



0000001
UNO

PELLEGRINI & RENCORET
• ABOGADOS •

En lo Principal: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **Primer Otrosí:** Solicitan suspensión del procedimiento. **Segundo Otrosí:** Acompañan documentos. **Tercer Otrosí:** Personería. **Cuarto Otrosí:** Patrocinio y poder. **Quinto Otrosí:** Solicitud que indican.

Excmo. Tribunal Constitucional

Julio Pellegrini Vial y Pedro Rencoret Gutiérrez, abogados, en representación convencional de **Claro Chile S.A.** (“Claro”), sociedad anónima del giro de telecomunicaciones, todos domiciliados en Av. Isidora Goyenechea 3.621, piso 5, comuna de Las Condes, Santiago, al Excmo. Tribunal respetuosamente decimos:

Según lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero N° 6 e inciso undécimo de la Constitución Política de la República (“CPR”) y en los artículos 31 N°6, 79 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997 (“LOCTC”), solicitamos a S.S.E. declarar la inaplicabilidad, por causa de inconstitucionalidad, de los artículos 5° inciso segundo, 10° inciso segundo y 11° letras a) y b) (“Preceptos Impugnados”), todos ellos de la Ley 20.285, sobre *Acceso a la Información Pública* (“Ley de Transparencia”), toda vez que de ser aplicados en la resolución del reclamo de ilegalidad deducido por esta parte, caratulado “Claro Chile S.A. / Consejo para la Transparencia”, que se tramita bajo el Rol de Ingreso N°571-2021 ante la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago (“Reclamo de Ilegalidad”), se producirá una infracción a lo prescrito en los artículos 8° inciso segundo y 19 en su numerales 4, 5 y 21, todos de la CPR.

A. EL REQUERIMIENTO DEBE SER ACOGIDO A TRÁMITE Y DECLARADO ADMISIBLE

Antes de referirnos al fondo del requerimiento, en este apartado se indica cómo se cumplen todos los requisitos establecidos en la CPR y en la LOCTC para que sea acogido a tramitación y declarado admisible por este Excmo. Tribunal.

1. El requerimiento cumple con los requisitos para ser acogido a tramitación

De conformidad con el artículo 82 de la LOCTC, los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deben cumplir con las exigencias de los artículos 79 y 80 de dicha ley para ser acogidos a tramitación. Pues bien, según se indica a continuación, el presente requerimiento cumple con todas esas exigencias:

(i) Se acompaña el certificado exigido por la LOCTC

En el segundo otrosí se acompaña como **Documento 1**, un certificado de fecha 1 de marzo de 2022, emitido por la Secretaría de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que es el Tribunal que conoce de la gestión judicial pendiente, donde se incluyen todas las menciones exigidas por el artículo 79 de la LOCTC.

(ii) Se exponen claramente los hechos y fundamentos de derecho del requerimiento, explicando la infracción constitucional que se produce

En el apartado B de este escrito se detallan las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos en los que se funda este requerimiento, explicando la manera en que éstos producen una infracción de carácter constitucional; en cumplimiento de lo exigido en el artículo 80 de la LOCTC.

Adicionalmente, para efectos de acreditar este requisito de admisibilidad, es menester hacer presente que los argumentos que fundan y justifican la declaración de inaplicabilidad requerida en esta ocasión se encuentran determinadas por el claro tenor de los artículos 8º, inciso segundo y 19º N°4, 5 y 21 de la CPR, así como por los criterios interpretativos que quedaron plasmados en su historia fidedigna y también en la tramitación de la Ley de Transparencia.

De hecho, los razonables fundamentos de este escrito quedan de manifiesto si se considera que el presente requerimiento de inaplicabilidad se funda directamente en la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal, particularmente en sus sentencias N°2558-2013, N°2907-2015, N°3111-2016, N°3974-2017, N°4669-2018 y N°8474-2020, entre otras.

En razón de lo anterior, resulta evidente que el requisito de admisibilidad consistente en la existencia de un fundamento razonable para el recurso se encuentra total y debidamente cumplido.

(iii) Se indican los vicios de constitucionalidad alegados, precisando las normas constitucionales transgredidas

En el apartado B.2 se señalan los vicios de constitucionalidad aducidos en este requerimiento, indicando con precisión las normas de la CPR que serían transgredidas de insistirse en la aplicación de los Preceptos Impugnados; en cumplimiento de lo requerido en el artículo 80 de la LOCTC.

2. El requerimiento cumple con los requisitos de admisibilidad

El presente requerimiento de inaplicabilidad también cumple con todos los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 93 inciso 11° de la CPR y en el artículo 84 de la LOCTC. En concreto:

(i) El requerimiento es formulado por una persona legitimada

El presente requerimiento se presenta por Claro, persona jurídica que reviste la calidad de parte en la gestión judicial pendiente, según consta del **Documento 1**. Consecuentemente, según lo establece el artículo 93 inciso 11° de la CPR y el artículo 84 N° 1 de la LOCTC, el requerimiento ha sido formulado por persona legitimada.

