

Santiago, quince de diciembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Solicitud.

Con fecha 22 de julio de 2015, el abogado Eduardo Cordero Quinzacara, en representación de la Empresa Eléctrica PCS SpA "en adelante PCS-", ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las frases que más adelante se indican, contenidas en el artículo 5° de la Ley N° 20.285, denominada Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, "en adelante, Ley de Transparencia-.

Gestión pendiente.

La gestión judicial pendiente invocada en autos, para que surta efectos un pronunciamiento estimatorio de inaplicabilidad, es el recurso de queja caratulado "Empresa Eléctrica PCS SpA con Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia".

El recurso fue interpuesto por la actora en contra de los Ministros y el abogado integrante la Corte de Apelaciones de Santiago que dictaron sentencia respecto del reclamo de ilegalidad que dedujera en contra de una decisión del Consejo para la Transparencia. Se sustancia por la Corte Suprema, bajo el Rol N° 7817-2015. Se encuentra actualmente con decreto de

autos en relación y su tramitación fue suspendida por orden de esta Magistratura.

Dicho proceso judicial, conforme a lo expuesto en el expediente de autos y en estrados el día de la vista de la que, la que se realizó conjuntamente con la vista de la causa de inaplicabilidad Rol N° 2871-15-INA, en la que Abengoa Solar Chile S.A., hoy CSP Atacama Uno S.A. "en adelante, Abengoa-es parte requirente, se relaciona con los siguientes hechos que se describen a continuación.

Abengoa celebró con la requirente un contrato de compraventa de energía -en adelante, el acuerdo de compra-, en el que la requirente tiene la calidad de compradora.

Posteriormente, Abengoa participó en el proceso licitatorio de la Corporación de Fomento de la Producción "en adelante CORFO-, denominado "Concurso Planta Térmica de Concentración Solar de Potencia". Participó en el aludido concurso con el objeto de adjudicarse el subsidio para el desarrollo de un proyecto de parque de generación de concentración de energía solar. Su proyecto fue el mejor evaluado, por lo que se adjudicó aquel subsidio.

Un antecedente, parte de la oferta de su proyecto, que habría sido determinante para tal evaluación, fue el acuerdo de compra de energía, por el que, como se indicara, Abengoa vendió a PCS la energía que producirá. Y fue determinante para su presentación, por lo siguiente.

Según las bases de la licitación, se debía acompañar un documento de "garantía de comercialización de la energía generada".

Este documento podía consistir tanto en el aludido acuerdo de compra de energía como en un memorándum de entendimiento para la negociación de un acuerdo de compra de energía.

La diferencia entre ambos era que, si se presentaba un contrato, como lo hizo Abengoa, se obtenía un puntaje final superior a si se presentaba un memorándum de negociación.

Otro de los postulantes al concurso, Copiapó Energía Solar, que no presentó un acuerdo de compra, sino que un memorándum, obtuvo por ese solo hecho un menor puntaje, perdiendo con ello la licitación.

Atendido lo anterior, Carey y Cía. Limitada "en adelante, Carey-, asesor jurídico de Copiapó Energía Solar, presentó una solicitud de acceso a la información pública a CORFO, requiriendo copia del acuerdo de compra de energía celebrado entre Abengoa y PCS.

PCS y Abengoa se opusieron a dicha solicitud y CORFO finalmente la denegó, en tanto se dedujo la aludida oposición en tiempo y forma.

Carey, entonces, interpuso un recurso de amparo ante el Consejo para la Transparencia "en adelante el Consejo-, el que lo acogió parcialmente, ya que ordenó la entrega de la copia del contrato celebrado entre Abengoa y PCS, pero tarjando determinados ítems. El organismo fiscal decidió entregar parte de la información contenida en el acuerdo, por cuanto entendió que el mismo tenía la naturaleza de información pública, por tratarse del sustento o complemento directo de los actos y resoluciones emanados de CORFO.

Frente a lo anterior, Abengoa y PCS, en forma separada, dedujeron sendos reclamos de ilegalidad en contra de dicha decisión, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte, luego de realizar una vista conjunta de los mismos, rechazó en sus sentencias la respectiva petición principal de las dos reclamantes contenida en sus reclamaciones, a saber, que se dejara sin efecto la decisión del Consejo.

Acogió, en cambio, la petición subsidiaria, ordenando tarjar otras cláusulas del contrato, además de lo ya tarjado por el Consejo para la Transparencia. Lo anterior, por cuanto estimó que la divulgación de éstas afectaba derechos de carácter comercial o económico de las reclamantes de ilegalidad, afectación que constituye causal de reserva de la información, según el artículo 21, N° 2°, de la Ley de Transparencia-.

Frente a tales pronunciamientos de ilegalidad, la reclamante, ahora requirente de autos, interpuso el recurso de queja que da motivo a su requerimiento de inaplicabilidad. Por su parte, Abengóa también presentó un recurso de queja.

En estos autos de inaplicabilidad, como se indicara en líneas anteriores, PCS solicitó a esta Magistratura que ordene la no aplicación, en el recurso de queja que ella dedujera, de dos frases del artículo 5° de la Ley de Transparencia.

Pide la inaplicabilidad de las mismas, en atención a que, basándose en ellas -y en otras disposiciones-, la Corte de Apelaciones resolvió que debían publicitarse diversas cláusulas del citado acuerdo de compra de energía, teniendo en consideración que éste: 1) fue sustento o complemento directo del acto administrativo de la CORFO, al ser utilizado para la adjudicación de una subvención de fondos públicos, y 2) era información pública, al obrar en poder de la Administración, desde el momento que fue incorporado en el proceso licitatorio, desarrollado por esa entidad administrativa.

Precepto legal impugnado.

Específicamente, se pide la inaplicabilidad de las frases contenidas en el artículo 5° de la Ley de Transparencia, que se destacan:

â€œ**Artículo 5°.-** En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, **los**

documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público **y toda otra 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 señaladas.**â€.

Conflicto de constitucionalidad planteado.

En el marco del aludido proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad, planteado a esta Magistratura, consiste en determinar si es constitucional o no el que, por aplicación de los preceptos reprochados, se pueda decretar la entrega del aludido contrato de acuerdo de compra de energía pues, atendido que no es una manifestación de voluntad de la Administración sino que un contrato confidencial entre privados, su divulgación vulneraría tanto el mandato de publicidad, contenido en el artículo 8° de la Constitución, como los derechos a ejercer libremente una actividad económica lícita, de propiedad y de protección de la creación intelectual, asegurados en los numerales 21°, 24° y 25° del artículo 19 constitucional.

Fundamentación del requerimiento.

A efectos de fundar su acción, la actora expone los siguientes argumentos que sustentarían las infracciones constitucionales que denuncia.

1.- En cuanto a la infracción del artículo 8° constitucional.

Sostiene que se produce, desde el momento que las disposiciones impugnadas amplían el objeto de publicidad determinado categóricamente por dicho precepto, el que sólo

ordena que sean públicos actos y resoluciones de organismos estatales, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Mediante la ampliación del objeto de publicidad se ocasionaría que, en la especie, se haga pública información de privados, como lo es el acuerdo de compra de energía.

