforme al procedimiento que establece la ley”*. En los mismos términos, se dispone en el inciso 1º del artículo 16 de la Ley N° 20.285, que el jefe superior del órgano requerido estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece esta ley, únicas que le autorizan a negarse. Es decir, la negativa de acceso, en la especie, ha sido del todo procedente y obligatoria para este Servicio, puesto que el artículo 20 de la Ley y el artículo 34 inciso 3º de su Reglamento, redactados en términos imperativos, prohíben al órgano requerido proporcionar la información o antecedentes solicitados una vez deducida la oposición del tercero respectivo; en este caso, de las empresas que fueron Partes de la Investigación, Abengoa OM

Atacama SCP, S.A.; Acciona Industrial, S.A.; y Abengoa OM Atacama CSP, S.A. De esta manera, y en conformidad a las normas legales citadas, ante la oposición de las Partes de la Investigación, el órgano requerido está imposibilitado legalmente de otorgar la información al solicitante, pudiendo solamente hacerlo ante resolución del Consejo para la Transparencia en tal sentido. Luego, si el órgano requerido no considerase la negativa interpuesta en tiempo y forma y procediese a otorgar la información al solicitante, estaría actuando en contravención no sólo legal, sino además a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República. Por último, como se señaló supra los terceros destinatarios de los Oficios Ordinarios N°1658, N°1660, N°1662 y N°1664 no pudieron ejercer su facultad de oposición a la solicitud del Sr. Rodrigo Astudillo Guevara al no haber sido notificados debidamente en virtud de las circunstancias generados por el brote de Coronavirus (Covid-19). Dicho elemento resulta sumamente relevante en la medida que, por un hecho no imputable a este Servicio, los terceros se vieron impedidos de ejercer eventualmente su facultad de oposición. En consecuencia, este Servicio actuó dentro del marco legal y negó el acceso a la información de las Partes de la Investigación que se opusieron al solicitante, todo lo cual queda a disposición de este H. Consejo para su resolución. El Excmo. Tribunal Constitucional estima que el artículo 8° razona sobre la base de decisiones, en referencia de actos y resoluciones administrativas y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. En dicho sentido “si el artículo 8° constitucional hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas.” (considerando 26°). Asimismo, agrega que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad encuentra asidero en la Historia Fidedigna del artículo 8° donde consta que expresamente se rechazó la posibilidad de que informes y antecedentes de empresas privadas, que fueron entregados a organismos de fiscalización, estuvieran comprendidos en la aplicación de dicho artículo. “De lo anterior se infiere que la información que empresas privadas entreguen al Estado no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información. Esa posibilidad expresamente fue descartada en la Reforma Constitucional de 2005, en contraste con la situación previa al 2005, donde eso era posible.” (considerando 29°). Cabe destacar que dicha situación resulta plenamente coincidente con la actual controversia, en la medida que este Servicio obtiene cuantiosa información de empresas privadas para el análisis de operaciones en concentración. Particularmente en la investigación Rol FNE F144-2018 este Servicio obtuvo información comercialmente sensible y privada proveniente de las partes notificantes y de terceros ajenas a la operación.”

- 5) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DE LOS TERCEROS INTERVINIENTES:** De conformidad a lo prescrito en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, el Consejo Directivo de esta Corporación, acordó dar traslado del amparo a los terceros intervinientes, mediante los oficios N° E20718, E20719, E20720, E20721, E20722, E20723, E20736 de 9 de diciembre de 2020. Luego, dichos terceros, en específico, Abengoa Om



Atacama CSP S.A., Acciona Industrial S.A y Abengoa Energía Atacama CSP, S.L.U., se opusieron a la entrega de lo solicitado, alegando en síntesis, que la información solicitada no es pública, por cuanto se trata de antecedentes comerciales sensibles para el desarrollo de actividades económicas, agregando luego, que el DL 211 establece un deber de reserva de todos los funcionarios y demás personas que presten servicios en la FNE atendido el carácter privado que con motivo de sus funciones es otorgada a la mencionada institución, por lo que de entregarse la información requerida se infringiría el deber de reserva funcionario señalado en el artículo 42 del mencionado decreto ley. Por otra parte, sostuvieron la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. Asimismo, Cerro Dominador CSP S.A se opuso a la entrega de lo solicitado, alegando en síntesis y principalmente que divulgar los antecedentes requeridos vulneraría los derechos económicos y comerciales de la empresa antes señalada, por cuanto se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, ya que, concurren los requisitos copulativos para su procedencia, a saber, i) la información no es generalmente conocida ni fácilmente accesible; (ii) ha sido objeto de razonables esfuerzos por parte de la empresa para mantener su reserva o secreto; y (iii) tiene un valor comercial por ser secreta, esto es, otorga a su titular una ventaja competitiva.

