

OFICIO N° 1068

ANT.: Amparo Rol A115-09.

MAT.: Notifica decisión que indica.

SANTIAGO, 24 DIC. 2009

A: **SEGÚN DISTRIBUCIÓN**

DE: **DIRECTOR GENERAL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**

A través el presente Oficio me permito notificar a Ud., mediante carta certificada, la decisión final recaída en el amparo Rol A115-09, por denegación de acceso a la información, deducido por don Patricio Herman Pacheco, de 10 de junio de 2009, en contra de la Ilustre Municipalidad de Providencia.

Saluda atentamente a usted,


RAÚL FERRADA CARRASCO
Director General
Consejo para la Transparencia



ERM/AHT/map

ADJ.: Decisión final Amparo Rol A115-09

DISTRIBUCIÓN:

1. Sr. Patricio Herman Pacheco ✓
2. Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Providencia
3. Sr. Representante Legal Costanera Center S.A.
4. Expediente Rol A115-09



DECISIÓN AMPARO ROL A115-09**Entidad pública:** I. Municipalidad de Providencia**Requiere:** Patricio Herman Pacheco**Ingreso Consejo:** 10.06.2009

En sesión ordinaria N° 87 de su Consejo Directivo, celebrada el 22 de septiembre 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 amparo Rol A115-09.

VISTOS:

Los artículos 5°, inciso 2°, 8° y 19 N° 12 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 D.F.L. N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones; el D.S. N° 47/1992, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que aprueba la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones; y los D.S. N° 13/2009 y N° 20/09, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban 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 28 de septiembre de 2008 y el 22 de abril de 2009 don Patricio Herman Pacheco solicitó a la I. Municipalidad de Providencia y a la Secretaría Regional Ministerial (en adelante, SEREMI) de Vivienda y Urbanismo Metropolitana, respectivamente, que le proporcionaran la siguiente información sobre el Proyecto Costanera Center:

- a) Láminas y cuadros de superficies correspondientes al "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A", de 30 de marzo de 2007.
- b) Copia del permiso vigente en caso de existir uno con posterioridad al referido "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A", de 30 de marzo de 2007.
- c) Láminas correspondientes al Estudio de Sombras que se debieron presentar para el "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A/07", conforme a los artículos 2.6.11 y 2.6.14 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, OQUC).
- d) Copia del certificado de informaciones previas con el que se otorgó el permiso vigente.

2) **RESPUESTA DE LA I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA:** En relación con la primera solicitud dirigida a la Municipalidad de Providencia ésta, mediante Oficio N°



6.699 del 08.10.08, señaló al requirente lo siguiente:

- a) Que no habría inconveniente en poner a su disposición la copia del permiso vigente para ampliar y alterar N° 71-A de fecha 30 de marzo de 2007, así como la copia del certificado de informaciones previas con el que se otorgó el permiso, debido a que ambos son emanados de la Municipalidad, mediante un acto administrativo, por lo que son públicos.
 - b) En cuanto a los otros dos documentos afirma que contendrían información cuya divulgación podía afectar derechos de terceros, por lo que remitió copia del requerimiento a la empresa propietaria del proyecto (Costanera Center S.A.), la que ejerció su derecho de oposición a la entrega de esta información el 8 de octubre de 2008, señalando que su divulgación afectaría sensiblemente sus derechos como empresa. Cabe señalar que el requerimiento de esta información dirigido a la SEREMI de Vivienda y Urbanismo Metropolitana fue derivado por ésta, con copia al requirente, a la I. Municipalidad de Providencia, mediante Ord. N° 1.865/2009. Esta última, mediante Ord. N° 3.892/2009, señaló al requirente que habiendo consultado a la empresa Costanera Center S.A. en su calidad de propietaria del proyecto cuya información se solicita ésta se opuso, conforme el art. 20 de la Ley de Transparencia, encontrándose el órgano impedido de entregar dicha información.
- 3) **OPOSICIÓN DE COSTANERA CENTER S.A.:** Como se ha dicho Costanera Center S.A. fue notificada de la solicitud de información por la I. Municipalidad de Providencia mediante el Oficio Ordinario N° 3.254/2009, oponiéndose a la entrega de información mediante cartas de 20 y 25 de mayo, en las que señala:
- a) Que, de acuerdo al art. 20 de la Ley de Transparencia, una vez que un tercero se opone a la entrega de la información en tiempo y forma el órgano requerido no puede entrar a discutir sobre el fondo de la oposición.
 - b) Que la entrega de la información solicitada perjudicaría gravemente los legítimos derechos e intereses de la empresa por las siguientes razones:
 - i) El expediente del proyecto de arquitectura, de estructura y los antecedentes que elaboran los diversos proyectistas serían materias reservadas cuya publicidad puede afectar el derecho de terceros. Asimismo, su entrega a terceros podría afectar el derecho de propiedad intelectual de los profesionales proyectistas y los derechos comerciales y económicos de la empresa.
 - ii) En el desarrollo y diseño del Centro Comercial que contempla el proyecto Costanera Center, las empresas Costanera Center S.A. y el Holding Cencosud habrían puesto toda su experiencia en el diseño y distribución de tiendas. El conocimiento por parte de terceros del diseño comercial en forma temprana impactaría en las decisiones que pueda tomar la competencia, los potenciales clientes y el mercado respectivo, lo que obligaría a la empresa a tomar resguardos para evitar una eventual afectación en su decisión de inversión y en la rentabilidad que esperaría obtener.
 - c) Agrega que las torres de oficinas que contempla el proyecto plantearían innovaciones con respecto a este mercado, por lo que de darlas a conocer de



