

Secretaría: Civil.

Materia: Reclamo de Ilegalidad art. 28 Ley Nº 20.285

Reclamante: Sebastián Minay Carrasco.

Rut.: 10.542.243-1.

Domicilio: José Miguel de la Barra 412, piso 3, comuna de Santiago.

Reclamado: Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia.

Rut: 61.979.430-3

Domicilio: Morandé Nº 115, piso 7, Santiago.

Representante Legal: Juan Pablo Olmedo Bustos.

Rut: 7.908.512-K.

EN LO PRINCIPAL: Reclamación de ilegalidad.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Acompaña documentos.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Solicita alegatos.

EN EL TERCER OTROSÍ: Patrocinio y poder.

Sebastián Minay Carrasco, periodista, cédula nacional de identidad número 10.542.243-1, domiciliado en José Miguel de la Barra 412, piso 3, comuna de Santiago, vengo en interponer Reclamo de Ilegalidad en contra del acuerdo o resolución adoptado por el Consejo para la Transparencia en Amparo Rol C450-09, por el cual declaró **inadmisible por incompetencia** mi reclamo de acceso a la información en contra de Polla Chilena de Beneficencia S.A., por las razones de hecho y de derecho que paso a exponer:

I.- HECHOS:

Que, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 20.285 (en adelante Ley de Transparencia), con fecha 5 de octubre de 2009 presenté una carta a la **empresa pública creada por ley** “Polla Chilena de Beneficencia S.A”, dirigida a la Presidente de su directorio, doña Verónica Montellano, en la que solicitaba se me diera acceso a cierta información precisa y clara, de carácter público, que se encontraba en poder de esta institución y que era necesaria para realizar un artículo para CIPER, centro de investigación periodística en el que desempeño mis labores. Dicha solicitud cumplía con todos los requisitos que exige el artículo 12 de la Ley de Transparencia para los requerimientos de acceso a la información. Alguna de la información solicitada era exigible a dicha entidad por su obligación de transparencia activa, es decir, aquella información que la ley le ordenaba tener disponible

para el público en su sitio electrónico, pero que en este caso no lo estaba. Otras eran exigibles por su obligación de transparencia pasiva, es decir, información que no estaba obligada a publicar en su sitio electrónico, pero que debía entregar cuando fuera solicitada por cualquier ciudadano.

Cumpliendo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Transparencia, doña Verónica Montellano contestó a mi requerimiento dentro del plazo legal a través de carta fechada 13 de octubre de 2009. A su turno, cumpliendo ahora con lo dispuesto en los incisos 2do y 3ro del artículo 16 de la misma norma, doña Verónica Montellano señaló en su respuesta escrita que no haría entrega de la información solicitada, exponiendo los fundamentos de su decisión (se acompaña copia de la respuesta en el primer otrosí).

Producto de esta negativa, con fecha 27 de octubre de 2009, y estando dentro de plazo establecido en el inciso 3ro del artículo 24 de la Ley de Transparencia, interpose un reclamo en contra de “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” para que el Consejo para la Transparencia resolviera en definitiva, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley de Transparencia.

Con fecha 30 de diciembre de 2009, el Consejo para la Transparencia resolvió declarar inadmisibile el reclamo presentado, notificándome de dicha resolución a través de carta certificada fechada 6 de enero de 2010.

II.- DERECHO:

1.- El Reclamo de Ilegalidad procede en contra de la decisión de inadmisibilidad por incompetencia del Consejo para la Transparencia.

El artículo 28 de la Ley de Transparencia señala que *“En contra de la resolución del Consejo que **deniegue** el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”*.

De acuerdo a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 23 de octubre de 2009, Rol Iltma. Corte 4625-2009, la decisión del Consejo para la Transparencia de declarar inadmisibile un requerimiento de acceso a la información es una resolución que *“significa en la práctica una **denegación** de la información requerida por el recurrente, al impedirse por esta vía el ejercicio de su derecho de habeas data”*, por lo que el Reclamo de Ilegalidad establecido en el artículo 24 debe admitirse en contra de las decisiones del

Consejo que declaren inadmisibles por incompetencia los amparos, *“habida consideración del principio rector de transparencia y publicidad consagrado en el artículo 16 de la ley 18.880 y 5° de la ley 20.285”*.

