

Acceso a la información pública: el caso de los contratos de clientes no regulados de empresas sanitarias

Comentario de Jurisprudencia

Miguel Yáñez Zerené*

1. Introducción

A partir del principio de subsidiaridad consagrado en la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, CPR), y a propósito de la promulgación de la Ley N° 20.285 de 2008 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, LAIP), se ha provisto de contenido a dos derechos que en la actualidad parecen en pugna: por un lado, el Derecho de Propiedad (entendido en un sentido amplio); y por otro, el Derecho a la Información, o mejor dicho, al acceso a la información.

Esta aparente contradicción se acentúa en aquellos mercados que participan empresas privadas fuertemente reguladas, que por lo general ejercen una función pública, a las cuales, en principio, no les sería aplicable el régimen de acceso a la información consagrado por la LAIP.

Es en este contexto que se desarrolla la jurisprudencia en comento, el Reclamo de Ilegalidad contra la Decisión de Amparo Rol N° C 515-11, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 25 de junio de 2012; la cual podría abrir un ámbito de interpretación y aplicación insospechado para la referida Ley. En particular, el problema radica en determinar si los contratos privados celebrados por una empresa sanitaria con sus clientes no regulados son públicos por el hecho de haber servido de "base" para la dictación de un acto administrativo. Así, desde la perspectiva normativa, el problema se sintetiza en la interpretación que se haga de los arts. 8° y 19 N° 24 de la CPR, por un lado; frente a los arts. 5, 10, 11 y 21 de la LAIP, por otro.

2. Breve reseña del mercado sanitario en Chile

En Chile, el mercado sanitario comprende dos tipos de clientes: por un lado, clientes regulados, a quienes la empresa sanitaria suministra agua potable, según normas de carácter técnico; y por otro, clientes no regulados, a quienes se les suministra agua cruda o no potable.

* Licenciado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Ayudante de Investigación en el Programa de Derecho Administrativo Económico de la misma Facultad. Correo electrónico: mtyanez@uc.cl

El precio que cobran las empresas sanitarias a los clientes no regulados se determina libremente entre las partes, debiendo constar dicho acuerdo en un contrato privado. Por su parte, el precio que cobran las sanitarias a los clientes regulados se determina a partir de un procedimiento administrativo llevado a cabo por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante, la SISS), el cual culmina con una resolución que fija una tarifa (acto administrativo).

En el contexto del procedimiento de fijación tarifaria, la SISS tiene la obligación de solicitar a las empresas sanitarias los contratos que estas hayan suscrito con los clientes no regulados, pues en la medida que las aludidas empresas hayan utilizado infraestructura destinada a satisfacer necesidades de los clientes regulados para vender agua cruda, deberán "compensar" a los clientes regulados, lo que se traduce en una reducción de la tarifa.

3. La solicitud del requirente ante la SISS

La requirente solicitó a la SISS los siguientes documentos e información relativa a la Empresa Sanitaria Aguas Antofagasta S.A. respecto sus clientes "no regulados":

- i) Los contratos de suministro de "servicios sanitarios".
- ii) El volumen de agua suministrada.
- iii) El tipo de agua suministrada.
- iv) La fuente de agua respecto de la cual se suministra.
- v) Otros contratos celebrados entre las partes.

4. Derechos comerciales o económicos vs. Derecho de acceso a la información pública

A continuación se ofrece una síntesis de los principales argumentos que señalaron los distintos involucrados en el requerimiento de acceso a información deducido en primer término ante la SISS, el cual, ante la negativa del organismo público, fue objeto de Amparo por parte del requirente ante el Consejo para la Transparencia (en adelante, CPT), y posteriormente fue sometido a una decisión jurisdiccional por medio de un Reclamo de Ilegalidad presentado ante la Corte de Apelaciones, según lo establece la LAIP.