(ii) Los preceptos cuya inaplicabilidad se solicita no han sido declarados conforme a la CPR por este Excmo. Tribunal respecto del vicio que se alega en este requerimiento

El texto actual de los artículos 5°, 10° inciso segundo y 11 letras a) y b) de la Ley de Transparencia no han sido declarados conforme a la CPR por este Excmo. Tribunal Constitucional, ni con ocasión del control preventivo de la ley ni en el conocimiento de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del mismo vicio que se alega en esta presentación.

Es más, como ya fue mencionado con anterioridad y como se desarrollará en lo que sigue de este requerimiento, el Excmo. Tribunal se ha declarado en reiteradas ocasiones la inconstitucionalidad de los Preceptos Impugnados en su aplicación al caso concreto.

- (iii) Existe una gestión judicial pendiente, la cual no ha terminado por sentencia ejecutoriada

El **Documento 1** acredita que este requerimiento dice relación con el reclamo de ilegalidad que se tramita ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de Ingreso N°571-2021. Dicha gestión judicial se encuentra pendiente, ya que no ha terminado por sentencia ejecutoriada, pues se encuentra en estado de relación. En consecuencia, resulta evidente que se cumple con la exigencia establecida en el artículo 93 inciso 11° de la CPR y en el artículo 84 N°3 de la LOCTC.

- (iv) El requerimiento se promueve respecto de un precepto con rango legal

Como se ha señalado, este requerimiento persigue que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, 10° inciso segundo y 11 letras a) y b) de la Ley de Transparencia¹, no cabiendo duda alguna que se debe tener por cumplido lo requerido en el artículo 84 N°4 de la LOCTC.

¹ El texto completo del artículo 5° de la Ley de Transparencia es el siguiente: “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”.

Por su parte, el texto completo del inciso segundo del artículo 10° de la Ley de Transparencia es el siguiente: “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Asimismo, los literales a) y b) del artículo 11 de la Ley de Transparencia que son impugnados en este requerimiento disponen lo siguiente: “Artículo 11.- [...]”

a) **Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.**

b) **Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado”.**

(v) Los preceptos impugnados, de insistirse en su aplicación, serían decisivos

Una norma tiene carácter decisivo cuando su aplicación puede servir para resolver alguna de las materias que han sido sometidas al conocimiento del Tribunal que conoce de la gestión pendiente. En palabras del Profesor de Derecho Constitucional y Ex Ministro de este Excmo. Tribunal, Sr. Enrique Navarro Beltrán, “[...] lo relevante es que el juez de la instancia pueda considerar el precepto para resolver alguno de los asuntos materias que le han sido sometidos a su conocimiento”.² Similarmente, este Excmo. Tribunal ha considerado que un precepto debe considerarse decisivo, “[...] cuando puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna”.³

Pues bien, según se explica en el apartado B siguiente, la gestión judicial pendiente recae sobre el reclamo de ilegalidad interpuesto por Claro en contra de la Decisión de Amparo dictada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia (“Consejo”) en autos Rol N°C5298-21, de fecha 2 de noviembre de 2021. En dicho proceso, la aplicación de los Preceptos Impugnados resultaría decisiva para determinar si nuestra representada debe hacer entrega a su competidor directo (WOM S.A) de antecedentes muy relevantes cuya publicidad afectaría directa y gravemente sus derechos comerciales o económicos, en abierta contravención a la CPR.

Así las cosas, el requerimiento cumple también con lo exigido por el artículo 93 inciso 11° de la CPR y el artículo 84 N° 5 de la LOCTC.

² Navarro Beltrán, Enrique, *El Control de Constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, cuadernos del Tribunal Constitucional, colección conmemoración de 40 años del Tribunal Constitucional, p. 84.

³ Sentencia pronunciada por este Excmo. Tribunal el 5 de enero de 2007 en autos Rol 668-2006, considerando 7°.

B. FUNDAMENTOS DEL REQUERIMIENTO

1. Antecedentes de la gestión judicial pendiente

(i) La gestión y su estado actual

Según consta del **Documento 1**, este requerimiento se interpone en el marco del Reclamo de Ilegalidad que Claro ha interpuesto ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Decisión de Amparo dictada por el Consejo, que en noviembre pasado ordenó a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“Subtel”) entregar a WOM S.A. –en abierta transgresión a la normativa sectorial, a la jurisprudencia existente y afectando los derechos comerciales o económicos de nuestra representada, así como también su derecho a la privacidad que se encuentra reconocido constitucionalmente- *“los antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A. y Claro Chile S.A. ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, con fecha 17 de mayo de 2021”*.⁴ El recurso se encuentra actualmente en estado de relación.

(ii) Génesis de la gestión judicial

El Reclamo de Ilegalidad tiene su origen en la solicitud que el 24 de mayo de 2021 realizó el competidor de nuestra representada, la empresa WOM S.A., a Subtel para obtener acceso a *“Todos los antecedentes y presentaciones relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda 3.400-3.700 MHz (“Banda 3.5”), presentada conjuntamente por*

⁴ Paralelamente, la empresa Entel Telefonía Local S.A (“Entel”) también interpuso un reclamo de ilegalidad (Rol de Ingreso N°574-2021) contra la misma decisión. Ambos recursos fueron acumulados.

