

Santiago, diecisiete de mayo de dos mil veintiuno.

**Vistos y teniendo presente:**

**PRIMERO:** Que Marco Riveros Keller, Vicepresidente Ejecutivo de la Comisión Chilena del Cobre, (COCHILCO), conforme al artículo 28 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, prevista en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, interpone reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia por la Decisión de Amparo Rol C 582 - 20, adoptada en Sesión N° 1097 del Consejo Directivo, de fecha 18 de mayo de 2020, la que fue notificada el 27 de mayo de 2020, por medio de la cual el Consejo para la Transparencia acogió parcialmente el amparo de acceso a la información formulada por Eduardo Bustamante Sánchez, ordenando al Vicepresidente Ejecutivo de la Comisión Chilena del Cobre entregar al solicitante “copia de la resolución y (sus adjuntos) enviada por COCHILCO el 18 de octubre de 2019 y que fuera recepcionada por la Contraloría General de la República con fecha 21 del presente mes. La referida resolución y sus adjuntos ha sido emitida con ocasión de la derivación realizada, por la Contraloría, mediante referencia 169.479/19 de fecha 18 de marzo de 2019, frente a un requerimiento realizado por este abogado en representación de Zarey Consultores SpA”; “tarjando previamente la información sobre gastos contenida en la página 8 de la minuta solicitada, como asimismo, del anexo (v) que contiene un correo electrónico, desconformidad a los fundamentos expuestos precedentemente.”

Sostiene el compareciente que la decisión reclamada del Consejo para la Transparencia, es manifiestamente ilegal, vulnera la Ley de Transparencia y la Constitución Política, por lo que solicita se acoja el reclamo de ilegalidad y se deje sin efecto la decisión.

Expresa que Eduardo Bustamante Sánchez formuló ante la Contraloría General de la República, solicitud de acceso a la



información pública, la cual fue derivada a esa Comisión con fecha 20 de diciembre de 2019, e ingresada en el sistema de acceso a la información pública bajo el Folio ASOO2T - 0000315. El tenor literal de la solicitud es la transcrita precedentemente.

Señala que por resolución aprobatoria exenta N° 06, de 13 de enero de 2020, COCHILCO denegó el acceso a la información, en virtud de la Ley N° 20.085.

Se resolvió denegar por las causales contempladas en el artículo 21 N° 2 y N° 5 de la ley Sobre Acceso a la Información Pública, la entrega de la información contenida en la Minuta elaborada por COCHILCO sobre el proceso de término anticipado de un contrato celebrado entre la empresa Zarey Consultores SpA y la División Chuqicamata de Codelco - Chile, requerida bajo el Folio AS002T - 0000315.

Indica que el 3 de febrero de 2020, Eduardo Bustamante Sanchez dedujo amparo ante el Consejo para la Transparencia en contra de COCHILCO, fundado en la respuesta negativa a su solicitud de acceso a la información.

Mediante Oficio N° E2188, de 18 de enero de 2020, el Consejo para la Transparencia confirió traslado del amparado al Vicepresidente Ejecutivo de COCHILCO, el que se evacuó mediante Oficio Res. N° 059, de 2 de marzo de 2020, solicitando al Consejo para la Transparencia rechazar dicho amparo, argumentando que existe riesgo de pérdida de competitividad para CODELCO, de hacerse pública la información requerida.

Agrega que la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, se puede alegar en mérito de lo expuesto en el artículo 16 de la citada ley; que la Contraloría General de la República, en su Dictamen N° 30.252, de 18 de agosto de 2017 - resolviendo una consulta realizada por la H. Cámara de Diputados -, sostiene en lo que atañe a esta prestación que el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución Política de la República, prevé que son públicos los actos



y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, añadiendo que sólo una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto de aquéllos o éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Manifiesta, que el artículo 21, N° 4 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado - aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 - dispone que una de las causales de reserva o secreto se configura cuando la publicidad, comunicación o conocimiento de la documentación afecte el interés nacional, en especial, si se refiere, en lo pertinente, a los intereses económicos o comerciales del país, y que considerando las actividades productivas realizadas por la Corporación Nacional del Cobre y su impacto en el presupuesto público y la economía del país, el inciso final del artículo 2° del D.F.L. N° 1, de 1987, del Ministerio de Minería - que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°1.349, de 1976-, establece, en lo que interesa, que las empresas productoras estarán obligadas a proporcionar oportunamente todos los antecedentes e informaciones que les soliciten la Comisión Chilena del Cobre, los que tendrán el carácter de confidenciales y el personal de aquella estará obligado a guardar estricta reserva sobre ellos; y que los dictámenes de Contraloría son obligatorios para los órganos de la administración pública.

Afirma que mediante Oficio N° E7543, de 26 de mayo de 2020, notificado por correo electrónico el 27 de mayo de 2020, el Director Jurídico del Consejo para la Transparencia comunicó la Decisión de Amparo Rol C582-20, acordada por su Consejo Directivo en Sesión de 18 de mayo de 2020, en la que en definitiva acoge parcialmente el amparo deducido por Eduardo Bustamante Sánchez, desestimando las causales de reserva alegadas y ordenando al Vicepresidente Ejecutivo de la Comisión Chilena del Cobre entregar al

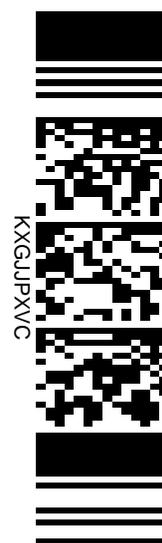


solicitante: “copia de la resolución y (y sus adjuntos) enviada por COCHILCO el 18 de octubre de 2019 y que fuera recepcionada por la Contraloría General de la República con fecha 21 del corriente mes. La referida resolución y sus adjuntos ha sido emitida con ocasión de la derivación realizada, por la Contraloría, mediante referencia 169.479/19 de fecha 18 de mayo de 2019, frente a un requerimiento realizado por este abogado en representación de Zarey Consultores SpA”; que, explica, en realidad corresponde a una “minuta elaborada por esta Comisión Chilena del Cobre en uso de sus facultades fiscalizadoras, sobre el proceso de término anticipado de un contrato celebrado entre la empresa Zarey Consultores SpA y la División Chuquicamata Codelco - Chile, DF- M11,2019”.