2.- La Ley de Transparencia es aplicable a la empresa “Polla Chilena de Beneficencia S.A.”.

El artículo 1° de la Ley de Transparencia dispuso que dicha ley *“regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”*.

El mismo artículo 1° define algunos conceptos para efectos de la interpretación de dicha ley, señalando en su numeral 5° que se entenderá por *“órganos o servicios de la Administración del Estado”* a aquellos *“señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”*.

A su vez, el inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala que *“La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”*.

La empresa “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” es una empresa pública creada por ley, lo que consta en el artículo 1° de la Ley 18.851, por el cual se autoriza al Estado *“para desarrollar actividades empresariales en materia de sorteos de lotería y apuestas relacionadas con competencias deportivas”*. Esta naturaleza jurídica de “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” no es discutida por la recurrida, como consta en el considerando número 3 de su decisión (que se acompaña en el primer otrosí), donde señala que dicha empresa tiene tal carácter.

Por lo tanto, siendo “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” una empresa pública creada por ley, es un órgano de la Administración del Estado, y siendo un órgano de la

Administración del Estado, le son aplicables las disposiciones de la Ley de Transparencia de acuerdo a su artículo 1°.

3.- La Ley de Transparencia obliga a la empresa “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” a cumplir con la obligación de transparencia activa:

El artículo 1° de la Ley de Transparencia dispone que esta ley *“regula (...) el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado”*. El artículo 2°, en su inciso 3ro, señala que *“También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”*.

De esta manera, el artículo 7 de la Ley de Transparencia dispone que la obligación de transparencia activa es aplicable a *“Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°”*, haciendo aplicable la obligación de transparencia activa a las a las **empresas públicas creadas por ley**, ya que ellas han sido definidas como parte integrante de la Administración del Estado por la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado a la que se remite la Ley de Transparencia para definir el significado de “órganos de la Administración del Estado” en su artículo 1°.

Esta conclusión no es discutida por “Polla Chilena de Beneficencia S.A.”, como consta en su carta de respuesta al requerimiento de información realizado inicialmente. Así, la Presidente de su directorio señaló: *“a Polla Chilena sólo le es aplicable el principio de transparencia activa, debiendo mantener a disposición permanente del público, en nuestro sitio electrónico, los antecedentes señalados en el artículo décimo de la citada ley”*.

Esta conclusión tampoco es discutida por el mismo Consejo para la Transparencia ya que en otras oportunidades se ha declarado competente para conocer de reclamos por incumplimiento de transparencia activa en contra empresas públicas creadas por ley. Así, por ejemplo, los reclamos que declaró admisibles en contra de Televisión Nacional de Chile (TVN), que es una empresa pública creada por la ley 19.132, en las causas rol R12-09 y R15-09 (se acompañan copia de estas decisiones en el primer otrosí).

De lo expuesto anteriormente se desprenden algunas consecuencias indiscutibles legalmente, y que además son aceptadas por “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” como por el Consejo para la Transparencia:

- “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” es una empresa pública creada por ley.
- “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” es por lo tanto un órgano de la Administración del Estado.
- “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” está por lo tanto obligada a cumplir con la obligación de transparencia activa.

4.- La Ley de Transparencia obliga a la empresa “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” a cumplir con la obligación de transparencia pasiva:

El artículo 2º de la Ley de Transparencia, en su inciso 3ro, señala en lo pertinente que *“También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley...”*.

A partir de esta disposición, el Consejo para la Transparencia ha entendido que cuando el artículo 2º usa las palabras *“también”* y *“expresamente”*, la intención del legislador fue la de excluir a las empresas creadas por ley de las obligaciones de transparencia (activa o pasiva), salvo que expresamente señalara lo contrario.

