

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS CON CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: LA CONSTITUCIÓN Y LOS LÍMITES DEL “INTERÉS PÚBLICO”

RODRIGO DELAVEAU SWETT

RESUMEN: El presente comentario trata sobre la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que ratificó una decisión del Consejo para la Transparencia, en virtud del cual se obligó a una empresa privada a entregar a la luz pública un contrato entre particulares, por ser una industria regulada por un ente fiscalizador estatal, donde la Corte profundiza este línea argumental con la figura del “interés público”. La crítica aborda los límites de la transparencia de los actos de la administración y sus límites constitucionales y legales, junto con analizar sobre el sentido y alcance del denominado “interés público” y su uso al tenor del derecho constitucional. Finalmente, se discute el posible impacto regulatorio de prevalecer la doctrina contenida en el fallo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Sentencia. 2.1 Antecedentes de Hecho. 2.2 Normas relevantes para la resolución del asunto. 2.3 Principales argumentos de las partes. 2.4 Síntesis de la decisión del Tribunal. 3. Comentarios 3.1 Falta de deferencia debida en aspectos técnicos. 3.2 “Interés Público” y debida interpretación normativa. 3.2.1 Sobre el concepto de interés público. 3.2.2 Interpretación de leyes. 3.3 Jurisprudencia Constitucional. 4 Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 25 de junio de 2012, la Corte de Apelaciones de Santiago, en ejercicio de su calidad de Tribunal de segunda instancia en el procedimiento de amparo contemplado en la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, ratificó una decisión del Consejo para la Transparencia, en virtud del cual se obligó a la Superintendencia respectiva a entregar a la luz pública un contrato celebrado entre una empresa sanitaria y sus clientes libres no regulados¹.

¹ Sentencia rol 9347-2011 (acumulada la rol 9368-2011).

Esta sentencia presenta una serie de aristas y matices que dicen relación con aspectos tan relevantes tanto para el derecho como para las políticas públicas. ¿Cuándo se entiende que un instrumento celebrado entre particulares por el hecho de obrar en poder de la Administración es “público”? ¿Cuáles son los límites del principio de transparencia? ¿Cómo interactúa la publicidad de los actos públicos y el derecho a la privacidad de las personas? ¿Qué debe entenderse –para estos efectos– por interés público? Resulta difícil poder abordar todas estas interrogantes a partir del análisis de un caso singular. Sin embargo intentaremos dilucidar el sentido y alcance de la doctrina contenida en el fallo, de modo de poder comprender mejor su impacto, y de ese modo poder plantear algunas dudas y perspectiva sobre el estado actual y futuro de los asuntos y principios involucrados.

Con todo, y dado la compleja interacción de diversas normas, resulta necesario dedicar una buena parte de este comentario a explicar la situación y los elementos jurídicos envueltos.

2. LA SENTENCIA

2.1 Antecedentes de Hecho

Con fecha 15 de marzo de 2011 la señora Mónica González Mujica solicitó a la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en adelante SISS, los contratos de “servicios sanitarios” que la empresa Aguas de Antofagasta S. A., mantenía con todos los clientes no regulados de la Región Antofagasta. Específicamente se refirió a Minera Spence, Mantos Blancos, El Tesoro, Sierra Miranda, SQM Nitratos, Minera Rayrock y otros, solicitando antecedentes sobre los volúmenes de agua suministrada a cada uno de esos clientes, las fuentes, tipo de agua entregada y si la empresa sanitaria mantenía otro tipo de contrato o acuerdo con estas empresas. Luego, se hizo entrega a la solicitante de antecedentes relativos a los consumos de clientes no regulados de la empresa de Aguas de Antofagasta S.A. para el año 2008².