manera anticipada permitiría que la competencia las imitara deteriorando esta ventaja competitiva antes que iniciara sus operaciones.

- 4) **AMPARO:** Don Patricio Herman Pacheco, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 de la Ley de Transparencia, formuló ante este Consejo un amparo por denegación de acceso a la información con fecha 10 de junio, en contra de la I. Municipalidad de Providencia, señalando que:

a) Solicita acceso a la información a la que se opuso Costanera Center S.A., esto es:

- i) Láminas y cuadros de superficies correspondientes al "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A", de 30 de marzo de 2007.
- ii) Láminas correspondientes al Estudio de Sombras que se debieron presentar para el "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A/07", conforme a los artículos 2.6.11 y 2.6.14 de la OGUC.

b) Los antecedentes requeridos serían necesarios para que la Fundación a la que representa, "Defendamos la Ciudad", ejerza su labor de fiscalización ciudadana.

En escrito complementario de 16 de junio señala que su postura se encuentra respaldada por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo Metropolitana, debido a que hubo "errores" en el otorgamiento del permiso de edificación para el proyecto Costanera Center. El 17 de junio acompaña copia de los Ordinarios N° 1080/2009 y N° 1.717/2009 de dicha SEREMI, en los que se dan a conocer las supuestas irregularidades ocurridas en la Municipalidad respecto del proyecto en cuestión y que se le hicieron presente a la reclamada. Debido a que ésta no subsanó las supuestas irregularidades dentro del plazo otorgado por la SEREMI referida, ésta habría enviado los antecedentes a la Contraloría General de la República, los que aún están siendo conocidos por dicho ente contralor.

- 5) **TRASLADO:** En sesión ordinaria del Consejo Directivo N° 61, de 23 de junio de 2009, se estimó admisible este amparo y se procedió a notificar el reclamo antedicho y conferir traslado a la I. Municipalidad de Providencia y a Costanera Center S.A., mediante Oficios N° 308 y N° 309, ambos del 30 de julio.

- 6) **DESCARGOS U OBSERVACIONES AL AMPARO FORMULADOS POR LA I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA:** Mediante Oficio N° 5703, de 17 de agosto de 2009, el Director Jurídico de la I. Municipalidad de Providencia evacuó el traslado conferido formulando los siguientes descargos u observaciones al presente amparo:

- a) Señala que dio acceso a dos de los antecedentes requeridos: la copia del permiso vigente para ampliar y alterar N° 71-A, de 30 de marzo de 2007, y la copia del certificado de informaciones previas con el que se otorgó el permiso vigente.
- b) En relación con los otros dos documentos solicitados, esto es, las láminas y cuadros de superficies correspondientes al "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A" y las láminas correspondientes al Estudio de Sombras, indicó al reclamante que no podía entregarlos por oposición de la empresa Costanera Center S.A. En efecto, dicha empresa se opuso en tiempo y forma a ello quedando impedida la Municipalidad de entregarlos. Añade que dichos documentos tienen el carácter de información privada y que su entrega a la Municipalidad no ha alterado dicha



naturaleza.

