

Informe en Derecho

COMPETENCIAS DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA RESPECTO DE ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA

**Jorge Bermúdez Soto
Eduardo Cordero Q.
Abogados
Doctores en Derecho
Profesores de Derecho Administrativo**

INDICE

1. Antecedentes generales.....	3
2. Objetivos del Informe.....	4
3. Las entidades privadas que prestan servicios de utilidad pública.....	5
3.1. Antecedentes.....	5
3.2. Su configuración jurídica.....	6
a) La concepción orgánica-administrativa de los servicios públicos.....	6
b) El proceso de liberalización y privatización de los servicios públicos.....	6
4. Las normas sobre transparencia en el sector privado.....	8
4.1. La Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa.....	8
4.2. El artículo 13 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y su alcance respecto empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.....	15
a) Ámbito de aplicación de la norma.....	15
b) El concepto jurídico de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (EPSUP).....	15
4.3. Los antecedentes de la Ley N° 20.285 y la derogación del inciso 4° artículo 13 de la Ley N° 18.575.....	23
5. El régimen actual de acceso a la información respecto de las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública.....	25
5.1. Antecedentes generales.....	25
5.2. Ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285.....	25
5.3. Control indirecto a través de las entidades fiscalizadoras.....	28
5.4. Relación entre los derechos de las EPSUP y la publicidad de la información, a propósito de test de daño o el principio de proporcionalidad.....	29
6. Conclusiones.....	31

1. ANTECEDENTES GENERALES.

La Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública ha establecido un nuevo régimen jurídico e institucionalidad respecto de los principios de transparencia y publicidad que rigen a los órganos del Estado y del derecho que tienen los ciudadanos para acceder a la información pública.

Dentro de este nuevo sistema, el Consejo para la Transparencia (en adelante, indistintamente, el Consejo) constituye un órgano fundamental para la aplicación de las disposiciones respecto de la mayor parte de los órganos que forman parte de la Administración del Estado (artículo primero), tanto en lo que dice relación con el deber de transparencia activa, como en lo relativo al derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, la Ley N° 20.285 establece el ámbito de competencia del Consejo desde una perspectiva orgánica, al disponer que están sujetos a su control todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, con las excepciones que expresamente indica (artículo 2°).

El mismo texto legal dispone que “la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella” (artículo 3°). Sin embargo, si entendemos que la función pública aparece estrechamente asociada a la idea de servicio público y, por tanto, al deber de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, resultará que estas funciones no sólo son cumplidas por los órganos que forman parte de la Administración del Estado sino también por entidades privadas que prestan servicios de utilidad pública y que están sujetas a un régimen fuertemente administrativizado¹. Así las cosas, cabe plantearse si los deberes de transparencia de la función pública y el derecho de acceso a la información alcanzan también a dichas entidades y si sobre la materia tendría competencias el Consejo para la Transparencia.

¹ Una idea de esta situación la da el art. 37 de la Ley N° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

2. OBJETIVOS DEL INFORME.

El presente informe tiene como objetivo general establecer el nivel de aplicabilidad de la Ley N° 20.285 a las entidades privadas que desarrollan servicios de utilidad pública o de interés público.

Dentro de este objetivo general, los objetivos específicos de este estudio son los siguientes:

- a) Establecer la naturaleza jurídica y el régimen aplicable a las entidades privadas que prestan servicio de utilidad pública o de interés público;
- b) Determinar los fundamentos jurídicos de la intervención administrativa respecto de la actividad que desarrollan dichas entidades;
- c) Establecer la necesidad de un control social y la aplicación de normas de transparencia respecto de la actividad que cumplen estos sujetos;
- d) Determinar los alcances que tendría la Ley N° 20.285 respecto de estas entidades y las competencias del Consejo para la Transparencia sobre la materia.

Para tal efecto dividiremos este trabajo en tres partes. La primera estará destinada a tratar la situación de las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (3), mientras que en la segunda analizaremos el alcance que han tenido las normas de transparencia respecto de ellas (4), para establecer en el último apartado el régimen actualmente vigente a la luz de la Ley N° 20.285 (5).

3. LAS ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA.

3.1. Antecedentes.

La prestación de servicios de utilidad pública por parte de entidades privadas se corresponde a un fenómeno histórico relativamente reciente asociado a las ideas de liberalización y desregulación. No nos corresponde en esta oportunidad hacer un análisis de un tema respecto del cual se ha escrito y comentado bastante². En todo caso, es conveniente destacar la forma como diversas actividades que eran consideradas servicios públicos se fueron desplazando hacia el sector privado bajo distintas modalidades (privatización, concesiones o autorizaciones), dando lugar a formas de regulación más o menos intensas.

Dentro de este abanico de casos se deben distinguir entre aquellas actividades a través de las cuales se prestan servicios de utilidad pública, respecto de aquellos que dan lugar formas de actuación regidas por el mercado. En el primero de estos casos nos encontramos ante lo que se ha conocido como “mercados regulados”, en la medida que el ingreso al mismo conlleva un estricto control administrativo previo y da lugar a una intensa regulación, con un conjunto de obligaciones y cargas que no son las que se estilaban en las actuaciones empresariales estrictamente privadas. Esto es lo que ocurre fundamentalmente con el sector eléctrico, de las telecomunicaciones y el sanitario, al cual se deben agregar un conjunto más amplio de figuras, especialmente bajo la forma de concesiones (carreteras, aeropuertos, estacionamientos, etc.).

No todos estos casos corresponden a figuras homogéneas, pero se caracterizan por la naturaleza del servicio que prestan (utilidad pública); la naturaleza administrativa del título que les permite realizar la actividad; la intensa regulación a la cual se encuentran sometidas, y la existencia de uno o más órganos pertenecientes a la Administración del Estado que ejercen competencias de fiscalización sobre las mismas. A continuación se analizará la forma en que se produce la diversificación de su régimen jurídico.

² Sobre la materia se puede consultar algunas obras de referencia obligada: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid: Marcial Pons, 1993; ARIÑO ORTIZ, G; DE LA CUÉTARA J.M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *El nuevo servicio público*, Madrid: Marcial Pons, 1997; SOUVIRON MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998; y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, en Revista de Administración Pública 150 (2000), pp. 57 y ss.

3.2. Su configuración jurídica.

a) La concepción orgánica-administrativa de los servicios públicos.

En su origen los servicios de utilidad pública se identificaban con el concepto de servicio público tanto en su dimensión funcional como orgánica.

Bien es sabido que el concepto de servicio público es una categoría propia del Derecho administrativo de filiación francesa con el cual se pone una importante limitación a la actividad económica de los particulares, en la medida que el Estado se reserva la prestación de este servicio, ya sea de forma directa o a través de un concesionario, todo bajo estrictas formas de Derecho público.

