

Santiago, 14 ABR 2022

VISTO:

Lo dispuesto en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución Política de la República; el artículo 11 bis de la ley N°18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; artículos 5, 21 N°2 y demás pertinentes de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública; lo señalado en la Resolución N°7, de 2019, de la Contraloría General de la República; el nombramiento contenido en el Decreto Exento N°69, de 2021, 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;

CONSIDERANDO:

1.- Que, con fecha 24 de marzo de 2022, don Freddy Ramírez León, efectuó un requerimiento de información, a través de la solicitud N°AO006T0005500, cuyo tenor literal es el siguiente: "*Solicito copia del Informe de Auditoría al Inventario de Cotizaciones (excedentes) y Saldos Acreencias de los afiliados y afiliadas de la Ex Isapre MasVida, elaborado por Pricewaterhousecoopers Consultores Auditores SpA, Rut 81.513.400-1, y sus anexos, cuyo contrato se aprobó a través de Resolución Exenta N° 897 de 26 de noviembre de 2021, y sus condiciones de compra, a través de Resolución Exenta N° 842, de 9 de noviembre de 2021, suscrita por el Superintendente de Salud, señor Patricio Fernández Pérez. Orden de Compra N° 601-279-SE21, de fecha 29 de noviembre de 2021, Glosa Servicios de consultoría al inventario de cotizaciones (excedentes) y saldos de acreencias de los afiliados y afiliadas de la Ex Isapre Masvida.*" (sic)

2.- Que según 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 los

25

órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas, mientras que a su turno, el literal d) 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. Finalmente, el literal e) consagra el principio de divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

4.- Que, sobre la solicitud de información formulada por el Sr. Ramírez León, resulta necesario analizar si a su respecto 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, a este respecto corresponde señalar que la documentación requerida se encuentra vinculada con el proceso de liquidación de la garantía de la ex Isapre Masvida S.A., el cual aun no se encuentra finalizado debido a que sólo recientemente la Excelentísima Corte Suprema emitió pronunciamiento respecto de tres causas judiciales que impedían su continuación, configurándose entonces a su respecto 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.

6.- 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.*

7.- Que, en relación al cumplimiento del primer requisito establecido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, cabe indicar que la documentación requerida por el Sr. Ramírez León, efectivamente corresponden a antecedentes directos necesarios y previo a la toma de decisión de parte de esta Superintendencia en relación a la medida o política que adoptará respecto del cumplimiento de la sentencia de 11 de agosto de 2021 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en la Causa Rol N°425-2018, cuyo recurso de apelación interpuesto por Sociedad Oncovida fue declarado inadmisibile por sentencia de 1 de abril de 2022, en causal Rol N°75.807-2021.

8.- Que, como resulta de público conocimiento, esta Superintendencia se encontraba realizando el proceso de liquidación de garantía de la Ex Isapre Masvida S.A., sin embargo, respecto del pago del segundo orden de prelación que contempla el artículo 226 del DFL N°1, de 2005, de Salud, particularmente los excedentes, surgió discrepancia entre esta Institución e Isapre Nueva Masvida S.A., respecto de una serie de actos administrativos vinculados a los mismos, dictados por la primera, lo que derivó en la judicialización de la materia, a través de recursos de reclamación y de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

9.- Que, en causa Rol N°425-2018, el referido Tribunal Superior de Justicia, mediante sentencia de 11 de agosto de 2021, indicó: *"Por estas consideraciones y citas legales, se acoge el reclamo de ilegalidad deducido por Isapre Nueva Masvida S.A. en contra de la Superintendencia de Salud con motivo de sus instrucciones contenidas en la resolución Exenta IF/N° 362, de 21 de agosto de 2018, que respaldó el Oficio Ord. IF/ 3110, de 23 de mayo de 2018, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, los que quedan sin efecto y, por ende, igual suerte corre la orden dada a Isapre Nueva Masvida S.A. de proceder al traspaso de todos los excedentes de cotizaciones que correspondan a los contratos de salud suscritos por ex Isapre Masvida a la reclamante, debiendo la reclamada, Superintendencia de Salud, proceder a la entrega de tales dineros a sus únicos dueños, los afiliados contenidos en la cartera transferida que efectivamente los causaron, ajustándose a lo prevenido en el artículo 188 del DFL N° 1 de Salud."*

