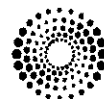


IAN HENRÍQUEZ HERRERA  
COORDINADOR

**DERECHO CORPORATIVO**  
**JURISPRUDENCIA COMENTADA**  
**AÑO 2013**

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

LOS LÍMITES DE LA TRANSPARENCIA:  
VISIÓN CRÍTICA RESPECTO DE UNA REITERADA INTERPRETACIÓN  
DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY Nº 20.285<sup>1</sup>

*Consejo para la Transparencia. Amparo al Derecho de Acceso a la Información Pública. "CIPER Chile con Superintendencia de Servicios Sanitarios". Decisión de fecha 26 de octubre de 2011, Rol Nº C-515-11*

LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA  
GUILLERMO ZAVALA MATULIC

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 25 de junio de 2012, la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (en lo sucesivo, la "Corte") se pronunció<sup>2</sup> confirmando la Decisión del Consejo para la Transparencia (en lo sucesivo, el "Consejo") C515-11 de fecha 26 de octubre de 2011, al rechazar las reclamaciones de ilegalidad deducidas por los afectados con el amparo al derecho de acceso a la información pública<sup>3</sup> acogido por este Consejo.

---

<sup>1</sup> Se agradece a Pamela Toro Reidenbach por sus comentarios y observaciones relativas a materias de Transparencia.

<sup>2</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 25 de junio de 2012, causa Rol Nº 9.347-2011, caratulado "Superintendencia de Servicios Sanitarios con Consejo para la Transparencia".

<sup>3</sup> Para un adecuado entendimiento de este comentario, conviene tener presente que con el objeto de hacer efectivo el derecho al acceso a la información pública, la Ley Nº 20.285 "estableció un recurso o acción contencioso administrativa especial, que es el amparo del derecho de acceso a la información pública, la que permite al interesado ocurrir ante los tribunales de justicia para solicitar el amparo judicial del derecho de acceso a los actos e información administrativa, en caso de que la autoridad administrativa legalmente requerida rehúse o deniegue tal acceso". ALLESCH, Johann y OBANDO, Iván (2005): "El amparo del Derecho de Acceso a la Información Pública"; *Revista Ius et Praxis*, vol. 1, núm. 2, p. 104. Cabe señalar que este amparo habría sido establecido primeramente en el artículo 11 ter de la Ley Nº 19.653 de 1999, lo que habría servido de antecedente al actual artículo 24 de la Ley Nº 20.285, que dispone:

"Artículo 24.- Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.

El fallo del tribunal de alzada tiene importancia, por cuanto hace suya la ya reiterada y sumamente cuestionable interpretación que hace el Consejo del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (en lo sucesivo, la "Ley N° 20.285"), en cuanto a que se presumen públicos los documentos que obren en poder de la autoridad por este solo hecho, no obstante su naturaleza privada. De esta manera, resulta interesante revisar la decisión del Consejo, toda vez que constituye un ejemplo representativo de la cuestionada interpretación, que en forma reiterada se ha venido sosteniendo.

## 2. ANTECEDENTES DEL CASO: LOS HECHOS

Por medio de su decisión, el Consejo ordenó a la requerida, la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en lo sucesivo, la "Superintendencia"), la exhibición a la Fundación Centro de Investigación Periodística de los contratos de suministro de agua cruda solicitados por ésta, que obraban en poder del ente regulador por motivos accidentales de fijación tarifaria. Ello, en el contexto de un amparo al derecho de acceso a la información pública interpuesto por dicha entidad periodística en contra de la Superintendencia, luego de que ésta hubiere denegado parte de la información solicitada.

Específicamente, el amparo se habría deducido por cuanto este Servicio Público previamente sólo habría dado cumplimiento parcial a la solicitud de acceso a la información pública que, con fecha 15 de marzo de 2011, se habría efectuado en los siguientes términos:

---

*La reclamación deberá señalar claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran, y deberá acompañarse de los medios de prueba que los acrediten, en su caso.*

*La reclamación deberá presentarse dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de información.*

*Cuando el requirente tenga su domicilio fuera de la ciudad asiento del Consejo, podrá presentar su reclamo en la respectiva gobernación, la que deberá transmitirla al Consejo de inmediato y por el medio más expedito de que disponga. En estos casos, el reclamo se entenderá presentado en la fecha de su recepción por la gobernación.*

*El Consejo pondrá formularios de reclamos a disposición de los interesados, los que también proporcionará a las gobernaciones".*

cuanto hace suya la que hace el Consejo sobre Acceso a la información”), en cuanto a que poder de la autoridad a. De esta manera, vez que constituye ción, que en forma

s

querida, la Superintendencia”), Periodística de los ésta, que obraban e fijación tarifaria. o a la información ontra de la Superde la información

uanto este Servicio icial a la solicitud de marzo de 2011,

da y los hechos que la rediten, en su caso. días, contado desde la haya expirado el plazo

to del Consejo, podrá ismitirla al Consejo de el reclamo se entenderá

esados, los que también

*“Solicito el contrato de servicios sanitarios que realiza la empresa Aguas de Antofagasta S.A. con todos sus clientes ‘no regulados’ (Minera Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Minera Rayrock y otros) que tenga en la región de Antofagasta. Solicito también que se adjunten los datos sobre el volumen de agua que se le suministra a cada uno de estos clientes ‘no regulados’ de Aguas Antofagasta, qué tipo de agua se le suministra (cruda, potable, etc.) a los clientes ‘no regulados’, cuál es la fuente de agua que se le suministra a estos clientes ‘no regulados’ y si estos clientes ‘no regulados’ mantienen otro tipo de contrato o acuerdo con Aguas Antofagasta S.A.”.*

El mencionado amparo deducido sería, en efecto, admisible, por cuanto la Superintendencia sólo habría dado cumplimiento a la mencionada solicitud en forma parcial, ya que, únicamente, se habría entregado la información solicitada y se habría excusado de hacer entrega de la copia de los contratos, argumentando que éstos contendrían información cuya publicidad afectaría derechos de terceros.

Frente a la interposición del amparo, tanto la Superintendencia como diversos terceros interesados argumentaron, a través de sus respectivos descargos, que en relación a los contratos se configuraría la causal de reserva del artículo 21 número 2 de la Ley N° 20.285<sup>4</sup>, toda vez que dichos contratos contienen información estratégica y confidencial sobre políticas comerciales de la empresa relativas a clientes no regulados, cuya divulgación acarrearía un debilitamiento de la posición comercial de la empresa y detrimento a su patrimonio. Ello, sin considerar que la información contenida en dichos contratos fue entregada a la Superintendencia haciendo expresa reserva de su confidencialidad.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo concluye que la información contenida en dichos contratos constituye información de carácter público, por cuanto han sido acompañados en un proceso de fijación tarifaria, y, en tal sentido, se configuraría la presunción del artículo 5° de la Ley N° 20.285,

<sup>4</sup>Dicho artículo dispone que:

*“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: (...)*

*2. Cuando sus publicidades, 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”.*

que considera de naturaleza pública *"las resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial (...) "*, agregando su inciso segundo el que *"[a]simismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento"* (lo subrayado es nuestro). En igual orden de ideas, sostiene el Consejo, no se configuraría la causal de reserva esgrimida, por no haberse acreditado fehacientemente que la información requerida afectaría a terceros interesados en el ámbito comercial o económico. Así, concluye el Consejo, *"no habiéndose desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre la información requerida, y tampoco presumiéndose el daño o afectación invocada, esta causal de reserva se desechará"*, razonamiento que es reiterado por la Corte en el considerando décimo de su sentencia, bajo el siguiente argumento: *"(...) el interés general del derecho a la información pública debe prevalecer por sobre los intereses económicos particulares de las empresas que se dicen afectadas"*.