Expresa que la decisión reclamada en síntesis señala:

i.- Que la información solicitada es de naturaleza pública, en la medida que constituye un acto emitido por un órgano en el cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras. En tal sentido, el artículo 8 inciso segundo de la Constitución Política de la República, dispone que: “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Lo anterior, sin perjuicio de las causales de reserva que puedan resultar aplicable en la especie.

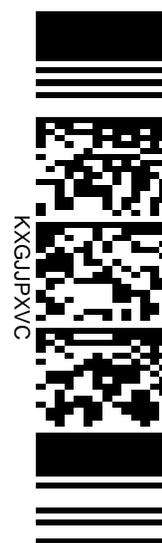
ii.- Que COCHILCO alegó la concurrencia de la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, por la eventual afectación de los derechos de CODELCO. Además, argumentó la concurrencia de la causal de excepción del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia en relación con lo dispuesto en el artículo 2° del D.L. 1349, de 1976. Y como este es una disposición anterior a la Reforma Constitucional de 2005, no basta con que fije la reserva o secreto, sino que debe poder reconducirse a las causales del artículo 81 de la Constitución. En este caso, el órgano reclamado habría alegado la afectación de los derechos de las personas en los términos dispuestos en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.



iii.- En cuanto a la invocación por COCHILCO de la causal de secreto establecido en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, el fallo señala que aquella se encuentra establecida en forma exclusiva en favor de los terceros a quienes se refiere la información, contando con un procedimiento de oposición consagrado en el artículo 20 de ella ley señalada, el cual no fue aplicado en este caso por COCHILCO. De este modo, en lo resolutivo de su decisión se representa al órgano la infracción al citado artículo 20, situación que fue subsanada, en todo caso, por ese Consejo al conferirle traslado a CODELCO, en su calidad de tercero interesado.

iv.- Que de conformidad a lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, para que se verifique la procedencia de una causal de reserva, es menester determinar la afectación de alguno de los derechos subjetivos protegidos por ella, debiendo en consecuencia, acreditarse una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva. Luego, teniendo aquello presente, en la especie, no se ha acreditado con suficiente especificidad cómo el conocimiento íntegro de lo solicitado puede afectar el desenvolvimiento competitivo de la empresa. En efecto, teniendo a la vista la información solicitada, particularmente la minuta que consta de sólo 12 páginas, en gran parte de ella más bien se aprecian observaciones del órgano fiscalizador respecto del actuar del fiscalizado, de lo cual no se extraen antecedentes cuya publicidad puedan afectar los derechos económicos de CODELCO.

v.- Que revisado el citado informe no se advertiría afectación a CODELCO en tanto constituye información que Zarey, en su calidad de contraparte del contrato ya conoce. Por lo tanto, la causal de reserva alegada respecto de la minuta que fue desestimada, con excepción de la información anotada en la página 8, que informa la cantidad pagada a un tercero, antecedente que se debe reservar - tarjar -, atendido que dice relación con gastos o costos, que no tienen relación con la empresa Zarey, los cuales son fijados según la

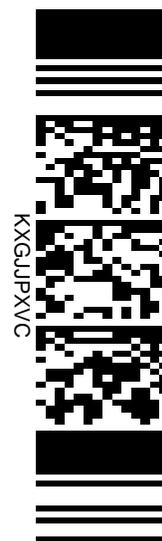


estrategia comercial de CODELCO, de acuerdo lógicamente a las condiciones imperantes en el mercado, configurándose en este punto la causal de reserva del artículo 21 N° 2, de la Ley de Transparencia.

vi.- Que, respecto de los anexos de la minuta en cuestión, aquellos consisten en cinco documentos a saber: (i) finiquito del contrato que se indica; (ii) carta de término anticipado; (iii) carta a administrador de contrato; (iv) normativa de CODELCO sobre pagos de servicios; y (v) correos electrónicos de trabajadores de la empresa estatal. Al efecto, señala que no se advertiría afectación a los derechos económicos de la empresa con la entrega de los documentos anotados en los números (i), (ii) y (iii), debido a que el primero de ellos, fue suscrito precisamente por Zarey Consultores SpA, observándose en el instrumento en cuestión, además, que dicha empresa mantiene una copia de aquél. Luego, en el caso de los restantes antecedentes, indica que se trata de cartas dirigidas a la empresa Zarey, lo que llevaría a descartar, cualquier afectación. Por otra parte, en cuanto al documento (iv), sobre la normativa antes señalada, en su calidad de tal, no se advertiría tampoco, para el CPLT, que de ningún modo su conocimiento afecte a alguno de los bienes jurídicos establecidos en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, esto ante la ausencia de argumentos en este sentido. Sin embargo, reconoce el fallo reclamado que no ocurre lo mismo, respecto de los correos electrónicos señalados en el punto (v).

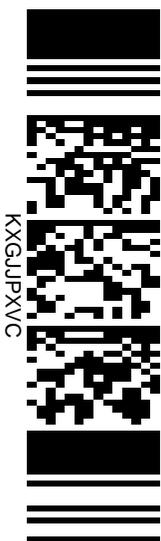
vii.- Que el fallo hace una interpretación errónea del Dictamen invocado al señalar en su considerando 9) que, respecto al dictamen de la CGR invocado por el órgano reclamado, se debe aclarar que aquel se pronuncia sobre la reserva del informe final N° 900, de 2016, emitido por el mismo órgano contralor, sobre los contratos administrativos de bienes y de prestación de servicios suscritos por CODELCO.

viii.- Que se desestimaré la concurrencia de la causal de reserva alegada, acogiendo parcialmente el amparo, ordenando la entrega de la minuta consultada y sus anexos, con excepción del gasto señalado en la página 8 del documento en cometo y su anexo (v), que contiene copia



de un correo electrónico. Lo anterior, en virtud del principio de divisibilidad, consagrado en el artículo 11, letra e), de la Ley de Transparencia, teniendo presente además, que el reclamante en su amparo, accedió a recibir información en estos términos, de acuerdo a lo anotado en la letra g), del numeral 4º, de lo expositivo.

Al fundamentar el reclamo de ilegalidad, como cuestión previa, el compareciente de autos indica que, los órganos de la Administración tienen legitimación activa para reclamar en contra de las decisiones del Consejo para la Transparencia invocando la causal de secreto, establecida en el artículo 21 N° 2, de la Ley de Transparencia. Luego transcribe el artículo 28, de ésta e indica que, en primer lugar, en el inciso 1 de ese artículo, se instaura el reclamo de ilegalidad, estableciendo acción y el tribunal competente para conocerla, y entrega legitimación activa para los casos en que la resolución del Consejo para la Transparencia haya denegado el acceso de la información solicitada. Precisa, además, que los incisos segundo y tercero determinan los legitimados para interponer el reclamo en caso que el Consejo para la Transparencia acceda al amparo, regulando tres tipos de hipótesis diferenciadas. La primera, dice relación cuando no procede que los órganos de la Administración puedan presentar una reclamación, regulada en el inciso segundo y que ocurre cuando la resolución del Consejo para la Transparencia hubiere otorgado el acceso a la información que hubieren denegado los órganos fundados en la causal del N° 1 del artículo 21. La segunda hipótesis es que éstos tienen derecho a reclamar de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, en el evento que la denegación se funde en las otras causales distintas de la establecida en el N° 1 del artículo 21. Finalmente, el inciso tercero del artículo 28, establece la tercera hipótesis relativa a la legitimación activa, disponiendo que el afectado también podrá reclamar de la Resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiera sido la oposición oportunamente deducida por el



titular de la información, de conformidad con el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

Indica que el artículo 28 de la Ley de Transparencia no prohíbe, de forma general, que los órganos de la Administración puedan interponer el reclamo e ilegalidad ante la Corte de Apelaciones en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia. Por el contrario, enfatiza, aquella prohibición referida a la causal del N° 1 del artículo 21, es específica y debe ser interpretada de forma restrictiva, sin agregar otros requisitos adicionales a los ya establecidos por la propia ley.

Sostiene que, en efecto, el inciso segundo del artículo 28 establece que se prohíbe a los órganos de la Administración del Estado deducir reclamo de ilegalidad sólo cuando la denegación de la entrega de la información por parte del mismo se haya fundado en la causal del N° 1 del artículo 21, es decir, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, n los casos que ahí se señalan. Y éste no es el caso de autos.

Afirma que si el legislador hubiese querido prohibir que los órganos de la Administración interpusieran reclamos de ilegalidad en contra de las decisiones del Consejo, lo hubiera hecho en forma expresa, tal y como lo realizó respecto a la causal de reserva o secreto establecida en el N° 1 del artículo 21.

Agrega que esta tesis se conforma al analizar el tenor literal del artículo 29, el cual dispone que “en caso que la resolución reclamada hubiere otorgado el acceso a la información denegada por un órgano de la Administración del Estado, la interposición del reclamo, cuando fuere procedente, suspenderá la entrega de la información solicitada y la Corte no podrá decretar media alguna que permita el conocimiento o acceso a ella”. E infiere que de dicha disposición se concluye que la regla general es que los órganos de la Administración poseen legitimación activa para reclamar de la resolución del Consejo que otorga el acceso a la información que le hubieren denegado.



Concluye que los órganos de la Administración poseen legitimación activa para interponer reclamos de ilegalidad en contra de las decisiones del Consejo para la Transparencia, siempre y cuando no se trate de la causal de reserva o secreto establecido en el N° 1 del artículo 21 de la Ley de Transparencia.

Enseguida y al efecto cita la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.997 (2016). Considerando 6°. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. 13 de junio de 2017.

Concluye que, como en autos la negativa a la entrega de la información se fundó en N° 2 y N° 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, COCHILCO se encuentra penalmente para comparecer interponiendo el reclamo de ilegalidad.

Enseguida y al efecto cita fallo de la Corte Suprema, recurso de queja Rol 9.363 - 2012.

Manifiesta que la decisión del Consejo es ilegal porque la información es secreta de acuerdo al artículo 21, N° 2, N° 4 y N° 5 de la Ley de Transparencia.

Precisa que el artículo 1° del decreto Ley N°1.349, de 1976, establece que la institución: “tiene por objeto servir de asesor técnico especializados del Gobierno en materias relacionadas con el cobre y sus subproductos y con todas las sustancias minerales metálicas y no metálicas, con excepción del carbón y los hidrocarburos, y desempeñar las funciones fiscalizadoras y las demás que señala el presente decreto ley”. Así, explica, en ese contexto, COCHILCO sirve de asesor técnico especializado en la materia y desempeña funciones fiscalizadoras.

Agrega que, por ello, las empresas productoras están obligadas a proporcionar oportunamente todos los antecedentes e informaciones solicitadas, pudiendo ser sancionadas, de acuerdo al artículo 14, del citado decreto ley, con multa si no lo hacen. Norma que establece que esos antecedentes e informaciones poseen el carácter de confidenciales, y obliga al personal de la Comisión a guardar estricta reserva sobre ellos, esto, según el artículo 2° inciso final de ese decreto Ley N° 1.349.



Disposición que se relaciona, indica, con el inciso segundo, del artículo 8° de la Constitución, y en tal sentido al formar esta última parte de las Bases de la Institucionalidad, es norma interpretativa directa de la demás legislación de transparencia.

Afirma que la información de COCHILCO en principio sería pública, de acuerdo al artículo 5° de la Ley de Transparencia, al obrar en poder de un órgano de la Administración, salvo que concurra alguna de las causales de reserva o secreto establecidos en dicha ley.

A su vez, el N° 2 del artículo 21 de esa ley, dispone que: “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son los siguientes: 2. Cuando su publicidad comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.”.

Indica que así se daría la vinculación de la causal con la afectación de los derechos de las personas, en este caso CODELCO, por no distinguir la Constitución entre personas naturales y jurídicas.

De esa forma, asegura, la información requerida afectaría los derechos de CODELCO, por cuanto, contiene datos de ésta que no se encuentran disponibles al público ni pueden ser conocidos por los competidores, pues sostienen la posición competitiva de la empresa. Lo que lleva a la necesidad de efectuar el test de daño y sopesar cuando se obtiene un mayor beneficio con la afectación del derecho fundamental de publicidad, requiriéndose que la excepción al mismo se encuentre en una norma de quórums calificado y que se vincule a una de las causales que la propia Carta autoriza para la denegación.

En ese sentido, solicita considerar el citado artículo 2°, inciso final del Decreto Ley N°1.349. En cuanto en el caso objeto de este reclamo se puede ver que efectivamente los derechos de CODELCO, económicos o comerciales se verían afectados.



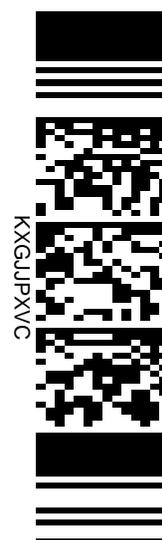
Cita al efecto el Dictamen 30.252, de 18 de agosto de 2017, de la Contraloría General de la República, el que, en lo atinente, considerando las actividades productivas realizadas por CODELCO y su impacto en el presupuesto público y la economía del país, señala que, el artículo 2º, inciso final, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1987, del Ministerio de Minería, que fijó el texto refundido del decreto Ley N° 1.349, establece que las empresas productoras estarán obligadas a proporcionar oportunamente todos los antecedentes e informaciones que les solicite COCHILCO, los que tendrán el carácter de confidenciales y el personal estará obligado a guardar estricta reserva sobre ellos.

Expresa que, considerando que los artículos 9º y 19 de la Ley N° 10.336, disponen que los Dictámenes de la Contraloría General de la República, son obligatorios para los órganos de la Administración sometidos a su fiscalización y comprometen la responsabilidad administrativa COCHILCO, es que debió denegar el acceso a la información solicitada, sin perjuicio de las demás causales de denegación invocadas.

Cita sentencia judicial y del Tribunal Constitucional al efecto.

En relación a la alegación formulada por el requirente, relativa a que desconoce que COCHILCO se encuentra legitimada para invocar la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia o si posee la competencia para calificar si la información requerida es de naturaleza comercial, dicha ley en su artículo 16, dispone que la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición de terceros, regulada en el artículo 20, o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley en el artículo 21.

Añade que se desprende de la norma citada que la ley contempla claramente dos excepciones a la obligación de entrega: a) la oposición del tercero, y b) la existencia de causales de reserva. Por lo que la Ley



de Acceso a la Información Pública no distingue, y a su juicio cabe concluir que la denegación puede fundarse en cualquiera de las causales de reserva que contempla ese mismo cuerpo legal.

Por otro aspecto el reclamante sostiene que la decisión del Consejo es ilegal por cuanto la información es secreta conforme al artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia. Es decir, podrá ser denegada: “cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.”.

Manifiesta que el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia, establece que de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia del quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Carta Fundamental.

Sostiene que tal situación sucede con el Decreto Ley N° 1.349 Ley Orgánica de COCHILCO, y reitera los fundamentos de la afectación de los derechos comerciales de CODELCO.

En resumen indica que en el caso de CODELCO la reserva de los procedimientos de control a la gestión empresarial que realiza COCHILCO y que finalizan con la emisión de la respectiva “Minuta”, constituye un derecho de naturaleza económica, de carácter estratégico y esencial de CODELCO, al permitirle un régimen de fiscalización de su gestión interna en igualdad de condiciones con las empresas mineras del sector privado.

Concluye, en síntesis que la información específicamente requerida contiene antecedentes sobre distintos bienes económicos estratégicos, respecto de los cuales existe un titular que ejerce derechos de carácter comercial o económico, lo que exige a los órganos de la



Administración del Estado otorgarle una protección adecuada para mantener ese carácter de secreto.

En definitiva, solicita tener por interpuesto reclamo de ilegalidad en contra de la Decisión de Amparo Rol C582 - 20, de 18 de mayo de 2020, del Consejo para la Transparencia, y se declare su ilegalidad, dejándola sin efecto, con costas.

**SEGUNDO:** Que informa Andrea Ruiz Rosas, Directora General y representante legal del Consejo para la Transparencia, quien sostiene que la información requerida consistente en la copia de Minuta de Investigación Proceso de Término Anticipado del Contrato N° 4501728437, entre Zarey Consultores SpA y CODELCO- con sus anexos - elaborado por COCHILCO en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras constituye un acto administrativo, elaborado por el órgano requerido con presupuesto público, que obra en poder del mismo, en el cumplimiento de las funciones conferidas por el Decreto Ley N° 1.349, de 1976, que creó la Comisión Chilena del Cobre y modifica la Ley N° 16.624, especialmente en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, por lo que en principio es de carácter público, tal como se indicó en el considerando 3) de la Decisión de Amparo Rol C582 - 20, adoptada por el Consejo para la Transparencia.

Señala que el artículo 1° de ese decreto ley, dispone: “Créase un organismo desconcertado, dependiente del Ministerio de Minería, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con domicilio en el departamento de Santiago que se denominará Comisión Chilena del Cobre, cuyo objeto será servir de asesor técnico y especializado del Gobierno en materias relacionadas con el cobre y sus subproductos, y desempeñar las funciones fiscalizadoras y las demás que le señale el presente decreto ley.

Artículo 2°- Sus funciones serán las siguientes:

m) Fiscalizar en la forma que ella determine las condiciones de producción, manufactura y comercio del cobre o de sus subproductos, tanto en lo referente a sus niveles y volúmenes, fletes,



consumos, precios, ventas, costos y utilidades, como las que se refieren a las condiciones sociales de seguridad y sanitarias de las faenas;

(...)

Para los efectos de lo establecido en el presente artículo, las empresas productoras estarán obligadas a proporcionar oportunamente todos los antecedentes e informaciones que le solicite la Comisión. Tales antecedentes e informaciones tendrán el carácter de confidenciales y el personal de la Comisión estará obligado a guardar estricta reserva sobre el particular.

Artículo 11º- En el ejercicio de sus facultades la Comisión Chilena de Cobre ejercerá la fiscalización directa de todas las empresas productoras de cobre y de sus subproductos para lo cual podrá revisar sus balances, como asimismo los antecedentes que han servido para su confección, conocer los procedimientos de control interno de las empresas, realizar análisis financieros y auditorías de operaciones específicas, y revisar los informes de las auditorías externas que contraten las empresas, y demás que le encomiende este decreto ley.”

Agrega que el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política ordena: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

Indica que, a su vez, el inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia, sostiene que es pública “toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”, y el inciso segundo del artículo 10 de la misma ley dispone que: “el acceso a la información comprende el derecho a 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”, lo que se encuentra



reforzado por la “presunción de publicidad contenida en el artículo 11 letra c) de esa ley, que establece: “... toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Sostiene que, por consiguiente, COCHILCO se encuentra sujeto a probar el secreto que invoca, quien no ha logrado acreditar la afectación alegada a sus derechos comerciales y económicos, ni tampoco la reserva esgrimida en virtud de ley de quórums calificado, lo que llevó al Consejo para la Transparencia a acoger el amparo interpuesto, pues respecto de la información requerida fueron desestimadas las causales de reserva consagradas en los N°s 2 y 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Por otro orden, señala que COCHILCO carece de legitimación para invocar la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, bajo el argumento de que la revelación de la información afectaría los derechos comerciales y económicos del CODELCO, no pudiendo alzarse como agente oficioso de terceros.

Expresa que el reclamo de ilegalidad se funda en la causal de reserva del N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, por cuanto COCHILCO considera que la entrega de la información requerida, afectaría los derechos de carácter comercial y económico de CODELCO, no obstante que cuando la información se deniega por afectación de derechos de terceros supuestamente afectos, y no por el órgano requerido, no puede alzarse como agente oficioso de éstos, más cuando dicha empresa estatal fue notificada del amparo por el Consejo, de acuerdo al artículo 25 de ley, para efectos de que hiciera valer lo pertinente a sus derechos, y además, le notificó la decisión de amparo C 582-20, para que pudiese ejercer su derecho a reclamar de ilegalidad si lo estimaba pertinente, que realizó mediante la interposición del reclamo 319 -2020. Lo que lo deja impedido a COCHILCO de proporcionar la información solicitada, salvo resolución en contrario del Consejo, y por consiguiente de reclamar de ilegalidad en virtud del artículo 21 N° 2 antes mencionado. A



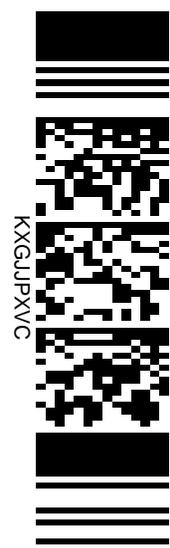
diferencia de los terceros afectados, a quienes la norma les reconoce la facultad de recurrir en contra de la determinación del Consejo, por expresa disposición del inciso tercero del artículo 28 de la Ley de Transparencia, que señala: “El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad al artículo 20”.

A su juicio la expresión “también” que utiliza el inciso tercero del artículo 28, quiere decir que no sólo en contra de la resolución que deniega acceso a la información procede el reclamo de ilegalidad (inciso primero del artículo 28), sino que el tercero supuestamente afectado con la publicidad, igualmente tiene derecho a reclamar de la ilegalidad, avenida su calidad de titular de los derechos que señala que se verían afectados con la publicidad de lo requerido, solicitando que se configure la concurrencia de la causal de reserva del N° 2 del artículo 21 de la ley.

Al efecto cita jurisprudencia judicial.

Concluye por este capítulo que, por lo expuesto, COCHILCO carece de legitimación activa para invocar la afectación de los derechos de terceros, deduciendo y sosteniendo un reclamo de ilegalidad a su favor, por cuanto no es el órgano reclamante el titular de los derechos que se dicen afectados, ni el titular de la causal de reserva del N° 2 del artículo 21, la que sólo puede ser alegada por terceros en cuyo favor fue establecida, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 20, 25, e inciso 31 del artículo 28 de la Ley de Transparencia, por lo que solicita el rechazo del reclamo por falta de legitimación activa de COCHILCO.

Por otro orden de cosas, sostiene que la entrega de la minuta y anexos que se ordenó proporcionar en la decisión de amparo 582 - 20, de ninguna manera afecta los derechos económicos y comerciales de CODELCO, por lo que no se configura la causal de secreto o reserva establecida en el N° 2, del artículo 21 de la Ley de Transparencia.



En subsidio de la alegación sobre falta de legitimación activa de COCHILCO, para alegar la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, sostiene que no basta la mera mención de la norma legal que contiene la causal de secreto invocada, junto una referencia vaga e imprecisa, relativa a la afectación de derechos, sino que es necesario siempre acreditar el daño o afectación a esos derechos que podría producirse con la divulgación de los antecedentes ordenados proporcionar, lo cual no fue acreditado por CODELCO.

Explica que el artículo 8° de la Constitución exige que para que ceda la publicidad y acceso a la información pública frente al secreto o reserva deba “afectarse” algunos de los bienes jurídicos protegidos que ella menciona, por lo que se concluye que no basta con que exista un caso de secreto o reserva dispuesto por la ley de quórum calificado, o que se invoque alguna de las causales de secreto o reserva del artículo 21 de la Ley de Transparencia, sino, además, de adecuarse a algunas de las hipótesis del artículo 8° de la Constitución, debe acreditarse una real y efectiva afectación de los bienes jurídicos que se protegen, y cita jurisprudencia al efecto.

Estima que la afectación a los derechos comerciales y económicos de CODELCO, deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos:

- a) Que la información sea secreta, esto es, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;
- b) Que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y,
- c) Que el secreto o reserva de la información requerida proporcione a su poseedor un evidente mejora, avance o ventaja competitiva, esto es, que su publicidad pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.



Los que a su juicio no se cumplen de los propios argumentos sostenidos en los descargos evacuados al amparo, por parte de CODELCO y de COCHILCO, respectivamente.

Por otro capítulo, sostiene la Directora del Consejo que, no basta la existencia e invocación de una norma a la que se le atribuya el carácter de ley de quórum calificado ficto que establezca una obligación de confidencialidad o reserva, como el artículo 2º del decreto Ley N° 1349, para dar por configurada la causal del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, si la publicidad no afecta a alguno de los bienes jurídicos señalados en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política. Sino que debe también determinarse y acreditarse si la publicidad de la información de que se trata, afecta o no algunos de los bienes jurídicos previstos en el artículo 8º de la Constitución, esto es, el debido cumplimiento de las funciones del organismo los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, o interés nacional, denominado proceso de “conducción material”, requisito que no se cumplió por COCHILCO, pues no acreditó la real afectación del bien jurídico protegido, no bastando una mera referencia o atingencia a la afectación de derechos comerciales y económicos de CODELCO.

Afirma que con el nuevo artículo 8º de la Constitución, se consagró con el máximo nivel normativo la publicidad de los actos de la Administración, estableciendo que esta consagración solo puede lisiarse a través de una ley de quórum calificado fundada en que:

- a) La publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones del órgano;
- b) La publicidad afectare los derechos de las personas;
- c) la publicidad afectare la seguridad de la Nación; y
- d) la publicidad afectare el Interés Nacional.

En conformidad, a su vez, con el artículo 1º transitorio de la Ley de Transparencia, que señala:



“De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”.

Sostiene que, por lo tanto, si bien el artículo 2° inciso final del Decreto Ley N° 1349 está formalmente sujeto en cuanto norma legal a lo dispuesto por la disposición cuarta transitoria de la Constitución, y puede estar sujeta a reconducción formal, es igualmente menester determinar si el contenido de dicha disposición guarda correspondencia con las causales de secreto señaladas por el constituyente, pues se trata de una norma legal previa a la Ley de Transparencia y al inciso segundo del artículo 8° de la Carta, por ende, no fue dictada bajo el actual estatuto de publicidad contenido en la Carta Fundamental, a partir de la reforma constitucional del año 2005, siendo necesario determinar, además, si el contenido de dicha disposición guarda o no correspondencia con los bienes jurídicos protegidos por el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

Cita, además, jurisprudencia al efecto y analiza en lo pertinente el Dictamen N° 30.252, de 18 de agosto de 2017, de la Contraloría General de la República sobre la materia.

En definitiva, sostiene que la Decisión de Amparo Rol C582-20 emitida por el Consejo para la Transparencia se encuentra ajustada a derecho, habiéndose dictado dentro de las atribuciones y competencias que expresamente le encomendó el legislador, e interpretando la normativa del artículo 8° de la Constitución y la Ley de Transparencia no configurándose ninguna de las ilegalidades alegadas por la parte reclamante.

**TERCERO:** Que Eduardo Antonio Bustamante Sanchez, por sí y en representación de la sociedad Zarey Consultores SpA evacúa

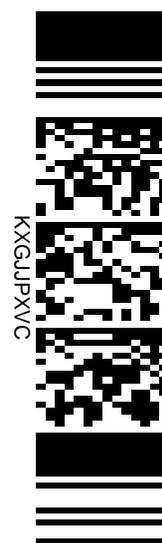


traslado formulando observaciones. Se refiere a las alegaciones que COCHILCO hace descansar el reclamo ante el Consejo para la Transparencia, en relación con su acuerdo recaído en los autos Rol 582 - 20, al sostener que mediante éste se habría infringido lo dispuesto en el artículo 21 N° 2 y 5 de la Ley N° 20.285, esto es, porque la entrega de la información se encuadran en las causales de afectación de los derechos comerciales de CODELCO, y de ser ésta secreta, en tanto no está disponible al público ni puede ser conocida por los competidores de la industria de la gran minería del cobre, pues otorga y sostiene la posición competitiva de la empresa.

Concluyendo que, el reclamo de ilegalidad interpuesto por COCHILCO descansa, aun cuando éste ha invocado dos causales de reserva o secreto de la información distintas, en que el acceso a la información solicitada puede afectar los derechos comerciales de CODELCO. Sin embargo, asevera, nada dice de qué forma en particular y concretamente estos derechos se verían afectados. E indica que la información solicitada no se refiere a aspectos comerciales de la cuprífera estatal, sino que a aspectos funcionales, operativos o administrativos; a cuyo acceso su parte tiene derecho, por cuanto, corresponden a los antecedentes en los que se consignaron las conclusiones a las que arribó COCHILCO, tras sustanciar el procedimiento de fiscalización promovido precisamente por Zarey Consultora SpA.

En definitiva, solicita el rechazo del reclamo de ilegalidad interpuesto por COCHILCO, en contra del acuerdo Decisión de Amparo Rol N° C582-20, adoptado por el Consejo para la Transparencia, por carecer de fundamentos y porque la referida decisión fue acordada con estricto apego al ordenamiento jurídico, con costas.

**CUARTO:** Que antes de entrar a analizar y resolver el fondo del reclamo en contra de la Decisión de Amparo Rol C582 - 20, emitida por el Consejo de la Transparencia a que acude el reclamante



COCHILCO, debe despejarse el asunto relativo al problema derivado de la falta de legitimación de ésta por no ser el titular del derecho invocado o bien si se haya investida de la facultad de reclamar de la Decisión de Amparo dictada. Determinadamente, en relación con la causal establecida en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

En este análisis corresponde considerar que el abogado Eduardo Bustamante Sánchez, solicitó a la Contraloría General de la República acceso a la información pública, la cual fue derivada a COCHILCO con fecha 20 de diciembre de 2019. Luego, en el marco de la aplicación de la Ley de Transparencia, por resolución exenta N° 06, de 13 de enero de 2020, COCHILCO negó la información relativa a la minuta elaborada en uso de sus facultades fiscalizadoras, en relación al procedimiento de término anticipado del contrato celebrado entre la empresa Zarey Consultores SpA, representada en el requerimiento por el abogado Bustamante Sánchez, y la División Chuquicamata CODELCO - CHILE, DF - M11.2019”.

COCHILCO, en primer término, invoca al efecto la causal establecida en el artículo 21, N° 2 de la referida ley, esto es, por significar la entrega de dicha información una afectación de los derechos de Codelco, según sostuvo, por contener datos de ésta que no se encuentran disponibles al público ni pueden ser conocidos por los competidores, pues sostienen la posición competitiva de la empresa.

Ante tal negativa de COCHILCO el particular recurre ante el Consejo para la Transparencia el que accede parcialmente a la solicitud de información, luego, en contra de esta decisión del Consejo, COCHILCO interpone el presente reclamo de ilegalidad ante esta Corte de Apelaciones, pues considera que la información solicitada no es pública al concurrir a su respecto las causales de reserva contempladas en el artículo 21 N° 2 y N° 5 de la Ley de Transparencia.

**QUINTO** Que sobre este punto se debe tener presente, además, que el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución

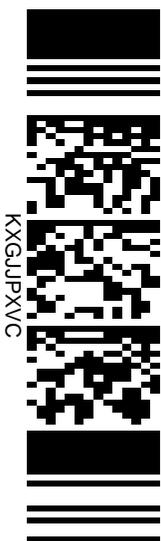


Política de la República reconoce que: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”; a su vez el artículo 5° de la ley, define de manera amplia el concepto de información pública y su inciso segundo dispone que es pública: “Toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las expresiones señaladas; y el inciso segundo del artículo 10 de la misma ley establece la información a la cual se puede acceder por parte de los particulares.

**SEXTO:** Que, en cuanto a la determinación de la cuestión previa en análisis, cabe considerar que está subordinada la facultad de reclamar de la decisión del Consejo, invocando la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, al supuesto de afectación de los derechos de CODELCO, empresa a la que, de conformidad a lo prescrito en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, el Consejo acordó dar traslado del amparo como tercero involucrado, según consta del oficio N° E4546, de 30 de marzo de 2020.

Por consiguiente, CODELCO fue notificado del amparo ante el Consejo para la Transparencia para que hiciera valer sus derechos al respecto. Lo que hizo en base a las causales de reserva del artículo 21 N° 2 y N° 5 de la Ley de Transparencia, argumentando que la confidencialidad en el ejercicio de las facultades de COCHILCO, prevista en el inciso final del artículo 2° del decreto Ley N° 1.349, importa la concreción del principio de neutralidad competitiva que significa el cuidado de un trato igualitario para CODELCO y, además, cumple la exigencia de reconducción material toda vez que el acceso a los procesos fiscalizadores afectan los derechos de la empresa cuprífera en su aspecto comercial y económico.

También CODELCO como tercero interesado fue notificado por el Consejo de la decisión de amparo C 582 - 20, reclamada, cuya

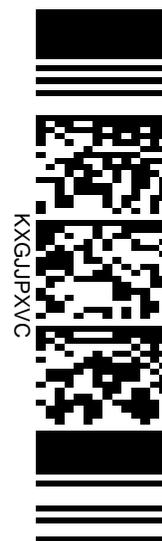


voluntad jurídica procesal es la manifestación de la función pública del Consejo para la Transparencia para que, si CODELCO estimaba que la perjudicaba alguna cuestión de legalidad, reclamara. Protesta que CODELCO realizó mediante la interposición del reclamo rol 319 - 2020, atendida la calidad de titular de los derechos que podrían verse afectados con la publicidad de la información requerida, concretando de ese modo su pretensión de que en la especie se configura la concurrencia de las causales de secreto o reserva aludidas.

**SEPTIMO:** Que, en tal perspectiva, cabe concluir conforme a las normas de los artículos 20 y 25 de la Ley de Transparencia, al haber ejercido el tercero supuestamente afectado CODELCO el derecho a oposición, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la información solicitada, salvo resolución en contrario del Consejo para la Transparencia, por lo que se comparte el criterio sostenido por éste, de que le es óbice a COCHILCO reclamar de ilegalidad invocando la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, pues el tercero supuestamente afectado ha hecho valer el derecho a reclamar de ilegalidad, atendida su calidad de titular de los derechos que señala que se verían afectados con la publicidad de la información solicitada.

**OCTAVO:** Que en este sentido, la Excm. Corte Suprema ha resuelto que el órgano administrativo requerido carece de legitimación para esgrimir causales de secreto o reserva relacionadas con derechos personalísimos de terceros interesados, quienes cuentan con la posibilidad de ejercer la facultad de oposición que la ley les franquea (verbi gracia sentencias Corte Suprema Roles 1.824 - 2019 y 4.242 - 19, entre otras. Citadas en sentencia recurso de queja Corte Suprema Rol 135590 - 2020, de fecha 27 de enero de 2021).

**NOVENO:** Que razonando ahora acerca de la causal de reserva de la información planteada por COCHILCO, establecida en el artículo 21N° 5 de la Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información

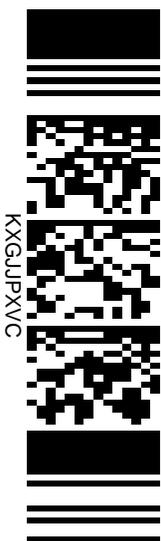


Pública o Ley de Transparencia, esta norma dispone: “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes: (...)5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.”

El fundamento de COCHILCO para invocar dicha causal de reserva se basa en que la información es secreta o reservada porque los antecedentes involucrados sostienen una posición económica estratégica de la empresa CODELCO y resulta atinente para fundarla la “ley de quorum calificado ficto” contenida en el inciso final, del artículo 2º del Decreto Ley N° 1.349, que refiere: "Para los efectos de lo establecido en el presente artículo, las empresas productoras estarán obligadas a proporcionar oportunamente todos los antecedentes e informaciones que les solicite la Comisión. Tales antecedentes e informaciones tendrán el carácter de confidenciales y el personal de la Comisión estará obligado a guardar estricta reserva sobre el particular”.

**DECIMO:** Que tal argumentación de COCHILCO se rechaza, pues, se debe penetrar en la real significación de atribuir secreto o reserva a un acto o documento en virtud de "ley de quorum calificado ficto”. Para ello se debe considerar lo establecido en el inciso segundo del artículo 8º de la Carta Fundamental que reconoce: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Luego, cabe tener en cuenta el artículo 1º de las Disposiciones Transitorias de la citada Ley N° 20.285, que establece: "De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum



calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política.”. Debe decirse que la disposición CUARTA de las Disposiciones Transitorias de la Constitución Política, indica: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quorum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales.”

Por consiguiente, según se viene exponiendo, no puede decirse que, por sí, la confidencialidad a que se refiere el inciso final del artículo 2° del Decreto Ley N° 1.349, permita atribuir a dicho texto el carácter de “ley de quorum calificado ficto”. Es decir, que se trate de aquellas normas legales antiguas predecesoras de la reforma constitucional de 2005, efectuada por la Ley N° 20.050, de la que surge el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, pues de tal cambio fluye claramente que debe hacerse el distingo entre la prohibición formal que contiene el inciso final del artículo 2° del decreto Ley N° 1.349, o “ley anterior” para estos efectos, y el razonar de que se debe acreditar que la entrega de la información afecta bienes jurídicos resguardados en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Pues esta disposición constitutiva del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, considera o reconoce las excepciones como una medida, límite, cálculo o proporción del derecho fundamental que reconoce, respeta y promueve, al decir del inciso segundo del artículo 5° de la misma. Sin que, en consecuencia, baste referirse únicamente al texto prohibitivo de la “ley antigua”, sino que se exige al que la invoca como “ley de quórum calificado ficto”, el deber de demostrar que ella



coincide como unidad esencial con el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política, tomada como un conjunto.

Y vistos, además, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República y artículos 26, 28, y 30 de la Ley N° 20.285, se resuelve:

Que **se rechaza** el reclamo de ilegalidad deducido en contra del Consejo para la Transparencia por Marco Riveros Keller en representación de COCHILCO, y, por consiguiente, se confirma la Decisión de Amparo Rol C582 - 20 de dicho Consejo.

Se previene que el ministro señor Astudillo concurre a la decisión, pero sin adherir a lo invocado en el motivo octavo de esta sentencia por no compartir esa doctrina que niega legitimación al órgano de la Administración siempre y en toda circunstancia, haya o no reclamado el tercero a quien favorece la reserva.

**Regístrese y archívese.**

Redacción del Ministro Jorge Zepeda Arancibia.

Rol Corte N° 318 - 2020. Reclamo de ilegalidad.

Pronunciada por la **Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el ministro señor Jorge Zepeda Arancibia e integrada, además, por los ministros señor Omar Astudillo Contreras y señora Elsa Barrientos Guerrero





KXGJJPXVC

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jorge Luis Zepeda A., Omar Antonio Astudillo C., Elsa Barrientos G. Santiago, diecisiete de mayo de dos mil veintiuno.

En Santiago, a diecisiete de mayo de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>