

DECISIÓN AMPARO N° A97-09**Entidad pública:** Dirección de Vialidad – MOP**Requiere:** Santiago Urzúa Millán**Ingreso Consejo:** 15.06.2009

En sesión ordinaria N° 77 de su Consejo Directivo, celebrada el 18 de agosto de 2009, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del reclamo Rol A97-09, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la citada Ley de Transparencia.

VISTOS:

El artículo 8° de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de las Leyes N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1–19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; el Código de Procedimiento Civil; el D.S. N° 15/1992, del Ministerio de Obras Públicas, que aprobó el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, actualmente reemplazado; y los D.S. N° 13/2009 y N° 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante el Reglamento, y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El día 20.05.09 don Santiago Urzúa Millán, solicitó a la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, mediante formulario N° 753, la siguiente información:
 - a) Identificación del funcionario a cargo y el conductor del vehículo placa patente US.40.17.
 - b) Uso dado a este vehículo entre julio 2003 y esta fecha (20.05.2009).
 - c) Cómo se financió el combustible en el mismo periodo.
 - d) Uso dado a las demás especies retenidas por la Dirección Regional de Vialidad Coyhaique.
 - e) Lugar exacto donde se encuentran cada una de las especies retenidas, incluyendo el vehículo.
 - f) Copia de los actos y documentos, que autorizan a la Dirección Regional de Vialidad, a mantener en su poder el vehículo y las especies de la empresa Santiago Urzúa M. o su sucesora legal.

- 2) **RESPUESTA:** El Director de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, don Mario Fernández Rodríguez, se pronunció respecto de la solicitud de acceso a la

información presentada por don Santiago Urzúa Millán, mediante correo electrónico del 16 de junio de 2009, que le señalaba que *“la ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, no permite dar respuesta a solicitudes de características similares a la ingresada por usted (petición de Información Ley de Transparencia N° 753, de fecha 20 de mayo de 2009). En ese sentido y con el propósito de responder satisfactoriamente a su requerimiento —en lo que dice relación con la petición de ‘copia de actos y documentos’— le agradeceremos especificar el acto administrativo al que usted se refiere: N° de resolución, fecha de dicho documento y la autoridad de quien emana”*.

- 3) **AMPARO:** Don Santiago Urzúa Millán, en virtud de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Transparencia, formuló ante este Consejo, amparo por denegación de acceso a la información con fecha 16.06.09, en contra del Ministerio de Obras Públicas, a través de formulario, fundamentando dicho amparo en que se le habría denegado la información, solicitándole especificar el acto administrativo, número de resolución, fecha y autoridad que lo suscribe.
- 4) **TRASLADO:** En sesión ordinaria del Consejo Directivo N° 60, de 19 de junio de 2009, se estimó admisible este amparo y procedió a notificar el reclamo antedicho y a conferir traslado a la Subsecretaría de Obras Públicas, mediante Oficio N° 279 del 23 de julio de 2009.
- 5) **TRASLADO DE LA SUBSECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS:** Mediante Ord. N° 2394 recibido el 14.08.09, el Subsecretario de Obras Públicas evacuó el traslado conferido fuera de plazo, formulando los siguientes descargos u observaciones:
 - a. Señala que no es el órgano de la Administración respecto de cuya respuesta reclama el Sr. Urzúa Millán, siéndolo, en cambio, la Dirección de Vialidad.
 - b. Indica que efectivamente, el reclamante ha señalado en su amparo la solicitud de acceso a la información N° 753, presentada ante el Ministro de Obras Públicas, pero correspondiente a una materia de competencia de la Dirección de Vialidad, siendo éste el Servicio que dio respuesta a la solicitud.
 - c. Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que dicha Subsecretaría envió todos los antecedentes del reclamo a la Dirección de Vialidad, con el objeto que ésta responda, dentro de plazo, directamente, al Consejo. Asimismo, adjunta, la respuesta enviada por la Dirección de Vialidad a este Consejo, mediante Ord. N° 8107, de 12.08.2009.
- 6) **TRASLADO DE LA DIRECCIÓN DE VIALIDAD DEL MOP:** Mediante Ord. N° 8107 del 12 de agosto de 2009, el Director Nacional de Vialidad evacuó el traslado conferido, formulando los siguientes descargos u observaciones:
 - a. Que la Dirección Nacional de Vialidad ha recibido aproximadamente diez solicitudes de información —todas efectuadas en el marco de la ley de transparencia— que individualizan como requirente al Sr. Santiago Urzúa Millán. Una de dichas solicitudes es la que es objeto del presente amparo.