### 3. CONTEXTUALIZANDO EL PROBLEMA: EL MERCADO SANITARIO

Si bien no pretendemos hacer de éste un comentario medieval –en el sentido de convertir el texto comentado en un mero pretexto para introducir disquisiciones o tratar contenidos ajenos a aquél–, creemos necesario, para una adecuada comprensión de la controversia, referirnos brevemente al contexto de la actividad económica dentro de la cual fue celebrado el contrato objeto de la solicitud y posterior amparo: el mercado sanitario. Ello resulta esencial, por cuanto se trata de un mercado o sector regulado de la economía y, en tal sentido, le sería plenamente aplicable la limitación del artículo 19 número 21 de la Constitución Política, es decir, *"[e]l derecho a desarrollar una actividad económica (...) respetando las normas legales que la regulen"* (lo subrayado es nuestro).

Esto significa, en palabras de Evans De la Cuadra, lo siguiente: *"regular una actividad es someterla al imperio de una regimentación que indique cómo puede realizarse"*<sup>5</sup>. En igual sentido, nuestra magistratura constitucio-

<sup>5</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales*, Tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile; página 140.

es de los órganos de  
documentos que les  
l (...)", agregando su  
formación elaborada  
sobre en poder de los  
ato, soporte, fecha de  
subrayado es nuestro).  
nfiguraría la causal de  
ntemente que la infor-  
el ámbito comercial o  
se desvirtuado la pre-  
requerida, y tampoco  
causal de reserva se  
rte en el considerando  
"(...) el interés general  
por sobre los intereses  
n afectadas".

#### ADO SANITARIO

tario medieval –en el  
pretexto para introdu-  
–, creemos necesario,  
referirnos brevemente  
cual fue celebrado el  
mercado sanitario. Ello  
sector regulado de la  
cable la limitación del  
s decir, "[e]l derecho  
do las normas legales

, lo siguiente: "regular  
rentación que indique  
agistratura constitucio-

ionales, Tomo III, 3ª edición,

nal ha señalado que "por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia: 'Ajustado y conforme a reglas'. De lo anterior se infiere que sujetar una actividad a regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse (...)"<sup>6</sup>.

En este orden de ideas, debe señalarse que la actividad de prestación de servicios sanitarios es una actividad que en nuestro Derecho queda entregada a la iniciativa privada<sup>7</sup>, pero con una regulación jurídica especial por tratarse de un servicio de utilidad pública y constituir, por su naturaleza fáctica, una actividad monopólica<sup>8</sup> dentro de un área determinada. En efecto, su regulación determina, entre otras, (i) el modo de ingreso a la actividad, (ii) su desarrollo, operación, relaciones con sus clientes, etc. y (iii) la forma de retiro de la actividad.

El ingreso de los particulares a la actividad sanitaria se encuentra sometido a una previa autorización de la autoridad, prestada mediante un acto administrativo, llamado erróneamente concesión, puesto que ninguna ley ha establecido que esta actividad sea privativa del Estado, sino que, por el contrario, en cumplimiento del artículo 19 número 21 de la Constitución

<sup>6</sup> Considerando noveno de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 1992, causal Rol N° 146. En igual sentido, Rol N° 167 de 6 de abril de 1993 y N° 546 de 17 de noviembre de 2006.

<sup>7</sup> Ello, en razón que la regla general en nuestro ordenamiento constitucional económico es que las actividades económicas no están *per se* sujetas a una regulación especial, sino muy por el contrario, están sujetas al derecho común, aplicable a los particulares, y es que, como señala Cea Egaña –a pretexto del artículo 19 número 21 de la Constitución–, "(...) el propósito del constituyente es que impere un orden público específico para la economía, fundado en la libertad, la igualdad y los derechos que la Constitución reconoce a la persona, individualmente o asociada en grupos que gozan de autonomía para realizar sus objetivos económicos". CEA EGAÑA, José Luis (1991): "Notas sobre orden público económico", en la *Revista Gaceta Jurídica* N° 135, p. 18.

<sup>8</sup> Y es que, como expresa Fernandois, "el ordenamiento legal chileno ha acogido una propuesta básica de la ciencia económica, que sugiere que aquellas actividades que constituyen monopolios naturales deben ser reguladas estrictamente por el Estado. Se encuentran en esta condición el mercado de los servicios sanitarios, el de telefonía local y, parcialmente, el de energía eléctrica, entre otros". FERNANDOIS, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico*, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, p. 65. En igual sentido, y con mayor profundidad, ALÉ, Jorge (1990): "Un nuevo esquema de regulación de monopolios naturales", *Revista de Estudios Públicos* N° 37.

Política de la República, corresponde de suyo a los particulares en virtud del principio de subsidiariedad<sup>9</sup>; y así, sería una actividad de específica "reserva privada". No obstante lo dicho, de conformidad a lo preceptuado por el artículo 4° del Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios (en lo sucesivo, "LGSS"), todos los prestadores de servicios sanitarios están afectos al régimen de concesiones, cualquiera sea su naturaleza jurídica, sean ellos de propiedad pública o privada.

Además de este acto propiamente autorizatorio, un requisito previo al ejercicio de la actividad económica que nos ocupa, lo constituye el reconocimiento de un derecho por parte de la autoridad a una persona jurídica, para que realice de manera *exclusiva* y con *obligatoriedad*<sup>10</sup>, un servicio público sanitario dentro de un área geográfica urbana determinada y por tiempo indefinido<sup>11</sup>. La ley únicamente exige de concesión a la prestación

<sup>9</sup> Lo anterior se explica porque, aun cuando la regla general es la libre iniciativa privada, existen ciertos mercados que por su especial naturaleza o por su carácter monopólico, se encuentran sustraídos de la libre actividad de los particulares, a través de potestades reguladoras de la Administración. Pero para que aquello ocurra es necesaria su publicación previa o *publicatio*, es decir, una reserva legal en forma expresa de una actividad específica a favor de la Administración, sustrayéndose la natural posibilidad *a priori* de los particulares de desarrollar actividades económicas, requiriéndose ahora de un título habilitante. Consiste, en palabras de Vergara Blanco, en la "*eliminación total de las titularidades privadas previas en el sector de que se trate y su traslado a la titularidad pública, desde la cual se dispensan posibilidades parciales de ejercicio a los particulares mediante la fórmula concesional. Así, la libertad queda sustituida por la concesión administrativa otorgado por el poder que configura facultades pero también configura, a su vez, el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine*". VERGARA BLANCO, Alejandro (1989): "Concesiones de Dominio Público y caracterización de las Concesiones Mineras", en *Revista Chilena del Derecho*, XVI, N° 3, p. 781. De esta forma, en los mercados en que no ocurre esto —como el mercado sanitario— parte de la doctrina considera más preciso utilizar la expresión *pseudo concesión*.

