

C.A. de Santiago

Santiago, diez de agosto de dos mil diez .

Vistos:

A fojas 1 don Axel Víctor Müller Bravo, ingeniero en administración, en representación de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, ambos domiciliados en Jorge Washington N° 116, Ñuñoa, deduce Reclamo de Ilegalidad en contra de la resolución de 24 de noviembre de 2009 dictada por el Consejo para la Transparencia en el Amparo Rol A242-09.

Expresa que la resolución impugnada dice relación con la reclamación efectuada ante dicho Consejo por doña Emma Román Alcayaga fundada en el artículo 24 de la Ley 20.285, por entender ésta que la Corporación Municipal le habría entregado información incompleta respecto de los resultados del concurso público para docentes de Ñuñoa, realizado por su representada en junio de 2009.

Sostiene que en sus descargos informó al Consejo que no era posible dar lugar al requerimiento por cuanto su representada es una Corporación de Derecho Privado creada conforme lo dispuesto en el D.L. 3063 y que se rige por las normas contenidas en el título XXXIII del Código Civil, por lo que no se trata de alguno de los organismos contemplados en los artículos 1° y 2° de la ley 20.285, de modo que no califica como sujeto de control o fiscalización, puesto que las corporaciones de derecho privado, no son órganos o servicios de la administración del Estado ni se encuentran dentro de aquellas entidades señaladas en el inciso segundo del artículo primero de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración

del Estado citada en el artículo 1º N° 5 de la ley 20.285 de modo que su actuar conculca lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución Política.

Sostiene que no obstante lo expuesto en sus descargos, la recurrida acogió el requerimiento de doña Emma Román Alcayaga y mediante resolución que le fuera notificada con fecha 27 de noviembre de 2009, dispuso requerir al Presidente de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa para que entregue la información solicitada por la reclamante dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde que dicha decisión se encuentre ejecutoriada, bajo el apercibimiento de proceder en caso de incumplimiento conforme lo señalan los arts. 45 y siguientes de la Ley 20.285; y que se le remita copia para verificar el cumplimiento de dicha decisión, todo lo cual es inconstitucional, ilegal y arbitrario toda vez que como ya indicó, el artículo 1º, inciso 2º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, no menciona a las corporaciones de derecho privado como sujeto de fiscalización, tampoco lo hace el artículo 2º de la Ley 20.285 que hace aplicable las disposiciones de dicha ley a ministerios, intendencias, gobernaciones, municipalidades, etc.

Afirma que el Consejo para la Transparencia, a la luz de las disposiciones referidas y especialmente conforme los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, no cuenta entre sus facultades con aquellas que le permitan, dictar resoluciones respecto de su representada, menos aún acoger requerimientos a su respecto, imponiéndole una obligación de entrega de información, so pena de una sanción, pues como se ha dicho carece de facultades y de competencia para ello.

Concluye solicitando se tenga por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la resolución de fecha 24 de noviembre de 2009, notificada el 27 de noviembre del mismo año y en definitiva se declare la ilegalidad de la referida resolución, dejándola sin efecto, con costas.

A fojas 115 don Raúl Ferrada Carrasco, Director General del Consejo para la Transparencia, evacua el traslado sosteniendo que la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa constituye, para los efectos de la Ley de Transparencia, un órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, conforme lo señala el artículo 2° de dicho cuerpo legal, por lo que se le debe aplicar el contenido de la misma Ley.

Explica que durante la segunda mitad del siglo XX se comienza a denunciar la ineficiencia de las estructuras organizativas en el ámbito administrativo y se postula aplicar, en mayor o menor medida, normas de Derecho Privado a los organismos de la Administración Pública que se traducirían en una actuación más eficiente de éstos en beneficio de los ciudadanos. En un principio esta aplicación se refirió a las actividades mercantiles e industriales que desarrollaba la Administración para trascender, luego, a funciones propiamente administrativas, proceso que la doctrina administrativista denominó como “Huida del Derecho Administrativo”, lo que lleva a la creación de entidades con formas organizativas privadas para desarrollar funciones típicamente administrativas, las que tienen como requisito básico que respondan a necesidades efectivas derivadas de las exigencias propias de las funciones encomendadas a los organismos que concurren a su creación y que sean elementos coadyuvantes de la consecución del bien común, por lo mismo no pueden responder al mero interés por eludir la aplicación íntegra del Derecho Público, sino a brindar un mejor servicio a los ciudadanos.