- b. El 16 de Junio de 2009, mismo día en el cual el Servicio solicita mayores antecedentes al reclamante, éste presenta ante este Consejo el reclamo por denegación de acceso a la información Rol A97-09.
- c. Agrega que es evidente que los argumentos del reclamante quedan sin fundamento, toda vez que la respuesta que el Servicio le envió al requirente tenía por finalidad que éste especificare su solicitud para que el órgano reclamado pudiera identificar y entregar los documentos requeridos, siempre y cuando dichos documentos no estuvieren incluidos en las causales de secreto y reserva contemplados en la Ley de Transparencia.
- d. Indica que el mismo reclamante lo reconocería en su amparo, al señalar como fundamento de la denegación de la entrega de la información, el requerimiento de las especificaciones ya señaladas.
- e. Por lo anterior, indica el reclamado, la respuesta otorgada al reclamante no correspondería a una denegación de información sino, más bien, a una solicitud aclaratoria de antecedentes, cuya finalidad sería determinar la documentación que el solicitante precisa.
- f. Habiendo transcurrido casi un mes y medio desde que se le solicitó al Sr. Urzúa los antecedentes antes descritos el reclamado no habría recibido ninguna aclaración del requirente y, en cambio, se le notificó al órgano la interposición del amparo presentado ante este Consejo.
- g. Agrega que es un hecho claro y concreto que la Dirección Nacional de Vialidad ha orientado sus esfuerzos a dar un trato igualitario a todas las solicitudes de información que, al amparo de la Ley de Transparencia, han ingresado los ciudadanos, entre ellas, las 10 solicitudes del Sr. Santiago Urzúa Millán. En ese sentido hace presente su voluntad de ser coherente con el mandato que la Ley de Transparencia impone, así como también con los criterios pro transparencia que se han definido en la Institución.
- h. Reconoce que si bien la solicitud del reclamante persigue la entrega de información que, supuestamente, debería estar contenida en un documento que obra en poder del Servicio requerido, resulta altamente complejo identificar el mismo de no contar con mayores antecedentes por parte del reclamante
- i. Por último solicita, rechazar el amparo presentado por el reclamante y acumularlo con el amparo Rol A56-09, por tratarse de la misma materia, del mismo requirente y del mismo requerido.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que la información solicitada por el reclamante se encuentra inserta en el siguiente contexto, que es necesario relatar brevemente para una adecuada decisión en este caso, tal como se hizo en la decisión del amparo A56-09:
 - a. Mediante Convenio Mandato suscrito entre el Gobierno Regional de Aysén y la Dirección Regional de Vialidad de la misma región, aprobado por Resolución N° 137, de 4 de diciembre de 2000, se encomendó a ésta la gestión técnica y administrativa del proyecto “*Mejoramiento de la Ruta 7, Sector La Zaranda – Bifurcación Acceso Cisnes*”, radicándose en el mandante la gestión financiera



del mismo con la obligación de pagar directamente al contratista los estados de pago.