Se hace presente que, Enel Green Power Chile LTDA., Pacific Hydro Chile S.A, e Hydrochile S.A a la fecha del presente acuerdo, no se han pronunciado al respecto.

#### Y CONSIDERANDO:

- 1) Que, a modo de contexto, es pertinente señalar que, el Rol FNE F144-2018 inició producto de una operación de concentración entre dos empresas para desarrollar un proyecto energético en el norte del país, razón por la cual celebraron un acuerdo entre ellas, dando lugar a una investigación por parte de la FNE que concluyó que la operación no resultaba apta para reducir la competencia en los mercados involucrados, producto de lo cual se aprobó dicha operación mediante Resolución FNE de fecha 29 de junio de 2018, el que a su vez se sustenta en el Informe de Aprobación emitido esa misma fecha.
- 2) Que, el presente amparo se funda en la respuesta incompleta otorgada a la solicitud de información del reclamante, mediante el cual se requirió copia digital del expediente y todos los antecedentes asociados al ROL FNE F144-2018 tramitado por la Fiscalía Nacional Económica, incluyendo el Informe de Aprobación, de 29 de junio de 2018, junto con todos los documentos allí citados en versión pública.
- 3) Que, en cuanto a la naturaleza de la información requerida, cabe hacer presente que de conformidad con el artículo 48 del dfl N°1/2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus respectivas modificaciones, existe la obligación legal de notificar la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los requisitos previstos en dicha norma, agregando luego que para dichos efectos deberán



aportarse distintos antecedentes, los cuales se encuentran individualizados –por remisión de la ley– en el artículo 2° del Decreto N°33, del Ministerio de Economía Fomento y Turismo, que establece el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, de 2017, el que señala: “A la notificación de la operación deberán acompañarse los antecedentes que permitan evaluar, preliminarmente, los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia, incluyendo, a lo menos, la siguiente información:

1. Un resumen ejecutivo de la operación de concentración proyectada.
  2. La individualización completa y datos de contacto de los agentes económicos que toman parte en la operación de concentración, de sus representantes, de los apoderados de las partes notificantes, junto a los poderes en virtud de los cuales actúan; la descripción de las actividades económicas de las partes y de la entidad objeto de la operación de concentración, según corresponda; y la individualización de sus personas relacionadas.
  3. La estructura de propiedad y control previa a la operación de concentración (...)
  4. La estructura de la operación de concentración y de propiedad y control proyectada luego de la misma (...)
  5. La definición de los mercados relevantes afectados por la operación de concentración proyectada (...)
  6. La siguiente información para cada mercado relevante afectado indicado en conformidad a las letras c y d del numeral 5 precedente (...)
  7. Para el caso previsto en la letra c del artículo 47 del DL 211, cuando las partes o las entidades pertenecientes a su mismo grupo empresarial sean activas en el mismo mercado que la nueva entidad que se crea, o en un mercado aguas arriba o aguas abajo al de la nueva entidad, o bien en un mercado relacionado al mismo, se deberá indicar, además (...)
  8. Para el caso previsto en la letra d del artículo 47 del DL 211, se deberá indicar, además, los activos a ser traspasados o cuyo control se pretende ceder, junto con una breve descripción de éstos, señalando sus funciones en el proceso productivo e indicando su porcentaje de participación en los activos totales de la entidad cedente.
  9. En caso de que se pretenda que eventuales eficiencias de la operación de concentración sean consideradas por la Fiscalía Nacional Económica en su análisis, las partes notificantes deberán realizar una descripción de las eficiencias productivas y/o dinámicas que esperan obtener de la operación, cuantificándolas y justificando el plazo en que se considera que concretarán sus efectos, detallando cómo las eficiencias serán traspasadas a los consumidores. Asimismo, deberán expresar las razones por las cuales las eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por mecanismos distintos a la operación y acompañar la documentación y antecedentes necesarios que respalden las eficiencias y permitan su verificación.
  10. Una declaración de las partes notificantes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación de concentración que se notifica.
  11. Una declaración de veracidad, suficiencia y completitud de la información proporcionada, así como del hecho de conocer las sanciones administrativas y penales que procedan en caso de proporcionar información falsa u ocultar información”.
- 4) Que, el órgano reclamado alego tanto en su respuesta como descargos, a concurrencia de las causales de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, y del artículo 21 N° 2 de la misma ley, por la oposición de terceros intervinientes.