Lo anterior, en tanto las disposiciones reprochadas extienden lo que debe entenderse por fundamento o motivación del acto administrativo y, a su vez, por cuanto hacen pública toda información que obre en poder de la Administración.

Así, el acuerdo, información privada solicitada por Carey a CORFO, pasaría, en virtud de la aplicación de las frases censuradas, a adquirir el carácter de pública, tan sólo por haber sido entregada a la Administración del Estado.

Cabe recordar al respecto que el Tribunal Constitucional, en sus pronunciamientos, ha precisado, entre otras cuestiones, que la información que las empresas privadas entreguen al Estado no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información; que el artículo 8° constitucional consagra un mandato de publicidad, mas no el principio de transparencia; que no establece un derecho de acceso a la información de modo expreso y que, en ningún momento, utiliza el concepto de información.

Lo anterior se vería ratificado, según precisó esta Magistratura, por la existencia de un proyecto de reforma constitucional que busca el reconocimiento del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública.

A ello se suma que la Corte de Apelaciones de Santiago haya precisado en sus sentencias que el acuerdo de compra de energía contiene información que no es fácilmente accesible, ya que, de ser así, Copiapó Energía Solar, postulante perdedora, también la habría utilizado para participar con un acuerdo de compra y no un memorándum de entendimiento,

cuestión que no hizo, sabiendo que ello le asignaría menos puntaje en la licitación.

2.- Respecto de la infracción del N° 21 del artículo 19 constitucional.

Aduce PCS que ella ha diseñado, producto del esfuerzo de años, un modelo de comercialización de energía (la que ahora adquirirá de Abengoa).

La publicidad de este modelo, que es su ventaja competitiva, afecta el secreto empresarial provocando la pérdida de la misma, en circunstancias que dicho modelo y su secreto se encuentran amparados por el derecho a ejercer libremente una actividad económica lícita.

3.- En cuanto a la infracción del N° 24 del artículo 19 constitucional.

Esgrime PCS que es titular de los derechos de carácter comercial y económico que emanan del acuerdo de compra de energía, constituyendo, para tal efecto, bienes incorpóreos, que derivan del modelo de negocio amparado por el derecho de propiedad.

Estos derechos se ven afectados si se accede a la información requerida por parte de un tercero competidor y, atendido que tales derechos se encuentran incorporados en su patrimonio, se estarían afectando sin que medie derecho a indemnización pecuniaria por el daño causado.

4.- Acerca de la infracción del numeral 25° del artículo 19 constitucional.

Argumenta que la publicidad del acuerdo permitirá el acceso de terceros a su modelo de negocios que, como toda creación intelectual, se encuentra protegido constitucionalmente, en tanto manifestación del derecho de propiedad.

Su carácter de creación, por lo demás, fue reconocido por la Corte de Apelaciones, la que precisó que, por lo mismo, no

se trataba de un simple contrato de venta de energía.

Sustanciación del requerimiento.

Por resolución de fojas 96, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento de autos y suspendió la tramitación de la gestión judicial pendiente invocada. Carey y Cía. Limitada, por presentación de fojas 217, solicitó ser tenida como parte en estos autos, lo que fue concedido por la aludida Sala. Luego de ser declarado admisible por la misma y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a las partes de la gestión judicial pendiente invocada, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Observaciones al requerimiento.

Fueron formuladas por Carey y Cía. y el Consejo para la Transparencia, tanto en sus presentaciones escritas como en estrados el día de la vista de la causa, bajo las siguientes argumentaciones que, atendida su similar orientación, se proceden a sintetizar de la manera que sigue.

1.- Primera argumentación: las normas impugnadas son plenamente válidas constitucionalmente, si se atiende a las sentencias del Tribunal Constitucional.

En Rol N° 1051 fueron declaradas constitucionales en control preventivo obligatorio y esta Magistratura ha declarado la inadmisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad recaídos en normas consideradas constitucionales en esa clase de control, en aplicación del artículo 84, N° 2°, de la Ley N° 17.997.

A su vez, si se revisa la sentencia Rol N° 2558 de este órgano jurisdiccional, se aprecia que fue citada por la requirente a su conveniencia, pues en aquel veredicto se acogió un requerimiento de inaplicabilidad referido a la publicidad de información entregada a la Administración sin relación con un acto de la misma. En la especie, sí lo hay: la información solicitada, el acuerdo de compra, se relaciona con el acto administrativo de adjudicación de CORFO.

2.- Segunda argumentación: la aplicación de los preceptos impugnados no resultará inconstitucional, pues está en juego tanto la publicidad de los fundamentos de un acto de la Administración del Estado como la de los procedimientos que utilizó para dictarlo, existiendo diversas disposiciones, además de las impugnadas, que determinan su publicidad.

Lo anterior pues, a diferencia de lo sostenido por la requirente, si se hace una adecuada revisión de los hechos relacionados con la inaplicabilidad de autos, el acuerdo de compra solicitado no es simplemente un documento que debe ser público por ser sustento o complemento directo de una resolución administrativa o por ser información que obra en poder del Estado.

Se trata del único motivo por el cual el proyecto de Abengoa fue ganador del concurso y, por consiguiente, es la causa directa y esencial de la resolución de adjudicación.

Ello se comprende si se revisan las bases de licitación, que asignaban una mejor puntuación a la oferta de proyecto que presentara un acuerdo de compra y no un memorándum. El acuerdo presentado por Abengoa fue revisado por CORFO para comprobar que constituía una garantía de comercialización de la energía obtenida y, al serlo, se le asignó el puntaje superior.

Lo anterior consta en la resolución de aquella entidad N° 006, de enero de 2014, en la que se indica que se rechazó el proyecto del otro postulante, Copiapó Energía Solar, en

atención a que obtuvo un menor puntaje por no presentar un acuerdo de compra.

Y la constitucionalidad de su publicidad emana de manera palmaria de lo prevenido en el artículo 8° de la Constitución.

Éste ordena la publicidad de los fundamentos de un acto y de los procedimientos que se utilicen para su dictación.

Pues bien, esta Magistratura ha indicado que fundamento es el motivo para decidir en un sentido determinado, cuestión que, como se indicó, en la especie fue el acuerdo de compra para la decisión de adjudicación de CORFO.

A su vez, esta Magistratura ha indicado que la publicidad de los procedimientos supone el acceso a los respectivos expedientes. El proceso administrativo de licitación, por el que se dictó el acto adjudicatorio, consta en un expediente y forman parte de él los antecedentes que se presentaron en ese proceso, como el mencionado acuerdo.

Por lo mismo, éste es el fundamento del acto administrativo de adjudicación o, al menos, parte del procedimiento atinente a su dictación.

Por otra parte, no fue impugnada la referencia a la publicidad de fundamentos y procedimientos que contiene el artículo 5° de la Ley de Transparencia, por lo que no es decisiva para la resolución de los recursos de queja la aplicación de las frases censuradas.

Además, las frases reprochadas no son decisivas pues tanto el Consejo como la Corte de Apelaciones ordenaron la publicidad parcial del acuerdo en atención a diversos preceptos, a saber, los artículos 8° de la Constitución, 11 de la Ley de Transparencia y otros, tales como los artículos 10, 12, 16, 21, N° 2°, y los principios de esa ley, que conducen a la misma decisión y que no fueron reprochados en autos, por lo que también pueden ser aplicados para decidir en el mismo sentido.