Entel Telefonía Local S.A (“Entel”) y Claro Chile S.A (“Claro”) ante la Subtel, con fecha 17 de mayo de 2021”.

A objeto de contextualizar adecuadamente a S.S.E, cabe hacer presente que los antecedentes cuya entrega se encuentra en discusión, fueron proporcionados por Claro y Entel conjuntamente a Subtel, en el marco de la solicitud de autorización previa para poder transferirle Entel a nuestra representada una concesión de servicio público local inalámbrico en la Banda 3.5. De esta manera, se trata de antecedentes que fueron proporcionados a la autoridad en el contexto del ejercicio de una potestad de autorización de Subtel, bajo la legítima expectativa de que se mantendrían bajo confidencialidad. La autoridad no se encuentra obligada legalmente por transparencia activa a mantener ni a poner en conocimiento de terceros aquella información que es de dominio privado entre particulares.

Mediante Oficio Ord N°3971, de fecha 8 de junio de 2021, Subtel denegó la referida solicitud tras haberse producido oposición de las empresas Entel y Claro, fundadas en que el acceso a la información produciría una afectación grave a sus derechos comerciales o económicos, conforme lo dispone expresamente el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

Ante la negativa a su solicitud, WOM S.A. dedujo amparo en contra de la Subtel. En el conocimiento del referido amparo, el Consejo dio traslado de este a los terceros interesados: Claro⁵, Entel⁶ y Subtel.⁷ Cabe hacer presente que tanto los titulares de la información (las empresas Claro y Entel) como Subtel, señalaron que los antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa presentada ante esta

⁵ Oficio N° E16181 de fecha 30 de julio de 2021

⁶ Oficio N° E16180 de fecha 30 de julio de 2021

⁷ Oficio N° E17110 de fecha 10 de agosto de 2021

última contienen información que no es pública, exponiendo detalladamente las razones de hecho y de derecho que fundan sus posiciones.

No obstante lo anterior, el Consejo basándose en los artículo 5º, inciso 2º, 8º y 19 N°12 de la CPR; las disposiciones aplicables de la Ley de Transparencia y de la Ley N°19.880, y otras normativas afines, adoptó la decisión -contraria a derecho- de *“acoger el amparo deducido por Wom S.A., en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones”*⁸, ordenando a Subtel entregar a WOM S.A. *“los antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A. y Claro Chile S.A. ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, con fecha 17 de mayo de 2021”*, tal como fuera solicitado, transgrediendo con ello la normativa que regula al organismo público, a la vasta jurisprudencia que existe al respecto y afectando gravemente los derechos económicos o comerciales de Claro.

Cabe advertir a S.S. Excmo. la extrema amplitud de lo solicitado por WOM S.A. y de lo concedido por el Consejo. Los *“antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa”* es una frase genérica y excesivamente vaga que, ciertamente, va más allá de lo previsto por la CPR. En efecto, la Decisión de Amparo del Consejo no está ordenando entregar *actos, fundamentos o procedimiento*, sino cualquier tipo de documentación desarrollada de forma privada por sus titulares que sea *“relativa”* a la referida solicitud de autorización previa.

Lo anterior, por el sólo hecho de encontrarse en poder de la Administración, vulnerando sin lugar a duda todos los límites establecidos por la propia CPR.

⁸ Decisión N°C5298-21, Consejo para la Transparencia, de fecha 2 de noviembre de 2021, “Amparo deducido en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones por WOM S.A”, p. 5.

2. Preceptos legales impugnados y los efectos inconstitucionales que siguen de su aplicación en la gestión pendiente

Las normas legales cuya declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se solicita para el caso concreto consiste en los artículos 5° inciso segundo, 10 inciso segundo y 11 letras a) y b), todos de la Ley de Transparencia. Para una mejor comprensión, los textos más relevantes para este requerimiento de los referidos preceptos legales se transcriben a continuación, sin perjuicio de que únicamente lo destacado en negrita corresponde a lo impugnado de cada uno de ellos:

“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**”.*

“Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

“Artículo 11.- El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:

a) Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

b) Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado”.

En concreto, la aplicación general que el Consejo realiza de los Preceptos Impugnados en su Decisión de Amparo y la eventual aplicación de ellos por parte de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, resulta contraria a la CPR, toda vez que vulnera lo dispuesto en sus artículos 8° inciso segundo y 19 N°4, 5 y 21. Por ello, es indispensable que los preceptos legales en cuestión sean excluidos de la resolución de la gestión pendiente con el objeto de evitar el quebrantamiento de las normas constitucionales.

i) La aplicación de los Preceptos Impugnados a la gestión pendiente vulneraría el inciso segundo del artículo 8° de la CPR.

En efecto, los Preceptos Impugnados amplían el espectro de los antecedentes a los que es posible acceder vía Ley de Transparencia, no considerando el límite fijado por la propia CPR a la publicidad de las actuaciones de los órganos de Estado, toda vez que las solicitudes de información que realicen los particulares por esta vía no pueden extenderse a cualquier antecedente que obre en poder de la Administración.