² Entre ellas se indicó el nombre de la prestación, el sistema al que correspondería, las empresas informadas como contraparte de los contratos vigentes en el período y los metros cúbicos de agua potable o cruda involucrados en cada caso. De la misma forma

Sin perjuicio de lo anterior, la requirente consideró que su solicitud fue respondida parcialmente pues ese Organismo se excusó de hacer entrega de los contratos celebrados entre Aguas de Antofagasta S.A. y sus clientes no regulados, con lo cual consideró infringido la normativa legal y respecto de lo cual interpuso el recurso correspondiente en virtud de la ley de transparencia, cuyo conocimiento final recae en la Corte de Apelaciones de Santiago.

Resulta indispensable señalar que la empresa en cuestión solicitó a la Superintendencia no entregar esos contratos “toda vez que ellos contienen información estratégica y confidencial sobre nuestras políticas comerciales a clientes libres, no sujetos a regulación”. Asimismo, consideró que la divulgación de tales contratos o de información contenida en ellos acarrearía “(...) un debilitamiento a su posición comercial y vulnera el derecho de propiedad”. Lo anterior en vista que la Superintendencia en sus descargos le indicó al Consejo que las materias tratadas en estos instrumentos se encuentran fuera del ámbito de regulación y fiscalización de la SISS y son informadas solo con fines específicos dentro de los procesos tarifarios, ya que las utilidades generadas a raíz de negocios de esta naturaleza se consideran como un descuento en la tarifa, en la medida que la infraestructura que se utilice para la ejecución del contrato en cuestión sea usada en la entrega de los servicios sanitarios.

2.2 Normas relevantes para la resolución del asunto

Existen una serie de disposiciones relevantes que articulan el caso en comento. Dicho análisis juega un papel preponderante toda vez que una determinada conjugación e interacción de las normas involucradas determinan el resultado final a que arriba la sentencia.

a) Ley de Tarifas³. Este cuerpo legal señala quiénes están y no están sujetos a fijación de tarifas de los servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas, prestados por servicios públicos y empresas de servicio público tanto a usuarios finales, como a otros que actúen como intermediarios respecto de aquellos, denomina-

se agregó una breve explicación sobre la ubicación de las fuentes de agua asociadas a la venta de agua cruda y a la venta de agua potable a granel.

³ DFL 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas.

dos clientes regulados (artículo 1º). Para ello señala una serie de procedimientos y mecanismos para fijar la tarifa. Dentro de esas normas se encuentra el artículo 10, cuyo inciso final señala: “Todos los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, incluidos los documentos que se mantuvieron bajo custodia notarial, serán públicos una vez concluido el proceso de fijación tarifaria”.

Con todo, no están sujetos a fijación de tarifas los denominados clientes libres, con los cuales se puede convenir cualquier precio y por lo tanto no están sujetos a tarifas ni a las normas del proceso tarifario (artículo 21). Sin embargo, la misma ley establece que si por razones de indivisibilidad de proyectos de expansión, éstos permitieran también satisfacer, total o parcialmente, demandas previstas de servicios no regulados que efectúe el prestador (clientes libres), se deberá considerar solo una fracción de los costos correspondientes, para efectos del cálculo de las tarifas. Dicha fracción se determinará en concordancia con la proporción en que sean utilizados los activos del proyecto por los servicios regulados y no regulados.

b) Ley General de Servicios Sanitarios⁴. Ella regula el régimen de explotación de servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas, servicios denominados servicios sanitarios; el régimen de concesión para establecer, construir y explotar servicios sanitarios; la fiscalización del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de los servicios sanitarios y; las relaciones entre las concesionarias de servicios sanitarios y de estas con el Estado y los usuarios. Entre sus disposiciones están el artículo 3º y 5º sobre qué debe entenderse por servicio de producción y distribución agua potable, diferenciándola de las aguas crudas.

c) Ley de Transparencia. Esta normativa, formalmente denominada Ley de Acceso a la Información Pública, contiene una serie de disposiciones que especifican lo dispuesto en el Artículo 8º de la Constitución Política.

En particular, interesan para este caso lo dispuesto en su artículo 5º, el cual señala:

⁴ DFL 382 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas.

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, 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.”

Igualmente, es relevante lo indicado en el artículo 21 N° 2 el que reza como sigue:

“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes... N° 2: 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.”