A lo anterior debe agregarse que las actoras omitieron precisar que existe otro derecho fundamental que debe considerarse en la resolución de la publicidad del acuerdo de compra, esto es, el derecho de acceso a la información, garantizado por el N° 12 del artículo 19 de la Constitución y por su artículo 5°, en cuya virtud rige en Chile la Convención Americana de Derechos Humanos, que lo asegura.

3.- Tercera argumentación: el requerimiento no fue fundado razonablemente, atendido que la requirente hace una interpretación osada del artículo 8° de la Constitución, al sostener que las frases impugnadas van más allá de lo que éste establece, pero ir más allá no es lo mismo que contradecir.

Por lo demás, la Constitución contempla el principio de reserva legal con amplitud y lo que hace la ley, en este caso la Ley de Transparencia, es desarrollar el mandato de publicidad, al igual que lo efectúa con otros principios constitucionales.

4.- Cuarta argumentación: la aplicación de las frases impugnadas no afecta los derechos constitucionales que se estiman vulnerados.

No se afecta el derecho a desarrollar una actividad económica lícita, puesto que no se aprecia de qué manera ello se impide solicitando la publicidad del contrato de acuerdo.

En efecto, Abengoa podrá operar la planta de concentración solar para generar energía y venderla al distribuidor y PCS podrá adquirir la energía y comercializarla. Por lo demás, la Corte de Apelaciones sólo ordenó parcialmente la publicidad del acuerdo, en tanto sólo se refiere a aquellas cláusulas que no confieren ninguna ventaja competitiva.

No se afecta el derecho de propiedad, pues no se aprecia de qué manera la publicidad del acuerdo de compra afecta los

derechos patrimoniales emanados del mismo, pues seguirán radicados en el patrimonio de su titular.

La publicidad no afecta la creación intelectual de modelo de negocio alguno, por cuanto no infringe el secreto empresarial, ya que, de conformidad a la definición del mismo que entrega la Ley de Propiedad Industrial, éste consiste en el conocimiento de productos y procedimientos industriales, mas no de modelos de negocios.

Además, si se revisa el acuerdo, éste tan sólo fija las condiciones propias de un contrato de compraventa, como su objeto y el precio, describiendo la forma de comercialización de la energía eléctrica, sin revelar ningún aspecto técnico desconocido por las empresas que se dedican al rubro.

5.- Quinta argumentación: el artículo 5° de la Ley de Transparencia constituye una unidad de lenguaje, por lo que no se pueden impugnar frases del mismo aisladamente.

Lo anterior, ya que esto supone comprender que dichas frases establecen reglas absolutas de publicidad, en circunstancias que ello no es así, ya que el citado artículo no dispone la publicidad ilimitada, al establecer que ésta no opera si concurren las excepciones de reserva o secreto establecidas en la ley de transparencia o en otras leyes de quórum calificado.

Pero, a su vez, no puede pedirse la inaplicabilidad de la totalidad de dicho artículo, por cuanto ello supondría eliminar la posibilidad de interponer excepciones a la publicidad que consagra.

Vista de la causa.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 26 de noviembre de 2015, se procedió a la vista conjunta de la causa de autos y de la causa de inaplicabilidad Rol N° 2871, en la que Abengoa es requirente, escuchándose la relación y los alegatos de los abogados José Ignacio Jiménez, por PCS,

Paulina Nakouzi, por Abengoa, Bernardita Dittus, por Carey y Cía., y Rodrigo Reyes, por el Consejo para la Transparencia.

Con fecha 15 de diciembre de 2015, se adoptó acuerdo en la presente causa.

CONSIDERANDO:

I. CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.

PRIMERO: Que un requisito básico para que prospere la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la existencia de un conflicto entre una disposición legal y la Carta Fundamental, donde debe constar una contradicción directa, clara y precisa, entre una y otra en un caso concreto;

SEGUNDO: Que, en la especie, se han impugnado las siguientes partes del artículo 5° de la Ley de Transparencia, aprobado por el artículo 1° de la Ley N° 20.285, “Sobre Acceso a la Información Pública”:

1. La frase **“los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”**, del inciso primero del artículo 5° de la ley citada, y
2. La expresión **“y toda otra 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 señaladas”**, del inciso segundo del artículo 5° de la misma ley;

TERCERO: Que las normas constitucionales que se estiman vulneradas por el requerimiento son:

1. El artículo 8° de la Constitución Política de la República, en cuanto la expresión “los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”, establecida en el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia, debe entenderse en términos restrictivos, por cuanto no toda la información que está en poder de la Administración es de carácter público.

2. El inciso primero del numeral 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto, expresa el requerimiento, se trata de un modelo de comercialización de energía, generado por la Empresa Eléctrica PCS SpA, que responde a una actividad económica de carácter lícito que se encuentra amparada por la garantía constitucional citada, actividad que comprende el secreto empresarial, entre los elementos que la componen.

3. El inciso primero del numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en cuanto la aplicación del artículo 5° de la Ley de Transparencia resulta contraria a esta disposición constitucional, al afectarse los derechos de contenido patrimonial de la parte requirente, sin que medie derecho a indemnización o compensación económica en favor de ella, por el daño que eventualmente se le podría causar.

4. El artículo 19, N° 25°, de la Carta Fundamental, en cuanto la publicidad del acuerdo entre las partes lesionaría el modelo de negocios como creación original, permitiéndose el acceso al mismo de cualquier particular,

con lo cual se vulneraría el derecho a la propiedad intelectual a que se refiere esta disposición;

CUARTO: Que, consecuencia de lo anterior, el conflicto de constitucionalidad planteado a esta Magistratura debe entenderse en el sentido de que existiría, supuestamente, vulneración de los derechos constitucionales precitados porque terceros accederían al conocimiento del documento que contiene el acuerdo de compra de energía presentado por Abengoa Solar Chile S.A., como parte de la oferta del proyecto "Plan Solar Cerro Dominador", en el marco de un procedimiento administrativo, denominado "Concurso Planta Térmica de Concentración Solar de Potencia", que se ha denominado "Contrato de Compra de Energía firmado con Fondo de Inversión Privado creado por la Administradora de Asset Managament del BCI";

QUINTO: Que la controversia del caso concreto se produce al momento en que Carey y Cia. Limitada solicita a la Corporación de Fomento de la Producción, CORFO, el documento que contiene el acuerdo de compra de energía celebrado entre Abengoa Solar Chile S.A. y Empresa Eléctrica PCS SpA, parte requirente en estos autos, petición que es denegada por la CORFO aduciendo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, tiene el carácter de secreto, debido a su componente técnico, financiero y comercial, y cuya divulgación potencial puede afectar derechos de privacidad y libre desarrollo de la actividad económica. Ante la negativa del referido ente público, Carey y Cia. Limitada interpone ante el Consejo para la Transparencia un amparo por denegación del acceso a la información. Esta acción es acogida parcialmente por la institución citada, resolviendo que debe entregarse copia del contrato mencionado con las cláusulas tarjadas que se estiman son de interés privado, específicamente lo que dice relación con el precio de la

compra de energía. Contra la resolución del Consejo para la Transparencia, la parte requirente interpone reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, tribunal que expresa que la información requerida por un tercero, en parte, es de carácter público, por el hecho de haberse incorporado en un proceso de licitación, ante un organismo del Estado, y constituir un complemento directo de un acto de la administración estatal, al ser utilizado para adjudicarse una subvención con recursos públicos;

SEXTO: Que, para dilucidar el conflicto de constitucionalidad promovido en esta sede, será menester analizar el principio general de publicidad de los actos de los órganos del Estado, principio que permite saber y conocer por cualquier persona los actos y documentos concernientes a la Administración del Estado, accediendo a toda la información que sea de su interés, con las excepciones que la propia Constitución y las leyes establecen;

II. INSTITUCIONALIDAD VIGENTE SOBRE PUBLICIDAD DE LOS DOCUMENTOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A DECISIONES O RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO.