- 5) Que, en virtud de la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. En este sentido, el órgano reclamado alego la concurrencia de la antes señalada causal de reserva, por cuanto, hacer entrega de los antecedentes solicitados dificultaría el cumplimiento de la función de resguardar y promover la libre competencia en los mercados, instruyendo, investigaciones sobre todo hecho, acto o convención que -en los términos definidos por la ley- pueda constituir un atentado contra dicho bien jurídico, para lo cual está facultada para recopilar y recabar antecedentes públicos y privados de los agentes económicos. Lo anterior, por cuanto podría verse afectado o disminuido el interés de los particulares en proporcionar los antecedentes que se les solicitan, al no tener certeza que estos serán debidamente resguardados. Luego, en lo que incumbe a antecedentes que han dado origen a procedimientos investigativos de la FNE -por ejemplo el expediente FNE F144-2018 - procede seguir lo resuelto por este Consejo a partir de la decisión Rol C 1361-11 que ha razonado respecto de la voluntariedad de la información que puedan proporcionar los terceros a la FNE en el marco de un proceso indagatorio, precisando que : *"(...) por mucho que la FNE solicite información en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 39 del D.L. N° 211, que incluye potentes medidas compulsivas (especialmente las introducidas por la Ley N° 20.361), la remisión de los antecedentes que solicite se realiza sin que exista una obligación predefinida y suficientemente específica en su contenido y en los sujetos afectados, lo que envuelve un grado de "voluntariedad" y hace que la probabilidad de afectación del cumplimiento de las funciones legales de la FNE, de revelarse la información entregada, sea más alta. Favorecer la entrega de la mayor cantidad de antecedentes posibles por parte de los sujetos requeridos hace que, en este caso, se justifique la reserva de la información"*. A la luz de dicho criterio y tratándose de aquellos antecedentes solicitados que hayan servido de base a la FNE para instruir procedimientos investigativos cabe tener por configurada la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, atendido que de divulgarse la información que las empresas y particulares proveen en forma voluntaria a la FNE para la realización de sus funciones, se podría ver mellado el fin que ésta intenta conseguir y que es determinar los hechos que pueden constituir atentados contra la libre competencia y la fiscalización de los mercados.
- 6) Que, respecto de lo señalado por la reclamada acerca del deber de reserva funcionario que consagra el artículo 42 del decreto ley N° 211, es menester reiterar lo señalado por este Consejo en la decisión Rol C1361-11 ante idéntica alegación en orden a que *"no podría estimarse que ella consagra una regla de secreto o reserva, pues esto supondría que toda la información, datos o antecedentes que conozcan los funcionarios de la FNE, con ocasión del ejercicio de su cargos, sean secretos o reservados, lo que invertiría, por vía interpretativa, la regla constitucional que exige al legislador establecer positivamente los casos de reserva y fundarlos en alguna de las causales del inciso 2° del artículo 8°. Por otra parte, si bien la segunda parte de la norma se refiere, especialmente, a la necesidad reservar determinada información, no puede tampoco sostenerse que constituya en sí mismo un caso de reserva, aún más considerando que la norma legal citada no otorga a los datos que indica, en cuanto tales, el carácter de secretos o reservados. Por el contrario, el precepto explicita,*



*pura y simplemente, un deber funcionario directamente aplicable a las personas que, a cualquier título, presten servicios en la FNE, imponiéndoles un especial deber de cuidado respecto de cierto género de información, el que no habilita a este órgano para fundar la denegación de información que obre en su poder, como ocurre en la especie, máxime cuando se solicita información al órgano de la Administración y no a sus funcionarios individualmente considerados, existiendo un deber constitucional y legal de la institución de cumplir con la Ley de Transparencia y proporcionar la información que se le ha requerido, salvo la procedencia de una o más causales de reserva, las que en la especie han sido alegadas (...)."*