El artículo 10 de la ley, que establece la obligación de transparencia pasiva, señala que *“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”*. De acuerdo a la interpretación que hace el Consejo, el legislador estaría dejando fuera de esta obligación a las empresas públicas creadas por ley ya que el artículo 10 no hace alusión expresa a ellas, sino que hace una alusión genérica a los órganos de la Administración del Estado. Por ello es que cuando se presenta un amparo de acceso a la información en contra de una empresa pública creada por ley, el Consejo para la Transparencia se declara incompetente y declara la inadmisibilidad del reclamo.

Esta interpretación del Consejo para la Transparencia es jurídicamente errónea y altamente inconveniente, contraviniendo los fines de la ley, por las siguientes razones:

1.- El inciso 3ro del artículo 2º, al señalar que *“También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley”* no quiere significar que, para hacer aplicable la obligación de transparencia activa o pasiva, sea necesario que la ley señale expresamente que las “empresas creadas por ley” están obligadas a cumplir con alguna de ellas. Como lo señaló en su voto disidente el Consejero Raúl Urrutia Ávila en el amparo Rol A4-09, la utilización de la expresión “también” *“...tuvo por objeto hacer*

alusión a la posibilidad de aplicar, además de las disposiciones señaladas en el inciso primero que se aplican a todos los órganos y servicios de la Administración (dentro de los que se encuentran las empresas públicas creadas por ley), otras normas especiales que se contemplen en la ley en forma expresa” (se acompaña copia de la decisión en otrosí).

2.- Entender lo contrario traería consecuencias que, fuera de dudas, no fueron buscadas por el legislador, ni por el mismo Consejo de la Transparencia. Entender el significado del inciso 3ro del artículo 2° como lo hace actualmente el Consejo llevaría a concluir que las empresas públicas creadas por ley no tienen ninguna obligación de transparencia, ni activa ni pasiva, ya que ninguna de las normas que son fuente de las obligaciones de transparencia señalan “expresamente” en su texto a las “empresas públicas creadas por ley”:

- El artículo 7, que establece la obligación de transparencia activa, señala que estarán obligados a ella “*Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°*”, sin señalar expresamente a las empresas públicas creadas por ley.
- El artículo 10, que establece la obligación de transparencia pasiva, señala que estará obligado a ella “*cualquier órgano de la Administración del Estado*”, sin señalar tampoco expresamente a las empresas públicas creadas por ley.

3.- Eximir completamente a las empresas públicas creadas por ley de la obligación de transparencia es inconsistente con los fines de la misma Ley de Transparencia pues a través suyo se pretendía facilitar el acceso a la información que poseyeran todos y cualquier órgano de la Administración del Estado.

4.- Además, entender que las empresas públicas creadas por ley no tienen ninguna obligación de transparencia es inconsistente con otras normas de la misma ley:

- Su artículo 1°, que definió que para sus efectos se entenderá por “*órganos o servicios de la Administración del Estado*” a aquellos “*señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*”, que a su vez señala que “*La Administración del Estado estará constituida*”, entre otros, por “*las empresas públicas creadas por ley*”.
- Su mismo artículo 1° que señala que el objetivo de la ley es regular “*...el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado*”, es decir, el derecho de acceso a la información de las empresas públicas creadas por ley, entre otras.
- Su artículo 5° que señala: “*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...”.

- Los principios establecidos en el artículo 11 de la ley, que en su conjunto pretenden facilitar el acceso de los ciudadanos a la información, haciendo siempre interpretaciones pro-acceso a la información pública (obligación de aplicación de analogía pro-ciudadano).

5.- El Consejo para la Transparencia es competente para conocer del reclamo.