Expresa que en razón de lo anterior, el Consejo no pretende alterar todo el régimen jurídico privado que rige a las entidades en comento, sino sólo delimitar conceptualmente cuándo una persona jurídica de Derecho Privado constituida por la Administración Pública debe ser tratada en, al

menos algunos aspectos, como una entidad pública, estimando que esto último debe ocurrir cuando el Estado tiene una participación y posición dominante en las mismas, pues en estos casos la naturaleza pública de la entidad debe predominar por sobre su forma privada, exigiendo su sujeción a determinados principios propios del Derecho Público y cuyo cumplimiento obligado les viene exigido por la relación de instrumentalidad que motivó su existencia.

Argumenta que a juicio del Consejo Directivo del Consejo sobre la Transparencia la participación y/o posición dominante de la Administración Pública sobre una entidad de Derecho Privado, con la consecuente relación de instrumentalidad, viene dada por tres elementos básicos que, por regla general, concurren copulativamente en ellas, a saber:

- a) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación;
- b) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos; y
- c) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas.

Alega que por muy loable que sea el objetivo que se tuvo a la vista para optar por la aplicación del derecho privado no es aceptable que este proceso de “privatización” lleve a la merma de las garantías de los propios administrados pues ello puede ser causa de mayores ineficiencias. En la especie, parece evidente que la ausencia de un adecuado control de la actividad administrativa facilita la utilización incorrecta de los fondos públicos, el descontrol del gasto y la corrupción.

Agrega que si se arribase a la conclusión que la Ley de Transparencia no es aplicable a este tipo de entidades que reconocen los

tres elementos básicos antes mencionados, querría decir que los órganos de la Administración del Estado podrían constituir personas jurídicas de Derecho Privado con la pretensión de lograr mayor eficacia y flexibilidad evadiendo la aplicación de las normas y principios básicos del Derecho Administrativo, entre ellas las normas contenidas en la Ley de Transparencia, todo lo cual garantiza el correcto ejercicio de la función pública y los derechos de los ciudadanos ante la Administración.

Expresa que como antecedente necesario para la acertada resolución del presente reclamo de ilegalidad, hace presente que el Consejo, actuando en ejercicio de su facultad de dictar instrucciones generales para el correcto cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información (artículo 33 d) de la Ley de Transparencia), publicó en el Diario Oficial del pasado 3 de febrero una instrucción general para clarificar el cumplimiento de los deberes sobre transparencia activa, previo sometimiento a consulta pública de un anteproyecto entre agosto y septiembre del año pasado, con los resultados que constan en el sitio web de la reclamada. En el punto 2 i) de esta instrucción general, aprobada por la unanimidad del Consejo Directivo de esta Corporación, señala que dentro de los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa que están obligados a cumplir con estos deberes se encuentran “Las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que más del cincuenta por ciento de su órgano directivo sea designado por autoridades o funcionarios públicos o esté integrado por éstos. En esta última situación se entenderán comprendidas, entre otras, las Corporaciones Municipales de Salud y Educación”.

Hace presente que la propia Corporación reclamante ha reconocido tácitamente la aplicación de la Ley de Transparencia a su respecto, al

publicar en su sitio web información que se encuentra dentro de aquella que debe publicarse conforme con los deberes de transparencia activa contenidos en el artículo 7° de la ley de Transparencia, en su reglamento y en la instrucción general N° 4 del Consejo.

Afirma que de acuerdo a lo antes señalado la decisión reclamada, se ajusta plenamente a las disposiciones constitucionales que disciplinan la validez de la actuación de los órganos de estado, por lo mismo, el Consejo ha actuado dando estricto cumplimiento a las normas legales vigentes, aplicando en forma rigurosa las normas de la Ley de Transparencia, especialmente en lo relativo a sus competencias y procedimientos, siendo en consecuencia improcedente cualquier alegación en torno a una pretendida extralimitación de sus atribuciones al acoger y resolver el amparo que motiva la presente reclamación de ilegalidad.

Concluye solicitando se tengan por formulados los descargos y en definitiva sea rechazado en todas sus partes, con costas, declarando expresamente que la decisión dictada por el Consejo para la Transparencia y recaída en el amparo A242-09 se ajusta plenamente a la legalidad vigente y que la reclamante debe dar cumplimiento en todas sus partes a lo allí decidido.

Considerando:

1°) Que don Axel Víctor Müller Bravo, en representación de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, deduce Reclamo de Ilegalidad en contra de la resolución de 24 de noviembre de 2009 dictada por el Consejo Directivo para la Transparencia en el Amparo Rol A242-09, a objeto que se declare la ilegalidad de la referida resolución dejándola en definitiva sin efecto, por las razones ya expuestas en lo dispositivo del fallo, con costas.

