

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparecen los señores Esteban Rigo-Righi Baillie y Eduardo Sboccia Serrano, ingeniero civil industrial y abogado, respectivamente, ambos en representación de ENJOY S.A, del giro de explotación de casinos, todos con domicilio en Avenida Presidente Riesco N° 5711, piso 15, Las Condes, Santiago y deducen reclamo de ilegalidad de acuerdo al artículo 28 de la ley 20.285 (en adelante “Ley de Transparencia” o “LT”) en contra de la Decisión de Amparo (en adelante “DA”) rol C4520-20 adoptada en sesión ordinaria N° 1138 de 20 de octubre de 2020 por el Consejo para la Transparencia (en adelante “CPLT”), representado por su Director General don David Ibaceta Medina, ambos con domicilio en calle Morandé N° 360, piso 7, comuna y ciudad de Santiago. Fundan su reclamación en los siguientes antecedentes:

1.- La aludida DA acogió parcialmente el amparo de acceso a la información interpuesto por don Francisco Leiva Vega en contra de la Superintendencia de Casinos de Juegos (en adelante “SCJ”), lo que importa las ilegalidades que denuncia.

2.- Mediante Oficio E15471 el CPLT puso en conocimiento de ENJOY el amparo interpuesto por el señor Francisco Leiva Vega en contra de la Resolución Exenta N° 436/2020 de la SCJ que acogió parcialmente la solicitud de acceso a la información AE012T-486, de acuerdo a los artículos 20 y 21 de la Ley de Transparencia.

3.- La SCJ notificó a su parte del hecho que el requirente había solicitado un conjunto de antecedentes técnicos, legales y comerciales de ENJOY y que son parte de la presentación por la cual se informó acerca del lanzamiento de la plataforma virtual “Enjoy Win”, pidiendo aquel acceder a una serie de documentos, como la copia de los antecedentes presentados por el gerente general de ENJOY el 1 de julio de 2020 a la SCJ en virtud de la cual *“se pone en conocimiento la apertura y funcionamiento de la plataforma web denominada ‘Enjoy Win’, cuya propiedad y gestión es responsabilidad de la empresa Enjoy Gestión Limitada (...)”, además de una “copia de los documentos solicitados en dicho oficio, que habría remitido la empresa ‘Enjoy S.A.’ con ocasión del citado oficio”.*

4.- Corresponde mencionar -agrega la reclamante- que la plataforma Enjoy Win tiene el formato conocido mundialmente como “social casino”,



XQTRJLIGKVG

es decir, un sitio web al cual se puede acceder gratuitamente para recrear juegos de casino sólo por diversión, sin que se pueda apostar dinero real y los puntos o “coins” que se pueden ganar no son canjeables en dinero ni se pueden traspasar a otros usuarios.

5.- La SCJ consideró que la entrega de esta información podía afectar los derechos de ENJOY por lo que le otorgó un plazo de tres días para ejercer el derecho de oposición establecido en el artículo 20 de la LT. ENJOY solicitó que se denegara la petición del señor Leiva pues la publicidad de los antecedentes afectaría derechos de carácter comercial y económico, toda vez que estos involucran elementos técnicos y comerciales propios del desarrollo de la plataforma virtual y su promoción. Se consignó, asimismo, que la información pedida por el requirente dice relación con antecedentes que contienen estrategias y planes de negocio, lo que constituye información sensible y confidencial, que tiene un valor comercial estratégico y necesario para impulsar la plataforma Enjoy Win y así entregar un producto atractivo a sus clientes. Adicionalmente, se indicó que los términos y condiciones de funcionamiento de Enjoy Win son publicados en el sitio web www.enjoywin.net, siendo innecesario entregar antecedentes adicionales, que son confidenciales y que su parte no divulga al público.