No es primera vez que este Excmo. Tribunal se pronuncia respecto de la inaplicabilidad de los artículos 5° inciso segundo, 10° inciso segundo y 11 letras a) y b) de la Ley de Transparencia, debiendo establecer parámetros para la regulación de la publicidad y transparencia conforme la CPR. En particular, este Excmo. Tribunal ha señalado expresamente que la Carta Fundamental chilena **no ha establecido expresamente el derecho de acceso a la información pública**, ni tampoco una norma de principio sobre publicidad⁹:

“1.- El artículo 8° no establece el principio de transparencia;

2.- La Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso;

3.- La Constitución no habla de información”¹⁰

⁹ En este mismo sentido: “[e]s menester considerar -como ya lo ha hecho esta Magistratura- que se tramita actualmente ante el H. Congreso Nacional una reforma constitucional (Boletín 8805-07) destinada a reconocer constitucionalmente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. [...] Dicha reforma es una reacción a fallos de esta Magistratura, en triple sentido. En primer lugar, que **el artículo 8° no establece el principio de transparencia** (STC Rol N° 1990/2012). En segundo lugar, que **la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso** (STC Rol N° 634/2007). En tercer lugar, que **la Constitución no habla de información** (entre otras, STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013)”. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°17-2020, considerando vigésimo.

¹⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°2258-2013, considerando décimo tercero.

Lo anterior resulta relevante, por cuanto los artículos 5° y 10 inciso segundo de la Ley de Transparencia, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 8° inciso segundo de la CPR, establecen un ámbito de aplicación muchísimo más amplio de la información que debe considerarse “pública”, pues los Preceptos Impugnados extienden la publicidad a “*toda información que obre en poder de los órganos de la Administración*”, como también a “*actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público*” no estableciendo ningún tipo de especificidad al respecto y yendo más allá de lo establecido en la propia CPR, que por de pronto no incorpora el concepto de “*información*”, por lo que resulta extraña e inconstitucional su aplicación.

En efecto, S.S. Excma. ha destacado reiterada y uniformemente la naturaleza taxativa de las cuatro categorías de actos públicos; taxatividad que se quebranta con la aplicación de los Preceptos Impugnados en la gestión pendiente, que podría ordenar entregar antecedentes yendo mucho más allá de lo establecido en la propia CPR. A modo de ejemplo, lo anterior puede observarse en: Sentencias Tribunal Constitucional Rol N° 8.474-2020¹¹, N° 8118-2020¹², N° 5.950-2019¹³, N° 3.111-2020¹⁴, N°2.982- 2016¹⁵, N°2.558-2015¹⁶, N°2.379- 2014¹⁷, entre otras.

Aún más, la información que se ordenaría entregar en razón de la aplicación de los Preceptos Impugnados en la gestión pendiente no contiene en caso alguno una manifestación de voluntad de la Administración (concepto claramente definido en el artículo 3° inciso segundo de la Ley N° 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos), ni tampoco son los fundamentos determinantes

¹¹ Considerando vigésimo sexto.

¹² Considerando vigésimo tercero.

¹³ Considerando vigésimo quinto.

¹⁴ Considerando trigésimo cuarto.

¹⁵ Considerando cuadragésimo segundo.

¹⁶ Considerando vigésimo primero.

¹⁷ Considerando cuadragésimo.

que originan una decisión de la Administración, sino que se trata de antecedentes privados, fruto de negociaciones privadas para la compraventa de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la Banda 3.5 entre Entel y Claro, por lo que su entrega vulnera derechamente lo establecido por el inciso segundo del artículo 8° y, además, en el 19 N°21, ambos de la CPR.

En definitiva, si bien la información entregada por Claro y Entel conjuntamente a Subtel son antecedentes que efectivamente obran en poder de la autoridad, no corresponden a las categorías taxativas del artículo 8° inciso segundo de la CPR. A mayor abundamiento, se desprende del referido artículo que la relación entre los antecedentes que se solicitan y la decisión de la Administración debe ser *relevante y sustantiva*, no **accidental, indirecta o secundaria**. Aquel nexo de relevancia se quebranta inevitablemente al declarar pública *“toda información que obre en poder”* de la Administración, por ese solo hecho.

Incluso más, la referencia amplia a *“los antecedentes relativos a la solicitud”* efectuada por WOM S.A. y erróneamente otorgado por el Consejo, comprende documentos cuya privacidad y confidencialidad incluso es reconocida en la Decisión de Amparo del Consejo¹⁸, y que escapan de la instancia de autorización previa de Subtel.

Pues bien, con la aplicación de los Preceptos Impugnados a la gestión pendiente, se llegaría a la consecuencia de ir en contra de lo que estableció la propia historia

¹⁸ La Decisión de Amparo del Consejo justifica su decisión de ordenar entregar los antecedentes en que *“los terceros involucrados [Claro y Entel] no han proporcionado antecedentes que permitan a esta Corporación verificar o identificar una afectación o daño presente, probable y específico a sus derechos, de acuerdo con lo cual se descartarán sus alegaciones”* (considerando sexto). En este sentido, la entrega de los antecedentes no se produce porque aquellos no sean secretos (no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos que normalmente se utiliza en ese tipo de información) o no hayan sido objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto, ni por no tener un valor comercial por ser secreta, pues todos estos requisitos copulativos establecidos precisamente por el Consejo son cumplidos a cabalidad y así lo reconoció la Administración.

fidedigna del actual artículo 8° de la CPR.¹⁹ En aquel momento, fue el legislador quien confirmó que la información que los particulares (como Claro) proporcionan a entidades fiscalizadoras no se encuentra comprendida dentro su inciso segundo. En efecto, no todo lo que obra en poder de la Administración es público, y en específico, tampoco lo son los antecedentes de privados que son entregados a la Administración.