- b. Por Resolución DRV N° 35, de 17 de abril de 2002, se adjudicó el proyecto antes mencionado a la empresa Santiago Urzúa Millán. Durante la ejecución del contrato se suscitaron varios inconvenientes, debido a la falta de presupuesto del Gobierno Regional de Aysén, lo que derivó en el no pago al contratista y la paralización de las obras por su parte.
- c. Debido a estos “*inconvenientes*” y otras irregularidades el contratista recurrió a la justicia civil, a la justicia criminal y a la Contraloría General de la República.
 - i. La demanda civil fue en principio rechazada y en la actualidad se encuentra en la Corte Suprema, producto de la interposición de un Recurso de Casación por el reclamante.
 - ii. La querrela criminal se refería a presuntos delitos de falsificación de instrumento público, defraudación y malversación de caudales públicos. El Fiscal a cargo decidió no perseverar en la investigación, por lo que el reclamante solicitó nuevas diligencias, a las que se les ha dado curso y que hoy se encuentran pendientes.
 - iii. Ante Contraloría el reclamante denunció supuestas irregularidades en la ejecución del contrato adjudicado, las que el órgano contralor investigó en virtud de dichas denuncias y de oficio instruyéndose un sumario que finalizó con la Resolución N° 311/2009 que sanciona a tres funcionarios de la Dirección de Vialidad de la XI Región. A su vez, el MOP solicitó a Contraloría dictaminar si era posible que, encontrándose pendiente el fallo de la Corte Suprema sobre el recurso de casación, se liquidara el contrato en conformidad al Reglamento para Contratos de Obras Públicas vigente a la fecha de la adjudicación (D.S. N° 15/1992, MOP) y si, en tal caso, procedía restituir las especies al reclamante, en virtud de las bases de licitación. Contraloría se abstuvo de emitir un pronunciamiento por tratarse de un asunto litigioso sometido al conocimiento de los Tribunales de Justicia. Por último, el 01.04.2009 el reclamante nuevamente denunció supuestas irregularidades en la ejecución del mencionado contrato, solicitando a Contraloría ordenar nuevos sumarios administrativos y la restitución de las especies, que debido a que no se había liquidado el contrato, se encontraban aún en poder de la Dirección Regional de Vialidad. Contraloría se pronunció sobre el particular a través del Dictamen N° 37.755/2009, en el que, previo a reiterar la abstención de pronunciarse sobre materias entregadas al conocimiento de los tribunales, señaló que a la administración activa le corresponde dar estricto cumplimiento a las disposiciones relativas a la recepción de obras, retenciones y liquidación, habiendo en este caso transcurrido en exceso el plazo establecido para formular la liquidación del contrato y devolver las retenciones que procedan. En lo concerniente a las especies de propiedad del contratista señaló que si la Administración reconoce o se acredita fehacientemente que le fueron entregadas por éste, corresponde devolverlas a la brevedad. En cuanto a la necesidad de

instruir otro sumario administrativo por las irregularidades ocurridas en la Dirección Regional de Vialidad de Aysén Contraloría, considerando que dichas irregularidades habrían ocurrido en el año 2003, aplicándose la prescripción de la acción disciplinaria establecida en el Estatuto Administrativo.

- 2) Que la solicitud de acceso a la información realizada por el reclamante ante la Dirección de Vialidad del MOP contiene información que, de acuerdo a su naturaleza, requiere ser elaborada, especialmente la especificada en los literales de a), b), c), d) y e) del primer numeral de la parte expositiva de esta decisión, que reproduce la solicitud de acceso a la información. En cambio, el literal f) supone la existencia de documentos ya elaborados que obrarían en poder del órgano requerido.
- 3) Que la respuesta de la Dirección de Vialidad al reclamante, de 16.06.2009, puede desglosarse en dos partes:
 - a. La primera, relativa a los puntos enunciados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 1) de esta Decisión, constituye una denegación de información, debido a que *“la ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, no permite dar respuesta a solicitudes de características similares a la ingresada por usted”*. A este respecto debe determinarse si lo que el requirente solicitó en dichos puntos constituye o no información pública, si ésta existe o no y, en caso de no existir, si la elaboración de dicha información significaría un costo excesivo o no previsto en el presupuesto del Servicio.
 - b. La segunda, relativa al literal f), podría entenderse como una solicitud de subsanación formulada de acuerdo al artículo 12 de la Ley de Transparencia. Ello, pues se solicita al requirente especificar la fecha, número y emisor de los actos o documentos que se están requiriendo. No obstante, no se indica al reclamante el plazo de 5 días que señala la Ley para que subsane su requerimiento ni se le hace presente que de no hacerlo se le tendrá por desistido de su petición.
- 4) En conformidad con lo anterior parece apropiado distinguir entre los requerimientos referidos a actos administrativos y los referidos a información pública. Los primeros son decisiones escritas y formales, conforme el art. 3º de la Ley Nº 19.880, de 2003. La segunda, en cambio, no tiene la misma formalidad y basta que obre en poder de los órganos de la Administración en cualquier formato, soporte y con cualquier fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, conforme a los arts. 5º y 10 de la Ley de Transparencia. Este último reconoce el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.
- 5) El artículo 16 de la Ley de Transparencia obliga a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, a

proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley y el artículo 17 señala que la información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles.