2.3 Principales argumentos de las partes

La Superintendencia de Servicios Sanitarios, uno de los recurridos, adujo –con el objeto de cuestionar la legalidad de la decisión de amparo– consideraciones del siguiente orden:

- 1) En primer lugar, que la comercialización de agua cruda a que se refieren los contratos cuya información se pide revelar, se encuentran fuera del ámbito de la regulación de los servicios sanitarios y de su fiscalización;
- 2) Luego, que en el proceso de tarificación, estos contratos son informados por los prestadores como datos estadísticos, en aquellos casos en que su ejecución importe la utilización de la infraestructura que se destina a la prestación de servicios sanitarios, es decir, se trata de antecedentes sobre costos y resultados financieros;
- 3) Junto con lo anterior, la publicidad de los antecedentes comerciales que los contienen no pueden alcanzar a la totalidad del

instrumento y la parte utilizada en el proceso administrativo, conforme al principio de divisibilidad, ya fue entregada a la interesada, manteniendo la autoridad la reserva de los antecedentes que entran en la esfera privada de los contratantes, como lo autorizada el artículo 21 N° 2 de la ley 20.285.

En tanto, los argumentos esgrimidos por la empresa Aguas de Antofagasta S. A., también recurrida, son –en síntesis– que la publicidad de los contratos privados celebrados con empresas mineras importaba la divulgación de una estrategia y posición comercial con sus clientes, pues no corresponde a sustento o complemento directo y esencial para la resolución del proceso tarifario que previene el artículo 5° de la ley 20.285, como se desprende de la ley sectorial artículos 4° y 8° del DFL 70 del MOP de 1988 y tampoco corresponden a estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, que luego del proceso adquieran el carácter de públicos, en los términos del artículo 10 de la Ley de Tarifas. Por lo anterior, alega también la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la ley 20.285, esto es, la afectación de derechos de orden comercial y económico.

2.4 Síntesis de la decisión del Tribunal

Para tomar su decisión, la Corte invocó principalmente dos argumentos basados en sendas disposiciones legales.

En primer lugar, señaló que la causal del artículo 21 del numeral 2° de la Ley de Transparencia que dispone que se podrá denegar el acceso a la información por el órgano público requerido: “2° 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.” No se aplicaba por no tener carácter especial ni haber probado que el contrato contenía derecho de carácter económico.

Pero la que revierte mayor peso dentro del análisis de la Corte es el inciso final del artículo 10 de la Ley de Tarifas que dispone: “Todos los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas, incluidos los documentos que se mantuvieron bajo custodia notarial, serán públicos una vez concluido el proceso tarifario”.

En virtud de esta norma es que el Tribunal, de alguna manera, cierra el debate toda vez que según el sentenciados, el estatuto sectorial regula expresamente la confidencialidad temporal de la información reunida en el proceso de tarificación y dispone que, una vez concluido el acto administrativo terminal, habrá total publicidad de los antecedentes recopilados para ese fin por la autoridad competente, pues han servido de sustento o complemento a ese proceso tarifario.

A continuación, el segundo pilar de la decisión recae sobre la idea que los contratos una vez liberada la reserva, son públicos no solo en virtud de lo previsto en la citada disposición, sino por aplicación del artículo 5° de la citada ley de Transparencia, desde que tratándose de información recopilada por un órgano público para un fin específico, “esta forma parte de los procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas para el quinquenio vigente, es decir, de un acto administrativo”⁵.

La información contenida en los contratos celebrados por Aguas de Antofagasta S. A., empresa sometida al sistema regulado, ha sido entregada en virtud de una norma que así lo dispone, material esencial para determinar, en ese proceso reglado, los costos de los servicios públicos sanitarios que otorgan las empresas titulares de concesiones de servicios sanitarios o que otorgan empresas a las cuales se ha hecho transferencia del derecho de explotación de una concesión de servicios sanitarios –cual es el caso de Aguas de Antofagasta S.A.– y, por tanto, ese valor, ajustado o determinado también sobre la base de la venta de aguas crudas en el ámbito privado, resulta al menos complementario de la regulación definitiva que ha de fijar el valor o precio que deben soportar los usuarios finales por los servicios sanitarios regulados que utilizan.