Así las cosas, si una determinada actividad era considerada de interés general o público comenzaba todo un régimen de intervención respecto de la misma, lo cual se traduce habitualmente en la creación de una entidad pública a la cual se asigna el desarrollo de dicha actividad. De esta forma se produce una identidad entre la concepción funcional y orgánica de servicio público, como ocurrió con diversos servicios y empresas públicas que actuaban en una suerte de monopolio natural (vgr. ENTEL, CTC, SENDOS, ENDESA, etc.).

Existen diversos factores que determinaron este fenómeno, cuyo punto de partida viene marcado por la primera guerra mundial. Esto hizo que la Administración del Estado pasara de una actividad prestacional a una verdadera actividad de producción de bienes y servicios, ya sea por el valor estratégico que tenían determinados sectores (vgr. el petróleo, la telefonía, el transporte) o por la necesidad de implementar políticas de industrialización (vgr. CORFO).³

b) El proceso de liberalización y privatización de los servicios públicos.

La situación descrita se manifestó con particular fuerza en el caso de nuestro país. El Estado de Chile llegó a tener en su poder más de 600 empresas en el año 1973, sin

³ Sobre la materia se puede consultar el interesante artículo de VILLAR PALASÍ, José Luis. *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, en Revista de Administración Pública 3 (1950), pp. 53 y ss.

contar con los diversos servicios públicos que realizaban actividades de contenido económico. Dada esta situación y como consecuencia de la adopción de concepciones neoliberales, se inició un profundo proceso de liberalización y desregulación de diversos sectores económicos, orientados por el dogma del Estado subsidiario el cual permite justificar y dar cobertura a estas actuaciones, como son los procesos de privatización.

Esto marca un cambio en el péndulo de la intervención estatal, la cual pasa a ocupar un nivel mínimo en la prestación de servicios, mientras que se afianza la iniciativa privada y el mercado como los vehículos para satisfacer la mayor cantidad de necesidades básicas. Ahora bien, en las áreas consideradas como monopolio natural se inicia un fuerte proceso de liberalización del sistema, como ocurrió con la Ley N° 18.168, de 1982, que regula el sector de las telecomunicaciones; el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, en el sector eléctrico; y el Decreto con Fuerza de Ley N° 382 de 1988, en el sector sanitario. A estos se deben agregar aquellos servicios públicos que ya eran prestados por particulares, como ocurría con el abastecimiento de gas y el transporte público.

Como consecuencia de lo anterior se rompe la identidad entre el servicio público/función y el servicio público/órgano y se fortalece la participación privada, la que pasa a cumplir funciones propias de los servicios públicos.⁴

Si se analiza este fenómeno desde el punto de vista jurídico resulta innegable que en el origen de estas entidades prestadoras privadas hay un fuerte componente de Derecho privado, sin embargo, en la función que cumplen y desarrollan aparecen un conjunto de normas de Derecho público que se superponen a los principios privatísticos, con el objeto de garantizar una óptima prestación del servicio. Así las cosas, considerando que la actividad que desarrollan tiene una alta incidencia en el interés general y en el bienestar de la población, es del todo razonable preguntarse si dentro de las obligaciones que deben cumplir se encuentran los deberes de

⁴ En relación con este proceso se pueden consultar el trabajo de PAREDES M. Ricardo. *Regulación Económica en Chile: La Opción por un Enfoque No Estructural*, en LARRAIN B. Felipe y VERGARA M. Rodrigo. *La Transformación Económica de Chile*. Capítulo V, Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 2000, pp. 155 y ss.

transparencia y publicidad que se imponen a los órganos de la Administración del Estado que cumplen funciones similares.

4. LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA EN EL SECTOR PRIVADO.

4.1. La Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa.

El principio de transparencia y publicidad encuentra su antecedente directo en la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado, de 14 de diciembre de 1999.

La tramitación de dicha Ley se inició por Mensaje N° 392-330 de fecha 12 de enero de 1995, el cual fue ingresado a la Cámara de Diputados con el número de boletín 1510. Como se indica en el propio Mensaje, este proyecto recoge las propuestas formuladas por la Comisión Nacional de Ética Pública, creada por Decreto Supremo No. 423 de 5 de abril de 1994, cuyo objetivo central fue el estudio y la elaboración de propuestas políticas y legislativas sobre la probidad, transparencia y responsabilidad ética.

Este proyecto fue presentado como un texto articulado en 30 normas permanentes y dos transitorias, divididas a su vez en cuatro títulos relativos a conceptos y ámbito de aplicación; principios generales aplicables a la Administración del Estado; normas especiales aplicables a la función pública (inhabilidades, carrera funcionaria, declaración de patrimonio y actividades, conductas contrarias a la probidad administrativa, etc.); y de las sanciones y responsabilidad. Por su parte, esta propuesta consideró de forma colateral los aspectos vinculados al principio de transparencia y publicidad, a pesar que dentro de sus ideas matrices destacaba la importancia de garantizar un desempeño imparcial y transparente de la función pública.⁵

⁵ El Mensaje consideraba un artículo 21 dentro del párrafo que regulaba las conductas contrarias a la probidad administrativa. En su número 1° se establecía que constituye una conducta contraria a la probidad administrativa el “negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad a la ley”.

El primer cambio sustancial de este proyecto se produce durante su tramitación en la Cámara de Diputados, específicamente durante su discusión en general que tuvo lugar en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Así, se hizo presente, que varias de estas materias estaban ya tratadas en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LBGAE), por lo que resultaba más apropiado que el tema de la probidad estuviera normado en un solo instrumento y sistematizado en un código común. En razón de lo anterior, se solicitó al Ejecutivo que reformulara el proyecto, lo cual se hizo a través de una indicación sustitutiva que contenía cinco artículos permanentes y cuatro disposiciones transitorias.⁶

En segundo cambio relevante se produce en relación con el tema que nos interesa. Dentro de la indicación se propuso un artículo 56 dentro del nuevo Título III que se introduce a la LBGAE, el cual introduce en el proyecto el principio de publicidad y transparencia en términos más explícitos:

Artículo 56. Las actuaciones de la Administración son públicas, salvo las excepciones establecidas con arreglo a la ley.

Toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o interés nacional, calificadas por la ley, deban mantenerse en reserva o secreto.

Esta disposición fue aprobada por la Cámara de Diputados y remitida con fecha 21 de enero de 1997 en tales términos para su revisión por el Senado.

La Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado analizó el proyecto en su Primer Informe y propuso por unanimidad trasladar las disposiciones contenidas en el artículo 56, para conformar con ellas un artículo 11 bis, que se incorpora a la LBGAE, con el propósito de especificar que la transparencia en el ejercicio de la función pública consiste en permitir y promover la publicidad de los

⁶ Véase pp. 3 a 7 del Primer Informe emitido por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de fecha 8 de mayo de 1996.

procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten, sin perjuicio de mantener en reserva o secreto las materias que señale la ley. Por su parte, los senadores entendieron que la referencia a la ley decía relación con el proyecto de ley sobre acceso a la información administrativa, presentado con fecha 12 de enero de 1995 por Mensaje N° 387-330 y en el cual se regulaba con particular detalle esta materia en 31 artículos. Dicho proyecto fue retirado en el año 2000 sin que tuviera avance alguno en su tramitación.⁷

De esta forma, el artículo 11 bis quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 11 bis.- El principio de la probidad administrativa se regirá por las normas del Título III de esta ley y demás disposiciones especiales que regulen la materia.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella, sin perjuicio de las materias que deban mantenerse en reserva o secreto en conformidad a la ley.

Las actuaciones de la Administración son públicas, salvo las excepciones establecidas por la ley.

En su Segundo Informe, la Comisión analizó en particular la disposición. Ésta fue objeto de una indicación formulada por el Senador Otero por la cual se le incorporaron normas de procedimiento y control judicial para hacer efectivo este principio a propuesta del Senador Hamilton.

La indicación del Senador Otero resulta importante en el tema que estamos estudiando, pues reemplazó los incisos segundo y tercero de este artículo 11 bis, declarando que la función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella, y consagra la publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos de

⁷ Véase pp. 9 y 10 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado de fecha 7 de septiembre de 1997. Dicho proyecto ingreso con el número de boletín 1511 y fue retirado por el Ejecutivo con fecha 7 de junio de 2000.

cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, *como también los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público*. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva o secreto que procedan en conformidad a la ley, o en caso de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.⁸

La indicación fue aprobada por mayoría (2 a 1), salvo los incisos primero y segundo, los cuales fueron por unanimidad. Así, el texto del artículo 11 bis quedó de la siguiente forma en la parte que nos interesa:

Artículo 11 bis.- Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y en particular las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

⁸ Véase pp. 23 y 24 Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación y Reglamento del Senado de fecha 2 de junio de 1998. El Senador señor Otero explicó que su proposición, en lo medular, apuntaba a incorporar en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado una norma del mismo tenor a la que la Comisión había considerado como artículo 8° del proyecto de ley sobre ejercicio de las libertades de opinión y de información y ejercicio del periodismo, en relación con la publicidad de los actos de la Administración (Boletín N° 1035-07). Tal regla, con mayor razón todavía, debía consignarse en esta Ley Orgánica Constitucional, porque está llamada a integrar la organización básica de la Administración Pública. Por su parte, el Senador señor Larraín disintió de la propuesta anterior, en atención a que dicha norma ya está considerada en ese otro proyecto de ley, de naturaleza especial para la materia de que trata. Sostuvo que, tal como manifestó con ocasión de la otra iniciativa, le merecen reparos en especial que se permita la reserva o secreto no sólo cuando medie causa legal expresa, sino cuando concurren algunas de las situaciones genéricas que se contemplan en el inciso tercero propuesto, cuya calificación se remite en primer término a la propia apreciación de la Administración. En una sesión posterior, H. Senadora señora Feliú pidió dejar constancia de que estimaba que el artículo aprobado no se ajusta al ordenamiento constitucional, “que obligaría a reconocer el carácter reservado o secreto de todos los documentos de las entidades privadas, aun cuando desarrollen actividades de utilidad pública” (sic). Hizo saber su objeción de constitucionalidad, en especial respecto de la obligación de difundir documentos privados, ya que, por una parte, sería ajena a las ideas matrices de este proyecto, y por otra, afecta las normas de los números 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, y la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, que la Carta Fundamental asegura a todas las personas. Asimismo, estimó desafortunado considerar normas de procedimiento en esta disposición, ya que dificultarán su puesta en práctica, y deberían, en cambio, aplicarse las normas generales.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento, como también *los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público*. Lo anterior, sin perjuicio de la reserva o secreto que procedan en conformidad a la ley, o en caso de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Este fue el texto que aprobó en definitiva el Senado y que se remitió a la Cámara. Por su parte, esta Corporación rechazó todas las modificaciones, lo que forzó la constitución de una Comisión Mixta para zanjar las diferencias entre ambas Cámaras. Al efecto, dicha Comisión de forma unánime decidió consagrar el carácter público de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y de los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Además, “*con ciertas condiciones, lo extendió a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas del Estado que sean sociedades anónimas, o estén sometidas a esa legislación, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización*”⁹. Por su parte, en lo relativo al procedimiento, la propuesta regula detalladamente, el derecho de un tercero interesado de oponerse a la entrega de la información; la obligación del órgano requerido de proporcionar la información, salvo que concurra alguna de las causales que señalan; el procedimiento aplicable si no se entrega la documentación dentro de plazo o si se deniega la petición, y las sanciones que proceden en este caso.

La Comisión Mixta siguió en la materia la propuesta del Senado, en orden a contemplar en dicha ley una normativa destinada a declarar la publicidad de los actos administrativos y a permitir el acceso a ellos mediante un procedimiento especial si fuere denegada. Al efecto, tuvo presente que el proyecto de ley sobre acceso a la información administrativa no había tenido movimiento desde su presentación en 1995, y que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, resultaba más adecuado incluir

⁹ Véase p. 2 Informe Comisión Mixta de 4 de mayo de 1999.

tales reglas en esta iniciativa legal - llamada constitucionalmente a determinar la organización básica de la Administración Pública- y no en el proyecto de ley sobre las libertades de opinión y de información y ejercicio del periodismo, que desarrolla y cautela las referidas libertades.

En lo que respecta a los *documentos de empresas privadas que presten servicios de utilidad pública*, el Informe de la Comisión Mixta deja constancia de la opinión del Profesor Carlos Carmona, a la fecha Jefe de la División Jurídica del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, para quien “*debería reconocerse el derecho de la empresa a negarse a que se proporcionen los antecedentes, porque no quiera que sean conocidos por las demás empresas que participan en el mercado de las telecomunicaciones. La posibilidad de negativa ha de ser protegida mediante ciertos resguardos, puesto que, si se da origen a un procedimiento contencioso en el cual deberán acompañarse los documentos en cuestión, a partir de ese momento dejarán de ser reservados. Esta situación debería tener una regulación especial, de forma tal de proteger el normal desarrollo de las actividades que realizan las empresas sujetas a la supervigilancia de un ente público*”.