- c) Por último, afirma que su actuar se ha ajustado a la Ley de Transparencia y acompaña las láminas no entregadas al requirente, solicitadas por el Consejo en el Oficio N° 308 bajo la reserva establecida en el art. 26 de la Ley de Transparencia.

7) DESCARGOS U OBSERVACIONES AL AMPARO FORMULADOS POR COSTANERA CENTER S.A.: Mediante carta de 19 de agosto de 2009 el representante legal de la empresa Costanera Center S.A. evacuó el traslado conferido formulando los siguientes descargos y observaciones al amparo interpuesto:

- a) Afirma que el amparo sería inadmisibile por extemporaneidad, preclusión, agotamiento del derecho a solicitar antecedentes, inexistencia de reclamos de oficio y falta de reclamo en rol A115-09.
- b) En cuanto a la extemporaneidad, la empresa relata la cronología del procedimiento de amparo. Señala que el 20 de abril del presente año, entró en vigencia la Ley de Transparencia y de esa fecha debería haber corrido el plazo del art. 24, respecto de la primera respuesta de la Municipalidad (8 de octubre de 2008), la que debería haber vencido el 22 de mayo de 2009, razón por la cual se habría declarado inadmisibile el reclamo A73-09 (originalmente interpuesto por el reclamante y que fue declarado inadmisibile por esta Corporación). El 22 de abril el reclamante vuelve a solicitar los antecedentes ante la SEREMI de Vivienda y Urbanismo Metropolitana, la que es derivada a la Municipalidad de Providencia. El 10 de junio interpone reclamo ante este Consejo, el que es declarado inadmisibile. El 16 de junio se agregan nuevos antecedentes al reclamo Rol A73-09, declarado inadmisibile. En esa misma fecha, indica, se le da un nuevo rol al reclamo como A115-09, al parecer de oficio por este Consejo.
- c) De acuerdo a la anterior cronología el reclamante habría agotado su derecho a solicitar los antecedentes que pertenecen a dicha empresa o se relacionan con ella. Prueba de esto sería la solicitud que realizó el 22 de abril ante otra autoridad (SEREMI de Vivienda y Urbanismo Metropolitana), afirmando que *"hay conciencia [del reclamante] de no poder volver a solicitar lo mismo ante la misma Autoridad que ya había contestado"*. Esta solicitud fue realizada 2 días después de la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia, ante una autoridad *"que estima pudiere ser más proclive a su solicitud, obtener otro resultado y REABRIRSE un nuevo plazo para recurrir ante este Consejo"*. Concluye Costanera Center S.A. que el derecho del reclamante se agotó al ejercerlo en su primera solicitud del 26 de septiembre de 2008. Sostener que se pudiere renovar eternamente la misma solicitud atentaría contra el principio de certeza jurídica y económica y el principio conclusivo establecido en la Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo.
- d) Agrega que de acuerdo al art. 24 de la Ley, el plazo que dicha norma contiene para interponer un amparo por denegación al acceso de la información es fatal. Por lo anterior, entienden que fue declarado inadmisibile el reclamo A73-09, debido a que al día 10 de junio estaba vencido el plazo legal para interponer el reclamo ante este Consejo. Agrega, que si se acepta que la solicitud dirigida a la SEREMI de Vivienda y Urbanismo Metropolitana como una nueva solicitud de acceso a la información, el plazo para interponer el reclamo vencía con mucha anticipación a



la fecha ya señalada.

