



Transparencia Pasiva

RESOLUCION EXENTA SS/N° 24

Santiago, 11 ENE 2019

VISTO:

La solicitud formulada por don Germán Zúñiga Castro, mediante presentación de fecha 14 de diciembre de 2018; lo dispuesto en los artículos 5, 21 N°1 letra b) y demás pertinentes de la Ley N° 20.285; lo señalado en la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República; lo indicado en el Decreto Afecto N° 64, de 1 de octubre de 2018, del Ministerio de Salud y las facultades que me confiere el artículo 109 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, y

CONSIDERANDO:

1.- Que, con fecha 14 de diciembre de 2018, don Germán Zúñiga Castro, efectuó un requerimiento de información, a través de la solicitud N°A0006T0002184, cuyo tenor literal es el siguiente: "*Solicito copias de los recursos interpuestos por las Isapre Colmena, Consalud y Banmédica en contra de la Resolución Exenta N° 491 de nov de 2018, o aquella resolución que rechaza los recursos de reposición presentados en contra de la Circular IF/ N° 136 de octubre de 2018*". (sic)

Para el caso particular se entenderá que la petición está referida a los recursos interpuestos en contra de la Circular IF N° 316, dictada con fecha 18 de octubre de 2018, que imparte instrucciones que prohíben crear nuevas tablas de factores.

2.- Que, conforme lo prescrito en el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285, son públicos los actos y resoluciones de los Órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos usados para su dictación. Además, el inciso segundo del mismo artículo agrega que es pública la información elaborada con presupuesto público y toda la información que obre en poder de la Administración.

3.- Que el artículo 11 letra c) de la Ley N° 20.285 preceptúa el principio de "*apertura o transparencia*", conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la

Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

A su turno, el literal d) de la misma norma establece el principio de "*máxima divulgación*", en virtud del cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

4.- Que, sobre la solicitud de información formulada por don Germán Zúñiga Castro, resulta necesario analizar detalladamente si respecto de los recursos cuya entrega se solicita, se configura alguna de las causales de secreto o reserva que al afecto prescribe el artículo 21 de la Ley N°20.285, Sobre Acceso a la Información Pública.

5.- Que, para este caso, corresponde distinguir entre aquellos recursos de reposición que han sido resueltos, o bien, se trata de un antecedente pendiente de resolución, tendiente precisamente a generar un pronunciamiento a su respecto.

6.- Que, ahora bien, los recursos de reposición cuya entrega se requiere no se encuentran afinados, ya que respecto de éstos no existe aún una resolución final que resuelva la apelación subsidiaria planteada por las recurrentes. En consecuencia, se configura al efecto la causal de secreto o reserva que contempla el artículo 21 N°1, letra b) de la Ley N°20.285, esto es: "*1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:*

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas."

Dicha disposición debe relacionarse con lo preceptuado por el artículo 7 N°1, del Decreto Supremo N°13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, según el cual se entiende por "antecedentes" todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por "deliberaciones" las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.

7.- Que, sobre el particular, cabe referir que la jurisprudencia emanada del Consejo para la Transparencia, ha sostenido reiteradamente que, para los efectos de configurar la causal esgrimida, se requiere la concurrencia de dos requisitos copulativos, estos son: a) *que la información requerida sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política y, b) que la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano.*

8.- Que, en relación al cumplimiento del primer requisito establecido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, cabe indicar que los recursos solicitados efectivamente corresponden a antecedentes directos previos a una decisión de esta Superintendencia, con la que se resuelva la apelación subsidiaria planteada al formular los recursos de reposición del caso.

9.- Que, en relación al cumplimiento del segundo requisito establecido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, cabe manifestar que la divulgación de estos antecedentes afecta claramente el denominado "*privilegio deliberativo*" que ha consagrado el legislador en el literal b) del artículo 21 de la Ley de Transparencia, toda vez que la divulgación de lo resuelto en relación a los recursos de reposición planteados, supondría afectar el normal desarrollo de las funciones de la Superintendencia de Salud, por cuanto su conocimiento ciertamente podría restarle margen de discrecionalidad a la toma de una decisión sobre el particular, atendido encontrarse pendiente resolver las apelaciones deducidas en subsidio.