A la luz de las observaciones, la Comisión propuso introducir dos artículos: 11 bis y 11 ter. En el primero de ellos se consagra los principios de probidad y transparencia, contemplando en su integridad el procedimiento para requerir la documentación ante el órgano administrativo, así como las causales que permiten denegar su entrega. En el segundo artículo se regulan los procedimientos de reclamación ante la autoridad judicial.

Por su parte, cabe mencionar que fue esta Comisión la que propuso que fuese no sólo la ley sino también el *reglamento* la norma que establezca y regule los casos de secreto o reserva como causal para denegar su entrega.¹⁰ Por último, se hace una referencia genérica a las empresas, señalando que “*tratándose de información perteneciente a empresas, ésta sólo podrá darse a conocer en tanto no afecte su normal desenvolvimiento*”, sin hacer distinción alguna.¹¹

Dicha propuesta fue aprobada por ambas Cámaras y le dio la siguiente redacción al artículo 11 bis en la parte que nos interesa:

¹⁰ Idem. pp. 15 y ss.

¹¹ Idem. p 18.

Artículo 11 bis. Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes. (énfasis añadido)

Este fue el texto que se remitió al Gobierno y que da lugar a su texto definitivo, pues el veto del Ejecutivo no comprendió modificación alguna a dicha propuesta. Ahora bien, cabe mencionar que tampoco fue objeto de observaciones por parte del Tribunal Constitucional, quien se pronunció sobre el proyecto de ley en cuestión en la Sentencia Rol N° 299 de noviembre de 1999. A su vez, en virtud del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, de 17 de noviembre de 2001, el artículo 11 bis pasó a ser el actual artículo 13. Por su parte, la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 derogó los incisos 4° y siguientes de esta norma y su artículo 14 (anterior artículo 11 ter).

4.2. El artículo 13 de la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado y su alcance respecto empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.

a) Ámbito de aplicación de la norma.

El derogado inciso 4° LBGAE hacia aplicable el principio de publicidad que rige a los órganos de la Administración del Estado a dos categorías de entidades privadas:

- a) Las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.
- b) Las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la Ley N° 18.046, sobre sociedades anónimas, es decir, a las sociedades anónimas en que el Estado o sus organismos puede nombrar a uno o más directores; aquellas en que tienen mayoría en el directorio y las empresas del Estado sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas.

Pareciera que estuviéramos frente a una disposición de carácter excepcional, en la medida que extendería la aplicación de un principio-deber a entidades que están fuera de la Administración del Estado, ya sean de naturaleza privada o que constituyan sociedades o empresas del Estado. Por su parte, esta era al parecer la intención de los legisladores considerando el interés público que está detrás de estas empresas y, especialmente, porque prestan un servicio que trasciende al simple interés particular o lo hacen con una importante participación del Estado o sus organismos. Sin embargo, de un análisis detenido de la norma se puede llegar a una conclusión radicalmente diversa, como lo veremos luego (Infra b) iii).

Sin perjuicio de lo anterior, dado el objetivo de este informe centraremos nuestro estudio en las primeras, esto es, las empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública.

b) El concepto jurídico de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (EPSUP).

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de EPSUP. Sin embargo, esto no significa que dicha categoría no sea utilizada por el legislador, como

ocurre en material laboral (1). Por tal razón analizaremos dicho concepto para luego establecer que debería entenderse por EPSUP en nuestro ordenamiento jurídico (2).

i) El caso de la legislación laboral.

El concepto de empresas privadas que prestan servicios de utilidad pública (en adelante EPSUP) aparece en nuestro ordenamiento jurídico a partir de nuestra Carta Fundamental. En efecto, la Constitución al regular la libertad de trabajo y el derecho a huelga establece que:

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o *empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública* o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional” (artículo 19 N° 16 inciso final).¹²

Por su parte, esta norma es complementada por el artículo 384 del Código del Trabajo, la que también dispone que no podrán declararse en huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública. Sin embargo, el legislador tampoco nos entrega un concepto de EPSUP disponiendo que dicha calificación quedará entregada a la autoridad administrativa (Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción).¹³ Así las

¹² Un concepto similar aparece en el artículo 32 N° 20 respecto de los “servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país”, lo cual permite realizar gastos que excedan el límite legal a través de una Decreto de emergencia constitucional. No se debe olvidar que este fue el mecanismo utilizado en los años 2008-2009 para financiar el sistema de transporte público de Santiago, conocido como Transantiago, lo cual permitiría asimilarlo a las entidades privadas que prestan un servicio de utilidad pública.

¹³ El artículo 384 dispone lo siguiente: “No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

a) Atiendan servicios de utilidad pública, o

b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción.”

cosas, la determinación de las EPSUP resulta de la interpretación administrativa, tanto de los Ministerios como por parte de la Contraloría General de la República.

Estas resoluciones han considerado EPSUP las empresas de gas, las empresas sanitarias, las empresas de servicios eléctricos (transmisión y distribución), empresas portuarias, el Banco Central y diversas cooperativas y asociaciones.

Sobre la materia la Contraloría General de la República se ha pronunciado en diversos dictámenes, los cuales han tenido por objeto incluir determinadas empresas dentro de este listado. Así ocurrió con el caso de las Empresas Sanitarias, lo cual dio lugar a los Dictámenes Nos. 37.849, de 2007 y 53.479, de 2008. En este caso se tuvo en consideración que este *servicio satisfacía necesidades colectivas y básicas de la población*, además de haberse reconocido tal carácter por la legislación y la propia jurisprudencia administrativa. Por su parte, la Contraloría señala que “[...] es útil tener presente que los servicios de utilidad pública fueron, inicialmente, asumidos en forma directa por el Estado -por constituir siempre su prestación una relevante necesidad colectiva- y que luego, por razones vinculadas a su gestión técnica y económica, este cometido se encarga a los particulares, mediante un régimen legal de concesiones, y se desarrolla en el marco de una preceptiva tendiente a asegurar la *continuidad de estas prestaciones* y bajo la *fiscalización de organismos estatales*.” (énfasis añadido)

En el caso de las Empresas de Servicios Eléctricos de transmisión y distribución la Contraloría ha mantenido la misma línea en su Dictamen N° 11.512, de 2009, señalando al efecto que “[...] la actividad eléctrica que específicamente realizan las empresas de cuya omisión en el referido listado se reclama, es un giro que atañe a la entrega de las *prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población*, la cual es regulada por la legislación y controlada por el Estado por constituir una relevante *necesidad colectiva* y que, por razones vinculadas a su gestión técnica y económica, este cometido ha sido encargado a los particulares, mediante un régimen legal de concesiones, y atendido ese carácter, ella se desarrolla en el marco de una preceptiva tendiente a asegurar la *continuidad y permanencia de estas prestaciones* y bajo la *fiscalización de organismos estatales*”. (énfasis añadido)

Es interesante revisar estos dictámenes de Contraloría, pues es posible extraer un conjunto de elementos que nos permiten configurar el concepto de EPSUP. Así,

bien podríamos sostener que para la Contraloría los elementos que permiten identificar una EPSUP serían los siguientes:

- a) La satisfacción de necesidades colectivas;
- b) El hecho que se trate de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población;
- c) La necesaria continuidad y permanencia de estas prestaciones;
- d) El otorgamiento de una concesión administrativa para prestar el servicio; y
- e) La fiscalización de organismos estatales.

