

El rol de la Contraloría General de la República ante la declaratoria de confidencialidad de la información de empresas públicas en competencia

Sumario

I. Resumen. Introducción. III. La transparencia de los actos administrativos como principio base del Estado Democrático de Derecho. IV Límites a la publicidad y acceso a la información en la Administración Pública. V. Marco jurídico aplicable a las empresas públicas en competencia A. Sector de Seguros B. Sector de Telecomunicaciones C. Sector Bancario VI Rol de la Contraloría General de la República en la fiscalización de empresas públicas en competencia. D. La garantía de acceso a la información pública del órgano contralor E. El acceso a la información del órgano contralor en empresas en competencia. Conclusiones. Bibliografía.

Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹
José Francisco Monge Fonseca²

¹ Abogada, Contadora Pública Autorizada C.P.A, Auditora y Administradora Pública, actualmente doctoranda en Ciencias de la Administración de la Universidad Estatal a Distancia (UNED), Master en Administración Pública con énfasis en Gestión Pública de la Universidad de Costa Rica (UCR), posee un Diplôme d´supérieures spécialisées en Administration Publique de la Universidad de Quebec, Canadá y un Diplomado en Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg y la Universidad para la Paz. Incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, al Colegio de Contadores Públicos y al Instituto de Auditores Internos de Costa Rica, certificada en Normas Internacionales de Auditoría (NIAS). Docente universitaria y autora de diversas publicaciones en revistas nacionales y extranjeras. Actualmente se desempeña como Fiscalizadora en el Área de Fiscalización de Servicios Económicos de la Contraloría General de la República. jennifer.arroyo@cgr.go.cr

² Abogado. Licenciado en Derecho de la UCR incorporado al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, actualmente doctorando en Derecho Constitucional de la Universidad Escuela Libre de Derecho, ha cursado diversos estudios en el sector de telecomunicaciones, a nivel nacional e internacional. Actualmente se desempeña como Fiscalizador en el Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la Contraloría General de la República. jose.francisco.monge@cgr.go.cr

Resumen

El presente documento deja, sobre la mesa de discusión, el nuevo paradigma al que nos enfrentamos por tener empresas públicas que, por su naturaleza, se encuentran sujetas a los principios de publicidad y transparencia, pero que por encontrarse bajo un régimen de competencia se exceptúa de este deber en los supuestos de: salvaguardar la confidencialidad de la información de los clientes que este en su poder y en aquellas materias que se consideran secreto industrial, comercial o económico, cuando por razones estratégicas o de competencia no sea conveniente su divulgación a terceros.

Se desarrolla como eje temático la transparencia de los actos administrativos como principio base del Estado Democrático de Derecho en confrontación con los límites a la publicidad y acceso a la información en la Administración Pública, seguidamente se detalla el marco jurídico aplicable a las empresas públicas en competencia desglosándolo en los sectores: seguros, telecomunicaciones y sector bancario.

Finalmente, se analiza el rol de la Contraloría General de la República en la fiscalización de empresas públicas en competencia partiendo de la garantía de acceso a la información pública que posee el órgano contralor y el tratamiento que le ha dado a la información que ha recibido de las empresas en competencia producto de sus procesos de fiscalización.

Introducción

La Administración Pública como organización social que procura la concreción de los intereses colectivos está sujeta a los de transparencia y publicidad, por lo tanto, debe divulgar su información y propiciar la participación ciudadana en la formulación de políticas públicas y actuaciones del Estado.

Ahora bien, la incursión de la Administración Pública en actividades comerciales e industriales, que se encuentran bajo una condición de mercado competitivo, ha impulsado la generación de normas legales que fomentan una participación estatal en condiciones semejantes a las que poseen los sujetos de Derecho Privado. De tal manera, se ha determinado, por el propio legislador, una excepción al principio de acceso a la información que comprende a las entidades públicas en competencia, brindándoseles a éstas la potestad de declarar -bajo parámetros previamente definidos- ciertos datos y procedimientos como confidenciales.

Dicha declaratoria extrae esos datos del conocimiento general; sin embargo, por los principios constitucionales de responsabilidad y de rendición de cuentas por parte de entidades estatales, éstos no están exentos del escrutinio que órganos fiscalizadores realizan, siendo esta participación la que precisamente debe dar seguridad a los ciudadanos que, a pesar de no conocer de primera mano la información, ésta es revisada por órganos que garantizaran su legalidad y la coherencia de la disposición de recursos y acciones conforme al interés público a cumplir por parte de la Administración Pública.

El presente artículo pretende -sin agotar la vasta esfera que supone el tema-, analizar la vigencia del principio de transparencia en empresas públicas en competencia a las cuales

precisamente -por su nuevo marco de desempeño-, se les ha dotado la potestad de declarar como confidencial cierta información, que en condiciones normales y a partir de su condición de institución pública sería de pleno interés general. Esta pretensión se estudiara en particular desde las competencias de la Contraloría General de la República, órgano instaurado constitucionalmente como fiscalizador de la Hacienda Pública, que ante el entorno competitivo de ciertas entidades públicas, la legislación costarricense le ha asignado la tarea de verificar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, permitiendo a partir del ejercicio de tal función, el acceso delegado por el ciudadano al órgano contralor la valoración que se tiene del quehacer administrativo de dichas entidades.

I. La transparencia de los actos administrativos como principio base del Estado Democrático de Derecho

La concepción actual de “Estado Democrático de Derecho” contempla al ciudadano no como simple receptor de políticas y normas realizadas por una minoría posicionada en altos cargos públicos, sino que le otorga una participación activa en el quehacer administrativo.

La Constitución Política, en su artículo noveno, define el sistema democrático que prevalece en nuestro país, como una forma de gobierno “*popular, representativo, participativo, alternativo y responsable.*” *Esta postura aboga por la presencia de un actuar transparente por parte de la Administración que se traduce en su deber de rendir cuentas a favor de los administrados acerca de los diversos aspectos de su gestión y procurar la participación activa de éstos en la ejecución de sus cometidos institucionales.*

La obligación a la Transparencia Administrativa no tiene un contenido homogéneo, unívoco, ya que este instituto jurídico -tal y como lo señala el tratadista Dr. Ernesto Jinesta- agrupa una serie de mecanismos e instrumentos para concretarla con el propósito de evidenciar la actividad que realiza o deja de hacer el poder administrativo. En ese sentido, identificamos que la transparencia está ligada ineludiblemente a la rendición de cuentas exigida constitucionalmente en el numeral 11, segundo párrafo en cuanto postula: “*La Administración Pública, en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes...*” (Asamblea Legislativa, 2009)

Bajo esta razón, se requiere formal y materialmente que la Administración se sujete en su totalidad, a prácticas de transparencia, referidas a la generación clara de sus políticas, sus objetivos, la forma en que desempeña sus funciones, además de dar publicidad a los procesos de toma de decisiones; permitiendo así un amplio acceso del público a la información sobre la actuación administrativa.