6.- La DA reclamada acogió parcialmente el amparo y ordenó a la SCJ entregar al requirente lo siguiente: *“a) copia de las presentaciones realizadas el 1 y el 3 de julio de 2020 -esta última con sus anexos- por Enjoy S.A. ante el organismo, con ocasión de la inauguración de la plataforma ‘Enjoy Win’, en atención a que no logró verificarse que su entrega genere una afectación de tipo comercial al tercero involucrado, al corroborar que dichos antecedentes se encuentran disponibles en el sitio web de la plataforma consultada; y b) copia del curriculum vitae de los funcionarios de la SCJ que realizaron el informe técnico de fiscalización requerido, tarjando previamente los datos personales de contexto contenidos en dichos documentos. Lo anterior por tratarse de información pública, sin que se haya verificado la concurrencia de alguna causal de reserva que justifique la denegación de lo solicitado”*.

7.- En lo que hace a ENJOY, agrega, la divulgación de la información solicitada y mencionada en la letra a) precedente, le causará perjuicios, pues supondría revelar información que por otros medios no se podría adquirir, exponiendo su estrategia comercial ante la competencia.



8.- El objeto de la LT es la transparencia de la función pública esencialmente contenida en los órganos de la Administración del Estado, de manera que la SCJ sin duda se encuentra dentro de la esfera de instituciones que han de ceñirse a sus disposiciones, con el límite que da, precisamente, el entregar información que afecta a un sujeto ajeno a la esfera del derecho público y por lo tanto escapa a las obligaciones de la LT. Si bien la jurisprudencia de diversas Cortes de Apelaciones ha reconocido que instituciones de derecho privado pueden ser obligadas por la Ley de Transparencia, estas deben ser constituidas por el Estado, recibir fondos de este o bien cumplir funciones administrativas, hipótesis todas ajenas a la situación de ENJOY. Cita el artículo 5° de la LT y concluye que sólo son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial y los procedimientos que se utilicen en la dictación de los actos y resoluciones. Los documentos que pueden ser objeto de publicidad deben ser inherentes al acto o contrato, íntimamente relacionados a este e imprescindible para su acertada inteligencia.

9.- Los antecedentes que la SCJ debe entregar al requirente no constituyen actos ni resoluciones de un órgano del Estado, así como tampoco son parte de la documentación esencial que le sirve de fundamento y, por el contrario, son documentos esencialmente privados cuyo objeto era poner en conocimiento la apertura y funcionamiento de la plataforma web denominada Enjoy Win, cuestión que no busca un pronunciamiento por parte de la repartición estatal sino que simplemente informar sobre una plataforma recientemente implementada.

10.- Si bien es la SCJ la que ha sido conminada a entregar los documentos, el verdadero afectado por la difusión de la información es su parte, ENJOY, quien ha elaborado y entregado dicha documentación indicando antecedentes comerciales relevantes y confidenciales para el desarrollo de su negocio. De esta forma, la DA viene en alterar negativamente la facultad de ENJOY de guardar reserva sobre los negocios u operaciones pendientes que aún no se han dado a conocer al mercado, forzando una exhibición de su estrategia comercial y produciendo un desmedro importante en el tráfico ordinario de los bienes y servicios que componen su giro.

11.- Añade que ENJOY es una sociedad anónima abierta, que se encuentra bajo la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero y



existe norma legal expresa que resguarda la reserva de la información de las sociedades para los casos en que deban entregar parte de sus documentos, informes y antecedentes, a saber, el artículo 28 del D.L. N° 3.538, que transcribe. El mismo principio se encuentra en el artículo 43 del Código de Comercio y en el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. Refiere también el artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas.

12.- Cita como causal de reserva la del N° 2 del artículo 21 de la LT, la que entiende plenamente aplicable al caso de autos.

Pide se acoja su reclamación y se deje sin efecto la DA rol C4520 acordada en la sesión ordinaria del CPLT N° 1138 de 20 de octubre de 2020 y se decida que la SCJ no debe entregar las copias de las presentaciones hechas por su parte los días 1 y 3 de julio de 2020 y sus anexos.