Si bien el concepto de servicio de utilidad pública puede resultar de mucha utilidad, plantea un problema que no es menor, pues su interpretación está fuertemente condicionada con la realidad que regula el Derecho del Trabajo, especialmente con un derecho considerado fundamental, como es el derecho de huelga. Así las cosas, se han formulado variadas críticas a este concepto, en la medida que constituiría una importante restricción normativa al derecho de huelga dado sus términos ambiguos y exageradamente amplios.¹⁴ Es por tal razón que el Gobierno a partir del año 2005 comenzó a disminuir el listado de empresas consideradas EPSUP, sobre todo ante las solicitudes directas de la OIT. Sin embargo, ha sido la Contraloría la que ha ordenado la inclusión de empresas que tradicionalmente han tenido esta calidad, como ocurre con las empresas sanitarias y las eléctricas.

Así las cosas, si bien este concepto que rige en el ámbito laboral puede resultar interesante en un contexto de análisis general del concepto de actividades de interés público, en lo relativo específicamente al objeto del presente informe, no nos permitirá llegar a concepto bien definido de EPSUP, dados los condicionamientos y contingencias al cual se encuentra sujeto.

¹⁴ Véase *La Huelga como derecho fundamental* en Universidad Diego Portales, *Informe Anual sobre Derecho Humanos*, 2008, p. 151. El concepto utilizado por la OIT sobre la materia es distinto. Al efecto, entiende que dada naturaleza de derecho fundamental que tiene la huelga, ésta sólo puede ser restringida en el caso de los “servicios esenciales en sentido estricto del término”, esto es, “aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o toda la población”. Véase GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; HORACIO, Guido. *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Zurich: Organización Internacional del Trabajo, 2000, pp. 22-23.

ii) Esbozo de un concepto jurídico de EPSUP.

Ante la ausencia de un concepto legal de EPSUP se hace necesario intentar la formulación de una definición a partir de los elementos que se pueden extraer de nuestro ordenamiento jurídico. Para tal efecto, el concepto laboral nos puede servir como hito de referencia, pues si bien está sujeto a las contingencias que le depara la realidad que regula, constituye un mínimo a partir del cual se pueden ir incorporando otros elementos adicionales. Cabe tener presente que la reducción de dicho concepto se debe fundamentalmente a la relación dialéctica que se ha dado en relación con el derecho a huelga, lo cual ha dado lugar a una categoría no muy bien definida.

Si tomamos los criterios sentados la Contraloría General de la República (satisfacción de necesidades colectivas, prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población, concesión administrativa, necesaria continuidad y permanencia de estas prestaciones y fiscalización de organismos estatales), se puede apreciar claramente que el mencionado concepto laboral no abarca otros servicios que responden a los mismos criterios ya señalados. Así ocurre con los servicios de telecomunicaciones y aquellos que derivan de concesiones de servicio público o respecto de bienes públicos.

Así por ejemplo, no cabe duda alguna que en el caso del sector de las telecomunicaciones se trata de una de las áreas más dinámicas en la económica actual, más aún si se tiene presente que hasta una época reciente sólo se vinculaba con el servicio de telefonía fija, considerada un monopolio natural por antonomasia. A partir de 1982 con la Ley N° 18.168 se produce una clara apertura y liberalización del sistema, estableciendo un sistema objetivo de concesiones e imponiendo una serie de obligaciones para garantizar la prestación del servicios (interconexión, no discriminación, etc.). Ahora bien, el carácter de EPSUP se aprecia especialmente en el servicio de telefonía básica, el cual combina los elementos de libre competencia y fijación de precios a la hora de establecer las tarifas. Esto depende de la existencia de un mercado que permita la libre competencia. En caso contrario (monopolio o posición dominante) es la autoridad administrativa (Ministerio de Economía) quien fija la tarifa previa calificación hecha por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. No obstante los caracteres esbozados que son propios de una actividad regida por el

mercado, la entrada en la actividad exige de una concesión administrativa, y se somete a una intensa fiscalización por parte de la autoridad sectorial (Subsecretaría de Telecomunicaciones) y a una serie de obligaciones propias de un servicio público (interconexión, no discriminación, continuidad en el servicio, etc.). Así las cosas, las empresas que prestan servicios de telefonía básica constituyen claramente una EPSUP.

Por otra parte, hay servicios de utilidad pública que se prestan por empresas privadas, previo el otorgamiento de una concesión administrativa. Normalmente se trata de casos que la doctrina denomina de administración delegada, esto es, se trata actividades propias del servicio u órgano público, pero que se desarrollan a través de terceros. En el caso de la concesión de servicio público podemos encontrar al concesionario municipal que presta el servicio de retiro de los residuos domiciliarios. A su vez, en el caso de la concesión sobre bienes nacionales destacan la concesión de carreteras, aeropuertos o estacionamientos subterráneos. Si bien en este último caso se puede sostener el carácter real de la concesión, lo cierto que la explotación del bien se realiza bajo la forma de un servicio que se presta contra el pago de una tarifa, la que se cobra al usuario (peaje, tasa de embarque, tarifa, etc.) y que trasciende de un interés meramente particular, ya sea del concesionario o de los usuarios individuales.

Para comprender mejor a esta categoría podemos recurrir a las distinciones que realiza el Derecho comunitario europeo. Se debe partir de la base que éste no se sigue el concepto clásico de servicio público y se opta por el concepto de “servicios de interés general”. Así, los servicios pueden ser de interés general o no económico (seguridad interior y exterior, justicia, asuntos externos, educación, seguridad y servicios sociales) y servicios económicos o de contenido económico. Estos últimos pueden ser servicios económicos ordinarios, que se satisfacen a través del mercado incluyendo necesidades básicas o esenciales (comida, vestido, alojamiento), o pueden ser servicios económicos de interés general, los cuales se deben prestar a pesar que el mercado no disponga de los incentivos suficientes que permitan una prestación segura, de calidad y de precio asequible. En este caso se pueden imponer determinadas obligaciones con base en el interés general que la actividad (normalmente conocida como obligaciones de servicio público), de menor o mayor intensidad dependiendo de las condiciones del mercado.