SÉPTIMO: Que, previamente a resolver la cuestión de constitucionalidad, hay que consignar el marco institucional que consagra las reglas sobre publicidad de los documentos que fundan los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Establece el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República que: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos

órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”, en virtud de lo cual el ejercicio de las funciones públicas obliga a que todas las decisiones adoptadas en el ámbito estatal deben ser públicas, lo que implica que toda autoridad puede ser requerida por cualquier persona para que entregue la información relativa a los actos y resoluciones que se hayan ejecutado o adoptado, norma constitucional en cuya virtud el legislador dictó la Ley N° 20.285, “Sobre Acceso a la Información Pública”, que contiene el procedimiento para que la persona interesada en obtener información pueda tener conocimiento de los fundamentos, documentos y procedimientos que ha tenido presente la respectiva autoridad para actuar o decidir acerca de determinado asunto;

OCTAVO: Conforme a lo anterior, uno de los principios relevantes en esta institucionalidad que se relaciona con la probidad en el ejercicio de la función pública, se encuentra en la plena aplicación del principio de publicidad que, como ha expresado este Tribunal respecto del alcance del mismo, no solamente rige a los actos o resoluciones que son públicos, sino también alcanza a los fundamentos de los mismos así como a los procedimientos que se ejecuten en cada caso;

NOVENO: Que el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia agrega “los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”, expresión que no se encuentra en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, con lo cual cabe preguntarse: “¿El artículo 8° constitucional es un piso mínimo que amplió la ley, o bien este agregado resulta inconstitucional *per se*?”.

Una interpretación restringida de la disposición legal impugnada nos llevaría a concluir que si los documentos dicen relación directa con los fundamentos del acto administrativo, la norma pasaría el cedazo constitucional. No obstante, no se

demuestra, en este caso concreto, que su aplicación cause un resultado inconstitucional.

Sin perjuicio de lo anterior y como una norma permanente de las ciencias jurídicas, esta regla general de que los actos de los órganos del Estado deben ser públicos encuentra excepciones, consagradas en el propio artículo 8° de la Carta Fundamental, al expresar que "sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". Dentro de las excepciones encontramos las establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, que señala las causales de secreto o reserva que impiden el acceso a la información;

DÉCIMO: Que, precisado cuáles son las normas legales relevantes en juego, cabe observar, enseguida, que el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia no encuentra cobertura en el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, lo que, sin embargo, impide objetarlo por inconstitucional, ya que entre ambos textos no se advierte una relación de completa identidad.

Es así que, mientras esta regla constitucional dispone que son públicos "los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen", de otro lado dicha norma legal establece que son públicos "los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación".

Un cotejo entre uno y otro precepto permite entonces advertir que, yendo más allá del artículo 8°, inciso segundo, constitucional, el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia extiende la publicidad regulada por este cuerpo legal a “los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”;

DECIMOPRIMERO: Que dicho enunciado genérico “los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial” carece de espesor jurídico suficiente como para legitimar la apertura de una forma de comunicación privada, especialmente cuando no se aprecia nítidamente que éste haya sido el propósito de su inclusión en la Ley de Transparencia.

Efectivamente, a este respecto es útil recordar que la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 13, introducido por la Ley N° 19.653, primitivamente dispuso 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 el ejercicio de ella” (inciso segundo). Para luego añadir: “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” (inciso tercero);

DECIMOSEGUNDO: Que, sin embargo, en definitiva la posterior Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 no incluyó esta enunciación, al configurar el actual artículo 8°, inciso segundo, constitucional;

DECIMOTERCERO: Que, justamente, para que la Ley N° 18.575 mantuviera conformidad con dicha reforma constitucional efectuada el año 2005, por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, se derogó expresamente el citado inciso

tercero del artículo 13 de esa Ley N° 18.575, que “como se recordó- decía así: “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”.

Como consecuencia, al eliminarse la referencia a los “documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”, ella dejó de conformar una categoría propia y diferenciada de antecedentes “distinta a los actos administrativos y a sus fundamentos- que pueden ser objeto de publicidad, según lo establece la propia Carta Fundamental;

DECIMOCUARTO: Que contribuye a corroborar este aserto la circunstancia de que además la propia Ley N° 20.285, en su artículo tercero, modificó el inciso segundo del artículo 16 de la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos. De manera tal que cuando antes decía “son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial”, ahora, en virtud de esta sustitución introducida por la Ley N° 20.285, este artículo 16 quedó así:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que se utilicen en su elaboración o dictación.”;

DECIMOQUINTO: Que útil resulta referirse, previamente, a los conceptos de “fundamentos” y “procedimientos” mencionados en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental y que recoge la norma legal impugnada cuando expresa: “sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación son públicos”.

Respecto al fundamento de un acto, este Tribunal ha señalado que es "aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). La resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe ser fundada (artículo 41)" (STC Rol N° 2379, c. 43°).

En cuanto a los documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial, atinente es considerar la norma reglamentaria, contenida en el Decreto Supremo N° 13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, cuyo artículo 3° define varios elementos, entre los cuales está, en su letra g), el sustento o complemento directo, que lo entiende como "los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos"; y, en su letra h), se refiere al sustento o complemento esencial, que lo entiende como: "Los documentos indispensables para la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que sean inseparables del mismo."