a) Argumentos de la empresa de servicios sanitarios

i) Se configura la causal de reserva contemplada en el art. 21 de la LAIP. La empresa sanitaria sostiene que los contratos solicitados por el requirente vulnerarían sus derechos económicos o comerciales, toda vez que proveerían de información sensible a la opinión pública. Así, la empresa sostiene que "La publicidad de los contratos aludidos importaría dar conocimiento de una estrategia y posición comerciales en materias de precios de venta a cada cliente; no se trata de un procedimiento industrial sino de un conjunto de relaciones contractuales que las define en un mercado competitivo"; y agrega que "Todo actor tiene derecho a la reserva de dicha estrategia y posición".

ii) *Los contratos aludidos no son públicos, pues no se aplicaría el art. 5° de la LAIP.* En este contexto, la Empresa argumenta que los contratos solicitados no estarían dentro de la esfera de competencias que tiene la SISS para efectos de fijar la tarifa, toda vez que el contenido de los mismos excede los datos necesarios para la emisión del referido acto administrativo. Así, sostiene que “La venta de agua cruda a empresas mineras no es ninguno de los 4 servicios públicos definidos en los arts. 3 y 5° de la Ley General de Servicios Sanitarios, esto es, producción y distribución de agua potable; y, la recolección y disposición de aguas servidas”.

b) Argumentos del Consejo para la Transparencia (en adelante, el CPT, o el Consejo)

i) *No se configura la causal de reserva contemplada en el art. 21 de la LAIP.* Para el CPT, la Empresa Sanitaria no logró acreditar la vulneración de que trata el art. 21 de la LAIP, pues en su concepto, debe acreditarse el daño al tercero. Así, el Consejo sostuvo que “(...) no basta con indicar una causal de aquellas previstas en el art. 21 sino que –en el caso concreto– debe hacerse una apreciación del daño, balanceando una ponderación entre el daño que traería aparejada la publicidad del antecedente y el daño que traería aparejado su divulgación”.

Por otra parte, el CPT considera que las causales de reserva o secreto son excepcionales, por lo que deben interpretarse de manera restrictiva, al sostener que “la interpretación de los casos de secreto o reserva debe ser restrictiva, atendido a que el derecho de acceso a la información está implícitamente reconocido por la Constitución”.

ii) *Los contratos aludidos son públicos por aplicación del art. 5° de la LAIP.* La publicidad de los contratos deviene por aplicación del inciso primero del art. 5° de la LAIP, toda vez que, “al servir dichos contratos, en conjunto con otros antecedentes, de fundamento directo y esencial del proceso de fijación tarifaria que concluyó con el respectivo acto administrativo de la autoridad que las determinó para el quinquenio 2011-2016” tendrían el referido carácter (considerando 2°, párrafo cuatro).

Por su parte, sostiene el CPT, “La información solicitada es pública por haber sido proporcionada obligatoriamente a la SISS para la fijación de tarifas en el proceso tarifario y constituir, por tanto, uno de los fundamentos que la autoridad consideró para tales efectos; y –en segundo lugar– por encontrarse en poder de un órgano de la Administración”.

c) Argumentos de la Corte de Apelaciones

i) *Principio de publicidad y acceso a la información pública.* En relación con este tema, lo primero que deja asentado el sentenciador es el principio de publicidad y acceso a la información pública, el cual formula como regla general, exceptuando las causales del art. 21 de la LAIP y otras causales consagradas en leyes de quórum calificado, las cuales vienen a desarrollar lo dispuesto en el inciso segundo del art. 8° de la CPR.

Así, el fallo sostiene que “La 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. Sin embargo, esta afectación resulta justificada cuando el acceso a la información y su difusión son de interés público y se torna necesaria frente al bien jurídico que debe ser amparado"; luego, puntualiza que "La transparencia no es absoluta, pues el orden constitucional admite motivos legítimos para que actos o resoluciones, como los documentos que los sustenten, sus fundamentos o procedimientos, puedan mantenerse en secreto o reserva, siempre que quien la invoca acredite los hechos que la justifican" (fundamento 6° de la resolución).

ii) *No se configura la causal de reserva contemplada en el art. 21 de la LAIP.* Sobre el particular, la Corte entendió que la publicidad de los contratos de compraventa de aguas crudas entre la empresa sanitaria y sus clientes "no regulados" no afectaba los derechos de las partes, desde el momento en que los aludidos contratos no contemplaban cláusulas de confidencialidad, lo que hace presumir que los contratantes no tuvieron esta consideración a la vista al momento de celebrar dichos actos jurídicos.