El principio de Transparencia hace referencia a la obligación de los entes públicos de establecer canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados, lo que a su vez supone un derecho correlativo de éstos de solicitar y fiscalizar todos los detalles de la organización administrativa, replanteándose a partir de este paradigma las relaciones entre la autoridad pública (representada en sus instituciones) y los administrados, sustituyendo

los principios de autoridad, jerarquía, supremacía y subordinación por el de negociación o concertación.

Inherente a este principio de transparencia: la publicidad de la información administrativa se convierte en una garantía para el ciudadano de acceder al quehacer institucional público. En este sentido, debemos tener presente dos artículos fundamentales en la ejecución de esta garantía, el artículo 27 Constitucional que garantiza el derecho de petición, ya sea individual o colectivamente ante cualquier funcionario público y obtener de él pronta resolución, así como el artículo 30 de nuestra Carta Magna, que brinda la posibilidad efectiva de tener libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público.

El respeto del derecho fundamental a la información estatal cumple, bajo el principio de publicidad, la función de acercar al ciudadano los procedimientos y hechos necesarios que le permiten ejercer otros derechos fundamentales, por lo que debe tomarse en cuenta que la Administración incurre en faltas a su obligación cuando decide no informar sobre su actividad instrumental o sustantiva, o cuando la información sea distorsionada o bien, incomprensible, inaccesible o inoportuna. Una información con esas características podría revelar la falta de integridad en la gestión administrativa o bien, incapacidad de decisión.

Se tiene entonces que la información que conste en instituciones estatales es pública, en tanto no esté protegida por la reserva establecida en el artículo 24 constitucional o se trate de un secreto de Estado. El derecho fundamental que así se consagra tiene como objeto el derecho de información y, por ende, de comunicación de todo aquel asunto que sea de interés público. Es, entonces, comprensivo de todo documento público o de cualquier información que conste en las oficinas públicas, a condición de que en su divulgación haya un interés público.

Cuando la información sea de interés público y quede incorporada en un documento, que pueda considerarse de carácter público, cualquier persona tendrá acceso a esa información y, por ende, al documento que la contenga. Para lo cual deberá considerarse como documento "todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo" (artículo 368 del Código Procesal Civil).

Bajo este supuesto, la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función Pública, N° 8422, en su artículo séptimo garantiza al interesado el libre acceso a la información de interés público relacionada al ingreso, la presupuestación, la custodia, la fiscalización, la administración, la inversión y el gasto de los fondos públicos, así como la información necesaria para asegurar la efectividad de la presente Ley, en relación con hechos y conductas de los funcionarios públicos.

De tal manera, debemos colegir que tanto la transparencia como la publicidad refuerzan la eficacia y eficiencia de las políticas públicas, porque se conocen las metas y los medios con que se cuenta, ergo, se posibilita el control público sobre su cumplimiento efectivo y los costos en que se incurre. Y es que la transparencia permite la realización de otro de los objetivos del Estado democrático: acercar al administrado al manejo de la administración pública.

II. Límites a la publicidad y acceso a la información en la Administración Pública

El derecho de acceso a la información pública pertenece a los derechos civiles y políticos, vinculados estrechamente a las garantías individuales que tomaron forma con las revoluciones de Francia y Estados Unidos, en un primer momento.

Ahora bien, ha de considerarse que todo derecho conlleva límites propios y limitaciones impuestas por la ley. La justificación de la potestad del legislador para establecer estos límites parte de la premisa que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten restricciones, pues a partir de su reconocimiento e incorporación en un ordenamiento jurídico, coexisten con otros derechos o bienes constitucionales, por lo que pueden presentarse situaciones que impliquen la necesidad de proteger estos derechos o bienes frente a un determinado ejercicio de la libertad de acceso.

La Sala Constitucional mediante el Voto N° 2120-03, ha destacado dos elementos esenciales que fundamentan los límites del derecho de acceso de información. *"1) El fin del derecho es la "información sobre asuntos de interés público", de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder. 2) El segundo límite está constituido por lo establecido en el párrafo 2º del ordinal 30 constitucional al estipularse "Quedan a salvo los secretos de Estado".*

El secreto de Estado como un límite al derecho de acceso a la información administrativa es reserva de ley, conforme lo indica el artículo 19, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública; sin embargo, tal y como lo destaca la propia Sala Constitucional en el Voto recién citado, "persiste la omisión legislativa en el dictado de una ley de secretos de estado y materias clasificadas", lo que provoca una grave incertidumbre y ha propiciado que sea el Poder Ejecutivo el que califique por vía de decreto ejecutivo, de forma puntual y coyuntural, algunas materias como reservadas o clasificadas por constituir, a su entender, secreto de Estado.

El secreto de Estado en nuestro país se encuentra regulado en el bloque de legalidad de forma desarticulada, dispersa e imprecisa³. Pese a ello, así como cualquier otro límite a la garantía de acceso a la información de la Administración Pública, y en sí al principio de transparencia y la publicidad de los poderes públicos y su gestión, éste debe ser interpretado y aplicado, en todo momento, de forma restrictiva.

El Magistrado Constitucional, Dr. Ernesto Jinesta Lobo, señala que existe una lucha dialéctica entre la luz y la oscuridad administrativas, entre el poder visible e invisible. Las estructuras burocráticas, cerradas y autoritarias de las Administraciones Públicas se han escudado en ella para ejercer sus competencias, cuando es lo cierto que el secreto debe ser la excepción y la Transparencia Administrativa la regla en un régimen democrático. Sin embargo, señala que

³ En este sentido pueden apreciarse entre otras normas: La Ley General de Policía N° 7410 del 26 de mayo de 1994, al calificar de confidenciales y, eventualmente, declarables secreto de Estado por el Presidente de la República los informes y documentos de la Dirección de Seguridad del Estado -artículo 16-; la Ley General de Aviación Civil respecto de algunos acuerdos del Consejo Técnico de Aviación Civil -artículo 303.

la prevalencia del principio del secreto de Estado ha sido producto de una errónea interpretación de algunos principios de la organización y función administrativas tales como la eficacia, la eficiencia, la celeridad, continuidad y regularidad, con lo que se ha creado una pseudo-obligación de las Administraciones Públicas de mantener y guardar secreto como si se tratara de un mal necesario bajo el argumento “falaz del entorpecimiento de la actuación administrativa” (Jinesta Lobo, 2003).