<sup>10</sup> Ello, porque como señala Ariño Ortiz, "[c]omo consecuencia del carácter imprescindible para la vida social, que es precio de las actividades de servicio público, se produce esa característica doble que es: por un lado, la continuidad y regularidad en su prestación; por otro, la obligación legal de suministro y el derecho subjetivo de cualquier ciudadano a la utilización del mismo". ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico*, Ara Editores, p. 588.

<sup>11</sup> El artículo 7° de la LGSS dispone que:

"La concesión tiene por objeto permitir el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos indicados en el número 1 del artículo 1° de esta ley. El plazo por el

iculares en virtud de específica "re-  
o preceptuado por 988, Ley General los prestadores de es, cualquiera sea privada.

equisito previo al onstituye el reco-  
i persona jurídica, dad<sup>10</sup>, un servicio leterminada y por ión a la prestación

ibre iniciativa privada, ter monopólico, se en- potestades reguladoras ificación previa o pu- específica a favor de la ticulares de desarrollar onsisite, en palabras de previas en el sector de ispensan posibilidades al. Así, la libertad que- e configura facultades ado sentido y siempre co, Alejandro (1989): s Mineras", en Revista s en que no ocurre esto so utilizar la expresión

el carácter imprescin- úblico, se produce esa l en su prestación; por ier ciudadano a la uti- ho Público Económico,

trucción y explotación sta ley. El plazo por el

del servicio de agua potable y alcantarillado que se proporciona a los predios rústicos, esto es, aquellos que se encuentren fuera del radio urbano.

De acuerdo a la Ley General de Servicios Sanitarios, se exige de una concesión para la prestación de los servicios sanitarios indicados en su artículo 5<sup>o</sup><sup>12</sup>, los que, además, son catalogados como servicios públicos<sup>13</sup>.

*que se otorga la concesión es indefinido, sin perjuicio de su caducidad, de conformidad a lo establecido en la ley.*

*Las concesiones o parte de ellas, podrán ser objeto de cualquier acto jurídico en virtud del cual se transfiera el dominio o derecho de explotación de la concesión.*

*Las concesionarias de distribución de agua potable y de recolección de aguas servidas sólo podrán destinar sus instalaciones al servicio público respectivo".*

<sup>12</sup> El artículo 5° de la LGSS, dispone que:

*"Es servicio público de producción de agua potable, aquel cuyo objeto es producir agua potable para un servicio público de distribución.*

*Es servicio público de distribución de agua potable, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la Ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación.*

*Es servicio público de recolección de aguas servidas, aquel cuyo objeto es prestar dicho servicio, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la Ley, a usuarios finales obligados a pagar un precio por dicha prestación.*

*Es servicio público de disposición de aguas servidas, aquel cuyo objeto es disponer las aguas servidas de un servicio público de recolección".*

<sup>13</sup> Conviene tener en claro que la expresión *servicio público* está siendo tomado en su sentido funcional y no orgánico. Dichas acepciones del vocablo son de antigua data y han sido desarrolladas por la Contraloría General de la República, por ejemplo, en el Dictamen N° 55.270 de 1969, el que expresa que, existe "uno de tipo orgánico o institucional y otro de tipo funcional, relativo a la actividad que recibe tal denominación (...)" ; señalando más adelante "(...) Desde el punto de vista orgánico o institucional se ha entendido por servicio público a toda organización de carácter permanente, creada por el Estado e integrada dentro de la Administración Pública, destinada a satisfacer de manera regular, general y continua una necesidad pública, sometiéndose, preferentemente, a las normas de derecho público. Considerando la naturaleza de la actividad o función que un organismo o entidad efectúa, se ha conceptualizado como servicio público a toda actividad que persigue un fin de interés general, bien sea ella realizada por una entidad o cuerpo estatal, bien por personas privadas, sean jurídicas o aun naturales. Por regla general, la prestación del servicio público se realiza directamente por el Estado, a través de sus distintos organismos. Sin embargo, existen situaciones en las que el Estado para satisfacer necesidades colectivas, recurra a la actividad o gestión de los particulares, como ocurre respecto de los teléfonos, agua potable, movilización, etc.". Esto último ocurriría en el caso particular, toda vez que los servicios sanitarios de distribución de agua son una función administrativa prestacional entregado a mano de particulares. Por el contrario, un concepto de servicio público en su sentido orgánico puede encontrarse en el artículo 28 de la Ley N° 18.575



Es este acto administrativo de autorización, que la ley llama concesión, es el que permite a los particulares el desarrollo de esta actividad económica y, entre otras materias, le determina la normativa aplicable, sanciona el programa de desarrollo de la concesionaria, el nivel tarifario y las garantías involucradas.

Dentro de las características de estas concesiones sanitarias, y sin pretender agotar el tema, podemos indicar las siguientes:

1. Constan en un *título* otorgado por la autoridad (Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas), donde se fijan los tipos de concesiones que detenta, las condiciones de servicio y las áreas de atención;

2. Otorgan un derecho de dominio sobre ellas, que les permite hacer uso y goce de lo que producen, con la facultad de su disposición total o parcial. Total, mediante la transferencia a un tercero de la concesión; parcial, mediante la cesión del derecho de explotación de la concesión a un tercero;

3. Son de plazo indefinido. Excepcionalmente, por causas legales, la autoridad puede poner término a la concesión declarando su caducidad, en los siguientes casos:

a) Si el servicio no se entrega en las condiciones legales y técnicas exigidas;

b) Si la concesionaria no cumple con su programa de desarrollo, y

c) Por la declaración de quiebra del prestador.

4. Están sometidas a un sistema de vigilancia por parte de la autoridad, en cuanto al cumplimiento y acatamiento de las normas que resguardan la continuidad y calidad de los servicios que suministran, y es que "*[l]a facultad de la Superintendencia en materia de agua potable y alcantarillado*

---

sobre Bases General de la Administración del Estado, que prescribe, en su inciso primero, que "*[l]os servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Estarán sometidos a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, cuyas políticas, planes y programas les corresponderá aplicar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 22, inciso tercero, y 30*".

llama concesión, actividad económica, sanciona el incumplimiento y las garantías

titulares, y sin pre-

Decreto Supremo del Poder Ejecutivo de las concesiones que se otorgan;

permite hacer uso total o parcial. La concesión; parcial, mediante la entrega a un tercero;

causas legales, la caducidad,

legales y técnicas

desarrollo, y

de la autoridad, que resguardan la actividad y es que "[l]a fa- bricación y alcantarillado

su inciso primero, que satisfacen necesidades de salud pública o supervigilancia sanitaria, cuyas políticas, se establecen en los artículos

*le permite fiscalizar incluso la calidad y continuidad respecto a servicios contratados a precio libre para grandes consumidores*"<sup>14</sup>;

5. Confieren derechos especiales a sus titulares, como:

a) El de la exclusividad. No se admite que dentro de una misma área de concesión coexistan dos o más concesionarios entregando los mismos servicios.

b) El de cobro tarifario. La concesionaria tiene el derecho a cobrar la tarifa que se le hubiera fijado a través de un Decreto Supremo del Ministerio de Economía<sup>15</sup>, facultándola incluso para suspender el servicio por falta de pago, como un medio para hacer efectivo su derecho.

c) Imponer servidumbres legales.

d) Ocupar gratuitamente bienes nacionales de uso público para instalar infraestructura sanitaria.

e) Solicitar expropiaciones de bienes raíces y derechos de aguas que requieran para cumplir con su servicio.

f) Cobrar aportes financieros reembolsables por capacidad y para extensión.

g) Pedir ampliaciones de la concesión, modificaciones a los planes de desarrollo aprobados por la autoridad y modificación de las tarifas fijadas, antes del vencimiento de los períodos respectivos.

h) Reclamar de las sanciones aplicadas por la Superintendencia.