6) Que analizada la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.285, de 2008, puede señalarse que:

a. La indicación sustitutiva que dio origen a esta ley contemplaba el mismo artículo 17 que fue finalmente aprobado con un solo añadido: un inciso segundo, que disponía que:

“En todo caso, los órganos de la Administración del Estado no están obligados a elaborar documentos o a producir información que no exista en su poder para satisfacer la solicitud de acceso a la información” (negritas nuestras).

b. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 08.05.2007, se deja constancia que los diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward hicieron una indicación, posteriormente retirada, para eliminar el aludido inciso segundo, fundada en que no era posible aceptar que, en la práctica, el argumento de los costos para el Estado, terminara siendo el subterfugio para no entregar la información. Los representantes del Ejecutivo precisaron que el objetivo de este proyecto era poner a disposición del público la información que ya existe, sin que ello pueda significar comprendida la obligación de elaborar o producir información que no se encuentre en poder del órgano requerido. La indicación estaría imponiendo, en forma indirecta, un gasto para el Estado y, por ende, sería inadmisibles.

c. Sin embargo, el Diputado señor Burgos afirmó que le parecía muy amplio establecer que los órganos del Estado no estuviesen obligados a elaborar documentos, ya que siempre lo estarán, aún para responder las solicitudes de información, señalaron que ello no decía relación con los costos financieros propios del funcionamiento del órgano, sino que con la elaboración de información que no exista.

d. Acogiendo lo planteado el Ejecutivo presentó una indicación para suprimir en el inciso segundo los términos “a elaborar documentos o”, la que se aprobó por unanimidad, conjuntamente con el artículo, quedando su redacción, en este trámite constitucional, de la siguiente forma:

“Artículo 17.- La información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles.

En todo caso, los órganos de la Administración del Estado no están obligados a producir información que no exista en su poder para satisfacer la solicitud de acceso a la información.

Se deberá contar con un sistema que certifique la entrega efectiva de la información al solicitante, que contemple las previsiones técnicas correspondientes” (negritas nuestras).

- e. En la Comisión Mixta, el artículo 17 contó con la aprobación unánime de los miembros presentes de dicha Comisión (Honorables Senadores señores Bianchi, Larraín, Núñez, Pérez Varela y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Eluchans y Jarpa) “...con la sola enmienda de eliminar el inciso segundo, que estatúa que el órgano requerido no está obligado a entregar información que no posea, supresión sugerida por el Honorable Senador señor Larraín y por los Honorables Diputados señores Cardemil y Eluchans”. Este es el origen directo de la redacción actual del artículo 17 de la Ley de Transparencia.
 - f. Por lo tanto, la supresión de la norma que establecía que los órganos de la Administración del Estado no estaban obligados a elaborar información y restringía su obligación a entregar sólo información ya existente no fue una omisión involuntaria del legislador. Por el contrario, la intención del legislador fue eliminar esta restricción lo que permite solicitar a los órganos de la Administración elaborar documentos, en tanto la información que allí se vuelque obre en poder de la Administración y con un límite financiero: no irrogar al Servicio un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional.
- 7) Que precisamente los primeros cinco puntos de la solicitud de información motivo del presente amparo se refieren a información que se afirma estaría en poder de la Administración, sin que se indique el documento en que constan.
- 8) Que sobre la base de los criterios anteriores, y para arribar a una decisión, el Consejo separará cada uno de los requerimientos de información realizados por el reclamante:
- a. Identificación del funcionario que está a cargo del vehículo placa patente US.40.17 y del conductor: Este vehículo, de propiedad de la empresa constructora SUM y, previamente, del reclamante, habría sido entregado a la Dirección de Vialidad en virtud del contrato existente entre ésta y aquél, aunque este hecho no quede claro de los antecedentes aportados. Si así fuera, esta información debe considerarse pública y entregarse en vista de los principios de relevancia, apertura y máxima divulgación del art. 11, sin que se divise causal de reserva o secreto aplicable. En efecto, el Servicio no puede ignorar si está o no utilizando un vehículo determinado de propiedad de un tercero, de manera que es de interés público determinarlo, especialmente si se considera que existen juicios pendientes sobre el contrato en virtud del cual se habría aportado al Servicio.
 - b. Uso dado a este vehículo entre julio 2003 y esta fecha (20.05.2009): Debido a que las especies retenidas o que se encuentran en poder de la Dirección de Vialidad de Coyhaique como resultado del contrato con el reclamante deberían encontrarse custodiados por dicho órgano éste debería conocer si se están utilizando para algún fin específico o no.