En esta línea ha de tenerse claro que la existencia de la figura no está en discusión, más si, su aplicación, ya que en circunstancias excepcionales y debidamente calificadas es indispensable para tutelar intereses y bienes constitucionalmente relevantes, como en asuntos de defensa y seguridad nacionales, relaciones internacionales, represión y averiguación de delitos.

De tal manera, si bien es cierto que la Transparencia Administrativa debe ser la regla a reivindicar para el logro efectivo de una democracia administrativa, el secreto –entendido correctamente-, tutela información administrativa que podemos definir de sensible para el propio orden, más esto no puede comprender un extremo fácil para que la Administración restrinja información de orden público que no se contemple en aquellos receptáculos que a nuestra manera de ver ha dado casi que taxativamente la Sala Constitucional.

De igual forma, diversa información privada del administrado puede ser accedida por la Administración en los supuestos que constitucionalmente decreta como posibles, esta información es también calificada confidencial, en el entendido que la Administración puede recabar la información para el cumplimiento de sus fines, pero al ser concerniente a su ámbito privado recibe protección en ese sentido y no puede ser transferida a terceros sin el consentimiento del derecho habiente o en los supuestos que el propio ordenamiento lo establece para satisfacer un interés público. La Administración se comporta como garante de la información del Administrado y por ello ha de resguardarla del conocimiento general sin razón legítima para ello.

Igual ocurre con la información tributaria y comercial de las empresas privadas que está en poder del Estado. La Sentencia N° 2517-2003, dictada por la Sala Constitucional se refiere a este punto: “...diferente es el caso de que la recurrente pretenda obtener información sobre el expediente del negocio ... en relación con aspectos de carácter tributario o confidencial respecto de los cuales no es posible que la Municipalidad de ..., otorgue acceso irrestricto a esa documentación a cualquier persona que así lo solicite; (...) debe la Municipalidad de San José permitirle a la recurrente el acceso al expediente administrativo del negocio “...” en todo lo relacionado con aspectos de carácter público que ahí se contengan y reservar del conocimiento de la recurrente, la información que sea de carácter tributario y confidencial.”

Asimismo, se ha creado un marco legal de protección para la información confidencial de carácter empresarial. A partir del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) se establece dicha protección de la información secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información. Que tenga un valor comercial, precisamente por ser secreta y que sea objeto de medidas razonables, por su titular, para mantener la información secreta.

La determinación de información bajo carácter confidencial permite a una empresa obtener ventaja competitiva respecto a sus competidores, dado que la divulgación de su conocimiento puede derivar en el aumento de su valor, ante dicha realidad, la tutela de la información confidencial se ha tratado como un tema de especial relevancia.

De acuerdo con el criterio emitido por la Procuraduría General de la República mediante oficio N° OJ.62-2009, del 21 de julio de 2009, las empresas son titulares de distintos secretos, "algunos técnicos, como la descripción detallada de un método de fabricación; otros son de índole comercial, como una lista de nombres y direcciones de clientes que podría interesar a un competidor. Algunos secretos son extremadamente valiosos, por ejemplo, la fórmula para la fabricación de algún producto específico como puede ser una bebida, por ejemplo. Otros más sencillos, pueden consistir en una sola palabra, como el nombre de una empresa que se prevé adquirir, otros más complejos, como los detalles de una nueva campaña publicitaria. El elemento común es que todos ellos pueden ser protegidos".

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la Ley N° 7675 denominada Ley de Información No Divulgada cuyo objetivo es proteger la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales e industriales. En su numeral esta Ley detalla su ámbito de protección, el cual se refiere a los requisitos para considerar este tipo de protección, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

- Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.
- Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreta.
- Tenga un valor comercial por su carácter de secreta. La información no divulgada se refiere, en especial, a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción. Para los efectos del primer párrafo del presente artículo, se definirán como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras, las prácticas de incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que, por negligencia grave, no lo hayan sabido. La información que se considere como no divulgada deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfílm, películas u otros elementos similares. (Asamblea Legislativa, 2000)

Como se aprecia, esta Ley está dirigida a proteger toda la información que esté relacionada con secretos comerciales o industriales y de actividades que se desarrollen en un mercado competitivo dado que protege a la empresa de sus competidores. Siendo una manifestación del legislador tendiente a tutelar la transferencia y divulgación no autorizada de datos de carácter confidencial, de "una persona física o jurídica", lo que permite discutir si a partir de esta norma se puede proteger la información que genere una entidad pública. En este

sentido, se entendería conforme esta última tesis siempre y cuando se trate de una empresa pública, por cuanto, la información protegida se refiere a actividad comercial e industrial y en la medida en que ésta participe de un mercado competitivo dado que en estos supuestos la empresa pública -al igual que un empresario privado- tiene interés de que la información legítimamente bajo su control no sea divulgada, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales leales.

La Procuraduría General de la República en su dictamen C-019-2010 se refirió a las características que debe tener la información para que pueda ser considerada como secreta y de valor comercial al afirmar:

Confidencialidad que se identifica con información secreta y de valor comercial. Es pues el secreto comercial. Un secreto que se ha considerado como parte de la propiedad intelectual. Así, en el Common Law se le considera un tipo de propiedad intelectual de la misma forma que los derechos de autor y las patentes. Se trata de una propiedad intelectual con ciertas particularidades. Por un lado, esta información no necesita ser dada a conocer al público, su protección no está limitada en el tiempo, y no requiere de inscripción formal para ser protegida. Por otro lado, presenta riesgos: la divulgación del secreto pone fin a la protección. Si llega a ser conocida por los competidores, se pierde la ventaja para el poseedor y el secreto pierde valor (www.lecourslessard.com/Secretos-comerciales-en-el-derecho-de-propiedad-intelectual-de-Canada.html) (revisado el 14 de enero de 2010). De allí que se haya considerado que la protección requiere que:

- La información sólo debe ser conocida por empleados seleccionados de la empresa.
- La información sólo sea conocida por un grupo limitado de personas fuera de la empresa.
- La empresa debe tomar medidas para proteger el secreto.
- La información debe tener un valor no solo para la empresa sino también para sus competidores;
- El desarrollo de la información debe haber requerido esfuerzos y gastos financieros significativos.
- La información debe ser difícil de adquirir para un tercero.