<sup>14</sup> AGÜERO VARGAS, Francisco (2003): *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas*, Editorial LexisNexis, p. 13.

<sup>15</sup> Mecanismo que llama la atención por su particularidad. Así, dentro de los aspectos a considerar en el mercado sanitario, se ha señalado que "[s]i bien la SISS (Superintendencia) fija las tarifas, es el Ministerio de Economía quien elabora el decreto tarifario y lo envía a la Contraloría. Esto le da poder al Ministerio para influenciar el proceso tarifario, mediante la amenaza de no cursar el decreto. Sería conveniente explicitar que el Ministerio de Economía debería actuar de oficio y en un plazo máximo, sin que pudiera en ningún caso impugnar tarifas fijadas". GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo (2002): "Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?", en *Revista de Estudios Públicos* N° 85, verano 2002.

6. Imponen obligaciones al concesionario, entre las cuales encontramos:

a) La de atender toda solicitud de servicio que se le formule dentro de su territorio operacional, obligación que es la contrapartida a la exclusividad que le otorga la concesión.

b) La de asegurar permanentemente la calidad y continuidad de los servicios sanitarios.

c) La de cumplir con el programa de desarrollo aprobado por la autoridad.

d) La de ocupar los bienes afectos al sistema sanitario con ese único fin.

e) La de interconectarse con otros concesionarios cuando lo exija la autoridad.

f) La de cumplir con las instrucciones, resoluciones y órdenes escritas que emita la Superintendencia dentro de sus competencias.

g) La de garantizar el programa de desarrollo y el fiel cumplimiento de los servicios.

h) La de mantener un inventario o catastro actualizado de los bienes afectos a la concesión.

i) La de dar respuesta a los reclamos de los usuarios.

j) Informar anualmente sobre las obras puestas en explotación durante el año y los montos de inversión, especificando además las obras ejecutadas de conversión, reparación y reemplazo de los bienes afectos a la concesión.

Como puede advertirse, las empresas sanitarias se encuentran reguladas en el desarrollo de su actividad propia, y en el caso particular que analizamos, el contrato objeto de la solicitud de acceso a información pública tiene por objeto el suministro a una empresa minera de agua cruda para uso industrial. Este servicio es prestado por una sociedad anónima de giro sanitario, por lo que podría pensarse que debe respetar las normas que dicen

relación con el mercado regulado de los servicios sanitarios. Sin embargo, ello no es efectivo, toda vez que la prestación objeto del contrato constituye un servicio no regulado, que por consiguiente no se rige por las normas aplicables a los servicios públicos sanitarios.

En efecto, en la LGSS sólo se incluyen como objeto de su regulación a los contratos o servicios sanitarios, pues, como establece el artículo 1º numeral 1º de dicha Ley, es objeto de su regulación "*las disposiciones relativas al régimen de explotación de servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas, servicios denominados en adelante, servicios sanitarios*". De tal manera, la ley únicamente regula los siguientes mercados:

- a. de Producción de Agua Potable;
- b. de Distribución de Agua Potable;
- c. de Recolección de Aguas Servidas, y
- d. de Disposición de Aguas Servidas.

Teniendo entonces presente que el contrato celebrado por la empresa sanitaria y las distintas empresas mineras tiene por objeto la compra de agua cruda, éste no puede ser considerado un contrato de prestación de servicios sanitarios, toda vez que por agua cruda se entiende aquella no sometida a ningún tipo de tratamiento y susceptible de ser potabilizada. De tal manera que lo que se entrega por la empresa de servicios sanitarios no es ni agua potable ni servidas, razón por la cual no cabe dentro del objeto de reglamentación de la LGSS.

Consecuencia de lo anterior, es que la Superintendencia tampoco tiene atribuciones para fiscalizar el cumplimiento del contrato de suministro de agua cruda, ya que, como prescribe el artículo 2º de su Ley Orgánica, N° 18.092, "*corresponderá a la Superintendencia de Servicios Sanitarios la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios, del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias (...)*". Como puede apreciarse, si bien la prestación objeto del contrato de suministro de agua cruda es realizada

por una empresa de servicios sanitarios, no se encuadra en ninguna de las hipótesis descritas precedentemente, razón por la cual la Superintendencia carecería de atribuciones para intervenir de cualquier forma en la ejecución del acuerdo contractual.

No debe confundirse lo anterior con el hecho que el contrato se haya encontrado accidentalmente en poder de la autoridad fiscalizadora al tiempo de la solicitud de acceso a la información pública. Y es que, como señaló la propia Superintendencia en sus descargos y observaciones, los contratos se encuentran fuera de su esfera de regulación por no tratarse de servicios sanitarios, y por tanto, no puede ser objeto de fiscalización o intervención administrativa. Sólo se encontrarían en poder del ente regulador para fines específicos previstos por la Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios<sup>16</sup>, relativos al proceso de fijación tarifaria de los servicios sanitarios prestados.

Así, es dable concluir que el contrato de suministro de agua cruda no se encuentra sujeto a la regulación del mercado sanitario ni puede ser objeto de fiscalización por parte de la Superintendencia.

Corresponde finalmente determinar el estatuto jurídico aplicable al contrato que motiva la solicitud de acceso y posterior amparo. Aun cuando el prestador de los servicios es una empresa sanitaria sujeta a regulación y fiscalización, los contratos celebrados por ésta con las empresas mineras constituyen un servicio no regulado, que no corresponde a ninguno de los cuatro servicios públicos sanitarios definidos en los artículos 3° y 5° de la LGSS. Por el contrario, se trata de contratos vigentes entre privados, referidos a una actividad económica no sujeta a regulación y desarrollado en un mercado competitivo en el que pueden concurrir diversos actores:

---

<sup>16</sup> Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Obras Públicas) N° 70 de 1988. Incluso, la citada norma dispone, en su artículo 24, que: "*Si el prestador desea dar servicios no obligatorios —es decir, no regulados— podrá convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones a que haya lugar*". De ello, aparece con claridad que el mercado de distribución de agua cruda se desarrolla en un marco de libertad y competencia. En este mismo sentido, señala Agüero Vargas que "*[r]especto a las tarifas que contratan libremente grandes usuarios con prestadores ella debe ser conocida por la autoridad como un referente para la negociación que se hace con la empresa de utilidad pública*". AGÜERO VARGAS, FRANCISCO (2003): *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas*, Editorial LexisNexis, p. 102.

ninguna de las  
superintendencia  
en la ejecución

contrato se haya  
adora al tiempo  
e, como señaló  
s, los contratos  
se de servicios  
o intervención  
lador para fines  
sanitarios<sup>16</sup>, rela-  
rios prestados.