En relación a los procedimientos que se utilicen para la dictación de un acto administrativo, ellos constituyen el conjunto de reglas que configuran un método o sistema que conlleva a un órgano del Estado a adoptar una decisión que se traduce en un acto jurídico administrativo o, bien, en la ejecución de un acto determinado;

DECIMOSEXTO: Que, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, llevado al caso concreto, no resulta contrario al inciso segundo del artículo 8° del texto constitucional, por estimarse que el contrato de

compra de energía es parte de la información que llevó a la CORFO a adjudicar la licitación del proyecto "Planta Térmica de Concentración Solar de Potencia" a Abengoa Solar S.A., siendo dicho acto jurídico determinante en la resolución de ello, considerando, en todo caso, que dicha parte impugnada no es relevante en las resoluciones tanto del Consejo para la Transparencia como de la Corte de Apelaciones de Santiago;

DECIMOSÉPTIMO: Que, como ha expresado esta Magistratura, el carácter de secreto o reservado de un acto o resolución obedece a razones que buscan proteger o cautelar bienes jurídicos que la Constitución estima más o igual de importantes que el principio de publicidad. "La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe "crear las condiciones sociales" que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución)." (STC 2379, c. 27°);

III. CONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY DE TRANSPARENCIA EN EL CASO CONCRETO.

DECIMOCTAVO: Que el control de constitucionalidad que se ejerce por la vía de la acción de inaplicabilidad de una norma jurídica específica, en un caso concreto, como se ha expresado "ut supra", debe dirigirse a verificar si la disposición legal cuestionada, efectivamente aplicada al asunto controvertido, resulta contraria a la Constitución Política;

DECIMONOVENO: Que, en relación con lo anterior y conforme al concepto de documento referido en los considerandos precedentes, el contrato de compraventa de energía celebrado entre la parte requirente y Abengoa Solar Chile S.A. constituye un documento que prueba o acredita la existencia de

un vínculo jurídico entre tales partes, las cuales le confieren a ese instrumento el carácter de secreto o confidencial, lo que significa que reducen el conocimiento del mismo a las personas que ellas dispongan. Al respecto, la cláusula vigésima de la convención, al establecer la confidencialidad, menciona los casos excepcionales en que terceros interesados pueden acceder a ella; sin embargo, en esta situación se debe considerar que el negocio jurídico que llevan a efecto tiene como fin dar una mayor eficacia al mismo, con el propósito de que una de dichas sociedades se adjudique la licitación de la "Planta Térmica de Concentración Solar de Potencia" y, así, recibir de CORFO, en calidad de subsidio, la suma de US\$20.000.000 para el financiamiento del proyecto;

VIGÉSIMO: Que, de acuerdo a lo que se ha dicho con anterioridad, el documento secreto o reservado ingresa a un órgano del Estado, el que está obligado a respetar el principio de publicidad, de manera que todos los instrumentos que acompañen los oferentes pasan a tener el carácter de públicos y, en consecuencia, cualquier persona interesada en conocerlos puede solicitar el acceso a ellos, como lo hizo Carey y Cia. Limitada, sin perjuicio de considerar que con ello no resulte afectada alguna de las garantías constitucionales;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en este caso concreto, la parte requirente ha esgrimido como fundamento de su acción el que el instrumento se encuadra dentro del numeral segundo del artículo 21 de la Ley de Transparencia, esto es, "cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico", elementos en relación con los cuales, en este caso, analizados a la luz de las normas

constitucionales invocadas, no permiten concluir que se vulneren derechos de las personas, particularmente, de garantías de carácter comercial o económico;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, no obstante lo anterior, bien hacen tanto la resolución del Consejo para la Transparencia como la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 12 de junio de 2015, en orden a resguardar debidamente los derechos de tal naturaleza de la parte requirente, al ordenar ambos órganos jurisdiccionales la aplicación del principio de divisibilidad, consagrado en el artículo 11, letra e), de la Ley de Transparencia, haciendo pública sólo aquella parte del acuerdo de compra de energía que no afecte los derechos mencionados y aplicar la reserva pertinente de las cláusulas que pudieran comprometer dichos derechos;

VIGESIMOTERCERO: Que se estima que el principio de divisibilidad importa un ejercicio razonable del legislador, que por una parte busca optimizar el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y, por la otra, dar eficacia a las causales de reserva. Este principio es la ejecución del principio de proporcionalidad. Cuando se establece un principio general como la publicidad de los actos de los órganos de la Administración del Estado y se prevén excepciones a este principio, estas últimas deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general.

Además, el principio de proporcionalidad exige que las excepciones no traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido. Su presencia permite que la norma no sea entendida únicamente como una regla binaria, donde las cuestiones son públicas o reservadas, extendiendo las excepciones más allá de lo permitido. En tal sentido, el principio de divisibilidad

admite una correspondencia más coherente con el mandato constitucional del artículo 8°.â€ (STC Rol N° 2506, c. 34°);

1. **Artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política de la República.**

VIGESIMOCUARTO: Que la requirente sostiene que la aplicación de las frases impugnadas, contenidas en los incisos primero y segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, tiene un efecto contrario a la Constitución y vulnera su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, asegurado por el artículo 19, N° 21°, constitucional.

Que, sobre esta garantía, esta Magistratura Constitucional ha señalado que â€œconstituye la expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes colaborando en la promoción del bien común. Por consiguiente, se trata de un derecho fundamental para los individuos al permitirles desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas.â€ (STC Rol N° 226, c. 41°);

VIGESIMOQUINTO: Que, conforme a este precepto constitucional, la parte requirente se constituyó como persona jurídica, ha podido desarrollar su objeto social, de acuerdo a sus estatutos, y en el marco de su actividad económica celebró el contrato de compra de energía eléctrica que se niega a exhibir a un tercero; contrato que por sí mismo involucra la actividad propia de la Empresa Eléctrica PCS S.A., documento que se incorporó a una institución pública, la que por regla general, como se ha dicho *ut supra*, tiene la obligación de hacer públicos todos sus actos y resoluciones. De acuerdo a ello y en virtud del â€œPrincipio de la Razonabilidadâ€, tanto el Consejo para la Transparencia como la Corte de Apelaciones

de Santiago han resuelto permitir el acceso al conocimiento de las cláusulas del contrato, sujeto empero a las restricciones que se marcan para impedir su conocimiento por terceros ajenos, en razón de afectar el secreto o reserva de información que puede revestir el carácter de garantías constitucionales de las partes del contrato;

VIGESIMOSEXTO: Que, conforme a lo razonado precedentemente, debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad en lo concerniente a esta garantía constitucional;

2. **Artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política de la República.**

VIGESIMOSÉPTIMO: Que la requirente sostiene que la aplicación del artículo 5° de la Ley Transparencia, en las partes impugnadas, vulnera el derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política de la República, al afectar sus derechos de contenido patrimonial, sin que medie derecho a indemnización o compensación económica por el perjuicio que se le podría causar.

Que, sobre esta garantía, esta Magistratura Constitucional ha señalado que “un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa” (STC Rol N° 505, c. 22°);

VIGESIMOCTAVO: Que la libertad de contratación, que existe en nuestro ordenamiento jurídico, encuentra su

resguardo, precisamente, en esta cautela constitucional del derecho de propiedad y ã€œno debe olvidarse que en materia patrimonial todo el Derecho clásico ha reposado sobre dos pilares fundamentales, cuales son la autonomía de la voluntad, con especiales proyecciones en el campo de la contratación, y, por otra parte, el derecho de dominio, explicado sustancialmente como una relación directa y exclusiva entre su titular y el objeto sobre que recaeã€. (Algunas consideraciones sobre la nacionalización en relación con los antecedentes legislativos de la reforma constitucional, Hugo Rosende Subiabre, Estudios Jurídicos, Universidad Católica de Chile, año 1972, p. 91).

Y, en armonía con lo anterior, se debe considerar la integración a la Administración del Estado de los contratos cuando hayan de tener efectos públicos, en razón del interés público comprometido.