Las medidas que la empresa toma para proteger la información tienen consecuencias patrimoniales: sencillamente la información es parte del patrimonio de la empresa y como tal tiene un valor patrimonial. (C-019-2014, 2014)

Se tiene entonces que no toda información puede ser considerada como secreto comercial o industrial para que bajo ese argumento se revista de confidencialidad, se trata de datos específicos que cumplan con los requerimientos necesarios para ser catalogados como tales. La confidencialidad de la información justifica que su suministro a otra persona requiere autorización del titular de la misma, sin la cual no puede ser divulgada o transmitida a terceros. De no ocurrir así, el hecho podrá acarrear responsabilidad para quien la divulgue sin autorización.

III. Marco jurídico aplicable a las empresas públicas en competencia

La apertura de mercados que anteriormente eran monopolio del Estado implicó un cambio de paradigma en el tema de acceso a la información pública, pues inicialmente cuando la actividad estaba en manos del Estado se partía de la premisa de acceso a la información pública; no obstante, las nuevas condiciones de mercado demandan que las empresas públicas requieran salvaguardar información importante para competir frente a la empresa privada que no está obligada a dar su información estratégica, pero en justo equilibrio con los principios de transparencia y publicidad.

a. Sector de Seguros

La apertura del mercado de seguros requirió la aprobación de la Ley N° 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros que reformó de forma integral la Ley N° 12 denominada Ley del Instituto Nacional de Seguros donde se trató el tema de la confidencialidad de la información.

El artículo 6 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros detalla la confidencialidad de la información del asegurado que por la naturaleza del contrato de seguro debe brindarle al Instituto cuando dice: "La información de carácter confidencial que el consumidor brinde a la entidad aseguradora, al intermediario o al proveedor de servicios auxiliares, en relación con un contrato de seguros, deberá tratarse como tal. El uso no autorizado de la información, que provoque algún daño o perjuicio al consumidor, deberá ser resarcido por el responsable, sin perjuicio de cualquier otra acción legal que corresponda". Esta confidencialidad ha sido ampliamente desarrollada por la Sala Constitucional y existe consenso en el resguardo de la misma, aspecto mencionado en el acápite anterior de este texto.

Ahora bien, interesan de manera particular para el propósito de este documento los párrafos segundo y tercero del artículo 12 de la Ley del Instituto Nacional de Seguros reformado por la Ley N° 8653 que establecen la confidencialidad de la información propia del INS, textualmente dice:

Artículo 12.- Manejo de información confidencial

La información que obtenga el INS de sus asegurados o potenciales asegurados, en virtud de un contrato de seguros, su ejecución o sus tratativas, es de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, que justifique su necesidad y por los medios respectivos. También, es confidencial la información, relacionada con cualquiera de las actividades del INS, calificada por este como secreto industrial, comercial o económico, cuando por motivos estratégicos, comerciales y de competencia no resulte conveniente su divulgación a terceros. Este tipo de información solo *deberá ser divulgada cuando lo considere conveniente la administración, o cuando alguna autoridad legalmente competente así lo solicite.*

Toda la información que se genere a partir de las tratativas, los contratos y la ejecución de contratos de seguros ofrecidos por el INS, es propiedad de este último. Los funcionarios del INS o cualquier tercero que tenga acceso a esta, deberán observar lo dispuesto en este artículo; además, deberán contar con autorización expresa del INS para divulgar esa información o darle un uso distinto al autorizado por el INS. (Asamblea Legislativa, 2008)

La normativa anterior establece el resguardo de la información del Instituto cuando: se califique como secreto industrial, comercial o económico, y cuando por, motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros; generando una restricción al acceso de información pública.

Lo anterior concuerda con la Ley de Información No divulgada sobre el secreto industrial o comercial, por lo que esta información debería cumplir con las características enlistadas cuando se analizó esta ley.

La Sala Constitucional se refirió en la resolución N° 12879-2012 del 14 de setiembre del 2012 al secreto comercial, industrial o económico en la determinación de tarifas de seguros del INS, estableciendo que no se lesionaron los derechos de los interesados al denegar el acceso de esta información por considerarse una excepción al derecho constitucional de Transparencia y Publicidad dada la relevancia que posee esta materia para el buen desempeño empresarial del INS.

(...) conforme a la situación jurídica actual del INS, empresa estatal que fue insertada a la competencia en sus actividades, resulta claro que deba proteger cierta información empresarial, pues no conviene su divulgación a terceros por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, conforme al mencionado artículo 12. (...) la supervisión de que las tarifas de un seguro se ajusten a la ciencia y a la técnica, lo realiza el Estado por medio de la Superintendencia citada (artículo 25 inciso k) de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros). De lo anterior, resulta claro que lo requerido es información cubierta por el secreto comercial, industrial o económico del cual, como reiteradamente lo ha señalado este Tribunal, es un límite intrínseco al derecho de acceso a la información del artículo 30 Constitucional. (Véase la sentencia No. 2010-013750 de las 10:30 hrs del 20 de agosto del 2010). Así, dado que la denegatoria objetada estuvo debidamente fundamentada en el contexto de un mercado abierto de seguros, no se comprueba violación alguna al derecho fundamental citado (...) (Voto N°12879-2010,)

Dada la complejidad para determinar qué es una información con carácter de secreto comercial, industrial o económico resulta necesario estudiar cada caso en particular y definir si realmente se ajusta a esos supuestos; no obstante, de manera categórica se puede afirmar que no toda información del INS es susceptible de ser calificada como secreto ,pues ello se convertiría en un mecanismo para eludir los deberes públicos inherentes a su condición de institución pública –aun cuando se encuentre en régimen de competencia no pierde su naturaleza de entidad pública-, por lo que la determinación de la información secreta debe

realizarse bajo un análisis exhaustivo y riguroso y siguiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

b. Sector de Telecomunicaciones

A partir de la apertura del mercado de Telecomunicaciones con la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642 se abrió la posibilidad para que sujetos de derecho privado funcionen como operadores y proveedores de estos servicios, considerados de interés general. En paralelo a dicha emisión se dictó la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N° 8660, la cual procura precisamente actualizar la normativa de las instituciones públicas participantes en dichas actividades, con el fin de otorgarles competencias similares a las de los competidores privados y que la normativa no se constituyera en una limitante para la libre competencia de las entidades estatales en el mercado de las telecomunicaciones.