- e) En consecuencia, habiéndose declarado inadmisibile el reclamo A73-09, el Consejo debió, a su juicio, abstenerse de seguir conociendo, y el interesado, debió ver si continuaba y cómo. No sería posible que el Consejo conociera de oficio este amparo. Además, señala que sería contrario a los principios establecidos en la Ley N° 19.880, especialmente el de imparcialidad, que el recurrente declare por escrito y con cargo del Consejo, que ha concurrido a reunirse con abogados de este organismo para rectificar o intentar rectificar lo obrado con anterioridad.
- f) En cuanto al fondo del presente amparo, la empresa reitera en su totalidad los argumentos señalados en su oposición, los que se dan por reproducidos aquí.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que antes de entrar al fondo del presente amparo corresponde analizar las alegaciones de forma realizadas por Costanera Center S.A. en lo referente a la inadmisibilidad del amparo A115-09 por preclusión del derecho para interponer un amparo de denegación de acceso a la información, agotamiento de dicho derecho y extemporaneidad. Para ello este Consejo tendrá presente que:
 - a) Las solicitudes formuladas y las respuestas entregadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia estaban reguladas por la normativa vigente en la materia, sea al momento en que se realizó la solicitud o se contestó.
 - b) La solicitud del 22 de abril que realizó el reclamante ante la SEREMI de Vivienda y Urbanismo Metropolitano se rige por la Ley de Transparencia, que entró en vigor dos días antes. Por ello fue derivada a la Municipalidad de Providencia, como indica el art. 13 de dicha Ley. Dicha SEREMI derivó la solicitud a la Municipalidad de Providencia el 8 de mayo, mediante Ord. N° 1.865, recibíendola ésta el 15 de mayo, fecha desde la cual se cuenta el plazo de 20 días hábiles establecidos en el art. 14 de la Ley para responder, que venció el 15 de junio.
 - c) La Municipalidad respondió al requirente el 10 de junio del 2009, notificándose a éste el 15 de junio. El plazo para que el requirente presentase un amparo vencía, entonces, el 2 de julio.
 - d) El presente amparo, como puede observarse, fue interpuesto ante este Consejo dentro del plazo señalado por el art. 24 de la Ley. A mayor abundamiento, se debe hacer presente que el órgano reclamado no ha solicitado invalidar el procedimiento del presente amparo por las razones que señala la empresa.
 - e) En cuanto a la inadmisibilidad del reclamo A73-09 se debe señalar que la razón por la que éste fue declarado inadmisibile por el Consejo Directivo no fue la extemporaneidad, sino que la alteración de la situación de hecho consignada en el amparo por el reclamante, pues la respuesta a la solicitud de información del órgano reclamado fue conocida por este Consejo, pero no por el reclamante, por lo cual se declaró improcedente.
 - f) Que este Consejo no ha actuado de oficio al dar un nuevo rol al presente



amparo. Fue el reclamante quien se apersonó en la sede del Consejo el 16 de junio de 2009, una vez que notificado de la respuesta por parte de la Municipalidad, reiterando su voluntad de perseverar en el amparo interpuesto, por lo que se le dio un nuevo número de rol y se procedió a su tramitación, según lo acordado por el Consejo Directivo en sesión ordinaria N° 58, de 12 de junio.

- g) En lo relativo a la falta de imparcialidad de este Consejo que se funda en que el reclamante señala haber concurrido para hablar con abogados de este Consejo, para rectificar o intentar rectificar lo obrado, debe indicarse que la atención de los ciudadanos reclamantes no puede ser objeto de cuestionamiento pues este Consejo está al servicio de las personas. Para ello cuenta, en especial, con la Unidad de Promoción y Clientes que ayuda, aconseja y guía a los ciudadanos que comparecen ante este Consejo, especialmente teniendo en cuenta que esta Corporación y la Ley de Transparencia son relativamente nuevos. Esa misma asesoría se ha otorgado a los órganos y terceros que lo han requerido, no faltando este Consejo al deber de imparcialidad en ningún momento.
- 2) Por lo anteriormente expuesto, este Consejo desechará las alegaciones formales realizadas por Costanera Center en el presente amparo.
- 3) Que, en lo que se refiere al fondo del presente amparo, el artículo 5° de la Ley de Transparencia señala que revisten el carácter de información pública todos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, salvo las excepciones que establece la ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, 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.
- 4) Que la información requerida forma parte de los antecedentes que han servido de sustento o complemento directo y esencial al permiso de edificación otorgado por la I. Municipalidad de Providencia a Costanera Center S.A. Por lo tanto, independientemente de si fueron aportados por particulares deberían ser públicos, pues obran en poder de la Municipalidad de Providencia y en base a ellos se otorgó el correspondiente permiso de edificación.
- 5) Que, no obstante lo anterior, la empresa Costanera Center S.A. se ha opuesto en tiempo y forma a la entrega de dicha información por considerar que afectaría sus derechos económicos o comerciales, de acuerdo a lo señalado en los arts. 20 y 21 N°2 de la Ley de Transparencia.
- 6) Que, por lo tanto, le corresponde a este Consejo si los antecedentes requeridos pueden o no afectar derechos del tercero, en este caso, Costanera Center, en conformidad con lo expresado en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.