Precisamente, en el caso *sublite*, las partes del contrato de compraventa de energía celebraron el acto jurídico en pleno ejercicio de la libertad de contratación derivada del principio de la autonomía de la voluntad, originándose un derecho de propiedad respecto del objeto de la convención, acto jurídico de relevancia pública dado que, como corolario del mismo, la empresa oferente, esto es, Abengoa, se adjudica la propuesta de CORFO;

VIGESIMONOVENO: Que, como refiere alguna doctrina administrativa, existen dos categorías jurídicas en contraposición en relación con el acceso a la información. Una es la transparencia, que es la regla general, y otra es el secreto o reserva como excepción, pero puede darse una tercera situación, mediante la cual una actuación o instrumento puede ser en una parte pública y en otra parte reservada, como asimismo una puede ser accesoria y la otra principal y viceversa;

TRIGÉSIMO: Que, en el caso concreto y analizando la situación jurídica de la publicidad del contrato de compraventa, se adoptaron resguardos respecto de ciertas cláusulas, cuya publicidad pudiese provocar afectación a los derechos comerciales y económicos de las empresas suscriptoras; por ende, en el caso del derecho de propiedad, debe descartarse dicha vulneración, pues la requirente no ha sido ni privada ni limitada en su propiedad y, más aún, si se considera que al ser sometidas al control de constitucionalidad las normas sobre acceso a la información pública, éstas fueron declaradas constitucionales por una sentencia de esta Magistratura (Rol N° 1051);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, conforme a lo expuesto, debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad en cuanto a la garantía constitucional del derecho de propiedad;

3. **Artículo 19, N° 25°, de la Constitución Política de la República.**

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la requirente sostiene que la aplicación del artículo 5° de la Ley de Transparencia, en las partes impugnadas, vulnera el derecho de propiedad intelectual e industrial, consagrado en el artículo 19, N° 25°, de la Constitución Política de la República, al lesionar el modelo de negocios como creación original contenida en el contrato de compraventa de energía;

TRIGESIMOTERCERO: Que, respecto a la afirmación anterior, cabe consignar que la doctrina constitucional analiza esta garantía en relación al derecho de autor sobre creaciones intelectuales y artísticas, la propiedad industrial y el derecho de propiedad en relación con los dos aspectos anteriores; que en este caso se trata de un presunto derecho de autor sobre un modelo de negocios original que la parte

requirente reclama no se está debidamente garantizando en el evento de que un tercero acceda al conocimiento del mismo;

TRIGESIMOCUARTO: Que las partes del texto legal impugnado no resultan contrarias a la garantía constitucional reseñada, en este caso concreto, porque no se devela la peculiaridad de la innovación que en materia de energía renovable no convencional contiene el proyecto mismo, en atención a que el contrato no la especifica, de tal manera que si una persona ajena accede al acto jurídico bilateral, no por ello va a poder conocer y, eventualmente, replicar la originalidad que es objeto y causa de la convención;

CONCLUSIONES.

TRIGESIMOQUINTO: Que, constituyendo el contrato de compraventa de energía un elemento determinante para que la CORFO haya adjudicado la licitación del proyecto, teniendo presente especialmente que ello conduce a ese órgano del Estado a discernir un aporte significativo como subsidio al proyecto mismo;

TRIGESIMOSEXTO: Que el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado constituye una regla general que, como tal, encuentra excepciones en aquellos casos en que la publicidad afecte el cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, como lo expresa la parte final del inciso segundo del artículo 8° del texto constitucional. Aplicado el mismo a la disposición legal impugnada en relación al caso concreto, no resulta dicha norma jurídica contraria a la Constitución, atendido que no afecta garantías constitucionales de la parte requirente por estar debidamente resguardado el secreto o reserva acerca del modelo original que contiene el proyecto de energía renovable no convencional;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, por todo lo anterior, se considerará que las partes impugnadas del artículo 5° de la Ley de Transparencia no resultan contrarias a la Constitución.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en los artículos 8° y 19, N° 21°, N° 24° y N° 25°, de la Constitución Política de la República y en las normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1. **Que se rechaza el requerimiento deducido a fojas 1.**
2. **Que no se condena en costas a la parte requirente, por haber tenido motivo plausible para deducir su acción.**

Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 96, debiendo oficiarse al efecto.

Acordada con el voto del Ministro señor Carlos Carmona Santander, Presidente, quien fue del parecer de acoger el requerimiento de autos, en base a las siguientes consideraciones:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que en un proceso de licitación llevado a cabo por CORFO para adjudicar un proyecto energético, postularon distintas empresas. La ganadora obtuvo un puntaje decidido sobre la base de un contrato celebrado con una comercializadora de energía. La empresa perdedora en esa licitación solicitó copia del referido contrato. CORFO lo denegó. La empresa recurrió al Consejo para la Transparencia, quien acogió parcialmente el reclamo. Lo mismo hizo la Corte de Apelaciones de Santiago. Contra esa decisión se presentó un

recurso de queja ante la Corte Suprema, que es la gestión pendiente de esta causa;

2. Que la empresa requirente sostiene que el contrato que se ordena entregar es una información privada, no cubierta por el artículo 8° de la Constitución. Por lo mismo, se vulneraría este artículo al disponer su entrega. Enseguida, sostiene que se afecta el artículo 19, N° 21°, constitucional porque en ese contrato hay una ventaja competitiva. Finalmente, se pasa a llevar el propio artículo 19, N°s 24° y 25°, porque dicho contrato constituye un modelo de creación intelectual. Por lo mismo, está protegido por la garantía patrimonial que consagran dichos preceptos constitucionales;

3. Que, por su parte, la mayoría sostiene en esta sentencia que el contrato, al ingresar a un órgano del Estado, pasa a tener carácter público. También que, al aplicar la divisibilidad, tanto el Consejo para la Transparencia como la Corte de Apelaciones resguardaron derechos de eventuales lesiones. Además, sostiene que no se afecta ninguna garantía constitucional. Ni el artículo 19, N° 21°, porque el instrumento se incorporó a una institución pública; ni el artículo 19, N° 24°, porque se tomaron los debidos resguardos; ni tampoco el artículo 19, N° 25°, porque no se devela la peculiaridad de la innovación;

II. PRECISIÓN INICIAL.

4. Que, antes de comenzar nuestro razonamiento, es necesario hacer presente lo siguiente.

En primer lugar, tanto en las bases de licitación como en el contrato cuya copia se pide, se estableció una confidencialidad. En efecto, por una parte, en las bases de licitación que elaboró CORFO se estableció que “todos los contenidos de la oferta técnico-económica serán de carácter confidencial y no serán informados a terceros” (7.9). Por la otra, que en el contrato de compraventa de energía eléctrica

celebrado entre Abengoa Solar Chile S.A. y Empresa Eléctrica PCS SPA, de 22 de agosto de 2013, en su cláusula Vigésima, las partes acordaron "mantener bajo estricta reserva y confidencialidad los términos de este contrato".

En segundo lugar, CORFO, al momento de adjudicar la licitación, rechazó la propuesta presentada por Copiapó Energía Solar SPA, por dos razones. Una de ellas interesa aquí. CORFO sostuvo que no contaba con un acuerdo de compra de energía que garantizara la comercialización de la energía generada. El contrato cuya copia se pide es precisamente este al que alude la CORFO;

III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

5. Que, para entrar a plantear nuestra posición en el presente conflicto, es necesario explicitar los criterios interpretativos que nos guiarán en el razonamiento que haremos.

