



Fiscalía

RESOLUCION EXENTA SS/N° 646
Santiago, 26 OCT 2018

VISTO:

Las solicitudes formuladas por don Esteban Campillay Castillo, mediante presentaciones de fechas 4 de septiembre 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 4 de septiembre, don Esteban Campillay Castillo, efectuó un requerimiento de información, a través de la solicitud N°AO006T0001957, cuyo tenor literal es el siguiente: *"señores superintendencia de salud de conformidad a norma nro 20.285 ,vengo en requerir copia integra de todos los recursos de reposicion presentados a la superintendencia de salud por el señor Luis Atabales Matus ,representante legal de isapre Nuevamasvida ,entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 . cabe hacer presente que lo solicitado no constituye materia reservada que afecte la seguridad de la nacion ,ni tampoco la vida privada de ningun ciudadano en particular, atendiendo que son publicos los actos de la administracion del Estado . atte ESTEBAN CAMPILLAY C". (sic)*

2.- Que, mediante solicitud N°AO006T0001958, también de 4 de septiembre de 2018, el requirente reiteró su solicitud, en orden a requerir todos los recursos de reposición presentados a la Superintendencia de Salud por don Luis Atabales Matus, en su calidad de representante legal de Isapre Nueva Masvida S.A., *"entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2018".*

3.- Que mediante el Oficio Ord. N°1776, de 5 de septiembre de 2018, la Superintendencia de Salud solicitó al requirente aclarar su solicitud de acceso a la información, en orden a especificar el tipo o materia de los recursos de reposición a los que se refería.

A su turno, don Esteban Campillay Castillo, mediante comunicación de 7 de septiembre de 2018, aclaró que en su solicitud busca la entrega de todos los recursos de reposición dirigidos a la Superintendencia de Salud, con independencia de la materia a la que se encuentren referidos.

4.- Que, por razones de economía procedimental, tratándose en definitiva de un mismo requerimiento, esta Superintendencia procederá a dar respuesta a las dos solicitudes de acceso a la información presentadas por don Esteban Campillay Castillo a través de este acto administrativo.

5.- 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.

6.- 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 órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

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, cabe indicar que el literal e) consagra el principio de la "*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.

7.- Que, sobre la solicitud de información formulada por don Esteban Campillay Castillo, resulta necesario analizar detalladamente si respecto de los recursos de reposición 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.

8.- Que -para este análisis- corresponde distinguir entre aquellos recursos de reposición que han sido resueltos mediante la dictación de la correspondiente sentencia o resolución administrativa, o bien, se trata de un antecedente pendiente de resolución, tendiente precisamente a generar un pronunciamiento a su respecto.

9.- Que, respecto de aquellos recursos de reposición insertos en procesos arbitrales o procedimientos administrativos que han sido resueltos, corresponde acoger la solicitud de entrega de los mismos, por cuanto ya han sido objeto de una toma de decisión por parte de esta Institución y, por lo tanto, dicha información pasa a tener el carácter de pública.

A este respecto, el requirente puede acceder a ella a través del enlace y credencial que se explicitan a continuación:

- **URL:** http://webserver.superdesalud.gob.cl/bases/ley_transparencia.nsf
- **Nombre de usuario:** sdsIFSP2018
- **Contraseña:** f2s0i1p8
- **Fecha de expiración:** 19 de noviembre de 2018

10.- Que, sin embargo, distinta es la situación de los recursos de reposición que no han sido resueltos, ya que respecto de éstos no existe una resolución final, configurándose 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.

11.- 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.*

12.- 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 toma de decisión de parte de esta Superintendencia.

En esencia, en relación a estos recursos, nos encontramos en presencia de procedimientos arbitrales o administrativos que no se encuentran afinados, quedando pendiente precisamente la adopción de una decisión a su respecto.

13.- 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 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 los ya referidos recursos de reposición, 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.

14.- 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).

15.- 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."

16.- 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 los procesos arbitrales y administrativos que se encuentra desarrollando, quedando evidentemente expuesta a recibir presiones o intervenciones de terceros ajenos a dichos procesos, al momento de adoptar su decisión.

17.- 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.

18.- 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 resolución que aún no se realiza, 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.

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

RESUELVO:

1.- Acoger la solicitud de entrega de información relacionada con los recursos de reposición presentados por don Luis Atabales Matus, en su calidad de representante legal de Isapre Nuevamasvida S.A., entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 y el 1 de enero al 31 de agosto de 2018, que han sido resueltos en los correspondientes procedimientos en que han sido presentados.

2.- Rechazar la entrega de los recursos de reposición presentados por don Luis Atabales Matus, en su calidad de representante legal de Isapre Nuevamasvida S.A., entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017 y el 1 de enero y el 31 de agosto de 2018, que se encuentran pendientes de resolución, 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.

3.- 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.

4.- 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



MAB
MABL/RCR

Distribución:

- Sr. Esteban Campillay Castillo.
- Departamento de Regiones, Atención de Personas y Participación Ciudadana.
- Fiscalía.
- Oficina de Partes.
- JIRA: RTP-70.