Para la Corte, la disposición de la Ley de Tarifas, no se opone a los preceptos constitucionales legales antes citados, pero en cuanto a la reserva que establece, dando muestra que para la Corte la regla generales la publicidad de los actos entre las partes y la excepción es la privacidad. Lo anterior en vista que señala que: “el interés general del derecho a la información pública debe prevalecer por sobre los intereses económicos particulares de las empresas que se dicen

⁵ Considerando 10°.

afectadas”, sin entregar ningún argumentos de por qué la información contenida en contratos entre particulares son automáticamente considerados como *información pública*.

Más aún, la Corte insiste en este supuesto carácter de información público por el solo hecho que seis de los contratantes que celebraron convenciones de la misma naturaleza con Aguas de Antofagasta S. A., estarían de acuerdo con la entrega de la información requerida, aduciendo que no existen antecedentes concretos que permitan determinar una real y efectiva afectación de los bienes jurídicos que se invocan para justificar la causal de secreto alegada, invirtiendo con esto el peso de la prueba, ya que para invocar el secreto de un contrato entre particulares habría que probar la afectación de bienes jurídicos para invocar la reserva del mismo.

Así, el Tribunal llega a la conclusión teniendo presente que las convenciones –es decir, la compra venta de aguas crudas– no contienen cláusulas de confidencialidad, y que por ese hecho pasarían sin más a ser “públicas”. Ello, porque según el Tribunal “no se tuvo presente por la reclamante –Aguas de Antofagasta S. A.– al tiempo de suscribirlos los fines estratégicos sobre políticas comerciales o que su divulgación pudiera debilitar su posición comercial o el grave daño a su patrimonio”⁶. Reafirma esta idea sentenciando que además, algunos de los contratos se celebraron por escritura pública, y con ese argumento sugiere que “el secreto o reserva no es una medida proporcional o necesaria para custodiar el interés comercial o financiero de la empresa reclamante”⁷.

Para el Tribunal, la Superintendencia de Servicios Sanitarios debe cumplir en el proceso tarifario las disposiciones que regulan el procedimiento y, por tanto, aquella que hace público los antecedentes e informes usados en la fijación de tarifas una vez concluido el procedimiento. Por consiguiente, el fallo llega a la conclusión que la interpretación de las normas ya citadas⁸ en relación a los preceptos de orden sectorial que regulan el manejo de la información sensible requerida por la Superintendencia en el ejercicio de su funciones, permiten concluir que los contratos de venta de aguas crudas, “al

⁶ Id.

⁷ Id.

⁸ Artículo 8° de la Constitución Política de la República, y artículos 5° y 21 N° 2 de la ley 20.285.

incidir, de un modo concreto en la determinación de los costos e infraestructura de un servicio regulado, forman parte de los fundamentos o antecedentes que sirvieron de sustento o complemento esencial al proceso de fijación de tarifas de la empresa (...) y por tanto, son públicos”⁹.

3. COMENTARIOS

Existen una serie de factores que hacen pensar que el decisión del Tribunal estaría ajustada a derecho, en virtud que realizó una interpretación literal del artículo 10 de la Ley de Tarifas, ya citado. Sin embargo, existen motivos para creer que el fallo incurre en imprecisiones, desajustando normativamente el orden jurídico.

3.1 Falta de deferencia debida en aspectos técnicos.

En primero lugar, el Tribunal determinó que los contratos eran necesarios para el mecanismo de ajuste o separación de los costos de Aguas de Antofagasta a efectos de determinar los costos definitivos de la empresas prestadoras, conforme al sistema regulado en el inciso 5° del artículo 8° del DFL 70, Título I, con presidencia total del órgano técnico competente para determinar si los elementos contenidos en ese contrato sirven o no para determinar tarifas. Dicho de otro modo, bajo la excusa de tener la facultad de interpretar contrato, la Corte no supo separar el hecho de interpretar dicho contrato con la capacidad de calificar si los elementos técnicos contenidos en él sirven o no para determinar las tarifas, lo que le está reservado al órgano técnico competente. Fue la Corte la que se atribuyó la potestad de determinar un aspecto técnico, es decir qué antecedentes o informes forman o no parte de un proceso tarifario.