En primer lugar, no corresponde al Tribunal Constitucional decidir si se dan o no las causales que permiten negar el acceso a la información. Eso es un asunto de legalidad. Por lo mismo, no creemos que podamos entrar a resolver si existe o no secreto industrial protegido en la elaboración del contrato cuya copia se pide y que desata la gestión pendiente.

En segundo lugar, este Tribunal ya tiene sentada jurisprudencia en el sentido de que la publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución es aquella que tiene que ver con actos, resoluciones y fundamentos de los órganos del Estado, no con la información y antecedentes de las empresas privadas, tal como quedó sentado en la STC 2558/2013.

En tercer lugar, esta Magistratura ha sostenido que el artículo 8° de la Constitución no manda a dictar una regulación especial que no sea la de calificar las causales de

secreto o reserva (STC 1990/2012). Así, por ejemplo, ha considerado que la normativa electoral se enmarca dentro de dicha disposición (STC 2152/2012). El punto es relevante porque de acuerdo a la Constitución la publicidad abarca a los procedimientos que utilicen los órganos del Estado. Pues bien, de conformidad al artículo 63, N° 18, de la Constitución, es materia de ley fijar las bases de los procedimientos administrativos. Eso lo hizo el legislador mediante la Ley N° 19.880. Esta ley puede perfectamente ser la ley que regule la publicidad de los procedimientos a que se refiere el artículo 8° de la Constitución.

Conforme a dicha ley, a aquellos que participan en un procedimiento administrativo, se les brinda una serie de derechos como los de acceder a los actos administrativos y sus documentos y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente administrativo (artículo 17, Ley N° 19.880).

El último criterio interpretativo dice relación con que cuando el Estado regula la actividad económica, el legislador establece distintas técnicas para ello. Una de ellas es la entrega de información;

6. Que la entrega de información consiste en que un particular, por sí mismo o a petición de un órgano de la Administración del Estado, periódicamente o para ciertas ocasiones, debe entregar información relativa a sí mismo, vinculada con su actividad, con la organización empresarial, con documentos comerciales o económicos, etc. Esta información la utiliza el Estado para fiscalizar, para registrar, para adoptar políticas. Se trata de información cuya omisión de entrega genera sanciones. Por lo mismo, no son entregas voluntarias.

Sin embargo, para que esta técnica de regulación pueda operar, es esencial que quien entrega la información no tema

que será pública o que será compartida con terceros;

IV. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 20.285.

7. Que consideramos que el requerimiento debe ser acogido, en cuanto una de las normas esenciales para tomar la decisión de entregar la información, esto es el artículo 5° de la Ley N° 20.285, vulnera el artículo 8° de la Constitución, por las siguientes razones.

En primer lugar, porque, como ya se ha establecido por esta Magistratura (STC 2558/2013), la información que privados entregan al Estado no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información. Esta posibilidad expresamente fue descartada en la reforma constitucional de 2005, en contraste con la situación legal previa a 2005, donde eso era posible.

En el presente caso, se trata no de un documento público, en el sentido de que emane de un órgano de la Administración del Estado, cumpliendo las formalidades del caso. Se trata de un documento privado. Estamos frente a un contrato. Lo que de acuerdo al artículo 8° se entrega son actos y resoluciones, o sea, documentos del Estado;

8. Que, en segundo lugar, para obviar lo anterior, se sostiene que aquí estamos frente a un documento que sirve de sustento o complemento directo o esencial a la decisión de adjudicación.

Sin embargo, dicha hipótesis no está tratada en el artículo 5° como un correlato de los fundamentos del acto. Dicho precepto distingue entre actos y resoluciones, fundamentos, documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial y los procedimientos.

Introduce, por tanto, una hipótesis que el artículo 8° de la Constitución no contempla.

Sobre todo porque el artículo 41 de la Ley N° 19.880 establece que la resolución final de un procedimiento

administrativo debe ser fundada. Esto significa que debe tener motivación y que ésta debe ser adecuada y suficiente. La motivación implica explicitar las razones que la Administración tuvo para decidir, señalar los hechos y fundamentos de derecho que la llevan a resolver en un sentido y no en otro. Implica, por lo tanto, un razonamiento coherente que justifique la decisión. La Administración debe explicitar en la resolución final la justificación de su decisión.

Sin embargo, esa justificación, desde luego, no tiene que convencer a todos. Enseguida, no tiene que ser un tratado en la materia. Y, finalmente, no tiene que ver con documentos. Estos se citan, se ponderan, se consideran o aprecian o se refieren. Además, nada impide acceder a elementos o documentos fundantes, con base en el artículo 17 de la misma Ley N° 19.880;

9. Que, en tercer lugar, se sostiene que el contrato debe ser entregado porque es una información que obra en poder de los órganos de la Administración.

Es cierto que la expresión "toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración" que utiliza el precepto reprochado puede ser interpretada como que es información que tenga en su poder, sea que la haya producido el mismo, o se la hayan entregado otros órganos o particulares.

Sin embargo, debe descartarse una interpretación tan amplia, por varias razones. Desde luego, porque la información que la Constitución busca hacer pública es la información de los órganos de la Administración del Estado, no la de los privados.

Enseguida, implica una distorsión del derecho de acceso a la información, pues la información que se entrega al Estado

en el entendido de que es confidencial, puede terminar siendo compartida con terceros completamente extraños, poniendo en juego la técnica regulatoria del suministro de información.

Del mismo modo, en este caso particular, CORFO estableció confidencialidad. Por lo mismo, la publicidad equivaldría a sostener que dicha confidencialidad por bases administrativas no puede existir por el uso de la Ley N° 20.285, en circunstancias que el propio artículo 8° constitucional establece razones para dicho secreto o reserva.

Además, la confidencialidad no puede romperse unilateralmente por el órgano de la Administración. La titularidad del documento no corresponde al órgano de la Administración sino al particular. Los documentos se entregan bajo su cuidado y responsabilidad. Los terceros sabían que la confidencialidad existía; que todo lo acompañado no era público de acuerdo a la Ley N° 20.285.