De este modo, la Corte viene a interpretar el contrato, calificando la intención declarada por las partes y consignando lo que a su juicio corresponde la voluntad real de los mismos. Sobre este punto vale la pena detenerse, pues la doctrina moderna discute respecto lo que se denomina como la *summa divisio iuris*. Así, para quienes sostienen que el Derecho Privado es "derecho común", la interpretación resultaría parcial, pues no consideraría los elementos teleológicos y sistemáticos que deben informar la interpretación de un contrato, ambos elementos consagrados en el art. 1564 del Código Civil, por lo cual no cabría arribar a la conclusión; pero, para quienes consideran que el Derecho es una unidad armónica, el contrato en cuestión no tendría una naturaleza jurídica del todo privatista, al tener por objeto, por de pronto, un bien nacional de uso público, a saber, el agua, situación por lo cual no se regirían las reglas del denominado "Derecho Privado" sino una interpretación más armónica con las normas de Derecho Público como la que correctamente asentó el sentenciador.

iii) *Los contratos aludidos son públicos por aplicación del art. 5° de la LAIP.* La Corte considera que los contratos son públicos, o más bien, se puede acceder a ellos por cualquier persona que los solicite, desde el momento en que, tratándose de información recopilada por un órgano público para un fin específico, estos forman 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. Comentario: hacia la configuración del principio de transparencia

a) *El "principio de transparencia" como "regla" de general aplicación.* A pesar que la LAIP ofrece, en su art. 4° inc. final, una "definición" de lo que debemos entender por "principio de transparencia", lo cierto es que se formula como regla y no como principio. En este contexto, la doctrina ha señalado que "(...) la idea de que la transparencia se configure más bien como regla que como principio, obedece a la función que el secreto (de información íntima o privada) juega respecto de la propia transparencia: como excepción"¹.

¹ VERGARA BLANCO 2010, 203.

Al respecto, la doctrina sostiene que la labor de crear principios es propia de los jueces y juristas, no del legislador, por lo que se estaría frente a una impropiedad del lenguaje en esta materia.

Más allá de la perspectiva lingüística, considero acertado, desde la perspectiva constitucional y legal relacionada con la materia, que la regla general sea el acceso a la información pública, y la excepción sea la reserva o secreto; tal como paso a fundamentar *infra*. Por lo demás, esta situación es acorde con los lineamientos que debe tener un Estado moderno y es consecuente con la realidad social y cultural que impera, donde la tecnología ha permitido que la información fluya con mayor facilidad que antaño, permitiendo ejercer un control ciudadano por esta vía.

b) *La colisión de derechos*. En mérito de los antecedentes enunciados en la parte expositiva del presente trabajo (ver *supra* II y III), se advierte la colisión de dos Derechos Públicos Subjetivos: por un lado, el derecho de acceso a la información, que se manifiesta en la solicitud de la parte recurrente; y por otro, el derecho a la privacidad o intimidad, que se manifiesta en los descargos que formula el recurrido en orden a preservar datos sensibles a su actividad comercial. Esta dicotomía obliga a interpretar las reglas con agudo criterio hermenéutico, pues ambos derechos están consagrados como garantía en la CPR, por lo que gozarían de igual jerarquía.

En este contexto, la doctrina ha ofrecido un criterio que parece sensato al momento de valorar entre los derechos colisionados. Así, según el profesor Fabián Huepe Artigas², predominará el derecho a la información, y por ende, el acceso a ella, cuando lo que se pretende divulgar cumpla con los siguientes requisitos:

- i) Ser realmente de interés público.
- ii) Ser razonablemente verídico.
- iii) Ser necesario, es decir, que no busque satisfacer el morbo del requirente o de la ciudadanía.

En caso contrario, primará el derecho a la privacidad.

c) *El Consejo para la Transparencia ejerce jurisdicción*. Cabe señalar que el Consejo para la Transparencia está constituido como una corporación de derecho público, con patrimonio y personalidad propia, según señala el art. 31 de la LAIP; y que al mismo tiempo, ejerce jurisdicción, toda vez que le compete, entre otras funciones y atribuciones, resolver los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a la Ley.