agua cruda no se  
uede ser objeto

aplicable al con-  
Aun cuando el  
a regulación y  
presas mineras  
ninguno de los  
ulos 3° y 5° de  
entre privados,  
y desarrollado  
versos actores:

le 1988. Incluso, la  
cios no obligatorios  
s pagos y compen-  
o de distribución de  
simo sentido, señala  
andes usuarios con  
ara la negociación  
sco (2003); *Tarifas  
Electricidad y Gas*,

el primero son las propias empresas mineras que –además de participar como clientes del suministro de agua– pueden tener participación a través de la explotación de sus derechos de aprovechamiento de agua, por medio de plantas desaladoras de agua del mar o a través de impulsiones de agua de mar sin tratar; en segundo lugar, concurren también como actores los titulares de los derechos de aprovechamiento de agua, sea a través de la venta de sus derechos a las empresas mineras o bien celebrando contratos de suministro de agua cruda con ellas; y por último, también participan en este mercado las empresas que operan servicios públicos sanitarios, como la tercera interesada del amparo de acceso a la información pública.

Las empresas sanitarias pueden participar en el mercado vendiendo agua cruda que proviene de las fuentes de aguas continentales, de la desalación de agua de mar o del suministro de aguas servidas tratadas. Pero lo anterior no significa que el servicio prestado por la empresa sanitaria quede sujeto a la reglamentación de la venta de servicios públicos sanitarios a grandes consumidores, que son aquellos regulados por el Capítulo II del Título III de la LGSS. Nada impide, en efecto, el que por participar una empresa en el mercado sanitario regulado, pueda libremente –al amparo de la garantía constitucional del artículo 19 número 21– realizar actividades empresariales en otros mercados. A tal conclusión es posible llegar de la lectura del artículo 8° de la LGSS, que prescribe en su inciso segundo: *“En todo caso, dichas sociedades anónimas –refiriéndose a las concesionarias– deberán constituirse conforme a las leyes del país y tendrán como único objeto el establecimiento, construcción y explotación de los servicios públicos indicados en el artículo 5° de esta ley, y demás prestaciones relacionadas con dichas actividades”* (lo subrayado es nuestro).

En conclusión, el contrato objeto de la solicitud y posterior amparo ante el Consejo constituye información privada, en tanto contrato celebrado entre particulares y que sólo fue entregado a la autoridad sanitaria por fines accidentales, como la fijación tarifaria.

#### 4. LA DECISIÓN EN PERSPECTIVA

No obstante tratarse, la decisión en comento, de una que probablemente no revista un mayor atractivo o trascendencia jurídica, creemos útil escogerla por representar la interpretación prácticamente uniforme del Consejo

sobre el artículo 5° de la Ley N° 20.285<sup>17</sup>. En efecto, tanto la decisión del Consejo como la sentencia confirmatoria de la Corte discurren sobre la idea de que todo documento o antecedente que obra en poder de la Administración del Estado necesariamente es de naturaleza pública. “(...) se reitera la posición adoptada por la mayoría de este Consejo en el sentido que, encontrándose la información requerida en poder del órgano de la Administración del Estado, se configura la hipótesis general de publicidad contemplada en el artículo 5°, inciso 2° de la Ley de Transparencia. Por tanto, dicha información se sujeta al régimen que establece este último cuerpo legal, presumiéndose pública, en principio, por ese solo hecho”, señala el Consejo; “[l]a libertad de expresión e información, derecho fundamental en un Estado democrático, y por ende, el acceso a ella, puede ser preponderante y afectar, por cierto, otros derechos involucrados”, agrega la Corte, al fundar su decisión.

Ello, por lo demás y según se adelantó, no constituye novedad alguna, por cuanto la anterior viene a ser una interpretación reiterada del Consejo, sustentada desde los inicios del mismo. Así, desde un comienzo, el Consejo ha señalado que “[e]l artículo 5° inciso segundo de la Ley de Transparencia establece la publicidad de la información, considerando como información de carácter público, entre otras, aquella que obra en poder del órgano, por lo que una vez solicitada esta información el órgano debiese proceder a su entrega”<sup>18</sup>. Esta interpretación, a juicio del Consejo, se sustentaría no sólo en el tenor literal del citado inciso segundo, sino que además en el derecho comparado, ya que, “[e]n cuanto al derecho comparado, se refiere particularmente a la jurisprudencia norteamericana, la que ha señalado que si la información requerida está en posesión de la institución puede ser solicitada por cualquier persona. En términos similares, se refiere a la jurisprudencia australiana, canadiense y británica”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> En este sentido, Decisiones Roles N°s. A01-09, A07-09, A10-09, A19-09, A28-09, A29-09, A35-09, A36-09, A38-09, A39-09, A 45-09, A47-09, A48-09, A54-09, A91-09, A140-09, A309-09, C573-09, C547-10, C472-10, C521-10, y más recientemente, C851-10, C459-12, C694-12, C949-12, C1.018-12 y C1.303-12.

<sup>18</sup> Decisión Roles N°s. A165-09 y A244-09.

<sup>19</sup> Informe en Derecho elaborado por don Tomás Vial S., acerca de la “Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración y su relación con la información entregada a los particulares”, expuesto

to la decisión del  
iscurren sobre la  
poder de la Ad-  
pública. "(...) se  
sejo en el sentido  
del órgano de la  
ral de publicidad  
ansparencia. Por  
blece este último  
ese solo hecho",  
ión, derecho fun-  
a ella, puede ser  
ucrados", agrega

novedad alguna,  
cada del Consejo,  
ienzo, el Consejo  
de Transparencia  
omo información  
oder del órgano,  
debiese proceder  
jo, se sustentaría  
que además en el  
parado, se refiere  
que ha señalado  
institución puede  
ares, se refiere a

19-09, A28-09, A29-  
09, A91-09, A140-09,  
C851-10, C459-12,

1 "Constitucionalidad  
poder de los órganos  
articulares", expuesto

Pero, además, esta presunción de publicidad es procedente no sólo tra-  
tándose de documentos o antecedentes en que hayan intervenido órganos  
públicos, sino también aquellos en cuya génesis sólo hayan intervenido  
particulares. Es decir, no obstante tratarse de un documento de naturaleza  
privada y haber sido celebrado, acordado o confeccionado por particulares,  
éste adquiriría una naturaleza pública por el solo hecho de obrar en poder  
de la Administración, independiente de la causa o motivo. En este sentido,  
se ha fallado por el Consejo que "(...) si bien es efectivo que la información  
requerida ha sido generada por privados, ésta ha sido puesta a disposición  
del Ministerio de Obras Públicas (...)", por lo que "(...) en aplicación de  
lo dispuesto por el artículo 5º, inciso segundo, de la Ley de Transparencia,  
lo requerido constituiría, en principio, información pública, por tratarse  
de información que obra en poder de un órgano de la Administración del  
Estado"<sup>20</sup>. De igual forma, se ha fallado que "(...) si bien la información  
requerida emana directamente de la Fundación Futuro –persona jurídica  
de derecho privado–, ha sido entregada por ésta al órgano reclamado  
precisamente en virtud de las potestades y funciones de fiscalización que  
se le han asignado al Ministerio de Justicia sobre las corporaciones y  
fundaciones sin fin de lucro (...)", y de esta manera, "(...) cabe anotar que  
el art. 5º de la Ley de Transparencia señala que la información que obra  
en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública, salvo  
las excepciones legales. Por lo tanto, de acuerdo a la disposición citada  
la información requerida es, en principio, pública, salvo que se configure  
alguna de las causales de reserva o secreto"<sup>21</sup>.

