consejo para la Transparencia

OFICIO Nº 002351

ANT.: Amparo Nº C632-11

MAT.: Notifica decisión que indica.

SANTIAGO, 12 SET. 2011.

A: SR. CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

DE: DIRECTOR GENERAL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

A través del presente Oficio me permito notificar a Ud., mediante carta certificada, la decisión final recaída en el reclamo Rol C632-11, por denegación de acceso a la información, deducido por don Jorge Molina Sanhueza, el 25 de mayo de 2011, en contra de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Saluda atentamente a usted,

RAÚL FERRADA CARRASCO
Director General
Consejo para la Transparencia

ERM/AHT/map
ADJ.: Decisión final Reclamo Rol C632-11
DISTRIBUCIÓN:
1. Expediente Rol C632-11

Entidad pública: Subsecretaría para las Fuerzas Armadas

DECISIÓN AMPARO ROL C632-11

Requirente: Jorge Molina Sanhueza

Ingreso Consejo: 25.05.2011

En sesión ordinaria N° 271 de su Consejo Directivo, celebrada el 5 de agosto de 2011, 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 C632-11.

VISTOS:

Los artículos 5° inc. 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la Ley 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; y, los D.S. N° 13/2009 y 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante indistintamente el Reglamento y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 23 de abril de 2011 don Jorge Molina Sanhueza requirió a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas le entregara la siguiente información:

   a) Copia íntegra del contrato del Sr. Ricardo Enrique Rincón González, entre el 2 de enero al 30 de junio de 2009, donde fungió como "Encargado de asesoría y tramitación de la Agenda Legislativa ministerial, control y seguimiento de Proyectos de Ley", junto a todos los informes que haya realizado en dicho tiempo. Además requiere su control horario y asistencia a las comisiones de Defensa del Congreso Nacional, ya sea Cámara de Diputados o Senado.

   b) Copia íntegra del contrato del Sr. Ricardo Enrique Rincón González, entre el 1° de julio al 31 de diciembre de 2009, donde fungió como encargado de "Asesoría Legislativa y Jurídica para la Subsecretaría de Guerra, particularmente, la tramitación del Proyecto de Ley de Modernización del Ministerio de Defensa Nacional", junto a todos los informes que haya realizado en dicho tiempo.

Además, requiere su control horario y asistencia a las comisiones de Defensa del Congreso Nacional, ya sea Cámara de Diputados o Senado.

2) **RESPUESTA:** Mediante Oficio Nº 3.934, de 17 de mayo de 2011, del Sr. Subsecretario para las Fuerzas Armadas, éste respondió al requerimiento señalando que, en atención al Oficio DIV.ADM. Dep. G.RR.HH. Nº 27, de 24 de mayo de 2011, adjunta la siguiente información:

   a) Resolución SSG. Depto. I Nº 19, de 6 de febrero de 2009, sobre "Contratación a Honorarios", a contar de 2 de enero de 2009.

   b) Copia de "Contrato de Prestación de Servicios Persona a Honorarios", de fecha 2 de 2009 (*sic*).

   c) Resolución SSG. Depto. I Nº 878, de 28 de julio de 2009, sobre "Acepta Renuncia", a contar de 30 de junio de 2009.

   d) Resolución SSG. Depto. I Nº 798, de 14 de julio de 2009, sobre "Contratación a Honorarios", a contar de 1° de julio de 2009.

   e) Copia de "Contrato de Prestación de Servicios Persona a Honorarios", de 1° de julio de 2009.

   f) Resolución SSG. Depto. I Nº 1.176, de 11 de septiembre de 2009, sobre "Pone Término a Contrato", a contar del 12 de septiembre de 2009.

3) **AMPARO:** Don Jorge Molina Sanhueza dedujo amparo a su derecho de acceso a la información el 25 de mayo de 2011 en contra de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, fundado en que la respuesta dada por el órgano reclamado fue una entrega parcial a la información solicitada, sin que se den razones para ello.

4) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de este Consejo acordó admitir a tramitación este amparo trasladándolo, mediante Oficio Nº 1.308, de 2 de junio de 2011, al Sr. Subsecretario para las Fuerzas Armadas. Mediante Oficio Nº 5.166, de 23 de junio de 2011, éste señaló que:

   a) El 17 de mayo de 2011, por Oficio SS.FF.AA. DIV. JUR Nº 3.934, se dio respuesta al reclamante, vía correo electrónico, adjuntando la información requerida, de acuerdo al mismo detalle ya indicado en el punto 2 de esta parte expositiva.

   b) En consecuencia, el órgano reclamado acompañó copia de todos los contratos solicitados y, además, copias de las resoluciones exentas que aprobaron y pusieron término a los contratos de prestación de servicios de persona a honorarios, celebrados entre la Subsecretaría de Guerra y don Ricardo Rincón, durante el período señalado en el requerimiento de información.

   c) En relación a la entrega de los informes de labores, control horario y la asistencia a las comisiones de Defensa del Congreso Nacional, señala que, consultados los registros ministeriales, en general dicha información no existe en dicho Ministerio.

   d) Agrega que, asimismo, la Coordinadora de la División Administrativa de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, comunicó a través de Oficio DIV. ADM. Dep. G.RR.HH. Nº 27, de 24 de mayo de 2011, cuya copia adjunta, que de

acuerdo al sistema de control documental, el Sr. Rincón González no registra comisión de servicio alguna durante el año 2009, ni se cuenta con los informes realizados por éste durante el período de su contratación, toda vez que reportaba directamente al Ministro de Defensa.

e) Por su parte, y en relación al control horario, la Coordinadora de la División Administrativa de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, comunicó a través de Oficio SS.FF.AA. G.RR.HH. Nº 49, de 21 de junio de 2011, cuya copia adjunta, que no cuenta con informes o registros de control horario del Sr. Rincón González, contratado bajo la modalidad de honorarios a suma alzada durante el año 2009, quien, con relación a las funciones por las que fue contratado, reportaba directamente al Ministro de Defensa.

f) En consecuencia, de acuerdo a dichos documentos, señala que dicha Subsecretaría no cuenta dentro de sus registros con la información referida, por lo que resulta imposible entregar la información requerida, toda vez que se carece de ella.

CONSIDERANDO:

1) Que, la información solicitada en la especie consiste en copia de los contratos que vincularon al Sr. Ricardo Enrique Rincón González con la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, entre el 2 de enero al 31 de diciembre de 2009, junto con todos los informes que éste hubiere realizado en dicho tiempo, como también su control horario y asistencia a las Comisiones de Defensa del Congreso Nacional. Al respecto, cabe hacer presente que el presente amparo fue interpuesto en razón que la respuesta entregada no contenía toda la información solicitada, ya que sólo se proporcionó al peticionario copia de ambos contratos de prestación de servicios, con sus respectivas resoluciones, como se detalla en la parte expositiva de la presente decisión, por lo que ésta versara sólo respecto de aquella información faltante.

2) Que, en este sentido, cabe mencionar, en primer lugar que, de acuerdo a lo establecido en los Dictámenes Nºs 22.752 y 24.025, ambos de 2010, de la Contraloría General de la República, quienes presten servicios a la Administración sobre la base de honorarios, no obstante ser servidores del Estado, no poseen la calidad de funcionarios públicos, y la norma reguladora de sus relaciones con ésta es el propio convenio, por lo que, en definitiva, se deberá estar a lo estipulado en el respectivo contrato para determinar las obligaciones específicas que rijan en cada caso.

3) Que, en el caso concreto, este Consejo ha tenido a la vista ambos contratos celebrados entre la Subsecretaría de Guerra –actual Subsecretaría para las Fuerzas Armadas– y don Ricardo Rincón González (que eran parte de la solicitud original y que le fueran entregados al reclamante), constatando que la cláusula séptima, redactada en similares términos en los referidos instrumentos, señala en lo pertinente que *"Don RICARDO RINCÒN GONZÁLEZ deberá entregar mensualmente un informe de trabajo correspondiente a las funciones asignadas en el contrato, que deberán ser visados por el fiscalizador antes individualizado"*. Por su parte, la cláusula octava de ambos contratos establece que *"Don RICARDO RINCÓN GONZÁLEZ deberá desarrollar su*

trabajo de lunes a viernes desde las 08:30 horas hasta las 17:30 horas en dependencias del Ministerio de Defensa Nacional –el segundo contrato se refiere a la Subsecretaría de Guerra– *en la ciudad de Santiago".*