Pero aún en el caso de que fuera la Corte la encargada de decidir sobre aspectos técnicos, la ley solo obliga a entregar antecedentes vinculados a clientes libres cuando por razones de indivisibilidad de proyectos de expansión, estos permitieran también satisfacer, total o parcialmente, demandas previstas de servicios no regulados que efectúe el prestador (clientes libres), en cuyo se debe considerar solo

⁹ Considerando 12°.

una fracción de los costos correspondientes, para efectos del cálculo de las tarifas. Dicha fracción se determina en concordancia con la proporción en que sean utilizados los activos del proyecto por los servicios regulados y no regulados. Ello en ningún caso es sinónimo de hacer públicos contratos suscritos entre particulares.

Aún así, de haber discurrido el Tribunal que determinados elementos del contrato servían indirectamente para la fijación de tarifas, podría haber hecho uso del principio de divisibilidad ordenando entregar solo aquellos elementos que según este formarían parte de lo que debe servir como antecedente para el proceso tarifario¹⁰.

3.2 “Interés Público” y debida interpretación normativa

3.2.1 *Sobre el concepto de interés público*

Se trata de uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, es decir, de aquellos que toca al intérprete, sea juez, académico o autoridad administrativa interpretar y aplicar para cada caso concreto, pero bajo el marco entregado por la legislación. Como veremos, ni la propia doctrina se ha puesto de acuerdo para determinar con precisión su contenido.

Bobbio se plantea la siguiente interrogante:

“Por encima del hecho de que cada grupo tiende a identificar los intereses nacionales con los intereses del propio grupo ¿existe algún criterio general que permita distinguir el interés general del interés particular de este o aquel grupo, o de la combinación de intereses particulares de grupos que se ponen de acuerdo entre ellos en detrimento de otros...”¹¹.

Luego, Hayek llega a la conclusión que “*el interés público, general o común o el bienestar general, como otras tantas veces lo denomina*” no consiste en la satisfacción directa de las necesidades personales...” (que constituyen el interés privado) “...sino en la creación de un conjunto de condiciones en base a las cuales los individuos o grupos de individuos pueden ocuparse de la satisfacción de las

¹⁰ Ver LIBERTAD Y DESARROLLO (2012), sobre el denominado caso *Castilla*. en Fallos Públicos 28 de agosto de 2012 la Corte Suprema (CS) en causa rol 1960-2012

¹¹ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 19.

mismas...”¹². Así, luego la primera obligación de la gestión pública es la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar cualquier actividad según sean sus necesidades.

Por su parte, han sido las profesoras Peña y Rosales las que han identificado que la expresión interés público:

“admite dos acepciones: una restringida, y en este sentido equivale a interés económico, interés seccional o propio; y por otro lado, una amplia que parte del hecho que toda acción supone siempre una motivación, luego cualquier comportamiento es por ende un comportamiento interesado, sea este económico o no”¹³.

Así, concluyen que:

“Cuando hablamos de interés público nos referimos a aquel valor, beneficio o bien jurídico que satisface el conjunto de los derechos fundamentales así como de los intereses individuales y colectivos de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad civil” y que “la noción de interés público debe entenderse en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho cuya finalidad esencial ha de ser la persona, su dignidad y los derechos fundamentales que le son inherentes”¹⁴.

En virtud de lo anterior, no puede utilizarse el concepto de interés público en este contexto sino cuando ha sido el propio constituyente o legislador el que lo ha invocado, y siempre debe aplicarse e interpretarse a la luz de los derechos fundamentales reconocidos a las personas, entre los cuales está el derecho a la privacidad, de propiedad y la libertad económica, los que no pueden ser afectados en su esencia, siendo por tanto su pleno goce la regla general y su limitación la excepción.

