

El tema de esta semana trata sobre los criterios señalados por el Consejo para la Transparencia en relación a la aplicación de las disposiciones de la ley a las entidades privadas instrumentales creadas por la Administración Pública.

Del artículo 2 de la Ley de Transparencia es posible interpretar que las corporaciones de derecho privado no estarían comprendidas dentro del ámbito de competencia del Consejo para la Transparencia. Esto, pues el citado artículo sólo se refiere a *"los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa"*.

El Consejo ha declarado en múltiples ocasiones su competencia para conocer de los amparos y reclamos presentados en contra de dichas entidades, conclusión a la que ha llegado tras considerar que ellas han sido creadas para prestar un servicio público o para realizar actividades de interés público.

Se trata entonces de órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, por lo cual entran en la clasificación del artículo 2 de la ley, siéndoles aplicables todas sus disposiciones ([A240-09](#), [R23-09](#), [A211-09](#) y [A242-09](#)).

Para determinar esta condición especial, el Consejo estableció tres criterios que de presentarse de modo conjunto, se traducirían en la plena aplicación de la Ley de Transparencia a este tipo de entidades. Estos requisitos se refieren a la constatación de que:

- a) Existe concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación).
- b) Sus órganos de decisión, administración y control, están integrados por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación pública de los órganos de decisión, administración y control); y
- c) La naturaleza de las funciones que desempeñan se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).

En la semana del 21 al 25 de marzo, el Consejo para la Transparencia publicó ocho decisiones, siete de las cuales fueron declaradas inadmisibles, sin que la declarada admisible sea relevante para efectos de ser considerada en este boletín.

Esta semana queremos destacar lo sucedido respecto de la decisión [C293-10](#) con la que se habría ordenado entregar la copia de un sumario administrativo a la Municipalidad de Viña del Mar.

Consejo para la Transparencia solicita a la Contraloría apertura de sumario administrativo

En efecto, en abril del año 2010 se solicitó a la Municipalidad de Viña del Mar copia íntegra de un expediente del sumario administrativo que fue solicitado a la Municipalidad por la Contraloría Regional, incoado a los funcionarios responsables del otorgamiento de permisos de construcción. La entrega de esta información fue denegada por la Municipalidad, la que afirmó que en virtud del artículo 135 de la Ley N° 18.883, las actuaciones libradas en tal sumario tienen carácter de secreto hasta la formulación de los cargos, situación que no habría ocurrido hasta el momento de la solicitud.

Entre sus consideraciones el Consejo señaló que ésta norma cumpliría con el requisito de ser una ley de quórum calificado, siendo que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1 transitorio de la Ley de Transparencia y 4° Transitorio de la Constitución. No obstante ello, no cumpliría con la condición esencial establecida en el artículo 8° de la Carta Fundamental, esto es, que su divulgación afecte el derecho de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional o el debido cumplimiento de las funciones del servicio.

Esto último se considera así en cuanto el Consejo constató que de los hechos denunciados habrían transcurrido más de los cuatro años establecidos para la prescripción de las acciones disciplinarias de los funcionarios públicos. Por tanto, y entendiendo que según lo dictaminado por la Contraloría General de la República los órganos de la Administración no sólo pueden, sino que deben declarar de oficio la prescripción administrativa, la divulgación de tales antecedentes no podría afectar de forma alguna ninguno de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, ya que de hecho tal declaración de secreto o reserva pierde todo sentido una vez que ha prescrito la responsabilidad que se investiga.

Una interpretación contraria significaría la prolongación indefinida de tal reserva, teniendo en cuenta que los plazos de cierre de los procedimientos administrativos no son fatales y pueden extenderse indefinidamente.

En consecuencia, el Consejo con voto de mayoría acoge el amparo y requiere la entrega de los antecedentes solicitados.

El voto de minoría fue del Consejero Jorge Jaraquemada, quien estimó que este amparo debió rechazarse. En sus consideraciones estimó que la divulgación de un sumario que se encuentra en etapa de investigación afectaría el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración del Estado, puesto que permitir su conocimiento puede constituir un óbice al esclarecimiento de los hechos investigados. Por otra parte, tal publicidad afectaría los derechos de las personas investigadas, ya que en tales procedimientos se ventilan asuntos desdorosos para ellos. Siendo así, considera que se cumplirían los requisitos para que concurra en la especie la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia.