Es en esta última categoría, esto es, de los servicios económicos de interés general, en donde aparecen las técnicas de intervención debido a que se trata de

necesidades colectivas y básicas que no se satisfacen con la sola acción del mercado en términos de calidad, seguridad, continuidad y precios asequibles. Así, se establecen un conjunto de mecanismos de intervención de intensidad variable (concesión administrativa previa, obligaciones de servicio público, fiscalización y control, fijación de tarifas, etc.) que hacen que la actividad que desarrolla la empresa privada se entienda que es de utilidad pública. Estos elementos coinciden con aquellos que ha utilizado la Contraloría General de la República en su jurisprudencia administrativa, lo que permite abarcar a servicios generalmente aceptados bajo esta categoría, tales como: transmisión y distribución eléctrica; agua potable y alcantarillado; telefonía básica; conservación y mantenimiento de carreteras o aeropuertos; retiro de residuos domiciliarios, etc.

iii) ¿Estableció la Ley N° 19.653 un régimen especial respecto de las EPSUP?

Tal como se ha tenido ocasión de explicar, el inciso 4° del artículo 13 LBAE (11 bis) fue producto de una moción del Senador Otero que incluyó a las EPSUP como eventual sujeto pasivo del deber de transparencia y publicidad.

Ahora bien, de la redacción de la norma así como de los antecedentes de la misma que constan en la discusión parlamentaria es posible sostener que el régimen de las EPSUP no difiere del régimen general que se aplica respecto de los terceros particulares que se pueden ver afectados por la entrega de la información que está en poder de la Administración, el cual puede ser incluso más estricto. Veamos cuáles son los argumentos que abonan esta opinión.

Si analizamos la disposición en la parte que nos interesa, la redacción sería la siguiente:

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública [...] proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes.

De la lectura de esta norma se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- a) La disposición no colocaba como sujetos pasivos del deber de transparencia a las EPSUP, sino que a las entidades públicas encargadas de su fiscalización, como son, por ejemplo, las superintendencias.
- b) En segundo término se trata de información que no está en poder de las EPSUP, sino de informes o antecedentes que estas empresas han entregado a las entidades fiscalizadoras y que se encuentran, por tanto, en poder de estas últimas.
- c) La entrega de esta información está sujeta a una serie de limitaciones:
 - Que dichos informes o antecedentes sean de interés público;
 - Que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa; y
 - Que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma.

Así las cosas, en el caso de los informes o antecedentes de las EPSUP la denegación en su entrega podría fundarse no sólo en las causales alegadas por terceros particulares, sino en que dicha información no sería de interés público o que se pudiese afectar el debido funcionamiento de la empresa. No cabe duda que la más importante era la posibilidad que se le daba a las EPSUP para oponerse a la entrega de la información, en la medida que la denegación se funda única y exclusivamente en la oposición que ésta realice, la cual queda entregada a su discreción.

De esta forma bien podría sostenerse que el régimen de acceso a la información de las EPSUP era bastante más limitado en su redacción respecto del alcance que en su momento se le quiso dar. A su vez, la regulación tan estricta que se hizo de la materia puso a las EPSUP en una situación de excepción respecto del régimen que se aplicaba a los particulares como terceros afectados. Por las razones expuestas, es posible comprender que la derogación de esta norma, en términos reales, no significará un retroceso en materia de acceso a la información.

4.3. Los antecedentes de la Ley N° 20.285 y la derogación del inciso 4° artículo 13 de la Ley N° 18.575.

La Ley N° 20.285 tiene su origen en una moción presentada por los Senadores Gazmuri y Larraín de fecha 4 de enero de 2005. El objetivo de esta iniciativa era modificar la legislación vigente, ya que –según sus autores– en la práctica los principios de transparencia y de acceso a la información pública se encontraban seriamente limitados, sobre todo por que los casos de secreto o reserva se podían establecer no sólo por la vía legal, sino también reglamentaria. Es por tal razón que este proyecto se ocupa fundamentalmente de modificar e introducir nuevas disposiciones a la LBGAE en su artículo 13 y siguientes. Por tanto, no alteró la situación de las EPSUP, ya que el inciso 4° del artículo 13 no fue objeto de modificación alguna.

Durante su discusión en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, el Presidente de la República presentó una indicación sustitutiva de todo el proyecto original, con la cual se establecía una nueva institucionalidad en materia de publicidad y acceso a la información de los órganos del Estado. Esta propuesta constituye la base de la actual Ley N° 20.285, pero no contiene referencia alguna a las EPSUP, a pesar que deroga expresamente el citado inciso 4° del artículo 13 LBGAE.

Sobre la materia las únicas menciones a este respecto fueron hechas por los representantes de la Fundación Pro Acceso, quienes señalaron que “[...] echaban de menos la publicidad de las informaciones provenientes de las empresas del Estado y de aquéllas que prestan servicios de utilidad pública, puesto que ello había demostrado ser útil para el control social de los servicios públicos regulados (caso Moral con GasAndes). Abogaron, en consecuencia, por mantener esta publicidad en los términos que lo hace el actual artículo 13 de la Ley de Bases”¹⁵. Sin embargo, no hay constancia que esta propuesta haya sido objeto de discusión y menos aún de alguna indicación al proyecto en trámite.

¹⁵ Véase p. 18 del Informe Comisión, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de fecha 8 de mayo de 2007.

La misma organización insistirá posteriormente ante la Comisión Mixta, proponiendo un ámbito de aplicación más amplio de la ley en los siguientes términos: “Finalmente, la Fundación Pro Acceso, en un documento de análisis de las materias que aborda esta iniciativa, sugirió reemplazar las expresiones “órganos de la Administración del Estado” por un texto más amplio que incluya a todos los restantes órganos públicos: Poderes Legislativo y Judicial y las empresas públicas y *privadas que cumplan funciones públicas*.” La Comisión no acogió la propuesta y aprobó el actual artículo 2º de la Ley de acceso a la información pública.¹⁶

Estos son los únicos antecedentes escritos que existen sobre la materia. No obstante lo cual, se ha sostenido posteriormente que la derogación del inciso 4º del artículo 13 LBGAE no significa que los “informes y antecedentes” que las EPSUP entreguen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización pasen a ser secretos, pues en caso de “[...] ser solicitados a la entidad fiscalizadora se aplicarán las normas generales relativas a la información que pueda afectar los derechos de terceros (art. 20).”¹⁷

Esta parece ser la razón que le da sentido a la no regulación de esta materia, en la medida que evita los eventuales problemas de interpretación que pudiera dar lugar al derogado inciso 4º del artículo 13 LBGAE y garantiza el acceso a esta información dentro del régimen general establecido por la ley.¹⁸

¹⁶ Véase p. 6 del Informe de la Comisión Mixta de fecha 14 de enero de 2008.