El alcance que nuestra representada invoca sobre el contenido del artículo 8° de la CPR no solo fluye de su propio tenor literal, sino que así ha quedado respaldado y establecido en la historia de la ley. Así, y sólo a modo ejemplar, existió un rechazo categórico a la indicación presentada en aquella reforma por el Poder Ejecutivo en cuanto a que **fueran públicos los informes y antecedentes que las compañías privadas entregaren a sus entidades fiscalizadoras**²⁰.

Así también lo ha reconocido en reiteradas ocasiones este Excmo. Tribunal:

“En los casos citados, esta Magistratura concluyó de lo anteriormente señalado que “Como se observa, la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan” (STC Rol N° 2907, c. 24°; STC Rol N° 3111, c. 21°, STC Rol N° 3974, c. 12°)”²¹.

¹⁹ Ley 20.050, de 2005 “Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República”.

²⁰Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°4986-2018, considerando vigésimo octavo. Incluso más, el propio Excmo. Tribunal ha reconocido expresamente que “la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlen”. Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°2.558-2013.

²¹Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°7425-2019, considerando décimo tercero: Que, igualmente, resulta pertinente considerar, tal como se hiciere entre otras, en las STC Roles N°2907 (C. vigésimo cuarto), 3111 (considerando vigésimo primero) y 3974 (considerando duodécimo), la evolución que ha tenido el acceso a la información sobre informes y antecedentes que las empresas privadas deben proporcionar a las entidades encargadas de su fiscalización. Allí se asentó que nuestra primera ley de acceso a la información (artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporado por la Ley N°19.653) establecía el acceso a la información de los informes y

“Que, además, si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas.

[...] De lo anterior, se infiere que la información que empresas privadas entreguen al Estado no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información. Esa posibilidad expresamente fue descartada en la Reforma Constitucional de 2005, en contraste con la situación previa al 2005, donde eso era posible”²²

- ii) La aplicación de los Preceptos Impugnados a la gestión pendiente vulneraría los numerales 4 y 5 del artículo 19° de la CPR.**

Adicionalmente, la amplitud en el deber de entregar los antecedentes que erróneamente sostiene el Consejo en su Decisión de Amparo y la aplicación de los Preceptos Impugnados a la gestión pendiente que podrían llevar al mismo resultado y ocasionar el mismo agravio a Claro, infringen la privacidad de nuestra representada, quebrantando la regulación de la CPR.

antecedentes de empresas privadas, si éstos debían ser proporcionados a las entidades encargadas de su fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Se recordó, además, que esta norma desapareció de la Ley de Transparencia. Esta Magistratura enfatizó, enseguida, que "durante la tramitación de la reforma constitucional que dio origen al actual artículo 8° de la Constitución, se rechazó una indicación del Ejecutivo que hacía públicos "los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público".

²² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°2558-2013 (considerandos vigésimos primero y vigésimos quintos).

En efecto, el constituyente ha creado en el artículo 8° de la CPR, un complejo balance entre bienes, principios y derechos de la mayor jerarquía jurídica, los que se verían vulnerados de ordenar la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago la entrega de los antecedentes en disputa. No cabe duda que los documentos que se ordenan entregar son privados..

Siguiendo la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema²³ -la cual ha recurrido a la definición del profesor y ex-Presidente de esta Magistratura, don José Luis Cea Egaña- la información de naturaleza privada comprende “*el conjunto de asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes, o recintos que, el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”²⁴.*

Así, toda la documentación que no sea conocida por terceros y a cuya divulgación se opongan sus titulares en virtud de argumentos de carácter estratégicos es privada. S.S. Excma., ya se habrá percatado que es justamente esta la situación en la que se encuentra Claro. No es jurídicamente aceptable que en virtud de una solicitud excesiva como la realizada por WOM S.A., en virtud de la aplicación de los Preceptos Impugnados en la gestión pendiente, se justifique un ataque y afectación tan gravosa a la privacidad de nuestra representada, quien perderá “*el control de la información propia*”²⁵.

Más aún, la privacidad de los antecedentes proporcionados por Claro y Entel no sólo quedan amparados en el artículo 19 N°4, sino también en garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N°5 de la CPR. En efecto, el citado artículo dispone:

²³ Corte Suprema, Sentencia Rol N°1990, considerando trigésimo primero.

²⁴ José Luis Cea Egaña, *Derecho constitucional chileno*: Tomo II (2012), Ediciones UC, página 199.

²⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°1990, considerando trigésimo cuarto.