4) Que, en consecuencia, de las obligaciones que se establecen en los respectivos contratos de prestación de servicios que regulaban la relación entre el Sr. Rincón González y el órgano reclamado, y que fueran citadas en el considerando anterior, se desprende inequívocamente que la información solicitada y que dio origen al presente amparo, esto es, todos los informes que éste haya realizado en dicho tiempo, su control horario y su eventual asistencia a las Comisiones de Defensa del Congreso Nacional, se trata de información que necesariamente debió haber obrado en poder de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, por cuanto tales obligaciones derivaban directamente de los contratos antes analizados, siendo deber de dicha Subsecretaría fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Sr. Rincón, especialmente en lo referido al cumplimiento de su jornada laboral y en lo relativo a la entrega de los informes de trabajo comprometidos.

5) Que, por lo tanto, y de acuerdo a lo prescrito por los artículos 5º y 10 de la Ley de Transparencia, en cuanto información que debe obrar en poder de la Administración, lo requerido constituye, en principio, información de carácter público, máxime si se refiere a una materia directamente relacionada con el ejercicio de la función pública, como es la verificación del cumplimiento de la jornada laboral de los servidores públicos y un detalle, debidamente respaldado, de las funciones desempeñadas en virtud de un contrato de prestación de servicios a honorarios celebrado con un órgano de la Administración del Estado. Además, esta información constituye un mecanismo de rendición de cuentas, no sólo ante las jefaturas del respectivo servicio, sino también ante la comunidad toda.

6) Que, en este último sentido, y a mayor abundamiento de lo ya señalado, es plenamente aplicable a este caso lo decidido por este Consejo respecto del amparo Rol C485-09, interpuesto contra el Servicio de Salud Metropolitano Norte, donde se ordenó entregar, entre otras cosas, el registro completo del control de asistencia de médicos durante el año 2009. En dicha revisión se realizó una comparación del registro del control de la asistencia con otros datos de los funcionarios públicos que deben ser informados en virtud del artículo 7º de la Ley de Transparencia, como la remuneración de éstos. Allí se establece que en otras decisiones de este Consejo –por ejemplo, aquellas recaídas en los amparos Roles A10-09 y A126-09– se determinó que las calificaciones de los funcionarios son públicas, en virtud del interés público que revisten como mecanismo de rendición de cuentas, no sólo ante las jefaturas, sino también ante la sociedad, agregando que *"...las remuneraciones y calificaciones de los funcionarios públicos, pueden ser considerados como mucho más sensibles que el control de asistencia requerido en el caso. En efecto, en ambos casos estamos hablando de datos personales, pero el legislador y este Consejo han determinado que dado que se han producido en el ejercicio de una función pública y que el conocimiento de dicha información es relevante para el adecuado control social de aquélla, es necesario que se publiquen o se den a conocer. Siendo así, con mayor razón sería público el registro de control de asistencia de los médicos que presten servicios en un establecimiento de salud público".* En este sentido semejante se han resuelto los casos Roles A181-09, C434-09, C492-09, C209-10 y C846-10. Por lo tanto, y a pesar de que lo requerido se trata de un dato personal, prima el interés público en el conocimiento de la información

solicitada, prevaleciendo, de esta forma, lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley de Transparencia.

7) Que, en consecuencia, y en virtud de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que los informes que haya podido realizar don Ricardo Enrique Rincón González durante el período de tiempo indicado, y mientras prestó servicios para el órgano reclamado, como también su registro de control horario y de asistencia a las Comisiones de Defensa del Congreso Nacional, en el mismo periodo, y que obren en poder de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, constituye información pública que, de existir, debe ser entregada al solicitante.

8) Que, sin perjuicio de todo lo señalado en los considerando precedentes, y atendido lo indicado por el órgano reclamado en sus descargos presentados ante este Consejo, en cuanto a que *"consultados los registros ministeriales, en general dicha información no existe en dicho Ministerio"*, como también en atención a que el Sr. Rincón González no registraría comisión de servicio alguna durante el año 2009, y que no se contaría con los informes realizados por éste durante su período de contratación, ya que dicho servidor le reportaba directamente al Ministro de Defensa, ni que tampoco se dispondría de registros de su control horario, no queda más que concluir de lo expresado que el órgano reclamado está dando cuenta de la inexistencia de la información solicitada, a pesar de encontrarse contractualmente obligado a tenerla.