¹⁷ Véase RAJEVIC M. Enrique. *Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la Ley N° 20.285* (20.08.2008), en *De Cive: Democracia, Estado y Derecho Público* www.proacceso.cl/columna/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia-de-acceso-a-la-informacion (consultado el 20.12.2009).

¹⁸ Además, la jurisprudencia siguió esta interpretación, como ocurrió en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 15 de octubre de 2003 (Rol N° 585-2003) recaída en la causa “Moral Puig Claudia con Superintendencia de Electricidad y Combustibles”.

5. EL RÉGIMEN ACTUAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN RESPECTO DE LAS EMPRESAS PRIVADAS QUE PRESTEN SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA.

5.1. Antecedentes generales.

La entrada en vigencia de la Ley N° 20.285 el 20 de abril de 2009 ha significado un hito importante en la evolución que ha experimentado nuestro derecho en materia de acceso a la información desde que se dictaron las primeras normas en el año 1999 a través de la Ley N° 19.653.

Se trata de un cuerpo normativo que a viene regular el principio de publicidad de los actos de los órganos del Estado que consagra el artículo 8° de la Constitución, así como el derecho de acceso a la información pública que tiene toda persona, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por su parte ha significado la derogación expresa de las anteriores normas que regían sobre la materia, entre las cuales se encuentra el inciso 4° del artículo 13 LBPA, y se apega a los términos de la norma constitucional al reconocer el carácter excepcional que tienen las causales de reserva o secreto, las cuales sólo pueden ser establecidas por una ley de quórum calificado.

Respecto del tema debemos analizar el ámbito de aplicación de esta ley (5.2); el posible control que se puede realizar respecto de las EPSUP (5.3) y los criterios que ha aplicado el Consejo para la Transparencia respecto de la relación que se produce entre los derechos de las personas y la publicidad de la información (6.4)

5.2. Ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285.

La Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública (en adelante LAIP) es un cuerpo normativo que regula la aplicación del principio de publicidad respecto de todos los órganos del Estado, tal como da cuenta su articulado. Así, su artículo primero se refiere a los órganos de la Administración del Estado, el cual debe ser complementado con su artículo quinto, séptimo y décimo respecto de la Contraloría General de la República,

el Banco Central y las Empresas públicas, respectivamente. Por su parte, el artículo sexto se refiere al Congreso Nacional; el artículo octavo al Poder Judicial y el artículo noveno al Tribunal Constitucional, Ministerio Público y la Justicia Electoral.

Ahora bien, el artículo primero contiene a su vez una suerte de “Sub-Ley” en la medida que aprueba la “Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado” (en adelante LTFP). En buenas cuentas, se trata de una ley cuyo ámbito de aplicación alcanza sólo a los órganos de la Administración del Estado, tal como lo corrobora su artículo 2º, el cual abarca a los mismos órganos contenidos en artículo 1º inciso 2º LBGAE, con la regulación especial de la Contraloría, el Banco Central y las empresas públicas (incisos 2º y 3º del artículo 2º LTFP).

Sin embargo, el Consejo para la Transparencia ha hecho una interpretación más amplia del concepto de Administración del Estado, pues ha entendido que bajo la expresión “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” se deben entender incluidos los entes de Derecho privado unidos con los órganos de la Administración del Estado mediante una relación de instrumentalidad “pues constituyen, de igual forma, una manifestación de la técnica organizativa de carácter público. Vale decir, el concepto genérico de función pública es independiente del sometimiento a un régimen jurídico público o privado de conformación y funcionamiento del órgano respectivo”.¹⁹

Si bien este es un punto que puede ser discutible, lo cierto es que la Contraloría General de la República también le ha reconocido un carácter público a estas entidades privadas en razón de la función que cumplen, tal como ha ocurrido con las Corporaciones Municipales, pues al respecto ha señalado que “[...] no obstante su naturaleza jurídica, al operar los servicios traspasados, dichas corporaciones constituyen el medio a través del cual los municipios cumplen con algunas de sus funciones, desarrollando al efecto una función pública mediante la cual satisfacen determinadas necesidades de la comunidad local”²⁰. En razón de lo anterior, el Ente contralor ha entendido que dichas Corporaciones pueden considerarse como un

¹⁹ Véase Decisión Amparo N° A211-09 de 31 de julio de 2009, especialmente los considerandos 4º a 17º.

²⁰ Véase Dictamen N° 58.727, de 23 de octubre de 2009.

organismo técnico del Estado facultado para desarrollar obras de infraestructura municipal.

No obstante lo anterior, se ha de tener presente que el propio Consejo ha establecido algunos elementos que deben concurrir a fin de que sea aplicable este concepto extensivo de Administración del Estado:

- a) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación);
- b) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y
- c) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).²¹

Expuesto a lo anterior, cabe preguntarse si este concepto amplio puede comprender a las EPSUP. En nuestra opinión esto no sería posible, pues en el caso de las EPSUP no están presente los elementos que la jurisprudencia administrativa y los pronunciamientos del Consejo han entendido que deben concurrir para su inclusión. En efecto, las EPSUP son entidades privadas respecto de las cuales no existe participación de los órganos del Estado, ya que ellas son formadas en virtud del acuerdo de sus socios, es decir, regidas por el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual. Tampoco cuentan con una integración o conformación pública de sus órganos de decisión, administración y control y de hecho la Administración del Estado está obligada a deshacerse de su participación en ellas transcurrido un año, si carece de la autorización por ley de quórum calificado. En consecuencia, sólo la actividad o función, esto es el servicio que prestan, será el que les da un carácter o connotación pública.

Si embargo, lo anterior no es impedimento para sostener un control indirecto por la vía de las entidades fiscalizadoras a la cual se encuentran sometidas, como lo vamos a desarrollar a continuación.

²¹ Idem Considerando 7°.

5.3. Control indirecto a través de las entidades fiscalizadoras.

La existencia de servicios de utilidad pública por parte de empresas privadas deriva de las dificultades de poder satisfacer determinadas necesidades públicas y colectivas a través del mercado bajo determinados estándares de calidad, continuidad, universalidad y precios razonables.