Con la apertura del mercado de telecomunicaciones, el legislador introdujo a favor de las entidades que conforman el Grupo ICE (ICE, Radiográfica Costarricense S.A, RACSA, Cablevisión –que fue adquirida por el ICE-) una serie de medidas compensatorias para evitar que la apertura del mercado les causare serios perjuicios o desventajas por su condición y naturaleza pública, frente a los competidores que asumen formas de organización colectiva del Derecho privado más flexibles. Así, bajo la necesidad de que pudieran competir con entidades que no están sujetas a condiciones como las derivadas de los principios de publicidad y de transparencia, las entidades del Grupo ICE fueron dotadas por el legislador con la potestad de declarar parte de su información como secreto y así mantenerla confidencial al escrutinio público, bajo los parámetros establecidos en el artículo 35 de la Ley N° 8660 denominada Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que al efecto estipula:

La información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y clientes, será de carácter confidencial y solo podrá ser utilizada y compartida entre el ICE y sus empresas, para los fines del negocio. Su conocimiento por parte de terceros queda restringido, salvo cuando así lo solicite una autoridad legalmente competente, justificando su necesidad y por los medios respectivos. / Es confidencial la información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico, cuando, por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, no resulte conveniente su divulgación a terceros. –negrita añadida- (Asamblea Legislativa , 2008, pág. Artículo 35)

Acerca del alcance del parámetro normativo expuesto, la Sala Constitucional, mediante el Voto N° 13750-2010, dictado a las diez horas y cincuenta y tres minutos del veinte de agosto del dos mil diez, ha extraído tres corolarios básicos, siendo el primero de ellos que:

El derecho de acceso a la información administrativa del ICE y sus empresas se ve enervado cuando se trate del acceso a información confidencial. Segundo corolario, la norma contiene dos tipos de información confidencial, por un lado, aquella información que el ICE y sus empresas obtengan de sus usuarios y

clientes; y por otro lado, aquella información relacionada con las actividades del ICE y sus empresas, calificada por estas como secreto industrial, comercial o económico. Tercer corolario, es al propio ICE y sus empresas a quienes corresponde valorar si cierta información debe ser calificada como secreto industrial, comercial o económico.

La calificación que hacen las propias entidades de una determinada información debe pasar, – según plantea la propia Sala Constitucional en esa resolución–, por los principios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso particular.

Otro lineamiento concluyente dictado por el máximo interprete constitucional es que la información confidencial del ICE, es únicamente aquella respecto de los segmentos de su actividad que han sido abiertos al libre mercado. En reiteradas sentencias, entre las cuales se citan los Votos N° 6123-2011 de las nueve horas del 13 de mayo de 2011, N° 11871-2012 de las dieciséis horas un minutos de 28 de agosto de 2012 y N° 6552-2014 de las nueve horas del 16 de mayo de 2014, se acentúa una distinción y límite de la información que pueden las entidades del Grupo ICE declarar como confidenciales, delimitándola a aquel contenido correspondiente a datos del mercado de telecomunicación, como el caso de “telefonía móvil o celular, la transmisión de datos y el servicio de internet, siendo inconducente y jurídicamente inválido que se pretenda extender, por analogía, a otros renglones de actividad que no están plenamente abiertos al libre mercado”. A partir de esta consideración se da que información atinente a la actividad del sector eléctrico que derive del ICE y de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz no puede ser limitada al conocimiento y escrutinio de la población en general.

c. Sector Bancario

De los sectores estudiados en este documento, el primero en el cual se rompió el monopolio estatal y se permitió la competencia con entidades privadas fue el sector bancario; al cual tradicionalmente se ha aplicado como un límite para el acceso a la información el denominado “secreto bancario”.

El numeral 615 del Código de Comercio tipifica esta garantía de confidencialidad de la información del cliente bancario cuando dice: “Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los bancos solo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras, o la Dirección General de Tributación autorizada al efecto”.

Desde el año 1992 la Sala Constitucional ha señalado la obligación que posee toda entidad bancaria, incluida la banca estatal, de salvaguardar la confidencialidad obtenida de sus clientes producto de su actividad, criterio que se ha reiterado hasta la fecha. Al respecto el Voto N° 578-1992 dice:

En general toda la actividad bancaria que involucre contratos, solicitudes y cualquier otro tipo de relación con particulares -como clientes-, está, por su naturaleza, amparada al secreto bancario.- Las operaciones que efectúan los

particulares con los bancos -como sujetos de derecho privado- constituyen tanto en su obtención como en la forma y el modo de su constitución y servicio, documentos privados que están amparados a la protección que establece el artículo 24 Constitucional -salvo que por su naturaleza deban constar en documentos públicos o en registros, también públicos, de los cuales, y sin intervención del banco, se podría obtener la información que ellos contengan-, así que el banco no puede suministrarla sino en los casos y en la forma que aquel artículo prevé para ello. (Sala Constitucional, 1992)

El secreto bancario se refiere a la confidencialidad que debe guardar el banco estatal sobre la información de los particulares que posee bajo su custodia, siendo un supuesto similar al artículo 6 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros y el párrafo primero del artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones; en el entendido de que no se trata de información institucional, sino más bien de información personal de los clientes del banco, de particulares cuyo deber de salvaguarda recae en toda institución pública que la posea.

Por otra parte, el banco público, como entidad en régimen de competencia con la banca privada, posee información que ameritaría la declaratoria de confidencialidad por considerarse estratégica para su giro comercial; no obstante, a diferencia del sector de telecomunicaciones y seguros, se carece de una norma expresa que le permita declarar información como secreto comercial, industrial o económico.

Ante este vacío normativo este sector ha invocado la aplicación de la Ley de Información No divulgada explicada líneas atrás y que podría aplicarse a aquellas empresas públicas que se encuentren en régimen de competencia, pero únicamente para la información que cumpla con las cualidades propias de secreto comercial, industrial o económico.

A manera de síntesis, se puede señalar como elementos coincidentes en los sectores de seguros, telecomunicaciones y bancarios lo siguiente: todos poseen la obligación de salvaguardar la información confidencial de sus clientes que obtienen en virtud de su giro comercial; dado su carácter de empresa en competencia podrían declarar confidencial información institucional y crear una excepción al suministro de información pública, cuando ésta se considere necesaria para el giro comercial, encuadrándola dentro de los supuestos para ser declarada secreto comercial, industrial o económico.