9) Que, al respecto, cabe considerar que el Sr. Subsecretario de Guerra en su oportunidad, y en su calidad de Jefe Superior del Servicio, para proceder a visar los respectivos pagos –si es que éstos se hicieron– y que se devengaban producto de los respectivos contratos de prestación de servicios, se encontraba en la obligación de certificar el efectivo cumplimiento de las funciones contratadas por el Sr. Rincón González, para lo cual, e independiente que este último reportara directamente al Ministro de Defensa, debía verificar la existencia de los informes a que se encontraba obligado a emitir por contrato, como el cumplimiento de la jornada laboral. Por lo tanto, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, en tanto continuadora legal de la Subsecretaría de Guerra, es el órgano legalmente obligado a contar con la información solicitada.

10) Que, aunque conforme a lo señalado en las disposiciones contractuales referidas la información requerida debía obrar en poder del órgano reclamado, la reclamada ha señalado no contar con dicha información tras realizar las indagaciones respectivas, lo que impedirá a este Consejo requerir su entrega (así, por ejemplo, se decidió en los amparos Rol A181-09 y C977-10). No obstante ello, dicha situación no fue informada por la autoridad al reclamante y sólo se alegó ante esta sede, pese a que el artículo 16 de la Ley de Transparencia exige que las negativas a entregar información deban formularse por escrito y deben ser fundadas, lo que no aconteció en este caso. Por ello, este amparo deberá ser acogido requiriéndose a la Subsecretaría reclamada que entregue al peticionario el Oficio DIV. ADM. Dep. G.RR.HH. Nº 27, de 24 de mayo de 2011, y el Oficio SS.FF.AA. G.RR.HH. Nº 49, de 21 de junio de 2011, ambas de la División Administrativa de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y adjuntadas por ésta a sus descargos, donde se consigna la inexistencia de la información solicitada y donde se da cuenta de las búsquedas efectuadas respecto de la información requerida.

11) Que, sin embargo, atendida la inexistencia de la información solicitada relativa a los informes evacuados por don Ricardo Rincón González en virtud de los contratos a

honorarios ya reseñados, como su control horario y los eventuales registros de su asistencia a Comisiones del Congreso Nacional, conforme lo ha señalado la Subsecretaría reclamada, no obstante desprenderse que dicha información debía obrar en su poder en base a lo dispuesto en las cláusulas de los respectivos contratos de honorarios celebrados, se remitirán estos antecedentes a la Contraloría General de la República para que, en ejercicio de sus atribuciones, disponga las medidas administrativas que estime pertinentes.

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

I. Acoger el amparo deducido por don Jorge Molina Sanhueza en contra de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, por los fundamentos señalados precedentemente.

II. Remitir al reclamante, conjuntamente con la notificación de la presente decisión, los Oficios Nºs 27 y 49, de 4 de mayo y 27 de junio de 2011, respectivamente, de la Coordinadora División Administrativa de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, que fueran remitidos a este Consejo por parte del órgano reclamado, conforme a lo señalado en el considerando 10°) anterior.

III. Remitir los antecedentes relacionados con el presente amparo a la Contraloría General de la República, a fin de que adopte las medidas que resulten pertinentes en relación con los hechos antes reseñados, según lo expresado en el considerando 11°) precedente.

IV. Encomendar al Director General de este Consejo notificar la presente acuerdo a don Jorge Molina Sanhueza y al Sr. Subsecretario para las Fuerzas Armadas.

En contra de la presente decisión procede la interposición del reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en el plazo de 15 días corridos, contados desde la notificación de la resolución reclamada, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. En cambio, no procederá el recurso de reposición establecido en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, según los fundamentos expresados por este Consejo en el acuerdo publicado en el Diario Oficial el 9 de junio de 2011.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Raúl Urrutia Ávila y los Consejeros don Alejandro Ferreiro Yazigi, don Jorge Jaraquemada Roblero y don Juan Pablo Olmedo Bustos. Certifica don Enrique Rajevic Mosler, Director General (S) del Consejo para la Transparencia.