“Artículo 19°.- La Constitución asegura a todas las personas:

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;

Al respecto, como señalara también el profesor Cea, “el vocablo comunicaciones es genérico. Consecuentemente, en él quedan incluidos los documentos, porque se trata de una especie de comunicación”.²⁶ Por lo anterior, resulta evidente que los antecedentes a los cuales pretende acceder WOM S.A. son calificados como documentos privados. Así, S.S.E ha reconocido la relevancia de la privacidad de la información de particulares, pues: “[G]arantiza la inviolabilidad de “los documentos” que se empleen en el proceso comunicativo (...). Estos “documentos” son todos aquellos soportes que sirven para ilustrar o comprobar algo. [...]. La Constitución garantiza la inviolabilidad de la comunicación y de los documentos que la desarrollan”²⁷.

Muy recientemente este Excmo. Tribunal, en un caso análogo al presente se refirió a la inconstitucionalidad de la aplicación de los Preceptos Impugnados en una gestión pendiente similar, en cuanto permitía a un tercero hacerse de información contractual privada:

“Que los preceptos legales requeridos de inaplicabilidad transgreden, en su aplicación al caso concreto, los límites del artículo 8° inciso segundo de la Constitución, al ampliar deliberadamente los márgenes taxativos que la norma constitucional indica, permitiendo que, a partir de aquella amplitud, se pueda sustentar una decisión de publicidad que no se condice con el tenor literal, con los

²⁶ José Luis Cea Egaña, *Derecho constitucional chileno*: Tomo II (2012), Ediciones UC, página 217.

²⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°2153 de 11, considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto. En el mismo sentido Sentencias Rol N°2246, considerandos cuadragésimo sexto y quincuagésimo.

objetivos plasmados en su historia legislativa ni con la jerarquía del artículo 8° de la Constitución.

Asimismo, la amplitud descrita permite que se verifiquen situaciones, como la de la especie, en que se adopte una decisión de publicidad sin considerar siquiera el interés del tercero que, amparándose en normas legales, a través de una solicitud que parece dirigirse a un órgano de la Administración del Estado, en realidad se está haciendo para sí, de antecedentes de naturaleza eminentemente privada [...]

*Que la trasgresión reseñada constituye el **fundamento central de la presente declaración de inaplicabilidad**, teniendo en especial consideración, además, la afectación a garantías derivadas del carácter privado de acuerdos contractuales celebrados en el ejercicio de decisiones autónomas e intereses patrimoniales que quedan expuestos por la decisión de ordenar la entrega a un tercero de tales antecedentes.*

*Vale decir, a partir de la transgresión de los límites contenidos en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución a que nos hemos referido, se **derivan consecuentemente una serie de vulneraciones a intereses protegidos constitucionalmente, de modo tal que basta reconocer la primera de las afectaciones constitucionales para sustentar una decisión estimatoria del presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad**"²⁸.*

²⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°10160-2021, considerandos décimo séptimo y décimo octavo.

iii) La aplicación de los Preceptos Impugnados a la gestión pendiente vulneraría el artículo 19 N°21 de la CPR

Finalmente, y como consecuencia directa de la aplicación de los Preceptos Impugnados en la gestión pendiente, se vulneraría también el derecho a la libre iniciativa en materia económica de nuestra representada.

En efecto, el artículo 19 N°21 de la CPR dispone que “[l]a Constitución asegura a todas las personas: [...] El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

En concreto, esta garantía constitucional protege a los particulares de las limitaciones o restricciones arbitrarias que puedan afectarles en el ejercicio de cualquier actividad económica que desarrollen, siempre y cuando se consideren los límites establecidos en la CPR²⁹. Al respecto, este Excmo. Tribunal ha establecido dos condiciones para que esta garantía prevalezca frente a conflictos normativos: **(i)** que se trate de una actividad lícita; y, **(ii)** que su ejercicio se ajuste a las normas legales que la regulan.³⁰

Frente a ello, no cabe sino hacer presente que Claro ha dado cumplimiento en todo momento a las normativas que rigen el desarrollo de sus negocios y fue, precisamente en el tenor de aquel cumplimiento que entregó los antecedentes solicitados por WOM S.A. a Subtel, bajo el entendimiento de que la reserva y

²⁹Marcelo Mardones, *Lecciones de Derecho Económico. Tomo I* (2020), Tirant lo Blanch, página 145.

³⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°8614-20, considerando cuadragésimo cuarto. En el mismo sentido las Sentencias Rol N°280-1998, considerando vigésimo segundo, Rol N°5353-2018 considerando décimo noveno, Rol N°5776-2018 considerando décimo noveno.

confidencialidad de ellos sería mantenido, toda vez que su divulgación afecta gravemente el desenvolvimiento competitivo de nuestra representada.

En efecto, se trata de información que es conocida únicamente por las empresas involucradas y por el ente fiscalizador, que incluye planificación estratégica presente y a largo plazo de Claro y Entel, , , cuya divulgación a su competidor directo en la industria de las telecomunicaciones (WOM S.A.) lo dejaría en una posición muy desmejorada frente a siguientes procesos licitatorios que pudiera convocar Subtel.

En vista de ello, no corresponde perturbar la libertad de desarrollar cualquiera actividad económica a Claro, forzándola a entregar información comercial privada a un competidor directo, como lo es WOM S.A.