Por otro lado, los requisitos que establece la LAIP para ejercer el cargo de Consejeros no propenden a que estos tengan un criterio hermenéutico que les permita interpretar reglas o ponderar principios, pues la aludida Ley solo se limita a establecer una serie de inhabilidades e incompatibilidades con el cargo directivo, siendo la regla general que cualquier persona pueda ejercer tal cargo, en la medida que sea debidamente designada y no concurren las causales establecidas en el art. 37 de la LAIP. Esta situación es atípica frente a otros órganos

² HUEPE ARTIGAS 2010, 342.

desvinculados del Poder Judicial y que ejercen jurisdicción, como el Panel de Expertos, el cual incorpora como requisito el contar con dos abogados integrantes, lo cual atenúa el efecto previamente señalado.

En mérito de lo expuesto, resultaría ajena al Consejo la labor de rellenar lagunas normativas, propia de los jueces y juristas; y en consecuencia, se estaría entregando dicha tarea a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual conocerá el reclamo de ilegalidad en única instancia (procedimiento de carácter contencioso administrativo). Esta situación produce, a mi juicio, una precariedad en la "doctrina" emanada del Consejo.

Cabe apuntar que lo señalado en este apartado reflota la vieja discusión en torno a la necesidad de contar con tribunales contencioso administrativos con competencia especial para conocer asuntos específicos, tema que excede los límites de este trabajo.

d) *La interpretación de la Corte de Apelaciones aporta en la configuración del "principio de transparencia"*. La Corte de Apelaciones aporta básicamente dos interpretaciones que ayudan a configurar el principio de transparencia: primero, ratificó lo que la doctrina ha sostenido en el sentido que el derecho de acceso a la información es la regla general; y segundo, interpretó que un elemento necesario para configurar la causal de reserva o secreto era verificar la intensidad de las partes en un contrato.

Finalmente, cabe advertir que la configuración del principio de transparencia está lejos de agotarse, y en lo sucesivo, con mayor frecuencia, la judicatura deberá pronunciarse respecto a otros aspectos del mismo, de modo tal que se configure de manera más acabada.

Reflexiones finales

1° La sentencia viene a ponderar dos bienes jurídicos protegidos a nivel constitucional, a saber, el Derecho de Propiedad (entendido en un sentido amplio) y el Derecho a la Información. En este sentido, y dada la naturaleza del conflicto, la Corte se inclina por preservar el Derecho de Información, por lo argumentos que previamente se indicaron.

2° Lo relevante del fallo en comento dice relación con la exigencia que impone la Corte de hacer públicos contratos entre privados, los cuales, según los argumentos esgrimidos por la empresa sanitaria, se regirían por normas de Derecho Privado. De este modo, surge la vieja discusión en torno a la dicotomía que califica el Derecho entre Derecho Público y Derecho Privado, la cual no reconoce la unidad que debe tener el ordenamiento jurídico: un todo armónico.

3° Cabe preguntarse si los contratos celebrados entre privados que "sirven de base" para formular un acto administrativo pueden escindirse de su carácter privado al momento de "entrar en contacto" con la Administración, toda vez que la información contenida en los contratos en cuestión claramente excedían los datos necesarios para el proceso de fijación tarifaria.

4° Lo complejo de la jurisprudencia en comento se genera cuando los contratos han sido celebrados por empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, pues en este caso habría una vulneración flagrante a la política

comercial del conglomerado económico, al hacer pública información que de suyo pertenece a la estrategia comercial y la estructuras de costos del mismo.

Bibliografía citada

- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010): "Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión 'principios' por el legislador" en: *Transparencia en la Administración Pública*, Universidad Alberto Hurtado (Santiago, AbeledoPerrot - LegalPublishing), pp. 191-207.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2010): "El acceso a la información y el secreto o reserva fundado en el derecho a la privacidad" en: *Transparencia en la Administración Pública*, Universidad Alberto Hurtado (Santiago, AbeledoPerrot - LegalPublishing), pp. 331-344.