- 7) Que, con motivo de la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose, entre otros, de los derechos de carácter comercial o económico. Al respecto, este Consejo ha establecido los criterios que deben considerarse para determinar si la información que se solicita contiene antecedentes cuya divulgación pueda afectar los derechos económicos y comerciales de una persona, natural o jurídica, los que deben ser acreditados por los eventualmente afectados. Así, la información debe cumplir con las siguientes condiciones o requisitos: a) ser secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información; b) ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) tener un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y por el contrario, su publicidad afecte significativamente su desenvolvimiento competitivo).
- 8) Que, los terceros intervinientes, Abengoa Om Atacama CSP S.A., Acciona Industrial S.A y Abengoa Energía Atacama CSP, S.L.U, se opusieron a la entrega de los antecedentes requeridos, por la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, por cuanto, la publicidad, comunicación o conocimiento de la información solicitada afectaría sus derechos de carácter comercial o económico. Al respecto, sostuvieron que en el presente caso concurren las condiciones o requisitos para que la información sea considerada reservada o secreta, por afectar los derechos antes citados, lo anterior, por cuanto:
  - a. Los antecedentes y documentos no son generalmente conocidos ni fácilmente accesibles para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información, lo anterior, por cuanto los terceros previamente citados presentaron a la FNE sus antecedentes de forma separada y dispusieron el carácter confidencial de la información entregada dentro del contexto de la investigación, esto porque por las características propias de la información y el carácter de competidores de dichos terceros, llevó a que incluso entre ellos no compartieran información económica o comercial más allá de la estrictamente necesaria para la ejecución del proyecto. Adicionalmente, hacen presente que, entre los antecedentes requeridos, se comprenden contratos que tienen incorporadas cláusulas de

confidencialidad, lo que reafirma que la difusión de la información contenida en ellos es extremadamente limitada y de escasa accesibilidad.

b. Los antecedentes y documentos aportados en la investigación han sido objeto de razonables esfuerzos por ser mantenidos en secreto, de ello dan cuenta las cláusulas de confidencialidad contenidas en los contratos celebrados por los terceros, que son parte de los antecedentes requeridos, así como las múltiples actividades realizadas por dichos terceros, tendientes a proteger la reserva de la información, lo que ha devenido en que dicha información no se encuentre disponible en el mercado, entre dichas actividades se destaca la oposición a la entrega de los antecedentes ante el procedimiento de acceso al órgano requerido y ante el Consejo para la Transparencia.

c. El secreto o reserva de los antecedentes y documentos aportados en la investigación proporciona a sus suscriptores una evidente mejora, avance o ventaja competitiva, y su publicidad afectaría significativamente el desenvolvimiento competitivo de la Compañía, por cuanto dentro de los antecedentes y documentos objeto de la notificación se contiene información comercial y financiera esencial para el devenir económico de los terceros, pues contienen información financiera y contable, información sobre los montos comprometidos en el proyecto y sus impactos en el mercado nacional, además de los contratos celebrados con miras a desarrollar la operación informada a la FNE, todo lo cual, de hacerse público afectaría la competitividad de los terceros, pues entregaría información esencial a los competidores acerca de la marcha de los negocios, ya que se da cuenta de todos los proyectos en que participan los terceros dentro del país en los mercados relevantes, el detalle de relaciones contractuales, y las proyecciones que presentan los negocios, todo lo cual constituye información económica y comercial estratégica, cuyo conocimiento proporciona a cualquier contraparte comercial una injustificada ventaja competitiva, lo que en consecuencia implicaría un daño o afectación en los derechos comerciales o económicos de los terceros en comento, en particular a su derecho a realizar cualquier actividad económica lícita - artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República- y su derecho de propiedad - artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República-.

En mérito de lo expuesto, atendido el nivel de detalle de la información solicitada referida a los terceros, este Consejo estima que se ha justificado suficientemente la causal de secreto o reserva invocada, al evidenciarse la concurrencia de la alegada afectación de derechos de carácter comercial o económico por la divulgación de la información requerida.

- 9) Que, en consecuencia, se rechazará el presente amparo por la concurrencia de las causales de reserva del artículo 21 N° 1 y 2 de la Ley de Transparencia.

**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.Rechazar el amparo deducido por don Rodrigo Astudillo Guevara, en contra de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en virtud de la concurrencia de las causales de reserva del artículo 21 N° 1 y 2 de la Ley de Transparencia.

II.Encomendar al Director General (S) y a la Directora Jurídica (S) de este Consejo, indistintamente, notificar la presente decisión a don Rodrigo Astudillo Guevara, al Sr. Fiscal Nacional Económico de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), a Green Power Chile Ltda., a Cerro Dominador CSP S.A., Pacific Hydro Chile S.A., Hidrochile S.A., Abengoa Om Atacama CSP S.A., Acciona Industrial S.A y Abengoa Energía Atacama CSP, S.L.U.

En contra de la presente decisión procede 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 el artículo 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. Con todo, los órganos de la Administración del Estado no podrán intentar dicho reclamo en contra de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información solicitada, cuando su denegación se hubiere fundado en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Además, no procederá 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 Presidenta doña Gloria de la Fuente González, su Consejera doña Natalia González Bañados y sus Consejeros don Francisco Leturia Infante y don Bernardo Navarrete Yáñez.

Por orden del Consejo Directivo, certifica la Directora Jurídica (S) del Consejo para la Transparencia doña Ana María Muñoz Massouh.