La perturbación de la actividad económica de Claro es precisamente la principal consecuencia que se generaría de no declararse la inconstitucionalidad de los Preceptos Impugnados para este caso concreto. En particular, entregar antecedentes de naturaleza absolutamente privada de nuestra representada a su competidor devendría en frustrar todo el esfuerzo e inversión de años destinados por Claro para diferenciarse y emprender proyectos.

La información cuya entrega se encuentra en disputa contiene información comercial estratégica y, sobre todo, la valorización que entregan las partes (Claro y Entel) al espectro radioeléctrico, insumo esencial para el desarrollo en el mercado de las telecomunicaciones y cuya única posibilidad de acceso es vía adjudicación por licitaciones convocadas por Subtel. Es por ello que el conocimiento de WOM S.A. de esta información constituiría un obstáculo insalvable a la actividad económica de Claro, y precisamente eso es lo que la CPR persigue evitar al

establecer excepciones a la publicidad de la información de particulares y, sobre todo, al garantizar constitucionalmente el resguardo a la información privada.

A raíz de esta misma protección constitucional implícitamente se encuentra la protección a la libre competencia. En efecto, la existencia de mercados en los que existan condiciones competitivas mínimas surge como un presupuesto para el ejercicio de la libertad económica. Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

“Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N°21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto”.³¹

En vista de lo expuesto, se ha de considerar por S.S. Excma., que la aplicación de los Preceptos Impugnados a este caso en particular infringiría los aspectos más fundamentales de la libre competencia, vulnerando la esencia de la garantía asegurada en la CPR. Lo anterior, pues llevaría al absurdo de que la propia

³¹ Corte Suprema, Sentencia Rol N°31502-2018, considerando undécimo.

autoridad fiscalizadora entregaría a WOM S.A. información estratégica y comercialmente sensible de sus competidores.

En efecto, y como ya se señaló, los antecedentes cuya entrega se encuentra en discusión corresponden a información estratégica, sensible y comercial, la cual resulta esencial para el desarrollo de las actividades de la compañía en la industria de las telecomunicaciones, cuya publicidad y conocimiento por terceros situaría a Claro en una posición desventajosa frente a sus competidores, impregnando el mercado de mayor información que la requerida para su correcto funcionamiento.

Como es evidente, lo anterior es precisamente lo que la CPR persigue evitar mediante la protección a la libre competencia y, en términos más amplios, al orden público económico. Por ello es que los Preceptos Impugnados deben ser declarados inaplicables por ser inconstitucionales en su aplicación a la Gestión Pendiente en la que podrían incidir.

EN CONCLUSIÓN, la necesidad de acoger este requerimiento es evidente, ya que la aplicación de los Preceptos Impugnados a la gestión pendiente conllevaría a infringir de manera grave y directa lo dispuesto por la propia CPR en sus artículos 8° inciso segundo y 19 N°21. De hecho, la entrega de los antecedentes a WOM S.A., también transgrediría la vasta jurisprudencia de este Excmo. Tribunal que se ha pronunciado en contra de la publicidad de información que privados entreguen a la Administración, por considerar que resulta inconstitucional.

En efecto, en innumerables oportunidades este Excmo. Tribunal ha señalado que no se vuelve público todo lo que el Estado tenga o posea y menos aún los “*informes*

y antecedentes que las empresas privadas de utilidad pública, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que sean de interés público”³².

POR TANTO,

AL EXCMO. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° y 10 inciso segundo de la ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, acogerlo a tramitación, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo en todas sus partes declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dichos preceptos en la gestión judicial pendiente que se tramita actualmente ante la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de Ingreso N°2571-2021, y en todos los reclamos que puedan incidir en dicha causa.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad con lo establecido en el artículo 93 inciso 11° de la CPR y en los artículos 38 y 85 de la LOCTC, solicitamos que se decrete de inmediato y al momento de acoger a tramitación este requerimiento, la suspensión del procedimiento en la gestión judicial pendiente.

Es absolutamente urgente e imperioso que se acceda a esta suspensión, pues el Reclamo de Ilegalidad en que incide este requerimiento se encuentra pronto a que tenga lugar la vista de la causa, cuestión que podría ocurrir la próxima semana o la subsiguiente, y esta parte ya ha agotado su derecho a pedir la suspensión de la vista y recusación de abogado integrante.

³² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°2.558-2013, considerando sexto. En este mismo sentido: N°2907 (considerando vigésimo cuarto), 3111 (considerando vigésimo primero) y 3974 (considerando duodécimo),

Al respecto, la suspensión del procedimiento resulta fundamental y especialmente procedente y necesaria en este caso para preservar la utilidad de este requerimiento, debiendo extenderse a la totalidad del proceso en que éste incide, evitando así los serios agravios que podría producir a esta parte una resolución confirmatoria en el Reclamo de Ilegalidad del que actualmente conoce la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

La necesidad urgente de esta medida es evidente: debe decretarse la suspensión del reclamo de ilegalidad que conoce actualmente la Iltma. Corte de Apelaciones, pues de lo contrario dicho Iltmo. Tribunal podría proceder definitivamente a ordenar a nuestra representada entregar a su competidor directo -WOM S.A.-, información cuya divulgación afectará gravemente sus derechos comerciales o económicos, generándose de inmediato el efecto inconstitucional y los perniciosos agravios que se procuran evitar. Este daño irreparable es inminente, pues la vista de la causa podría ocurrir en los próximos días, sin que esta parte pueda solicitar su suspensión.