Es en razón de lo anterior que existen diversas técnicas de intervención y control de cargo de la Administración a fin de controlar el ingreso a la actividad, una regulación más intensa, mecanismos de fiscalización y control, fijación de tarifas, etc. Ahora bien, en razón de aquello es que estas empresas se encuentran sujetas a diversas entidades públicas de fiscalización, como ocurre con la Superintendencias de Electricidad y Combustibles, la Superintendencia de Servicios Sanitarios o la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Por su parte, en el caso que dicha actividad derive de una concesión otorgada por un órgano público, es habitual que dicha entidad ejerza las potestades de dirección y control en base al contrato administrativo que sirva de fundamento a dicha relación (Ministerio de Obras Públicas, Municipalidades, etc.).

Dada esta estrecha relación, es natural que se produzcan flujos de información entre estos órganos públicos y las EPSUP, las cuales quedan en poder de la Administración y, por tanto, sometidos al régimen de publicidad prevista por la LTFP. Así lo confirma el artículo 5º de dicha ley al disponer que es pública toda 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 que la propia ley establece en su artículo 21.

Siendo así, y a falta de regulación especial, las EPSUP se encuentran sujetas al régimen general de la LTFP, de manera que para este efecto tendrán la calidad de terceros que pueden ser eventualmente afectados por la entrega de dicha información. Esta conclusión se ratifica si se tienen en cuenta los mencionados antecedentes de la Ley N° 20.285 y la derogación del inciso 4º del artículo 13 LBGAE, que a nuestro entender establecía un régimen de mucho mayor resguardo de esta información en favor de las EPSUP.

De esta forma, la entrega de informes y antecedentes que las EPSUP proporcionen a las entidades que fiscalizan han de estar sujetas al régimen previsto en los artículos 20 y 21 LTFP, en cuanto pueden afectar los derechos de dichas empresas en su calidad de terceros.

5.4. Relación entre los derechos de las EPSUP y la publicidad de la información, a propósito de test de daño o el principio de proporcionalidad.

Las EPSUP tienen un doble carácter, en la medida que su organización y estructura se somete a los moldes del Derecho privado, mientras que la actividad o servicio que prestan se encuentra sometida claramente a normas de Derecho público en consideración al interés público al cual dan soporte.

En tal sentido, no deja de ser complejo que la información relativa a las actividades y servicios que prestan estas empresas pueda quedar sometido al ámbito de protección que se da a los derechos de carácter económico o comercial (artículo 21 N° 2 LTFP).

Sobre esta materia no vemos inconveniente en aplicar el criterio del test de daño seguido por el Consejo y que ha sido tomada de la doctrina comparada. Al efecto, el Consejo ha señalado que en esta materia se debe “[...] realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. Además, el Consejo ha entendido que siendo el acceso a la información un derecho de rango constitucional, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reserva o secreto en la entrega de la información constituye un límite o restricción que se debe aplicar respetando el principio de proporcionalidad. Al efecto esto exige analizar: a) si la medida es eficaz; b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto), y c) si la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En todo caso, establecido el criterio se ha de tener presente que el eventual conflicto entre publicidad y protección de derechos adquiere una especial connotación

tratándose de las EPSUP, pues las decisiones que adopten y la forma de operar necesariamente va a afectar a un colectivo más amplio que el del solo titular que ejerce su derecho. A su vez, también va a significar una afección más profunda, en la medida que llegará a las necesidades básicas y elementales de la población.

6. CONCLUSIONES.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de este Informe, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- A) Que la disociación entre la concepción orgánica de servicio público y su concepción funcional producto de los procesos de liberalización y desregulación ha llevado a que con mayor fuerza entidades de carácter privado hayan asumido la prestación de servicios de utilidad pública desvinculada orgánicamente de la Administración del Estado.
- B) Que estas empresas se forman y constituyen bajo un régimen de Derecho privado, pero en su actividad deben someterse a una intensa intervención administrativa reguladas por normas de Derecho público, en cuya virtud se establecen obligaciones propias de un servicio público (calidad del servicio, continuidad, universalidad, precios razonables, etc.) además de regular el ingreso bajo la forma de concesiones o permisos administrativos.
- C) La Ley N° 19.653 al establecer las primeras normas sobre publicidad de los actos de la Administración del Estado se hizo cargo de regular la publicidad de los informes y antecedentes que las EPSUP entregaban los órganos de la Administración que ejercían competencias fiscalizadoras sobre las mismas. Sin embargo, la entrega de dicha información se establecía en términos mucho más estrictos y favorables para estas empresas, comparado con la posición que tenían los terceros eventualmente afectados con la entrega de la información.
- D) Ni el constituyente ni el legislador nos entrega un concepto general de EPSUP. Al efecto, la legislación laboral remite su calificación a la autoridad administrativa para efectos de establecer la prohibición del ejercicio del derecho a huelga, lo que ha dado lugar a un concepto más estricto y que no permite su aplicación analógica.
- E) La Contraloría General de la República, por su parte, ha señalado que las EPSUP se caracterizan por los siguientes elementos:

- La satisfacción de necesidades colectivas;
- El hecho que se trate de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población;
- La necesaria continuidad y permanencia de estas prestaciones;
- El otorgamiento de una concesión administrativa para prestar el servicio; y
- La fiscalización de organismos estatales.

F) A pesar de la regulación especial contenida en el inciso 4º del artículo 13 LBGAE, el sistema de publicidad al cual se encontraban sometidas las EPSUP no era diverso del régimen general, salvo en algunos puntos. Esto explica que dicha norma haya sido derogada y no se mantenga en la actual Ley N° 20.285 de Acceso a la Información Pública.

G) A pesar que el Consejo ha hecho una interpretación amplia del concepto de “órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” abarcando entidades privadas de participación pública y que desarrollan funciones públicas, esto no permite comprender dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285 a las EPSUP, ya que ellas sólo en cuanto a su función se asimilan a entidades privadas que forma y controla el Estado.

H) No obstante lo anterior, es posible un sistema de control indirecto a través de la información y antecedentes que estas empresas proporcionan a las entidades fiscalizadoras. En tal sentido, es posible la entrega de dicha información siguiendo el procedimiento general y en la medida que no se afecten los derechos de estas empresas, lo cual debe ser ponderado en razón del beneficio que conlleva su publicidad y el daño que puede significar para el funcionamiento y los derechos de dichas empresas (test de daño o proporcionalidad).

Es todo cuanto podemos informar al tenor de lo solicitado.

Jorge Bermúdez Soto

Eduardo Cordero Q.