Asimismo, con una interpretación amplia del inciso segundo del artículo 5°, bastaría con aludir en el fundamento de un acto o resolución a un documento, para que éste se transformara de documento privado en uno de acceso público;

10. Que, finalmente, constituye una carga excesiva para quien participa en este procedimiento licitatorio, que para participar deba acompañar ciertos documentos como condición inevitable y que luego esa información se le presuma pública, salvo que pruebe una causal de reserva o secreto. Más todavía si el Estado generó el entendido de que la información era confidencial. Y esa cláusula no fue objetada por nadie que participó en el procedimiento licitatorio.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al voto por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, compartiendo lo expresado en el voto de minoría en los

acápites I, II. También adhiere a lo señalado en los capítulos III (excepto en lo referido al considerando 8°) y IV, en la medida de su coherencia con lo argumentado a continuación:

1. En el ámbito del ejercicio de las funciones públicas, existen dos niveles sucesivos de análisis para determinar si la información es o no pública. El primero tiene por objeto resolver si la información es o no susceptible, en principio, de ser conocida por el público. El segundo busca dirimir si una información que sí es susceptible de acceso público, ha de ser o no entregada a quienes lo soliciten dependiendo de la concurrencia de causales de reserva. Este segundo y postrero tipo de evaluación acerca de si se dan o no las causales que permiten negar el acceso a información potencialmente pública no es algo que amerite ser resuelto por el Tribunal Constitucional. El primer tipo de examen, en cambio, sí puede ser llevado a cabo por este Tribunal, lo cual exige determinar el sentido y alcance de la primera oración del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República: *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*.
2. Lo que ha de resolver este Tribunal es si en atención a las particularidades del caso concreto y teniendo en consideración una adecuada interpretación de la disposición recién citada de la Constitución, es o no compatible con ésta la aplicación del artículo 5° de la Ley N° 20.285 y, por consiguiente, de si la información es o no de aquellas susceptibles de acceso público (primer nivel de análisis).
3. La información que se pretende sea de acceso público es aquella contenida en un contrato (de comercialización de energía) y que fue uno de los antecedentes que se

tuvieron en consideración para la adjudicación de una licitación llevada a cabo por CORFO. Dicho contrato es uno celebrado entre dos empresas privadas y dentro de un marco de confidencialidad establecido por las partes y asegurado por la propia autoridad en las bases de licitación.

4. La Constitución dice, en lo pertinente, que son públicos los fundamentos de los actos y resoluciones de los órganos del Estado. Para una adecuada interpretación de la disposición constitucional aludida es necesario hacer ciertas precisiones de acuerdo al caso concreto. Así, cabe destacar, primero, que no se trata de un acto o resolución de algún órgano del Estado. Segundo, tampoco es información producida por el Estado, sino que es información emanada por privados y para privados. Tercero, si bien el documento o información es de utilidad para fundamentar actos o resoluciones estatales, no lo transforma en uno que, por ese solo hecho, deba ser considerado como susceptible de ser conocido públicamente. Cuarto, lo recién señalado es especialmente cierto si, además, se tiene en cuenta que la confidencialidad del contrato es esencial para los particulares que dieron origen al mismo y, también, para la consecución de legítimos objetivos de interés público, en este caso, el éxito del proceso de licitación (el cual podría verse dañado sin el resguardo de confidencialidad ofrecido en las mismas bases de licitación para quienes participaran del mismo).

5. Las consideraciones precedentes sugieren que el sentido y alcance del artículo 8º, inciso segundo, primera oración, de la Constitución es uno más restringido que el supuesto por quienes estiman que el aludido contrato es susceptible de ser conocido por cualquier persona que requiera su acceso.

Planteado de una manera distinta, y teniendo presente que existen dos niveles sucesivos de análisis para determinar si la información es o no pública, es posible concluir que, en este caso, no se supera el primer filtro. Es decir, la información contenida en el contrato no puede considerarse como una susceptible de ser accesible al público en general, siendo irrelevante la segunda etapa de análisis referida a si concurre o no alguna causal de reserva. De hecho, adherimos a lo señalado en el considerando 10° del voto de minoría en el cual se plantea que *“constituye una carga excesiva para quien participa en este procedimiento licitatorio, que para participar deba acompañar ciertos documentos como condición inevitable y que luego esa información se le presuma pública, salvo que pruebe una causal de reserva o secreto”*.

Por lo tanto, la aplicación de la mencionada disposición constitucional (por sí o por medio del inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285, la cual es casi una repetición de la primera) produce un efecto incompatible con lo dispuesto por la Constitución Política de la República adecuadamente interpretada.

6. Debe señalarse, además, que tampoco es constitucionalmente posible asilarse en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 para proporcionar acceso público a la información contractual del caso. Dicha norma legal establece, en lo pertinente, que *“es pública (¡) toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”*, consagrando una hipótesis no contemplada en la primera oración del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

7. Para justificar esta innovación legislativa se suele sostener que ésta no es más que el desarrollo de una disposición constitucional que debe entenderse como un principio o *“episo”* susceptible de ser desplegado

incrementalmente. No compartimos este tipo de planteamientos. En efecto, en primer lugar, la disposición constitucional aludida es una redactada con un nivel de precisión mayor que el usual respecto de normas escritas bajo la forma de principios, lo que, en sí mismo, implica una mayor limitación a la libertad de configuración normativa del legislador sobre la materia (STC 2341, c. 11º). Como ya se ha manifestado en casos anteriores, la primera oración del inciso segundo del artículo 8º de la Constitución debe considerarse más como un "techo" que como un "piso". Y, en segundo lugar, tal como se explicó en el considerando 9º del voto por acoger parcialmente de la STC 2558, la historia fidedigna del precepto constitucional mencionado enseña, con claridad, que lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia fue discutido, pero no prosperó. En consecuencia, el hecho que el contrato obre en poder de la entidad pública licitante no lo transforma, por esa razón, en uno que pase a ser susceptible de ser conocido públicamente.

8. Por último, debe aclararse que acoger la acción de inaplicabilidad por el artículo 5º, inciso primero, de la Ley N° 20.285, no significa que este Tribunal se haya embarcado en un tema de mera aclaración del sentido de un precepto legal. En este caso hay una indudable arista constitucional, lo que aparece de manifiesto desde el momento en que dicha norma legal es casi una repetición de la primera oración del inciso segundo del artículo 8º de la Constitución. En efecto, nos encontramos ante la poco habitual situación de que interpretar y aplicar el aludido inciso primero del artículo 5º de la Ley de Transparencia equivale a interpretar y aplicar la recién indicada disposición constitucional. Luego, dado que lo que está en

juego en la situación concreta es la interpretación y aplicación de un precepto constitucional, es posible afirmar que el Tribunal Constitucional sí tiene potestad para pronunciarse. Por lo mismo, si el inciso primero del artículo 5° es interpretado equivocadamente de acuerdo a este Tribunal, intérprete privilegiado del texto constitucional, la aplicación del mismo deberá considerarse como incompatible con la Carta Fundamental.

El hecho de que la señalada norma legal sea casi una transcripción de la aludida disposición constitucional no significa que la primera sea, en sí misma y para todo caso, constitucional. El efecto inconstitucional, en definitiva, se produce cuando la aplicación del precepto legal mencionado contraría la regla constitucional del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, debidamente interpretada. En casos anteriores, la discusión público " privada se dio, fundamentalmente, en relación a la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, razón por la cual, más que acogerse la inaplicabilidad de ambos incisos, se justificaba hacerlo sólo por lo dispuesto en el inciso segundo.

Redactó la sentencia el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, la disidencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, Presidente, y el voto particular, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2870-15-INA.

SR. CARMONA

SRA. PEÑA

SR. ARÓSTICA

SR. ROMERO

SRA. BRAHM

SR. LETELIER

SR. POZO

SR. VÁSQUEZ

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional,
integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona
Santander, y los Ministros señora Marisol Peña Torres,

señores, Iván Aróstica Maldonado, Juan Jose Romero Guzman,
señora María Luisa Brahm Barril y señores Cristián Letelier
Aguilar Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Rodrigo Pica
Flores.