Todo lo anterior, se ha señalado, se enmarcaría en el contexto de la  
reforma constitucional del año 2005 –materializada en nuestro ordena-  
miento jurídico mediante la Ley N° 20.050– que incorporó en la Carta  
Fundamental el nuevo artículo 8º, que en su inciso segundo dispone que  
"[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así  
como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo,  
sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto

en la Sesión N° 242 del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, de fecha 3 de  
mayo de 2011.

<sup>20</sup> Decisión Rol N° C1.303-12.

<sup>21</sup> Decisión Rol N° A309-09.



*de aquéllos o de 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". En igual sentido, el artículo 5° de la Ley N° 20.285, profundiza el principio constitucional de transparencia, prescribiendo en su segundo inciso el que "[a]simismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas" (lo subrayado es nuestro). De esta última norma se desprendería la llamada presunción de publicidad, que implica que aquellos antecedentes que obren el poder de un órgano de la Administración, por el solo hecho de encontrarse en poder de éstos, deberán ser entregados a menos que un tercero o el mismo órgano, invoque y acredite alguna de las causales de reserva o secreto contempladas en el artículo 8° de la Constitución o 21 de la Ley N° 20.285. Ello es de capital importancia, toda vez que son innumerables los servicios u órganos de la Administración del Estado que por diversas razones, sea de regulación, fiscalización o supervigilancia, tendrán en su poder información, antecedentes o documentaciones de privados que, aun a pesar de su naturaleza privada, podrían ser entregados a cualquiera que los requiera.*

No obstante lo anterior, en nuestra opinión, dicha interpretación debe ser completamente desechada. Tal es, por lo demás, la opinión de nuestro Tribunal Constitucional. Al respecto, la magistratura constitucional ha señalado —al declarar inaplicable el inciso segundo del artículo 5°— que "(...) debemos considerar que el carácter limitado de la información que debe ser pública en virtud de la disposición constitucional del inciso segundo del artículo 8°, también fluye de la interpretación sistemática de la Constitución. En efecto (...), la aplicación del principio de publicidad contemplado en la Constitución tiene efectos potencialmente lesivos respecto de otros intereses protegidos por la Carta Fundamental. No resulta admisible considerar que casos semejantes deban ser decididos a favor de uno de los intereses en conflicto, como ocurriría de considerarse que toda información en poder de los órganos del Estado tiene el carácter de pública", agregando a continuación el "que mientras la Constitución habla de actos y resoluciones, el artículo impugnado —5° inciso segundo de la Ley N° 20.285— habla de dos tipos de información. En primer lugar;

re el debido cumplimiento de las personas, En igual sentido, el principio constitucional de que "[a]simismo, es público y toda otra administración, cualquier, clasificación o acciones señaladas" (lo comprendería la llamada precedentes que obran solo hecho de encontrar que un tercero o ausales de reserva o acción o 21 de la Ley que son innumerables dado que por diversas lancia, tendrán en su de privados que, aun dos a cualquiera que

la interpretación debe a opinión de nuestro ra constitucional ha del artículo 5º— que e la información que titucional del inciso acción sistemática de ncipio de publicidad ialmente lesivos res- damental. No resulta er decididos a favor de considerarse que do tiene el carácter tras la Constitución o —5º inciso segundo ión. En primer lugar,

la 'elaborada con presupuesto público'. Con eso se permite el acceso no sólo a actos y resoluciones, a fundamentos o documentos vinculados a éstos, o a los procedimientos en que se dictaron, sino también a cualquier registro, de cualquier tipo, que haya sido financiado con dineros públicos. La norma exige tres requisitos para configurar la hipótesis que regula. El primero es que se trate de información. Esta expresión es comprensiva de documentos, archivos, folletos, datos que estén registrados. El segundo requisito es que la información haya sido elaborada por la Administración. Es decir, que haya sido hecha, que sea producto de un trabajo que la origine. El tercer requisito es que esa elaboración sea financiada con el presupuesto de la Nación. En segundo lugar, el precepto habla de información 'que obre en poder de los órganos de la administración'. Se trata, en consecuencia, de información que debe cumplir las siguientes condiciones. Desde luego, no tiene que ser hecha por la Administración, sino por otras entidades, privadas, internacionales, etc. Da lo mismo su procedencia. De lo contrario estaríamos en la información anterior. En seguida, esa información tiene que estar 'en poder' de los órganos de la Administración. Es decir, que esté bajo su cuidado, depósito o disposición"<sup>22</sup>. De esta manera, concluye el Tribunal Constitucional que el criticado inciso segundo excede considerablemente el precepto constitucional del artículo 8º inciso segundo, ya que, éste "(...) razona sobre la base de decisiones. Por eso Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: 'sus fundamentos' y 'los procedimientos que utilicen'. Por eso, el mismo artículo 5º, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven 'de sustento o complemento directo y esencial' a tales actos y resoluciones. En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obre en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con eso"<sup>23</sup>. Así, podemos concluir que la interpretación que el Consejo ha dado al inciso segundo del artículo 5º no tiene asidero constitucional alguno, sino que, por el contrario, es manifiestamente contrario al artículo 8º de la Constitución Política.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de septiembre de 2012, causa Rol N° 2.153-2012.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de septiembre de 2012, causa Rol N° 2.153-2012.

Pero aun sin adentrarnos en un análisis de la constitucionalidad de la norma, debe tenerse presente que, como ha dicho nuestra jurisprudencia, “[q]ue una interpretación armónica de las normas, principios y reglas constitucionales sobre probidad, publicidad y competencia de los órganos públicos, en concordancia con las normas orgánicas y de competencia y atribuciones que se ha citado, lleva a discernir que la frase ‘toda otra información que obre en poder de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento’ no tiene una significación tan amplia o absoluta como una lectura apresurada podría sugerirnos”<sup>24</sup>. De igual forma, se ha fallado “[q]ue si bien la lectura del artículo 5° de la Ley de Transparencia, ya reseñado, permite concluir, en un primer análisis, que la información que está en poder de los órganos es pública, a menos que exista una causal específica de reserva, tal afirmación necesita, en opinión de estos sentenciadores, matizarse en función de la naturaleza origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa”, de manera que “no es posible aceptar, de manera lisa y llana, que toda información proveniente de particulares, que está en poder del Estado, sea obligadamente pública, a menos que se configure alguna de las excepciones expresamente consignadas en la ley; pues, ateniéndose a un enfoque lógico del problema, es preciso condicionar el carácter público de tal información a la circunstancia de que ella esté en relación clara con el ejercicio de las facultades del órgano administrativo”<sup>25</sup>. Por consiguiente, la correcta interpretación que debe darse al cuestionado inciso segundo se refiere a considerar como pública únicamente la información que obre en poder de los órganos de la Administración si su origen, destino y naturaleza puedan llevar a tal conclusión. Pero, tal conclusión debe ser fruto de un estudio pormenorizado de la solicitud de acceso a la información pública y no de la simple aplicación de la pretendida presunción.