En los términos planteados en lo principal, resulta necesario resguardar la tutela constitucional ante los efectos contrarios a la CPR que produciría la aplicación de los Preceptos Impugnados. Se trata, por lo demás, de una medida cuyo objeto es precisamente *“paralizar el proceso donde se generó el conflicto de constitucionalidad de la ley, incorporando así al sistema procesal un elemento necesario e indispensable para que la sentencia produzca los efectos previstos y deseados por la Carta Fundamental”*.³³

En definitiva, como lo ha señalado reiteradamente este Excmo. Tribunal, la presente solicitud *“busca asegurar el resultado de una eventual declaratoria de*

³³ Juan Colombo C., La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, Revista de Derecho Público 70, 2008, p. 52.

*inaplicabilidad, que sin suspender el procedimiento, resultaría ineficaz, pues sus efectos eventualmente no podrían concretarse”.*³⁴

POR TANTO,

AL EXCMO. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Acceder a lo solicitado, decretando la suspensión de la gestión judicial pendiente en la que incide este requerimiento, esto es, el reclamo de ilegalidad del que actualmente se encuentra conociendo la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol de Ingreso N°571-2021, al momento de acogerlo a tramitación, oficiando al efecto a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Lo anterior, en los términos solicitados, o bien, en aquellos que este Excmo. Tribunal estime procedentes.

SEGUNDO OTROSÍ: Venimos en acompañar los siguientes documentos:

Documento 1: Certificado de fecha 01 de marzo de 2012, emitido por la Secretaría de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que contiene todas las menciones establecidas en el artículo 79 de la LOCTC.

Documento 2: Copia de la Decisión de Amparo dictada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en autos Rol N°C5298-21, del 2 de noviembre de 2021, que ordenó a nuestra representada entregar a WOM S.A., antecedentes cuya publicidad afectan gravemente sus derechos económicos o comerciales.

Documento 3: Copia de la autorización previa otorgada por Subtel, de fecha 17 de mayo de 2021.

³⁴ Ver, solo a modo ejemplar, lo resuelto por este Excmo. Tribunal en las causas Rol 698-2006, 699-2006, 742-2007, 753-2007, 767-2007, 790-2007, 806-2007, 810-2007, 821-2007, 944-2007, 1.034-2008, 3.722-2017, 4.654-2018, 8.305-2020, 8.518-2020, 8.596-2020, 8.695-2020, 8.892-2020, 9.418-2020 y 9.433-2020.

Documento 4: Copia del Reclamo de Ilegalidad interpuesto por Claro Chile S.A. ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, el 19 de noviembre de 2021.

Documento 5: Copia del Reclamo de Ilegalidad interpuesto por Entel Telefonía Local S.A ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 19 de noviembre de 2021.

Documento 6: Copia autorizada de escritura pública de fecha 10 de agosto de 2021, otorgada en la Cuarta Notaría de Santiago por el Notario Público titular don Cosme Fernando Gomila Gatica.

POR TANTO,

AL EXCMO. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por acompañados los referidos documentos.

TERCER OTROSÍ: Hacemos presente a S.S. Excma. que nuestra personería para representar a Claro consta de la escritura pública otorgada el 10 de agosto de 2021, Repertorio N° 6.387-2021, en la Notaría de Santiago de don Cosme Fernando Gomila Gatica, cuya copia autorizada se acompaña en el segundo otrosí como **Documento 6.**

POR TANTO,

AL EXCMO. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tenerlo presente.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a S.S. Excma. tener presente que en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumiremos

personalmente el patrocinio y poder en esta causa en representación de Claro Chile S.A., designando domicilio para estos efectos en Isidora Goyenechea 3621, piso 5, comuna de Las Condes, Santiago. Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, conferimos poder para obrar en estos autos a la abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, doña Catalina Sierpe Venegas, y a la habilitada en derecho, doña María Francisca Fantoni Izquierdo, de nuestro mismo domicilio, quienes podrán actuar indistintamente de forma conjunta o separada, y que firman en señal de aceptación.

POR TANTO,

AL EXCMO. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: De conformidad con lo establecido en el artículo 42 inciso final de la LOCTC, y lo acordado por el Pleno de este Excmo. Tribunal el día 23 de octubre de 2014, en el sentido de autorizar la notificación por medio de correo electrónico, solicitamos que las resoluciones que se dicten en estos autos se notifiquen a los correos que se indican a continuación:

1. Julio Pellegrini Vial: jpellegrini@pycia.cl
2. Pedro Rencoret Gutiérrez: prencoret@pycia.cl
3. Catalina Sierpe Venegas: csierpe@pycia.cl
4. María Francisca Fantoni Izquierdo: ffantoni@pycia.cl

POR TANTO,

AL EXCMO. TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Acceder a lo solicitado.

AUTORIZO PODER