10.- Que, de esta forma, el antecedente solicitado forma parte de la serie de insumos que la Superintendencia de Salud debe analizar para los efectos de determinar la medida o política relacionada con la forma o manera de dar cumplimiento a la sentencia judicial en comento, debiendo considerar y contrastar para ello los datos que posee respecto del inventario de cotizaciones y los saldos de acreencias de los afiliados, no sólo en relación a los documentos solicitados

sino además la información que obra en su poder (bases de datos) como la aportada por otras instancias.

11.- Que, en relación al cumplimiento del segundo requisito establecido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, cabe manifestar que la divulgación de este antecedente afecta claramente el denominado "privilegio deliberativo" que en tal sentido ha consagrado el legislador en el literal b) del artículo 21 de la Ley de Transparencia, toda vez que la divulgación de la referida documentación, supondría afectar el normal desarrollo de las funciones de la Superintendencia de Salud, por cuanto efectivamente debe verificar toda la información que posee respecto del inventario de cotizaciones y saldos de acreencias. De esta manera, la publicidad de esta información podría trastocar la realidad de la ciudadanía interesada en esta materia, dado que podría llevarla a estimar o dar por cierto los resultados del informe de auditoría, cuando, en estricto rigor, corresponde a esta Superintendencia analizarlos y confrontarlos con el resto de antecedentes que posee al efecto.

12.- 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).

13.- 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.*".

14.- Que, de esta manera, la entrega de la información solicitada afecta del debido cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Salud, ya que interfiere y reduce considerablemente el espacio de deliberación que tiene esta Institución en relación a la materia que comprende, actividad deliberativa que esta Superintendencia se encuentra desarrollando, quedando, de esta manera, evidentemente expuesta a recibir intervenciones de terceros que han entendido que los resultados de la auditoria son definitivos, sin contar que la Superintendencia se encuentra en período de análisis de los mismos y de comparación con otros antecedentes que posee, para, consecuentemente, determinar la política o medida de la forma cómo y a quiénes deberá proceder a la entrega de los excedentes ordenada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

15.- 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.

Dicho criterio ha sido también recogido por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, en la decisión de 2 de agosto de 2018 respecto del Amparo Rol C1446-18, y en la decisión del 26 de mayo de 2017 del Amparo Rol C828-17.

16.- Que, por otra parte, considerando la realización de un test de daño, el cual de acuerdo a la definición ya 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 redundaría en un daño mayor para la ciudadanía que su reserva, por cuanto al tratarse de antecedentes requeridos para la adopción de una medida o política de cumplimiento de sentencia judicial vinculada a la entrega de excedentes de una isapre cuya garantía se encuentra en proceso de liquidación, su publicidad no hace sino aumentar el riesgo de confusión entre los ciudadanos, por cuanto permitiría a éstos formarse un juicio errado respecto de montos y acreencias que se encuentran en revisión para adoptar una decisión que necesariamente requiere la ponderación de un conjunto de antecedentes, lo que podría redundar en establecer *a priori*, una determinación que posteriormente puede ser distinta a la que adopte finalmente esta Institución, lo que trastoca el potencial control social que al efecto se pudiera realizar.

17.- Que, conforme a las consideraciones precedentemente expuestas

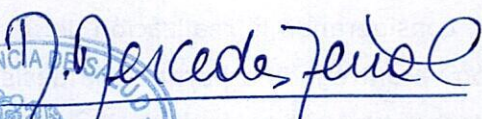

RESUELVO:

1.- Rechazar la entrega del informe de auditoría elaborado por Price Waterhouse Coopers Consultores Auditores SpA. y sus anexos, 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



MARÍA MERCEDES JERIA CÁCERES
SUPERINTENDENTA DE SALUD (S)

RCR (tt)

Distribución:

- Sr. Freddy Ramírez León.
- Unidad de Transparencia y Lobby.
- Fiscalía.
- Oficina de Partes.
- JIRA: RTP-315.