SEGUNDO: Que la CPLT informó del siguiente modo:

1.- En cuanto a los hechos, refiere:

a) El 9 de julio de 2020 el señor Francisco Leiva Vega solicitó a la SCJ la información que detalla en 5 puntos.

b) Por medio de la Resolución Exenta N° 436 de 27 de julio de 2020 la aludida Superintendencia señaló que denegaba la información relativa a los puntos 1 y 3, de acuerdo al N° 2 del artículo 21 de la LT. Estos puntos estaban referidos a que el señor Leiva requería una copia de los antecedentes presentados por ENJOY el 1 de julio de 2020 a la SCJ relativos a la apertura y funcionamiento de la plataforma web “Enjoy Win” y la copia de los documentos enviados por ENJOY a la SCJ en respuesta a requerimiento de la SCJ en orden a informar sobre contrato celebrado entre con Mercado Pago.

c) El señor Leiva presentó un amparo de su derecho de acceso a la información ante el CPLT en contra de la SCJ, solicitando aquella entidad informe a esta y a ENJOY,

d) Por DA Rol C4520 de 20 de octubre de 2020, el CPLT acogió parcialmente el amparo deducido y ordenó a la SCJ entregarle al señor Leiva *“copia de las presentaciones realizadas con fecha 1 y 3 de julio de 2020 -esta última con sus anexos- por Enjoy S.A. ante el organismo, con ocasión de la inauguración de la plataforma ‘Enjoy Win’; y copia de los curriculum vitae de los funcionarios a cargo de la elaboración del informe técnico de fiscalización solicitado, tarjando los datos personales de contexto incorporados en los curriculum”*.



XQTRJLIGKVG

e) ENJOY dedujo reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la aludida DA.

2.- La información requerida es pública de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República y los artículos 5°, 10 y 11 letra c) de la LT, aunque haya sido generada por ENJOY, pues obra en poder de la SCJ, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras y, además, fue fundamento de decisiones administrativas.

3.- La entrega de la información que se ha ordenado proporcionar en la DA C4520-20 no afecta los derechos económicos ni comerciales de ENJOY, por lo que no se configura a su respecto la causal de secreto o reserva establecida en el N° 2 del artículo 21 de la LT.

4.- El artículo 28 del D.L. N° 3.538 no resulta aplicable a la especie, ya que sólo rige a los funcionarios de la Comisión para el Mercado Financiero y, a su vez, el referido precepto únicamente contiene una “prohibición funcionaria”, la que no resulta aplicable en el contexto de la LT, sin que pueda pretenderse que se contemple por analogía a un caso diverso del consignado en el citado Decreto Ley. Además, esta alegación no formó parte de los descargos de ENJOY ante el CPLT, de modo que no puede ser invocada en sede judicial.

Pide el rechazo de la reclamación.

TERCERO: Que esta Corte otorgó traslado al señor Leiva, quien hizo las observaciones que consignó en su presentación de 9 de diciembre de 2020.

CUARTO: Que, entonces, debe concluirse que el objeto de la reclamación y lo que tiene que resolver esta Corte de Apelaciones, dice relación con la legalidad de la DA C4520-20 del CPLT, en cuanto acogió parcialmente el amparo de acceso a la información presentado por don Francisco Leiva Vega, ordenando a la SCJ entregarle copia de las presentaciones de 1 y 3 de julio de 2020 hechas por ENJOY ante dicho organismo, con ocasión de la inauguración de la plataforma “Enjoy Win”.

QUINTO: Que el artículo 8° de la Constitución Política de la República señala: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos 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”.

La LT, por su parte, señala en su artículo 5°:

“En virtud del principio de transparencia de la función pública, 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, son públicos, salvo las excepciones que establece esta 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”.

Finalmente, cabe citar lo que dispone la letra c) del artículo 11 de la Ley N° 20.285:

*“El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios: c) 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”.*

Luego, la regla general que contempla nuestro ordenamiento jurídico es que, si la información está en poder de la Administración, es pública, salvo las excepciones que la misma ley prevé. En la especie, se trata de información que está en poder de la SCJ, entregada por un privado, ENJOY, pero con el objeto que el aludido organismo público ejerza su labor de fiscalización que le encomienda la Ley N° 19.995, que establece en su artículo 36 que *“Corresponderá a la Superintendencia supervigilar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas para la instalación, administración y explotación de los casinos de juego que operen en el país”.* En consecuencia, aunque las copias de la información que el CPLT ordenó entregar al señor Leiva Vega provengan de ENJOY, una empresa privada, se encuentra en poder de un organismo público, la SCJ, precisamente en virtud de las facultades fiscalizadoras que este organismo tiene sobre todas las personas jurídicas que exploten casinos



de juego, información que, por lo demás, dice relación, con el lanzamiento de la plataforma web gratuita denominada “Enjoy Win”.