2°) Que don Raúl Ferrada Carrasco, Director General del Consejo

para la Transparencia formulando los descargos, solicita que en definitiva sea rechazado en todas sus partes, con costas, el reclamo, y se declare expresamente que la decisión dictada por el Consejo para la Transparencia, recaída en el amparo A242-09 se ajusta plenamente a la legalidad vigente y que la reclamante debe dar cumplimiento en todas sus partes a lo allí decidido.

3º) Que la cuestión a decidir es si la reclamante - Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa -, creada por disposición del DL 3063, como una corporación de derecho privado y que se rige por las normas contenidas en el título XXXIII del Código Civil, debe ser considerada como comprendida dentro de aquellos organismos a que se refieren los artículos 1º y 2º de la ley 20.285 y, por ende obligada a dar cumplimiento a las normas contenidas en la Ley de Transparencia ya referida.

4º) Que no se encuentra discutido en autos que la Corporación reclamante fue creada al amparo del DFL 1-3063 de 1980 que en su artículo 12 facultó a las Municipalidades, para constituir con organizaciones de la comuna, una o más personas jurídicas de derecho privado que no persigan fines de lucro, conforme a las normas del Título XXXIII del Libro Primero del Código Civil, para la administración y operación, entre otros, de servicios en el área de educación, con la limitación expresa que en sus estatutos deberá establecerse que la presidencia de ellos corresponderá al Alcalde con facultades de delegar y que el número de directores no podrá ser inferior a cinco, cargos todos que serán concejiles.

5º) Que conforme la norma citada, las Corporaciones de Desarrollo creadas al amparo del DFL 1-3063 de 1980, son organismos que se constituyen para coadyuvar al cumplimiento de labores que han sido

encomendadas al municipio, por lo mismo no son independientes de éste, de hecho, por ley, su directorio tiene como presidente al Alcalde y su restantes componentes son cargos concejiles.

6º) Que se encuentra reconocido en autos que la Corporación reclamante fue creada por un órgano público como lo es la Municipalidad de Ñuñoa, que por otra parte de la personería agregada a los autos aparece que su dirección corresponde precisamente al Alcalde, no obstante su derecho a delegar tal función como ocurre en la especie y, por último, la función que le es asignada es eminentemente pública, como lo es la operación y administración de servicios educacionales, a lo que se suma lo dispuesto en el artículo 15 del DFL 1-3063 en cuanto a que tales Corporaciones son fiscalizadas por la Contraloría General de la República, lo que termina por demostrar que si bien se constituyen como personas jurídicas de derecho privado, el objetivo es sólo facilitar el ejercicio de una función administrativa y como tal sujeta a los mismos mecanismos de control y fiscalización que el órgano que las creó.

7º) Que en relación con lo anterior se debe tener presente que conforme lo dispone el inciso primero del artículo 2º de la Ley 20.285 sobre Acceso a la información Pública, ella es aplicable, entre otros organismos a las Municipalidades y a los órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, entre los cuales como ya se señaló se encuentra precisamente la Corporación recurrente atendido el objeto para el cual fue creada.

8º) Que por otra parte el inciso 2º del artículo 4º de la misma ley dispone que “el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso a cualquier persona a esa información a través de los

medios y procedimientos que establezca la ley”. Que a su turno, el inciso segundo del artículo 10 de la ley en comento prescribe que “El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, expedientes, contratos y acuerdos, así como toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.”

9º) Que en la especie la información requerida a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa fueron los antecedentes completos relativos a los resultados del concurso público para docentes de Ñuñoa, realizado en el mes de junio de 2009, puesto que la información entregada a la peticionaria doña Emma Román Alcayaga fue incompleta.

10º) Que la información solicitada se enmarca dentro del contenido de la letra e) del artículo 7º) de la ley 20.285, sin que por otra parte se encuentre en alguna de las situaciones de excepción que consagra el artículo 21 del mismo texto legal.

Y vistos, además, lo dispuesto en el artículo 8º de la Constitución Política de la República, 1º, 2º, 7º, 10, 21 de la ley 20.285, se declara que **se rechaza** el reclamo de ilegalidad interpuesto en contra de la resolución de 24 de noviembre de 2009, recaída en el Amparo Rol A242-09 y emanada del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia.

Regístrese y Archívese en su oportunidad.

Nº Civil-8131-2009.

Redacción Ministra (S) Sra. Mondaca

Pronunciada por la **Séptima Sala** de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago presidida por el Ministro señor Raúl Héctor Rocha Pérez e integrada por la Ministra (S) señora Dora Mondaca Rosales y abogado integrante señor Enrique Pérez Levetzow.