De tal manera que podríamos decir que las condiciones para que una información se considere secreto comercial, industrial o económico, plasmadas en la Ley de Información No divulgada es aplicable a los tres sectores públicos en competencia estudiados en este texto.

Gráficamente el marco normativo al cual nos referimos en este documento se representa de esta manera:



Figura N° 1. Marco jurídico

IV. Rol de la Contraloría General en la fiscalización de empresas públicas en competencia

a. La garantía de acceso a la información pública del Órgano Contralor

La Contraloría General de la República como órgano constitucionalmente instituido – artículos 183 y 184 de la Constitución Política- para fiscalizar la hacienda pública y el manejo de fondos públicos, tiene desarrolladas sus competencias de control y vigilancia a partir de su Ley Orgánica N° 7428.

Debe tenerse presente que en el ejercicio de sus competencias, el legislador ha dispuesto que se tenga como garantía para el pleno ejercicio de control y fiscalización, el acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos, con la salvedad de orden constitucional y legal, tal y como lo define expresamente el artículo 13 de su Ley orgánica cuando señala:

Garantía de acceso y disposiciones de información. Con las salvedades de orden constitucional y legal para cumplir con sus cometidos, la Contraloría General de la República tendrá acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos. Con las salvedades de orden constitucional y legal, la Contraloría General de la República tendrá acceso a la contabilidad, correspondencia y en general a los documentos emitidos o recibidos por los sujetos pasivos privados, para el

ejercicio del control y la fiscalización aquí contemplados. Para el cumplimiento de las anteriores atribuciones, sólo estarán investidos de autoridad los servidores de la Contraloría General de la República acreditados para ello. Los funcionarios, empleados o particulares que sean requeridos al efecto, deberán suministrar, en el plazo que ella les fije, la información o piezas documentales o instrumentales solicitadas. (Asamblea Legislativa, 1994)

Por lo tanto, en atención al ejercicio de sus atribuciones no se limita el conocimiento de la actuación total de la Administración fiscalizada. Así, concretamente la Contraloría General tiene un marco competencial amplio el cual no se restringe por el sujeto fiscalizado.

En este tenor, el artículo 11 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública N° 8422 recalca que en cumplimiento de sus atribuciones, los funcionarios de la Contraloría General tienen la facultad de acceder a toda fuente de información, haciendo la salvedad prevista en el artículo 24 Constitucional. A pesar de lo anterior, es pertinente aclarar que la citada norma afirma que “La confidencialidad que se conceda por ley especial a los documentos, las cuentas o las fuentes, conocidos por la Contraloría General de la República según el artículo 24 de la Constitución Política y el presente Artículo, no será oponible a sus funcionarios; no obstante, deberán mantenerla frente a terceros”.

De este último postulado legal se resalta la posibilidad que tiene la Contraloría General de acceder a toda fuente de información, que los sujetos fiscalizados aun en régimen de competencia mantengan en su haber, conservando siempre un irrestricto respeto a la limitante constitucional. Además, se recalca un tratamiento particular a ciertos documentos, cuentas o fuentes de información que por ley especial se les ha dotado de confidencialidad.

De tal manera, que el carácter de información confidencial que las empresas públicas le hayan otorgado a sus documentos no es oponible al órgano contralor, dada la garantía de acceso a la información pública que esta posee para el adecuado ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Hacienda Pública; no obstante, ello también le impone a esta Contraloría

General un deber de resguardo y restricción del conocimiento por parte de terceros de la información accedida que tenga la connotación de confidencialidad, precisamente con base en un mandato legal.

b. El acceso a la información del Órgano Contralor en empresas en competencia.

A lo largo de este documento, hemos analizado los supuestos de excepción al derecho de acceso a la información pública en las empresas públicas que por encontrarse en un régimen de competencia, en donde disputan una actividad comercial con el sector privado podrían declarar confidencial aquella información que se tipifique como secreto industrial, comercial o económico.

Igualmente, hemos señalado que pese a estas restricciones, la Contraloría General de la República como órgano constitucional encargado de fiscalizar la Hacienda Pública posee una

garantía de acceso a la información confidencial de las empresas públicas en competencia, que conllevan a su vez la responsabilidad de salvaguardarla del acceso a terceros.

En este punto, conviene describir el tratamiento que el Órgano Contralor le ha dado a la información confidencial de las empresas públicas en competencia, primeramente, podemos señalar que ha sido muy respetuosa de la potestad que poseen éstas empresas de declarar confidencial información por razones de: secreto comercial, industrial o económico; asimismo, bajo la garantía de acceso a la información ha ejercido su labor de fiscalización, manteniendo su rol de control; a pesar que, en los albores de la norma habilitante para decretar la información confidencial, se trató –infructuosamente- de limitar el alcance de la labor de control y vigilancia de la hacienda pública.

Mediante oficio 06541 (DFOE-IFR-0442) dictado el 18 de julio de 2011, por el Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de este órgano contralor se respondió una solicitud por parte de la División Jurídica del ICE, en el cual requería la designación de dos funcionarios del Órgano Contralor para que atendieran toda recepción de información confidencial emitida por ellos, en atención a dicho requerimiento se le reiteró la labor constitucional de la Contraloría General y a partir de la “magnitud e importancia de las funciones que desarrolla en los sectores de energía y telecomunicaciones” era necesaria una constante solicitud de información para analizar su desempeño conforme a los parámetros de eficacia y legalidad de sus controles internos y el manejo de los fondos públicos.

En ese sentido se consideró que la propuesta realizada por el ICE *“restringe la garantía de acceso y disposición de información que poseen los funcionarios de este órgano contralor en el cumplimiento de sus labores, tal y como estipula el artículo 13 de la Ley No.7428 y el artículo 11 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública No.8422.” A partir de ello, se subrayó que todos los funcionarios del órgano contralor tienen la posibilidad de conocer en el ejercicio de sus funciones de la información que así consideren pertinente, a pesar que ésta sea declarada confidencial, además que dicho conocimiento se entendía bajo el deber que les compete de guardar la debida reserva ante terceros del contenido de la información accedida.*

En acatamiento de este deber de resguardo, la Contraloría General procedió a delimitar el ejercicio de dicha obligación a la validez y respectiva justificación pertinente que se haga en el acto administrativo de declaración de confidencialidad que genere el ente autorizado por Ley. Se ha señalado que debe considerarse que la declaración de información confidencial por parte de una entidad pública es una condición excepcional, por lo que debe cumplir con requisitos y procedimientos estrictos.