- c. Cómo se financió el combustible en el mismo periodo: Si efectivamente algún funcionario de la Dirección de Vialidad de Coyhaique utilizó el automóvil de propiedad o posesión del reclamante, el órgano reclamado debería saber cómo financió el combustible de dicho vehículo.
- d. Uso dado a las demás especies retenidas por la Dirección Regional de Vialidad Coyhaique: Tal como en los puntos precedentes, el órgano referido debería saber el uso que da a especies retenidas o que se encuentren en su poder objeto de un contrato del que fue parte y que no se cumplió, de manera que se trata de información que no puede sino transparentar.
- e. Lugar exacto donde se encuentran cada una de las especies retenidas, incluyendo el vehículo: También en este caso debe aplicarse lo señalado en los puntos anteriores. Si el órgano reclamado mantiene especies del reclamante en régimen de retención debe poder informar el lugar exacto dónde se encuentran las especies, particularmente si fueron aportadas por el reclamante en virtud del contrato suscrito con la Dirección de Vialidad de Coyhaique.
- f. Copia de los actos y documentos, que autorizan a la Dirección Regional de Vialidad, a mantener en su poder el vehículo y las especies de la empresa Santiago Urzúa M. o su sucesora legal: Como se advirtió previamente, en este punto el órgano reclamado habría solicitado una especie de subsanación del requerimiento formulado, pero sin señalar el plazo para subsanar ni indicar que de no hacerlo dentro de dicho plazo se tendría por desistido al requirente de su solicitud. Lo primero en este punto es analizar si realmente procedía que la Dirección de Vialidad solicitase que el reclamante subsanase este punto de su requerimiento o, visto desde otra perspectiva, si la solicitud formulada era lo suficientemente específica. Con el fin de poder esclarecer este punto se aplicarán los criterios ya establecidos en las Decisiones A38-09 y A39-09 de este Consejo, para entender cuándo una solicitud es específica, esto es, cuando cumple con este estándar la materia, las partes y la vigencia, pudiendo indicarse lo siguiente para este caso:
 - i. Materias: Los actos y documentos que autorizan a la Dirección Regional de Vialidad a mantener en su poder especies del reclamante.
 - ii. Las partes, autor y/o tercero afectado: La Dirección Regional de Vialidad de Coyhaique sería parte o autora de los actos o documentos. El reclamante, en tanto, sería el tercero afectado.
 - iii. Vigencia: En las decisiones citadas (A38-09 y A39-09), se entendió que el silencio a este respecto supone la vigencia o periodo se trataría de aquél transcurrido entre la presentación de la solicitud y su respuesta.

De acuerdo a lo anterior, entonces, debe considerarse que en este punto la solicitud del reclamante es suficientemente específica de manera que no procedía la solicitud de subsanación y, tal como en los casos anteriores, de

encontrarse el vehículo singularizado en poder de la reclamada esta información debe ser entregada al solicitante.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE ATRIBUYEN LOS ARTS. 24 Y SIGUIENTES Y 33 B) Y POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

- 1) Acoger en todas sus partes el amparo interpuesto por don Santiago Urzúa Millán en contra de la Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, por las consideraciones señaladas.
- 2) Requerir a la Dirección Nacional de Vialidad, que entregue la información señalada en el número anterior dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde que se encuentre ejecutoriada la presente decisión.
- 3) Requerir a la Dirección Nacional de Vialidad que la entrega de la información se realice con copia a este Consejo, con el fin de verificar su cumplimiento, sea a la dirección Morandé N° 115, Piso 7°, comuna y ciudad de Santiago o al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, según el tenor de la solicitud del requirente.
- 4) Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a don Santiago Urzúa Millán, a la Dirección Nacional de Vialidad y a la Subsecretaría de Obras Públicas (copia informativa).

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Juan Pablo Olmedo Bustos y los Consejeros don Alejandro Ferreiro Yazigi, don Roberto Guerrero Valenzuela y don Raúl Urrutia Ávila. Se certifica que el Consejero Roberto Guerrero V. concurrió al acuerdo pero no firma por encontrarse fuera del país.