Ello revista importancia toda vez que el fallo da el carácter de “interés público” a la información contenida en el contrato que ordena publicar, en vista de que la norma de tarifas ordena poner disposición de la Superintendencia *los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas*.

¹² HAYEK (2006) p. 205.

¹³ PEÑA TORRES y ROSALES RIGOL (2001) p. 490.

¹⁴ Id.

3.2.2 Interpretación de leyes

¿Todo lo que obra en poder de la Administración es de interés público? El Tribunal afirma que el interés público que se protege no está dado, en este caso, por el solo hecho que la información se encuentre en poder de la Administración –reconociendo que para él ese único argumento bastaría– sino por la relevancia que tales antecedentes tienen dentro de las competencias del órgano respectivo, y –además– por ser el antecedente directo y esencial de un acto administrativo, según ella.

Lo cierto es el Tribunal incurre en un error ya que no todo antecedente que obra en poder de la Administración es, por esa sola razón, de carácter público. En efecto, muchas reparticiones y órganos públicos contienen información sensible de carácter personal, tributario y financiero de las personas, las que obran en poder de diversos organismos públicos como el Servicio de Impuestos Internos, Extranjería, o el Servicio Electoral o el Registro Civil, y no por ese solo hecho pasarían a ser de “interés público”. Así lo han dispuesto numerosos ejemplos de legislación¹⁵. Tan así que la propia ley de transparencia señala que 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”.

Una interpretación literal no sistemática podría refugiarse perfectamente en que una de las excepciones señaladas por la misma ley es para mantener un antecedente público bajo reserva ocurre “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”¹⁶. En los hechos, resulta difícil concebir otro contenido que pueda ser catalogado con más propiedad como “derecho de

¹⁵ V. gr. El artículo 64 inciso final del DFL 2 del Ministerio de Educación del año 2005 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley 20.370 con las normas no derogadas del DFL 1 de 2005, Ley General de Educación señala que “Será responsabilidad del Ministerio velar por el *adecuado resguardo de la información* acerca de los procesos iniciados en virtud de este artículo hasta que se haya dictado la resolución definitiva y no queden recursos pendientes por parte de la entidad afectada” (énfasis agregado).

¹⁶ Artículo 21 N°2 Ley de Acceso a la Información Pública.

carácter comercial o económico” que aquellos contenido en un contrato comercial celebrado entre particulares, y cuyo objeto no está sujeto a regulación toda vez que se no está sujeto a un proceso tarifario. En efecto, la publicidad establecida en la ley de tarifa, para los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas debe interpretarse restrictivamente (y no extenderla a todo lo contenido en un contrato entre particulares) al tenor de una ley dictada con posterioridad que establece la señalada como una causal de reserva.

En efecto, tanto la Ley de Transparencia como la Reforma Constitucional fueron dictadas con posterioridad a la Ley de Tarifas. Lo anterior implica que no puede interpretarse aquella con prescindencia de estas últimas, en particular porque las normas constitucionales prevalecen sobre todas las normas legales, de conformidad a lo dispuesto por el Artículo 6º inciso primero de la Constitución Política, lo que será analizada en el acápite siguiente¹⁷.

Asimismo, el Tribunal incurre en una imprecisión, no solo ignorando una ley posterior, sino que señala que debe preferirse la Ley de Tarifas por ser “especial”. Sin embargo, ello solo sería plausible si es que lo disputado fuera el procedimiento tarifario o que estuviera en juego la regulación del Servicio Sanitario, pero lo cierto es que el siguiente caso trata sobre la transparencia, no sobre un proceso tarifario. La Corte llegó a conocer del recurso por medio de una apelación de una resolución del Consejo de Transparencia, en virtud de un amparo interpuesto en virtud de la ley de transparencia, y no en virtud de una discusión sobre tarifas. Por lo tanto, la especialidad respecto del caso concreto la tiene la ley 20.285 sobre Transparencia y Acceso a la Información, y no la Ley de Tarifas. De haber existido conflicto en una y otra, el Tribunal debió haber preferido la norma posterior sobre la anterior y la particular por sobre la general a luz del asunto controvertido (como conflicto de transparencia) y no a la naturaleza jurídica particular de los afectados (proceso tarifario).