Por otra parte, diside de la opinión mayoritaria considerando que si bien los órganos de la Administración del Estado deben declarar de oficio la prescripción de la acción disciplinaria cuando en el procedimiento sumarial aparezca que ha transcurrido el plazo señalado por la ley para hacer efectiva la responsabilidad administrativa sin que el funcionario haya sido sancionado, dicha facultad no corresponde al Consejo para la Transparencia por ser privativa del órgano que sustancia el sumario.

Así lo señaló el Consejo para la Transparencia en reiteradas ocasiones ([A211-09](#), [A240-09](#), [A242-09](#), [A327-09](#), [C115-10](#), [C448-10](#) y [R23-09](#)), criterio que ha sido ratificado por las Cortes de Apelaciones de San Miguel Rol N° 132-09, de Valparaíso Rol N° 2361-09 y N° 294-10, y de Santiago causa Rol N° 8131-09. Además esto ha sido señalado en la Instrucción General N° 4 del Consejo, en su punto 2 letra i).

En definitiva, la naturaleza instrumental de estas entidades justifica el que se les aplique plenamente la Ley de Transparencia, siendo tratadas para estos efectos como entidades públicas en razón de la participación o posición dominante que en ellas mantiene el Estado.

De acuerdo a las decisiones del Consejo ([A211-09](#), [A240-09](#) y [A242-09](#)), determinar que la Ley de Transparencia no rige respecto de este tipo de entidades se traduciría en que los órganos de la Administración del Estado podrían constituir personas jurídicas de derecho privado con la finalidad de evadir la aplicación de las normas y principios básicos del Derecho Administrativo. Sólo si se encuentran sometidas a la regulación de la Ley de Transparencia se garantiza un efectivo accountability o rendición de cuentas frente a la ciudadanía

Las decisiones revisadas corresponden a amparos presentados en contra de la Municipalidad de Peñalolén, respecto de la Corporación Municipal de Peñalolén para el Desarrollo Social ([A211-09](#)), Servicio de Cooperación Técnica del Ministerio de Economía ([A240-09](#)), Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa ([A242-09](#)), Corporación Municipal de San Miguel ([A327-09](#)), Corporación de Desarrollo Social de Buin ([C115-10](#)), Instituto Forestal ([C448-10](#)) y la Municipalidad de Viña del Mar respecto de la Corporación Municipal para el Desarrollo Social ([R23-09](#)).

Ante esta decisión la Municipalidad de Viña del Mar interpuso un Reclamo de Ilegalidad ante la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, instancia que ratifica lo señalado por el voto de mayoría del Consejo para la Transparencia, en el sentido de que la divulgación ordenada no causa agravio a la Municipalidad, menos aún cuando se encuentra actualmente con sobreseimiento, por lo que rechaza el recurso deducido.

Considerando entonces que la decisión en análisis ([C293-10](#)) se encuentra actualmente ejecutoriada y que ha concluido el plazo para su cumplimiento sin que éste se haya verificado, el Consejo para la Transparencia procedió a oficiar a la Contraloría General de la República el pasado 25 de marzo de 2011, con la finalidad de que esta institución instruya un sumario administrativo en contra de la Alcaldesa de Viña del Mar, Virginia Reginato.

Argumenta que la edil de Viña del Mar habría cometido la infracción consagrada en el artículo 46 de la Ley de Transparencia, esto es, la no entrega oportuna de la información en la forma decretada por el Consejo de Transparencia, situación por la que solicita a la Contraloría investigue los hechos del caso y, de proceder, se propongan las sanciones que correspondan.

Aclaración

En el Boletín Jurídico N°9 se hizo referencia a la decisión [C5-11](#), en la que se acogió el amparo presentado contra la Superintendencia de Valores y Seguros, ordenando a ésta la entrega del informe solicitado.

Ante esto, el 25 de marzo la Superintendencia presentó un recurso de reposición contra la decisión adoptada, cuya resolución se encuentra pendiente.