La información que la administración aduce como confidencial debe catalogarla como tal de manera clara y precisa, además debe existir -de previo- una declaratoria de confidencialidad sustentada en un acto administrativo válido y eficaz, lo cual impone que sea emitido por la autoridad que tenga la representación íntegra de la entidad, así como contar con la debida motivación y una finalidad coherente al efecto; no bastando simplemente, con externar la indicación de la norma que le permite realizar dicho acto. En consecuencia la Contraloría General, en atención de sus deberes constitucionales y legales, únicamente restringirá del

acceso público los documentos que contengan datos concerniente a las actividades desempeñadas por una empresa pública, siempre que haya sido previamente decretada como secreto industrial, comercial o económico, o que deba mantenerse así por motivos estratégicos, comerciales y de competencia, bajo las condiciones antes descritas.

En estos supuestos, el Órgano Contralor ha tenido que emitir resoluciones en las cuales se restringe al acceso de terceros de las piezas que componen parcial o totalmente los papeles de trabajo, o demás documentación que respalde su actuación, siempre que la publicidad de la misma pueda provocar la divulgación de los datos resguardados.

Al respecto la propia Contraloría General ha reconocido que si bien, la declaratoria de confidencialidad de una información, no limita sus potestades de fiscalización, ni de acceso a la misma para el ejercicio de sus deberes constitucionales y legales, sí deviene el deber de darle el resguardo respectivo, frente a terceros, de esos datos. De tal manera, que en aplicación del artículo 273 de la Ley General de la Administración Pública, el numeral 110 de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, y el artículo 90 inciso l) del Estatuto Autónomo de Servicio de la Contraloría General de la República, esta institución tiene que tomar las medidas e instaurar las acciones necesarias para resguardar el acceso de los documentos confidenciales con el fin de no divulgar los datos y consideraciones que se deriven a terceros.

El órgano fiscalizador ha considerado los riesgos de exponer datos confidenciales, en forma expresa, en sus productos de fiscalización -particularmente, en los informes de auditoría y consultas- por lo que, aplicando la tesis del privilegio indebido que eventualmente tuvieron los terceros y su incidencia negativa del quehacer de la Administración, expuesto en el artículo 273 de la Ley General de Administración Pública, en consideración a las nuevas condiciones de competencia que rigen los sectores en estudio, ha debido declarar de acceso restringido los productos de fiscalización elaborados a partir de dichos datos.

Ahora bien, tal y como se indicó líneas arriba la potestad de declarar la información confidencial radica en la institución que la emite; no obstante, la potestad de declarar de acceso restringido a etapas y productos de los procesos de fiscalización y control asignados legalmente al Órgano Contralor quien debe valorar si resulta pertinente o no hacerlo, siempre a partir de una declaración previa por parte del autorizado legalmente sobre la información que considere secreto industrial, comercial o económico. En los casos, en donde el producto de la fiscalización contiene de manera explícita datos confidenciales se ha procedido a restringir el acceso al documento de manera integral; no obstante, en otros supuestos en donde se ha valorado que el producto de fiscalización no los revela de manera expresa, se ha optado por mantenerlo con carácter público.

Con relación a las entidades bancarias se ha tenido una peculiaridad, pues como se anotó anteriormente, este sector carece de una norma, que de manera particular, le permita declarar información institucional con carácter de secreto industrial, comercial o económico, como sí lo poseen los otros sectores estudiados, lo cual ha conllevado que ante fiscalizaciones del Órgano Contralor que impliquen el conocimiento de información sensible para el giro comercial de la entidad bancaria se invoque la aplicación de la Ley de información No divulgada.

Ahora bien, la simple invocación de secreto comercial, industrial o económico no es alegato suficiente para que la Contraloría –aun cuando posea acceso a esta información por su carácter privilegiado- decida restringirla a la ciudadanía; por lo que, con el fin de poseer un nivel de certeza razonable de que efectivamente se trata de información cuya divulgación al público puede acarrearle daños irreparables a la entidad ha requerido que la solicitante aporte:

- Detalle puntual y específico de los documentos que fueron suministrados, que a criterio de la entidad revisten de carácter de secreto industrial, comercial o económico; o bien, que resulte estratégica; así como indicación de por cuánto tiempo se está solicitando el resguardo de la confidencialidad de los mismos.
- Deberá aportar el análisis jurídico para cada uno de los documentos enlistados donde se detallen las razones por las cuáles se considera que el contenido de dichos documentos se cataloga como confidencial, para lo cual deberá incluir las justificaciones que demuestren que la información efectivamente cumple con los supuestos establecidos en la Ley que le aplique (Ley de información no divulgada y leyes especiales para el sector de telecomunicaciones y seguros).
- Deberá demostrarse que los documentos que fueron facilitados habían sido clasificados de previo por la entidad como secretos, y que se han adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerlos secretos.
- Finalmente, aportar un acuerdo del máximo jerarca en donde se declaran los documentos como información no divulgada y por lo tanto como confidencial por el plazo solicitado.

Por lo tanto, la declaratoria de confidencialidad de la información institucional que limitaría el acceso de la misma a la ciudadanía y no así al órgano contralor, debe quedar claramente justificada y técnicamente fundamentada, exigiendo un trabajo previo y riguroso a la entidad que desee aplicar este supuesto de excepción al acceso de la información pública.

Resulta esencial aclarar que la declaratoria de información confidencial la realiza la entidad pública propietaria de la información y la Contraloría General únicamente se limita a respetar esta declaratoria y a mantenerla confidencial durante el plazo declarado como tal por la propia entidad; en consecuencia la actuación del Órgano Contralor se sujeta a lo resuelto por el máximo jerarca de la institución y procede a resguardarla del conocimiento de terceros no legitimados; siendo que la responsabilidad por dicha declaratoria recae en la institución, quien deberá responder ante el reclamo de un tercero que se considere lesionado por ella, y deberá brindar las explicaciones y justificaciones correspondientes, que utilizó para fundamentar el acto administrativo declaratorio de confidencialidad.

De esta forma, el Órgano Contralor se convierte en un custodio de esta información confidencial, pero manteniendo en todo momento su potestad de control y fiscalización de los fondos públicos y la hacienda pública, pudiendo divulgar los resultados de sus estudios en el tanto, ello no implique exponer la información confidencial decretada de previo así por la entidad legalmente autorizada, pudiendo hacerlo de manera general.