Ahora bien, con el objeto de desentrañar el adecuado alcance que debe dársele al inciso segundo, es menester efectuar el siguiente análisis. En

<sup>24</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de septiembre de 2012, causa Rol N° 1.245-2012.

<sup>25</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 7 de octubre de 2010, causa Rol N° 950-2010.

cionalidad de la jurisprudencia, principios y reglas de los órganos de competencia y frase 'toda otra cualquiera sea su o procesamiento una lectura allado "[q]ue si ia, ya reseñado, ión que está en ausal específica sentenciadores, la información no toda merece esa normativa", llana, que toda del Estado, sea las excepciones n enfoque lógico tal información el ejercicio de ente, la correcta ndo se refiere a obre en poder de naturaleza puedan o de un estudio pública y no de

lcance que debe nte análisis. En

septiembre de 2012,

tubre de 2010, causa

primer lugar, y tratándose de información de naturaleza pública, debe tenerse presente lo dicho por nuestra jurisprudencia, en orden a que "(...) *particularmente tratándose de información que está en poder de la Administración, una cosa es que deba ser catalogada de 'pública' y otra muy diferente es que pueda ser de 'acceso público'*"<sup>26</sup>. La expresión de acceso público está tomada aquí en un sentido como la carga que se le impone a la información, lo que, siguiendo a Camacho Cépeda "(...) *conlleva que esta información debe ser susceptible de ser conocida por toda la ciudadanía como consecuencia de que está afectada por las obligaciones de publicidad y de transparencia y no se encuentra incurso en ninguna de las excepciones a la publicidad que el Ordenamiento establece*"<sup>27</sup>. De lo anterior se desprende que, no obstante ser de naturaleza pública cierta información, no necesariamente debe ser entregada a quien lo requiera, toda vez que del artículo 8° de la Constitución, así como de los artículos 5°, 10 y 21 de la Ley N° 20.285 se desprenden la existencia de causales de reserva o secreto, que proceden respecto de toda información o documento, cualquiera sea su naturaleza.

En segundo lugar, y en lo que dice relación con la información de naturaleza privada, cabe considerar que "(...) *la información privada no pierde su esencia al entregarse al órgano público pues no es posible alterar el derecho a la privacidad, teniendo en cuenta, como en el presente caso, que su publicidad no satisface la protección del principio de probidad administrativa*"<sup>28</sup>. Ello, por cuanto, no por el hecho de hacer entrega de información privada a la Administración, ésta va ver mutada su naturaleza, deviniendo en pública<sup>29</sup>. Toda interpretación en contrario, podría ser mani-

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de junio de 2011, causa Rol N° 6.804-2010.

<sup>27</sup> CAMACHO CÉPEDA, Gladys (2011): "Algunas precisiones sobre el concepto de Información Pública", p. 51, en *Revista Gaceta Jurídica* N° 375, Editorial Abeledo Perrot.

<sup>28</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 21 de agosto de 2012, causa Rol N° 5.086-2012.

<sup>29</sup> En igual sentido, cabe reproducir el voto disidente del Consejero don Jorge Jaraquemada Roblero de la Decisión C188-11, de fecha 17 de junio de 2011, quien señala que "(...) *la información privada que los particulares están obligados a entregar a los órganos de la Administración no pierde esa naturaleza por el solo hecho de que ésta obre en poder del Estado, pues ello equivaldría a asignarle a esa entrega la capacidad jurídica de alterar la real naturaleza*

fiestamente contraria a diversas garantías constitucionales, entre las cuales destacarían la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 número 5 de la Constitución), la libre iniciativa en materia económica (artículo 19 número 21 de la Constitución) en caso de configurarse la causal de reserva comercial o empresarial<sup>30</sup>, y sobre todo, el derecho de propiedad sobre tal información. Respecto de esta última garantía, nuestra jurisprudencia ha dispuesto que *"(...) del dominio de la información contenida en la documentación acompañada, debe entenderse que esta es de dominio del requirente de un acto o resolución del órgano administrativo, y que para efectos de estudio y análisis por parte de dicho órgano, es que el dueño de tal información, cosa inmaterial, se desprende solamente de la facultad de uso que tiene sobre el bien, permaneciendo la cosa en su patrimonio, es decir continúa siendo de dominio privado; lo que hace que ésta, naturalmente, no sea de dominio público"*<sup>31</sup> (lo subrayado es nuestro).

#### 5. OTRAS CUESTIONES A CONSIDERAR

Finalmente, dentro de los aspectos interesantes que surgen del estudio de la Decisión comentada, pueden señalarse adicionalmente a la controvertida interpretación que el Consejo da al artículo 5° de la Ley N° 20.285, al menos otros dos, aunque sea someramente: en primer lugar, por cuanto viene en consolidarse el criterio del Consejo respecto de estándar de convicción que debe existir para dar por acreditada una causal de reserva y, en segundo lugar, las consecuencias de este fallo en lo relativo al principio de la protección de la confianza legítima en la autoridad.

---

*de la información deviniendo ésta de privada en pública por un mero cambio de su tenedor y, adicionalmente haciendo perder a los titulares de esa información privada el núcleo esencial de su derecho a la privacidad y propiedad, contraviniendo de esta forma la garantía que afirma el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución"* (lo subrayado es nuestro).

<sup>30</sup> En tal sentido, el profesor Domingo Valdés Prieto señala que *"(...) el secreto o reserva comercial o empresarial halla su fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su vertiente de una competencia libre y leal y en el derecho de propiedad en todas sus formas constitucionales"*. Informe en derecho acompañado en la causal Rol N° C501-09.

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 6 de enero de 2011, causa Rol N° 2.846-2010.

es, entre las cuales  
fículo 19 número 5  
ómica (artículo 19  
causal de reserva  
propiedad sobre  
tra jurisprudencia  
contenida en la  
es de dominio del  
rativo, y que para  
, es que el dueño  
ente de la facultad  
en su patrimonio.  
ce que ésta, natu-  
es nuestro).

surgen del estudio  
nente a la contro-  
la Ley N° 20.285,  
lugar, por cuanto  
estándar de con-  
usal de reserva y,  
lativo al principio  
l.

ambio de su tenedor y,  
ada el núcleo esencial  
la garantía que afirma  
stro).

.) el secreto o reserva  
al a desarrollar cual-  
e y leal y en el derecho  
ho acompañado en la

enero de 2011, causa

### 5.1. Estándar de convicción del Consejo

No debe inadvertirse –como de hecho pareciera que ocurre en nuestra doctrina– el criterio existente en el Consejo respecto del estándar de convicción para dar por acreditada una causal de reserva que impida la publicidad de cierta información que se presume pública.

En el presente caso, la información solicitada por Fundación Centro de Investigación Periodística obra accidentalmente en poder de la autoridad, razón por la cual, en virtud del inciso segundo del artículo 5º, se presume que constituye información de naturaleza pública que, como tal, debe ser divulgada. Empero, esta se trataría de una presunción simplemente legal<sup>32</sup>, razón por la cual puede ser desvirtuada acreditando la concurrencia de alguna de las causales de la Constitución, la Ley N° 20.285 u otra ley de quórum calificado.