¹⁷ La historia fidedigna de la ley de Tarifas demuestra que ya existían dudas sobre el alcance y amplitud sobre el artículo 10 de esta normativa. El texto original del Mensaje señalaba “Todos los estudios, antecedentes e informes usados en la fijación de tarifas, una vez concluido el proceso, serán públicos”. (Historia de la Ley 19.549, p. 31). Pero con la dictación de la Ley sobre Transparencia se vino acotar y precisar cualquier interpretación expansiva del citado artículo 10 de la Ley de Tarifas.

3.3 Jurisprudencia Constitucional

En conexión directa con estos temas tratados encontramos un muy reciente fallo del Tribunal Constitucional (TC) en virtud del cual declaró inaplicable –precisamente– una parte del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia¹⁸.

En su sentencia, el TC indica que el mandato de publicidad no es absoluto y es solo respecto de ciertos asuntos, en primer lugar, que su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; en segundo lugar, el artículo 8° de la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información; en tercer lugar, *el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino solo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen*. En cuarto lugar, dicho derecho no tiene carácter absoluto, lo que es consistente con jurisprudencia anterior¹⁹. En quinto lugar, la ley 20.285 es un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°.

Además, agrega la sentencia, conforme a la Constitución, que son públicos solo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen²⁰. Y es que, no todo lo que sucede en la Administración, ni aun con el artículo 8° constitucional y la ley 20.285, puede ser público. Por esa razón el fallo señala expresamente que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. Es la propia Constitución la que contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

¹⁸ Sentencia rol 2246-2012. La gestión pendiente invocada incide en un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría General de la Presidencia en contra del Consejo para la Transparencia, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se impugna la decisión del CPLT que ordenó entregar información a la solicitante del contenido de correos electrónicos institucionales. En su sentencia, la Magistratura Constitucional expresa, en torno a ciertas cuestiones de previo y especial pronunciamiento, que, antes de entrar al análisis del requerimiento formulado, resulta preciso despejar algunos asuntos.

¹⁹ Sentencias rol 634-2007, 1732-2011 y 1800-2012.

²⁰ En el mismo sentido, sentencia rol 1990-2012.

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Con todo, no es el único, pues la Administración debe “crear las condiciones sociales” que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución).

A continuación, y en cuanto a la manera en que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, señala varias razones. Entre ellas destaca que ya descartó que por el hecho de que el artículo 8° se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, prime sobre todas las demás disposiciones de la Carta Fundamental, pues eso lleva a subordinar el capítulo III de la Constitución, que contiene el artículo 19, que establece el catálogo de derechos de la Carta Fundamental²¹. El bien común exige “el pleno respeto a los derechos y garantías” que la Constitución establece (artículo 1° de la Constitución) y cuando la Constitución ha querido establecer esta subordinación, lo ha dicho, como sucede con la función social del dominio (artículo 19 N° 24°, inciso segundo de la Constitución). La publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales se encuentran los derechos de las personas. Y finalmente, considera el TC que la publicidad no es el único bien jurídico que la Constitución establece. Hay otros que también requieren respeto y protección.

En consecuencia, por todo lo anterior, estima la Magistratura Constitucional que, una razón para juzgar que el inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la ley 20.285 es inconstitucional, en el caso concreto que se analiza, es que vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

4. CONCLUSIONES

En vista lo anterior, es que no compartimos el razonamiento ni la decisión del fallo en comento. Si bien el texto de la Ley de Tarifas podría resultar categórico en cuanto a que “Todos los estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la

²¹ Sentencia rol 1990-2012.

fijación de tarifas, incluidos los documentos que se mantuvieron bajo custodia notarial, serán públicos una vez concluido el proceso de fijación tarifaria, existen serios argumentos que acotan y precisan este idea.