Conclusiones

La apertura del mercado en donde participan empresas públicas en franca competencia con entidades privadas, vino a modificar el paradigma tradicional de acceso a la información pública de estas entidades, a quienes el ordenamiento jurídico les otorgó herramientas que les permitan salvaguardar aquella información cuya divulgación podría lesionar sus intereses comerciales.

Esta protección no le resulta oponible al Órgano Contralor, quien en su papel de garante de la correcta utilización de los fondos públicos, posee una garantía privilegiada de acceso a la información pública, lo cual conlleva el deber esta protección frente a terceros durante el plazo que haya determinado la institución.

Asimismo, la declaratoria de confidencialidad deberá realizarse mediante un acto administrativo formal, emitido por la máxima autoridad de la institución que contenga las justificaciones técnicas y jurídicas correspondientes, no bastando la sola invocación de la norma para ello, además, debe indicarse el plazo durante el cual la información se mantendrá confidencial. Deberá la institución, a su vez, demostrar que desde el origen de dichos datos ha instaurado todos los mecanismos necesarios para mantenerla como confidencial restringiendo su acceso únicamente a funcionarios autorizados para ello.

La potestad y la responsabilidad correlativa de declarar información confidencial recae en la empresa en competencia que la emite, de tal manera, que la Contraloría General respeta esta decisión administrativa y cuando la tiene en su poder, tiene el deber legal de salvaguardarla como tal ante terceros no legitimados –asimismo, el término terceros no incluye a las autoridades legalmente competentes, que el ejercicio pleno de sus funciones públicas si tendrían acceso irrestricto a dicha información, a pesar de la declaratoria previa de confidencialidad; en este sentido, debe verse el contexto en el cual el legislador ha brindado a entidades públicas en competencia la potestad de declarar parte de su información como confidencial y a partir de ello, entender el alcance de la restricción de conocimiento únicamente a sujetos privados que eventualmente podrían contar con un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración en competencia, no así a las entidades u órganos públicas que requieran conocer dicha información con el fin de ejercer sus potestades públicas; no obstante, la potestad de declarar de acceso restringido los productos de la fiscalización elaborados a partir de la información confidencial recae en el Órgano Contralor, quien podrá, si considera que el producto exhibe datos confidenciales de manera explícita declarar la confidencialidad del proceso de fiscalización de manera integral.

Por el contrario, cuando considere que el producto de la fiscalización es general y no podría lesionar a la empresa pública, puede excluir, mediante legajo aparte la información con este carácter, con el fin de salvaguardarla del conocimiento de terceros no legitimados, y mantener la publicidad del resto del proceso de fiscalización.

Si bien, la declaratoria de información por las causas analizadas en este documento podría ser una limitación al control ciudadano, también se debe señalar que este control está siendo ejercido por el Órgano Contralor, a quien en su rol de órgano de control externo, el mismo

ordenamiento jurídico vigente le garantiza el acceso a la misma, actuando en pro de los intereses públicos, con lo cual la ciudadanía se encuentra representada de manera indirecta.

Bibliografía

- Alarcón Requejo, G. (2011). Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia: Pautas para la racionalidad jurídico-política. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L..
- Área de Fiscalización de Servicios de Infraestructura. (2014). Resolución DFOE-IFR-0103. San José, Costa Rica: Contraloría General de la República .
- Área de Servicios de Infraestructura. (2011). Oficio 06541 (DFOE-IFR-0442) . San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Área de Servicios de Infraestructura. (2015). Resolución DFOE-IFR-0175. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (2000). Ley N° 7975 denominada Ley de Información No Divulgada. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (2008). Ley N° 8660 denominada Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (1964). Ley N° 3284 denominada Código de Comercio. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (1994). Ley N° 7428 denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.
- Asamblea Legislativa. (2004). Ley N° 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.
- Asamblea Legislativa. (2008). Ley N° 8653 denominada Ley Reguladora del Mercado de Seguros, incluye reforma integral a la Ley N° 12 del 30 de octubre de 1924. San José, Costa Rica: Sistema Costarricense de Información Jurídica.
- Asamblea Legislativa. (2009). Ley N° 6227 denominada Ley General de la Administración Pública. San José, Costa Rica: SINALEVI.
- C-019-2014, C-019-2014 (Procuraduría General de la República 25 de Enero de 2014).
- Contraloría General de la República. (2013). Oficio 08802 (DFOE-IFR-0468). San José, Costa Rica: Contraloría General de la República.

- Dictamen 007-2003, 007-2003 (Procuraduría General de la República 16 de Enero de 2003).
- Huerta Guerrero, L. A. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. Revista Pensamiento Constitucional, Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3051>.
- Jinesta Lobo, E. (2003). Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información pública. *Ivstitia*, Disponible en <http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVAY%20DERECHO.PDF>. Obtenido de Ernesto Jinesta.
- Larenas Yevenes, C. (29 de junio de 2012). Konrad Adenauer Stiftung. Obtenido de Transparencia y Probidad en la Gestión Pública: http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/chile/Teoria_Politica/Teoria_Politica_part5.pdf
- OJ.62-2009, OJ.62-2009 (Procuraduría General de la República de Costa Rica 21 de Julio de 2009).
- Voto N° 13750-2010, Voto N° 13750-2010 (Sala Constitucional 20 de Agosto de 2010).
- Voto N° 0578-1992, 0578-1992 (Sala Constitucional 28 de Febrero de 1992).
- Voto N° 11871-2012, Voto N° 11871-2012 (Sala Constitucional 28 de Agosto de 2012).
- Voto N° 12879-2010, 12879-2010 (Sala Constitucional 14 de Setiembre de 2010).
- Voto N° 136-2003, 136-2003 (Sala Constitucional 15 de Enero de 2003).
- Voto N° 2517-2003, 2517-2003 (Sala Constitucional 21 de Marzo de 2003).
- Voto N° 2593-2003, 2593-2003 (Sala Constitucional 26 de Marzo de 2003).
- Voto N° 3074-2002, 3074-2002 (Sala Constitucional 24 de abril de 2002).
- Voto N° 6123-2011, Voto N° 6123-2011 (Sala Constitucional 13 de Mayo de 2011).
- Voto N° 6552-2014, Voto N° 6552-2014 (Sala Constitucional 16 de Mayo de 2014).
- Voto N° 7885-2002, 7885-2002 (Sala Constitucional 20 de agosto de 2002).
- Voto N° 2120-2003, 2120-2003 (Sala Constitucional 14 de marzo de 2003).