Así, no bastaría con invocar la causal de reserva, sino que además ésta debe ser acreditada. Pero, además, de esta Decisión pareciera desprenderse que para efectos de configurar una causal de reserva por afectación de derechos, es imperativo acreditar los hechos que subyacen a la causal fehacientemente, sin dejar lugar a dudas de su concurrencia<sup>33</sup>, lo que a todas luces es cuestionable. Ello porque, mientras a la requirente del amparo no se le exigió acreditar interés alguno que le permitiera fundar su solicitud y la convirtiera en legitimada activa, a la Superintendencia requerida y a los terceros interesados se les exigió un estándar probatorio que no guarda armonía con procedimientos de naturaleza civil, sino que se asemeja en forma análoga a los procedimientos infraccionales o penales<sup>34</sup>. Lo anterior

<sup>32</sup> A esta evidente conclusión puede llegarse de considerar que ambos incisos del artículo 5º terminan señalando "(...) salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado" (inciso primero); y "(...) a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas" (inciso segundo).

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, las decisiones A 1-09, A 54-09 y C 521-10, en las que se expresa "(...) esto es lo que se llama carga de la prueba, e implica que no basta la mera invocación de la causal o la afirmación del daño (A1-09, A54-09 y C521-10), sino que se requiere acreditar fehacientemente que éste existe para que se permita configurar la causal de secreto o reserva que se pretende".

<sup>34</sup> La referencia a procedimientos civiles debe ser tomada en sentido amplio, es decir, todos aquellos que no sean de naturaleza penal o infraccional. Respecto de estos últimos, el principio

es seriamente criticable, toda vez que, junto con no existir argumento de texto legal que permitan sustentar tan alto estándar probatorio (especialmente por la naturaleza difícil de la prueba), afecta seriamente la igualdad jurídica entre las partes que debe regir todo procedimiento contencioso, sea judicial o administrativo.

Adicionalmente, el Consejo ha señalado que, atendido el carácter fundamental del derecho de acceso a la información, la limitación al mismo significa que una causal de reserva requiere superar el llamado test de proporcionalidad, que es realizado a través de los denominados test de daño y test de interés público, en virtud de los cuales se evalúa si el interés público existente en conocer la información es mayor que el daño causado con su divulgación, de manera que aun cuando exista una causal de reserva o secreto podría igualmente procederse a la entrega de la información requerida, si la importancia de su divulgación así lo exige. Tal criterio, como se comprenderá, resulta a todas luces inadmisibles no sólo por cuanto carece del más completo asidero legal, sino también por los niveles de arbitrariedad a los que podría llegar el Consejo en sus decisiones. Así, por ejemplo, se ha dicho respecto de un documento privado que "(...) *es preciso señalar que las cláusulas de confidencialidad mencionadas no constituyen causales de reserva per se (...)*"<sup>35</sup>.

### 5.2. El principio de protección de la confianza legítima

Según este principio, "*las actuaciones de los poderes públicos suscitan la confianza entre los destinatarios de sus decisiones*"<sup>36</sup>. Ello tiene su ex-

rector en materia de estándar de convicción está dado por el artículo 340 del Código Procesal Penal, que prescribe: "*Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado participación culpable y penada por la ley*" (lo subrayado es nuestro).

<sup>35</sup> Decisión Rol N° C587-09. De igual forma, a propósito de información de naturaleza pública se ha señalado que "(...) *la sola existencia de cláusulas de confidencialidad en contratos públicos no transforma a éstos en secretos, pues no es un supuesto de reserva establecido en una ley de quórum calificado ni cumple con los demás requisitos del artículo 8° de la Constitución*". Decisión Rol N° C459-12.

<sup>36</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, Editorial Legal Publishing Chile, p. 273.

<sup>37</sup> DIEZ S...  
lante, Editor

r argumento de  
torio (especial-  
mente la igualdad  
to contencioso,

el carácter fun-  
ción al mismo  
ado test de pro-  
s test de daño y  
interés público  
causado con su  
eserva o secreto  
ón requerida, si  
como se com-  
tanto carece del  
le arbitrariedad  
por ejemplo, se  
preciso señalar  
ituyen causales

gítima

íblicos suscitan  
llo tiene su ex-

del Código Procesal  
o el tribunal que lo  
ealmente se hubiere  
pondido al acusado

m de naturaleza pú-  
alidad en contratos  
erva establecido en  
ulo 8° de la Consti-

Editorial Legal Pu-

plicación en que *“una práctica administrativa continuada puede generar –y de hecho genera– la confianza en el ciudadano de que se tratará del mismo modo que en casos anteriores. Por ello, no parece justo que la Administración pueda cambiar su práctica con efectos retroactivos o de forma sorpresiva”*<sup>37</sup>.

En este contexto, los procedimientos de fijación de fórmulas tarifarias en el que fueron entregados los contratos constituyen un proceso de colaboración entre la Superintendencia y las empresas de servicios sanitarios que, aunque reglado, supone y se basa en la confianza mutua que debe existir entre ambos. Sólo así las compañías sanitarias, como la requerida, están dispuestas a entregar información tan sensible como la contenida en dichos contratos, y bajo reserva de confidencialidad, como en el caso se verificó. Resulta, por tanto, mandatorio el que –en tanto deber que se desprende de esta legítima confianza– una anticipación o anuncio al cambio de conducta o relación que hasta ahora ha regido la relación entre el ente regulador y los sujetos fiscalizados. No obstante ello, en el caso comentado nada de lo anterior ha ocurrido, y lo que es peor, se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad de la Superintendencia.

Este es tal vez el aspecto más delicado de la Decisión, toda vez que quebranta la confianza que hasta entonces había existido en los procedimientos de fijación tarifaria y que los mismos interesados han intentado conservar. Como consecuencia, y analizando la decisión en la perspectiva del proceso tarifario correspondiente al próximo quinquenio, es posible augurar una situación de inseguridad jurídica respecto a la información que las empresas sanitarias entreguen, toda vez que nada impide que nuevamente el Consejo ordene su exhibición.

## 6. CONCLUSIÓN

Históricamente, en los regímenes democráticos las demandas de transparencia y probidad respecto de las actuaciones de la Administración –y de todo órgano público– dicen relación con el establecimiento de reglas

<sup>37</sup> DIEZ SASTRE, Silvia (2008): *El Precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante*, Editorial Marcial Pons, pp. 375-376.



mínimas de control, de *accountability* como le llama el constitucionalismo norteamericano, fundado en que el simple control recíproco que debieran realizar las distintas funciones del Estado, a través del sistema de frenos y contrapesos, ha demostrado ser insuficiente.

Dentro de este contexto, la finalidad de las normas constitucionales, legales y reglamentarias de transparencia no es permitir sin limitaciones la divulgación a terceros de información de origen y naturaleza privada que obra en poder del Estado únicamente porque los particulares puedan suministrarla por las más diversas razones. Por el contrario, y en concordancia con lo anterior, su objetivo es la promoción de la probidad y la rendición de cuentas de las autoridades a través de un escrutinio público por parte de la ciudadanía. De esta forma, se hace primordial revisar críticamente la interpretación que en los últimos años se ha venido haciendo del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, por las ulteriores perniciosas consecuencias que ella podría traer.