De todo lo expuesto anteriormente, debe concluirse que la interpretación correcta del significado del inciso 3ro del artículo 2º es la señalada por el voto disidente ya citado. Por lo tanto, las *empresas públicas creadas por ley* están obligadas a la transparencia activa y pasiva, pues ellas deben entenderse obligadas cada vez que la ley hace alusión a los *“órganos de la Administración del Estado”* ya que esta definición las incluye, de acuerdo al mismo artículo 1º en su numeral 5º, en relación al artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Como lo señala el artículo 10 de la Ley de Transparencia, la obligación de transparencia pasiva es aplicable a *“cualquier órgano de la Administración del Estado”*. La empresa “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” es una empresa creada por ley y, como ya se señaló en el punto anterior, es por ello un órgano de la Administración del Estado, lo que la hace destinataria de la obligación de transparencia pasiva. Lo anterior queda aun más claro al señalar el texto legal que *“cualquier”* órgano de la Administración del Estado debe cumplir con la obligación de transparencia pasiva, manifestando con ello la intención del legislador de hacer una aplicación lo más extensiva posible de dicha obligación para facilitar el control ciudadano de las actividades de los órganos de la Administración.

De lo anterior debe necesariamente concluirse que el Consejo de la Transparencia es competente para conocer de un amparo de acceso a la información pública presentado en contra de una *empresa pública creada por ley*, ya que el artículo 24 de la Ley de Transparencia señala que *“Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información”*.

Incluso si se entendiera que las *empresas públicas creadas por ley* no tienen obligación de transparencia pasiva, sino que sólo una de transparencia activa, como ha sostenido “Polla Chilena de Beneficencia S.A.” y el mismo Consejo para la Transparencia,

igualmente el reclamo presentado debió haber sido declarado admisible, como ya lo señaló la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de fecha 23 de octubre de 2009, Rol Iltma. Corte N° 4625-2009, en el que conoció del Reclamo de Ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia por haber declarado inadmisibile un amparo en contra del Banco del Estado (también empresa pública creada por ley).

En dicho fallo, la Iltma. Corte señaló que *“la competencia del Consejo recurrido resulta indiscutible”* ya que cuando una persona requiere se entregue información que, por obligación de transparencia activa del artículo 7, debiera estar disponible para el público, pero no lo está, se aplica el artículo 8 de la Ley de Transparencia que señala que *“Cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior”* y que de acuerdo al mismo artículo, *“Esta acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes”*. A su turno, el artículo 24 ya citado señala que *“... el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo (...) solicitando amparo a su derecho de acceso a la información”*.

POR TANTO, en virtud de lo ya expuesto y de lo señalado en el artículo 8 de la Constitución Política de la República, de los artículos 1, 2, 5, 7, 10, 11, 24 y demás pertinentes de la Ley 20.285, del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y de las demás normas pertinentes,

RUEGO A US. ILTMA. declarar admisible el presente Reclamo de Ilegalidad y, en definitiva, acogerlo declarando la competencia del Consejo para la Transparencia para conocer del reclamo presentado, ordenando se continúe su tramitación ante dicho Consejo.

PRIMER OTROSÍ: Ruego a SS. Iltma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Copia de carta de respuesta de la Presidente del directorio de “Polla Chilena de Beneficencia S.A.”, doña Verónica Montellano, negando la entrega de los antecedentes requeridos.
- 2.- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Iltma. Corte 4625-2009, de fecha 23 de octubre de 2009.

- 3.- Copia del oficio N° 1082 del Consejo para la Transparencia por el cual se notifica la decisión del Amparo por el cual hoy se presenta Reclamación de Ilegalidad (Rol C450-09).
- 4.- Copias de las decisiones del Consejo para la Transparencia en Reclamos rol R12-09 y R15-09, ambos contra Televisión Nacional de Chile.
- 5.- Copia de Decisión de Amparo Rol A4-09 en el cual se contiene el voto disidente del Consejero Raúl Urrutia Ávila.

SEGUNDO OTROSÍ: Ruego a US. Iltrma., de acuerdo a las facultades entregadas por inciso tercero del artículo 30 de la Ley 20.285, acceda a escuchar los alegatos de las partes.

TERCER OTROSÍ: Ruego a US. tener presente que por este acto vengo en conferir patrocinio y poder al abogado **Felipe Ignacio Marín Verdugo**, patente al día de la Iltr. Municipalidad de Santiago, domiciliado para estos efectos en Av. República 105, comuna de Santiago, quien firma en señal de aceptación.