- 7) Que los planos y láminas solicitados fueron realizados por consultoras y profesionales a requerimiento de la empresa Costanera Center S.A., que les encargó realizar los planos y el estudio de sombras respectivos.
- 8) Que dichos planos y láminas fueron elaborados con el fin de obtener un permiso de edificación por parte de la I. Municipalidad de Providencia, el que se encuentra otorgado y vigente. A mayor abundamiento, es de público conocimiento que el proyecto Costanera Center ya se encuentra en su etapa de edificación y construcción.
- 9) Que conviene considerar que cuando la transparencia puede exponer la vida privada o el patrimonio de las personas, la doctrina y la legislación comparada entienden que en principio existe una barrera que restringe la divulgación de los documentos que contienen esta información. Pese a ello "...*pueden existir circunstancias excepcionales en que el interés público justifique su divulgación. Estas circunstancias excepcionales suponen una difícil y compleja valoración de los intereses en juego. Algunos países han previsto en sus legislaciones los estándares que guían esta ponderación y que se conocen como la prueba de interés público*" (LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y POSADAS, Alejandro. "Las pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una Perspectiva Comparada". *Ien/ Derecho Comparado de la Información* N° 9, 2007, p. 23-24). En el caso de Estados Unidos este "*test de interés público*" exige al particular que alega una afectación de su competitividad probar la posibilidad de un daño competitivo sustancial y actual, rechazándose "...*simples alegatos de que se puede dañar o se está dañando la posición competitiva sin evidencia que los soporte*..." (Ibid., p. 36).
- 10) Que la oposición del tercero Costanera Center se funda en que la divulgación de estos antecedentes le causaría daño. Ésta en sus descargos no fundamenta en forma fehaciente el daño, ni lo cuantifica, aunque sí señala que el conocimiento "**temprano**" o "**anticipado**" podría causarle perjuicios en cuanto a su competencia y posición en el mercado. De los términos destacados con negritas se puede desprender que el perjuicio que se le podría provocar, y por el que se opone a entregar la información, se refiere al conocimiento de los antecedentes solicitados, previo al otorgamiento del permiso de edificación, acto que, actualmente, es público y esta calidad no ha sido refutada por ninguna de las reclamadas.
- 11) Que, por otro lado, la publicidad de los antecedentes requeridos es fundamental para permitir el control social sobre el otorgamiento de permisos de edificación por parte de las Direcciones de Obras Municipales. En efecto, las láminas requeridas son un antecedente fundamental para poder verificar si el diseño del edificio y la distribución de sus espacios se ajusta a las disposiciones reglamentarias, esto es, si el permiso fue bien o mal otorgado. Lo anterior es especialmente importante considerando que el desarrollo de la ciudad interesa a todos sus habitantes y que la detección oportuna de eventuales irregularidades evitará que se consoliden y generen efectos negativos difíciles de revertir.
- 12) Que, en consecuencia, el beneficio público de conocer esa información es superior al interés de mantenerla en reserva.



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 el reclamo interpuesto por don Patricio Herman Pacheco en contra de la I. Municipalidad de Providencia, por denegación fundada en la oposición de Costanera Center S.A., respecto de la siguiente información:
 - a) Las láminas y cuadros de superficies correspondientes al "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A" de 30 de marzo de 2007 y
 - b) Las láminas correspondientes al Estudio de Sombras que se debieron presentar para el "Permiso para Ampliar y Alterar N° 71-A/07", conforme a los artículos 2.6.11 y 2.6.14 de la OGUC.
- 2) Requerir al Alcalde de la I. Municipalidad de Providencia que:
 - a) Entregue la información referida en el numeral anterior al reclamante, don Patricio Herman Pacheco, dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde que esta decisión quede ejecutoriada, en el formato solicitado, bajo el apercibimiento de proceder, en caso contrario, conforme disponen los arts. 46 y siguientes de la Ley de Transparencia;
 - b) Envíe copia del documento a través del que se realice esta entrega a este Consejo, al domicilio Morandé N° 115, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago, o al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, para verificar el cumplimiento de esta decisión.
- 3) Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a don Patricio Herman Pacheco, a Costanera Center S.A. y al Alcalde de la I. Municipalidad de Providencia y devolver a este organismo los antecedentes remitidos a este Consejo por el Oficio N° 57.03, de 17 de agosto de 2009.

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. Certifica don Raúl Ferrada Carrasco, Director General del Consejo para la Transparencia.