En primer lugar, está en duda si los elementos contenidos en un contrato suscrito entre dos particulares cuyo precio no está sujeto a regulación constituyen “estudios, antecedentes, procedimientos de cálculo e informes usados en la fijación de tarifas”. Aun cuando ello fuere así, es la propia ley la que señala que ello solo ocurre cuando por razones de indivisibilidad de proyectos de expansión, estos permitieran también satisfacer, total o parcialmente, demandas previstas de servicios no regulados que efectúe el prestador (clientes libres), en cuyo se debe considerar solo una fracción de los costos correspondientes, para efectos del cálculo de las tarifas. Dicha fracción se determina en concordancia con la proporción en que sean utilizados los activos del proyecto por los servicios regulados y no regulados. Ello en ningún caso es sinónimo de hacer públicos contratos en su totalidad, porque no toda información de un contrato entre una empresa sanitaria y un cliente libre sirve a este propósito, con lo que si el Tribunal deseaba aplicar esta norma podría haber entonces ordenado la publicidad de aquellos antecedentes exclusivamente, y no de todo el contrato. La regla generales la privacidad (para actos entre particulares) y la excepción es la publicidad, por lo que debió haber interpretado restrictivamente.

Luego, aun cuando exista esta norma, ella debe interpretarse sin prescindencia de otras normas legales existentes. La Ley de Transparencia fue dictada con posterioridad a la de Tarifas. Si existe un conflicto entre ambas el Tribunal debe aplicar la posterior sobre la anterior y la especial por sobre la general. Empero, el fallo hace lo contrario: considera más especial la ley de tarifas, lo que es irrelevante ya la Corte de Apelaciones llega a conocer del caso en virtud de un amparo sobre transparencia y no en un proceso tarifario. De haberla aplicado en plenitud, vería que es la propia Ley de Transparencia la que pone como excepción a la publicidad “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*”, aspecto último que el Tribunal ignoró por completo. Difícilmente se puede concebir otros derechos más económicos o comer-

ciales que los establecidos en un contrato entre particulares de venta de agua cruda.

Por último, y aun cuando hipotéticamente se considere que las cláusulas de un contrato no sean de contenido económico, ello no es sinónimo de que en la duda, la norma deba interpretarse en contra de los particulares, como si la norma general fuera la publicidad respecto de los actos de los privados. Probablemente, en lo más delicado de la sentencia, la Corte de Apelaciones hace una interpretación extensiva del concepto del “interés público” lo que no resiste análisis a la luz de la doctrina y la jurisprudencia constitucional. En efecto, el interés público como límite al derecho de privacidad derivado del artículo 19 N° 5 debe interpretarse de manera restringida, dado que constituyen una excepción a este y a derechos consagrados constitucionalmente como la propiedad contenida en los contratos, la libertad económica y otros, todos mecanismos de defensa de las personas frente al Estado.

En virtud de lo anterior es que el fallo constituye un elemento de alarma para los valores de una sociedad libre. Una interpretación expansiva del interés público no solo contraviene normas constitucionales expresas sino que, de alguna manera, lesionan los derechos fundamentales entregando una discrecionalidad sin límite al Estado en virtud del cual quedaría a su completa merced declarar todo acto celebrado entre particulares “de interés público” anulando en la práctica esta esencial garantía.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto (1992): *El futuro de la democracia* (Fondo de Cultura Económica).
- HAYEK, Friedrich (2006): *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol I (Unión Editorial)
- LIBERTAD Y DESARROLLO (2012): “Caso Castilla: Cuando la Justicia se transforma en regulador”, Fallo Público N° 28, de septiembre de 2012. Disponible en línea en: http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/fallosp%C3%9Ablicos28septiembre2012.pdf
- PEÑA TORRES, Marisol y Rosales Rigol, Cecilia (2001): “El Interés Público en el Constitucionalismo Postmoderno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXII.