

Santiago, veinticuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que comparece la Pontificia Universidad Católica de Chile, RUT 81.698.900-0, interponiendo un reclamo de ilegalidad, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 y siguientes de la Ley N° 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de los Órganos del Estado, (en adelante LT), en contra de la Decisión C5159-18, (en adelante la Decisión), dictada por el Consejo para la Transparencia, (en adelante el Consejo), por la cual acogió el amparo deducido en contra del Servicio de Impuestos Internos, (en adelante el Servicio), ordenándosele la entrega de copia del test psicométrico M10 -compuesto por el cuadernillo de preguntas y hoja de respuestas- utilizado por ese servicio en el concurso público para proveer el cargo de Profesional para la Oficina de Servicios perteneciente a la Subdirección de Administración, el día 31 de agosto de 2018 y la pauta de corrección o informe de evaluación del requirente en el aludido certamen.

Se hace presente, como cuestión previa, que la decisión fue pronunciada por el Consejo Directivo respectivo integrado por la consejera Gloria de la Fuente González, dejándose constancia que su presidente don Marcelo Drago Aguirre y los consejeros Jorge Jaraquemada y Francisco Leturia, sin perjuicio de concurrir para formar quorum, en forma previa al conocimiento de este caso, manifestaron su voluntad de abstenerse de intervenir y votar en el mismo por estimar que se configuraba a su respecto la causal de inhabilidad del N° 6 del artículo 62 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, por existir circunstancias que les resten imparcialidad.

Cuando se le pidió la información al Servicio de Impuestos Internos, señaló que no contaba con ella, toda vez que, una vez aplicado el test, fue enviado al Centro de Desarrollo de Tecnologías de Inclusión de la Pontificia Universidad Católica de Chile (CEDETI UC), institución que posee el programa que efectúa la evaluación y entrega de los resultados de cada persona que rindió el test.



Adicionalmente, sostuvo que no era posible efectuar la entrega de éste, puesto que corresponde a un instrumento de evaluación de las aptitudes de los candidatos que se utiliza -y se seguirá utilizando- por el Servicio en forma constante en más de un proceso, por lo que su entrega afectaría el debido cumplimiento de las funciones del aludido ente, en lo relativo a los actuales y futuros concursos, por lo que correspondía denegar la petición, de conformidad al artículo 21 N° 1° de la LT.

El Consejo, en la Decisión Reclamada, desestimó la primera alegación del Servicio, por cuanto entiende que la expresión “obre en poder de los órganos” referida en el inciso 2° del artículo 5° de la LT, no debe limitarse únicamente a la información existente físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración del Estado, sino que también comprende aquélla que el órgano mantiene bajo su órbita de control o bajo su disposición y, dado que se trata de documentos adquiridos con fondos públicos, corresponde a información pública, pudiendo ser fácilmente requerida al tercero que la detenta.

En cuanto al segundo argumento de la entidad administrativa, esto es, que entregar la información afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, porque impediría aplicar el test en el futuro, la Decisión sostiene que el Servicio no la acreditó detalladamente, sino que sus argumentaciones corresponden a situaciones hipotéticas respecto a eventuales consecuencias que podrían afectar el funcionamiento del órgano, pero sin manifestar fundamento o justificación plausible, de manera concreta, suficiente e indubitada, que permita tener por configurada, efectivamente, la concurrencia de la causal de reserva alegada.

Que, por último, en cuanto al tercer argumento del Servicio, esto es, que los test psicométricos pedidos se encuentran protegidos por derechos de propiedad intelectual debidamente inscritos a favor de un tercero -la Pontificia Universidad Católica de Chile-, la divulgación de material reconocido por el derecho de autor no constituye impedimento para que, con posterioridad, el autor de la obra ejerza los derechos



morales y patrimoniales que le reconoce la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, ni para el ejercicio de las acciones que consagra dicho cuerpo legal, en caso de utilización de su obra porque la autorización prevista por dicha ley corresponde al permiso que otorga el titular del derecho de autor para que un tercero pueda “utilizar públicamente” una obra de su dominio privado, o sea, para que pueda publicarla por cualquier medio de comunicación al público, reproducirla a través de cualquier procedimiento, adaptarla o modificarla, ejecutarla públicamente, distribuirla o transferirla, sea en original o en ejemplares de la obra.

En cambio, la autorización de la Ley N° 20.285 tiene por única finalidad la de posibilitar el mero acceso a la información y, desde luego, en caso alguno importa un permiso para su aprovechamiento ni menos importa un acto de disposición o de enajenación de la obra.

Finalmente explica que la Universidad, a través de su CEDETi UC, ofrece servicios de evaluación neuropsicológica en procesos de selección de personal, a diversos organismos tanto públicos como privados. En este contexto entregó las pruebas psicométricas requeridas, las cuales fueron utilizadas por el SII y luego devueltas.

2°.- Que en su informe el Consejo para la Transparencia solicitó rechazar el presente reclamo, ya que el test psicométrico M10 aplicado al solicitante y la pauta de corrección de sus respuestas, obra dentro de la esfera de control del Servicio y debe ser entregada al requirente, ya que su publicidad se ajusta a lo dispuesto en el art. 5° de la LT.

En efecto, el Consejo acogió el Amparo deducido por el Sr. Valentín Vera debido a que la información requerida obra dentro de la esfera de control del SII, ya que fue adquirida con fondos públicos y utilizada por el Servicio en el marco de un concurso público, por lo que al no concurrir causales de reserva a su respecto, resulta procedente y ajustado a derecho ordenar su entrega.

Agrega que no sólo es pública la información que materialmente consten en cualquier soporte documental de aquellos que señala los artículos 5° y 10° de la LT, sino que también aquella que deba obrar en



poder del órgano requerido por encontrarse dentro de su esfera u órbita de control, cualquiera sea su formato o soporte en que se encuentre.

Sostiene que la expresión “obre en poder de los órganos” contenida en el inciso segundo del artículo 5 de la LT, no debe limitarse únicamente a la información existente físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración del Estado, sino que también comprende aquella que el órgano mantiene bajo su órbita de control o bajo su disposición. En tal orden de ideas, tratándose el test solicitado de documentos adquiridos por el órgano con fondos públicos, corresponde a información pública, que se encuentra bajo su órbita de control, pudiendo ser fácilmente requerida al tercero que la detenta.

Indica que los artículos 5° y 10° de la LT, deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política, y en particular, con los principios que inspiran el derecho de acceso a la información, entre los cuales se encuentran aquellos consagrados en el artículo 11 letras c), d) y f) de la LT, esto es, el principio de apertura o transparencia, conforme al cual 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; el principio de máxima divulgación, y el principio de facilitación.

Por otro lado, argumenta que el solicitante no ha requerido información respecto de otros postulantes, sino que la pauta de corrección o informe de evaluación que dice relación con su persona, por lo que es el titular de ella, por cuanto el test M10 le fue practicado en el proceso de postulación a un cargo público.

Explica el Consejo que desestimó la alegación de la reclamante, en orden a que la divulgación de la solicitud vulneraría los derechos de todas aquellas personas que rindieron la evaluación el día 31 de agosto de 2018, toda vez que no forma parte de lo pedido en los informes de evaluación de todos los postulantes al concurso, sino únicamente el acceso al formulario o facsímil que contenga el test adquirido por el órgano y luego aplicado en el concurso –compuesto por el cuadernillo de preguntas y hoja de respuestas- y la pauta de corrección o informe de



evaluación del requirente en el aludido certamen, antecedente, este último, al cual el peticionario tiene derecho a acceder por tratarse de información propia,

En consecuencia, el solicitante de información, en su calidad de titular de los datos correspondientes al resultado de su evaluación, puede acceder a los mismos, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, que consagra el derecho fundamental a la protección de datos personales, y el artículo 12 de la Ley N° 19.628, el cual dispone que «toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre los datos relativos a su persona....».

También explica que la información en cuestión es pública de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8° inciso 2° de nuestra Constitución y 5° inciso 2°, 10 y 11 letra c) de la LT, sin importar su origen, por haber sido adquirida con fondos públicos y utilizada para un concurso público.

En efecto, de la copia de la Orden de Compra y Resolución Exenta N° 4169, de 2 de octubre de 2017, que autoriza la ejecución de un Trato Directo con la Pontificia Universidad Católica de Chile, para la adquisición de los test psicométricos M10, consistente en 250 cuadernillos M10 (cuadernillos de preguntas o estímulos) y 1000 hojas de respuesta M10, por la suma de \$3.436.125.-, IVA incluido, se detalla claramente que el producto objeto de la compra corresponde a “Adquisición Test Psicométrico M10”. Asimismo, en los considerandos más relevantes de dicha Resolución consta que la autorización es para la “adquisición del test psicométrico M10, consistente en 250 cuadernillos M10 y 1000 hojas de respuestas M10”, refiriéndose a éstos como “productos solicitados”.

Por lo anterior, no es procedente sostener que el test psicométrico M10, como también la pauta de corrección, resulten reservados por el hecho de haber sido generados o confeccionados por el CEDETi UC, toda vez que en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del



artículo 5° de la LT “es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra 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”, lo cual se encuentra reforzado con la “presunción de publicidad” consagrada en el artículo 11 letra c) de la misma 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”. En consecuencia, el sólo hecho de que un documento obre en poder de la Administración Pública hace que, en principio, tenga carácter público, sin importar su origen, tal como señala el inciso 2° del Art. 5° de la LT.

Tampoco la entrega de la información que se ha ordenado proporcionar en la decisión reclamada, afecta los derechos comerciales y económicos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, por lo que no se configura la causal de secreto o reserva establecida en el artículo 21 N° 2 de la LT.

Tal norma establece 4 causales de secreto o reserva, exigiendo en cada una de ellas un examen de “afectación” de los bienes jurídicos por ellas resguardados, lo que debe efectivamente acreditarse.

De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo, y de conformidad con los artículos 8° de la Constitución Política y 21 de la LT, para determinar la afectación a los bienes jurídicos protegidos por las causales de reserva o secreto de la información, es necesario, no sólo que la información de que se trate concierna a las materias sobre las que éstos versan, sino que además debe dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que debe ser acreditado por los órganos administrativos o terceros que tiene alguna probabilidad de ocurrir, empleándose el denominado “test de daño”, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su



revelación, centrado dicho análisis, en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos.

En la especie las alegaciones de la reclamante se fundan en circunstancias meramente especulativas y remotas, desprovistas de elementos de juicio que les otorguen verosimilitud, y fundadas principalmente en afirmaciones carentes de contenido específico, lo cual no permite tener por configurada la afectación a sus derechos comerciales o económicos.

Finalmente explica que la decisión no adolece de nulidad de derecho público. En efecto, el hecho que los consejeros se hayan abstenido de votar no torna viciada la decisión de amparo por nulidad de derecho público, toda vez que ellos actuaron previa investidura regular de sus integrantes, en conformidad a lo señalado en la LT y lo previsto en la Carta Fundamental, resguardando el derecho a un debido proceso y la garantía de imparcialidad, por lo que su proceder se ajustó a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 62 N° 6 de la Ley N° 18.575 y 12 de la Ley N° 19.880, que contempla el deber de abstención, pues se inhabilitaron dejando expresa constancia de existir circunstancias que le restan imparcialidad para conocer y resolver el asunto controvertido.

Así las cosas, por más que el artículo 40 de la LT sostenga que “El Consejo Directivo adoptará sus decisiones por mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resolverá su Presidente”, en el caso sub lite, no se ha infringido dicha disposición, ya que por razones de fuerza mayor, como es la inhabilidad de los 3 Consejeros señalados basada en causales legales, forzosamente en aras del cumplimiento del principio de inexcusabilidad, el amparo debió ser resuelto con el voto de la Consejera Gloria de la Fuente, pues en caso contrario, al no existir legalmente, ni tampoco en los estatutos del Consejo, la figura del Consejero Suplente, los 3 Consejeros inhabilitados no podían ser subrogados o reemplazados por otros que ocuparan su lugar, lo que obligó a resolver de la forma que consta en la decisión, ya que no



hacerlo, hubiera significado no entrar al conocimiento del amparo y dejarlo sin resolución, lo que afectaría el derecho de acceso a la información del solicitante e implicaría no cumplir la misión institucional

En consecuencia, agrega, el actuar del Consejo se encuentra respaldado en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 19.880, que consagra en su inciso 1° el principio de inexcusabilidad señalando que “La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación.”

3°.- Que según consta del informe del SII, se le entregó al solicitante solamente el resultado de su evaluación psicométrica, mas no el test psicométrico, ni la prueba técnica ya que hacerlo vulneraría el artículo 21 de la LT, ya que afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano en lo relativo a los actuales y futuros procesos concursales. Por otro lado, la información implica entregar el test que se utiliza en actuales procesos de concursos para funcionarios del Servicio y develar dicha información entorpecería los procesos de selección vigentes y futuros en los cuales se aplique dicho test.

4°.- Que el artículo 40 de la LT expresa, en lo pertinente, que “El Consejo Directivo adoptará sus decisiones por la mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resolverá su Presidente. El quórum mínimo para sesionar será de tres consejeros”.

5°.- Que es un hecho no controvertido que la decisión materia del presente recurso fue pronunciada solamente por la consejera Gloria de la Fuente González, dejándose constancia que los demás consejeros incluido el presidente del consejo Marcelo Drago Aguirre, como también Jorge Jaraquemada y Francisco Leturia, sin perjuicio de concurrir para formar quorum, en forma previa al conocimiento del asunto, manifestaron su voluntad de abstenerse de intervenir y votar en el mismo por estimar que se configuraba a su respecto la causal de inhabilidad del N° 6 del artículo 62 de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, por existir circunstancias que les resten imparcialidad.



6°.- Que el artículo 62 de la Ley 18.575 establece que Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: 6° (...) Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta.

A su vez, el artículo 12 de la Ley 19.880, consagra el principio de la abstención, por el cual “Las autoridades y los funcionarios de la Administración en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

Son motivos de abstención los siguientes: 5. Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

7°.- Que, por su parte, de acuerdo al artículo 7° inciso primero de nuestra Carta Magna, “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.”. A su vez, el inciso tercero reza: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”.

8°.- Que, tal como se planteó en el motivo 4°, el quorum mínimo del Consejo para sesionar es de tres consejeros, y la Decisión reclamada sólo fue adoptada por uno de ellos, y no “por la mayoría de sus miembros”, por lo que tal actuación no ha podido producir sus efectos propios, en este caso, resolver válidamente una solicitud de amparo.

Que no puede ser óbice para justificar el incumplimiento en cuanto a la forma en que el Consejo Directivo debe adoptar sus decisiones, como lo pretende el Consejo, el principio de inexcusabilidad, contemplado en el artículo 14 de la Ley 19.880, por el cual “La



administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación”, puesto que el parámetro constitucional referido en el motivo anterior, supone el cumplimiento por parte de los órganos del Estado de los requisitos de validez de sus actuaciones. En efecto, para que un acto estatal sea válido, esto es, que tenga valor legal y sea eficaz, debe haber sido dictado “previa investidura regular de sus integrantes”, que estos hayan actuado “dentro de su competencia”, y “en la forma que prescriba la ley”, lo que en el caso de autos se traduce, en que la decisión cuestionada no fue adoptada “por la mayoría de sus miembros”, lo que inconcusamente la transforme en inválida.

9°.- Que en mérito de lo señalado precedentemente no se emitirá pronunciamiento sobre las alegaciones de fondo contenidas en la presente acción de ilegalidad promovida por la actora.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 28 y 40 de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la Información pública, **se acoge** el reclamo de ilegalidad interpuesto por la Pontificia Universidad Católica de Chile en contra de la Decisión C5159-18, dictada por el Consejo para la Transparencia, por la cual acogió petición deducida en contra del Servicio de Impuestos Internos, y se decide que se rechaza la Decisión de Amparo Rol C5159-18, por ser nula, sin costas.

Regístrese y notifíquese.

Redacción del ministro señor Carreño.

Rol N° 293-2019.-

N°Contencioso Administrativo-293-2019.





BZXRRKCCXNN

Pronunciado por la Undécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jorge Luis Zepeda A., Fernando Ignacio Carreño O. y Abogado Integrante Jaime Bernardo Guerrero P. Santiago, veinticuatro de diciembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veinticuatro de diciembre de dos mil diecinueve, 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 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>