10.- Que, el privilegio deliberativo consiste en: "*la prerrogativa de las autoridades públicas de contar con un espacio reservado del acceso de terceros para discutir, debatir y formarse una opinión sobre una determinada materia de interés público. Además, este ámbito de privado de discusión permite que el proceso de toma de decisiones se enmarque dentro de un contexto de libertad de las autoridades, eliminando las eventuales presiones de los interesados.*". ("Los criterios del Consejo para la Transparencia sobre el Privilegio Deliberativo", Ana María Muñoz, Revista Transparencia & Sociedad, N°2, 2014, pp.81-94).

11.- Que, como antecedente, cabe señalar brevemente que durante la discusión parlamentaria del proyecto de la Ley de Transparencia tuvo lugar un extenso debate sobre cuáles instrumentos que estuvieran en poder de la Administración serían públicos. Así, el entonces Senador José Antonio Viera-Gallo señalaba que "*No es un acto de la Administración del Estado que el Presidente de la República llame por teléfono o que el Presidente del Senado haga sonar los timbres. No es un acto el que se convoque a una sesión, o el que se hable o delibere. El acto tiene lugar cuando un procedimiento queda afinado de tal manera que produce efectos jurídicos. Ese es el tipo de actos que deseamos que sean públicos.*

Pero cosa muy distinta es que el ciudadano tenga derecho a presenciar la toma de decisiones que lleva el acto. Porque si por esto se entiende público, creo que estamos haciendo una interpretación demasiado abusiva o extensiva de la reforma constitucional."

12.- Que, de esta manera, la entrega de la información solicitada afecta el debido cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Salud, ya que interfiere y

reduce considerablemente su espacio de deliberación en la resolución de los recursos pendientes, quedando evidentemente expuesta a recibir presiones o intervenciones de terceros ajenos a dichos procesos al adoptar su decisión.

13.- Que, el privilegio deliberativo ha sido reconocido por el Excmo. Tribunal Constitucional, por ejemplo, en las decisiones Roles N°2153, de 2012, y N°2246, de 2013, como asimismo por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, a saber, en sentencia de 28 de julio de 2015, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N° 4716-2015.

Finalmente, dicho criterio ha sido también recogido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, entre otras, en la decisión del 26 de mayo de 2017, en Amparo Rol C828-17.

14.- Que, por otra parte, considerando la realización de un test de daño, el cual de acuerdo a la definición entregada a partir de la decisión del Amparo A45-09 se define como el *"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"*, fue posible establecer que la divulgación de la información requerida redundaría en un daño mayor para la ciudadanía que su reserva, por cuanto al tratarse de antecedentes requeridos para la adopción de una resolución aún pendiente, su publicidad no hace sino aumentar el riesgo de confusión entre los ciudadanos, por cuanto permitiría a éstos formarse un juicio anticipado respecto una decisión que necesariamente requiere la ponderación de un conjunto de antecedentes y no de una parcialidad de ellos, lo que redundaría en establecer *a priori*, una determinación que posteriormente puede ser distinta a la que se adopte finalmente, lo que trastoca el potencial control social que al efecto se pudiera realizar.

15.- Que, lo anterior, no obsta al derecho del solicitante de requerir los antecedentes una vez que los recursos sean resueltos.

16.- Que, por tanto, en virtud de lo expuesto,

RESUELVO:

1.- Rechazar la entrega de copias de los recursos interpuestos por las Isapres Colmena, Consalud y Banmédica en contra de la Resolución Exenta N° 491, de noviembre de 2018, o aquella resolución que rechaza los recursos de reposición presentados en contra de la Circular IF/ N° 136 de octubre de 2018, por configurarse a su respecto la causal de secreto o reserva contemplada en el artículo 21 N°1 letra b) de la Ley N°20.285.

2.- Se hace presente que, en contra de esta resolución, el requirente puede interponer amparo a su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia en el plazo de 15 días hábiles contados desde su notificación.

3.- Incorpórese la presente resolución en el Índice de Actos Secretos establecido en el artículo 23 de la Ley N° 20.285, cuando se encuentre firme y ejecutoriada, conforme a lo dispuesto en la Instrucción General N° 3 del Consejo para la Transparencia.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y NOTIFÍQUESE



MPSM/CFO

Distribución:

- Sr. Germán Zúñiga Castro.
- Fiscalía.
- Unidad de Transparencia Pasiva.
- Oficina de Partes.