Así, puede concluirse que la información que emana de una empresa privada está sujeta a la publicidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República y la LT, en la medida que esté en poder de un órgano de la Administración en virtud del poder de fiscalización que este tiene sobre aquella, salvo las excepciones que ley contempla.

SEXTO: Que se ha argüido por la sociedad reclamante que la información cuya publicidad pretende el señor Francisco Leiva Vega está sujeta a la causal de reserva o secreto del N° 2 del artículo 21 de la LT, norma que señala: *“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las 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”*. Obviamente se ha hecho hincapié en la última parte de la disposición transcrita, esto es, que la publicidad de la información afectaría los derechos de carácter comercial o económico de ENJOY. Es deber de la judicatura, entonces, en virtud de la ilegalidad denunciada, pronunciarse sobre el particular.

SÉPTIMO: Que el CPLT, en la DA impugnada, ha señalado que para entender que se afectan los aludidos derechos comerciales y económicos que ENJOY ha invocado, deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos: a) que la información sea secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza este tipo de información; b) que la información sea objeto de razonables esfuerzos para mantener secreto; y c) que el secreto o reserva de la información requerida tenga un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y, por el contrario, su publicidad afectar significativamente su desenvolvimiento competitivo). Lo anterior significa, en términos más simples, que siendo la regla general que toda información que se encuentre en poder de la Administración es pública, quien quiera alegar que no lo es por la afectación a sus derechos comerciales o económicos que su publicidad lleva consigo, debe probarlo.



OCTAVO: Que ni ante el CPLT y frente a esta Corte de Apelaciones, ENJOY ha aportado probanza alguna que demuestre que la información en cuestión, de ser pública, pueda afectar sus derechos comerciales o económicos, a lo que debe agregarse que, de acuerdo al examen hecho por el CPLT, la “gran mayoría” de los antecedentes que ha requerido el señor Leiva Vega *“se encuentran disponibles, tanto en el sitio web www.enjoywin.cl como en el canal de mercado pago, sin necesidad de registro previo, pudiendo conocer sus promociones, términos, condiciones y situación reglamentaria; y sólo respecto a los juegos (descripción, reglas y características), es necesario registrarse previamente en la señalada plataforma, gestión que es gratuita y no sujeta a validación de los datos aportados; todos antecedentes que se condicen con aquellos descritos y acompañados por Enjoy S.A. ante el organismo, a fin de que este ejerciera su labor de fiscalización y control (...)”*. En conclusión, resulta que ENJOY no ha demostrado que concurra a su respecto la causal del N° 2 del artículo 21 de la LT respecto de la información cuya publicidad pretende el señor Leiva Vega y, en todo caso, sea como fuere, de acuerdo análisis que ha hecho el CPLT, prácticamente toda esta información está publicada en el referido sitio web, que es de acceso público y gratuito.

NOVENO: Que en su reclamación ante esta Corte, ENJOY precisamente ha hecho ver la necesidad de abrir un término probatorio para acreditar la causal de reserva alegada, sin que haya hecho ninguna petición concreta al respecto en esa oportunidad o en algún momento posterior, como se comprueba del examen de los antecedentes, de manera que, en realidad, no hubo ninguna solicitud específica en este sentido y sin que, tampoco, se haya pedido reposición del decreto que ordenó traer los autos en relación, para que se procediera en la forma permitida por el inciso tercero del artículo 30 de la LT.

DÉCIMO: Que, finalmente, el reclamante ha invocado en su favor lo que dispone el artículo 28 del D.L. 3.538, que, en lo que interesa, señala que *“La Comisión (se refiere a la Comisión para el Mercado Financiero), así como los Comisionados, funcionarios y las personas que, a cualquier título, presten servicios a dicha entidad estarán obligados a guardar reserva acerca de los documentos y antecedentes de los que tomen conocimiento con ocasión del ejercicio de sus funciones, así como documentos, informes y antecedentes que elaboren, preparen o mantengan en su poder o de los que hayan tomado conocimiento en el ejercicio de dichas funciones, siempre*



que éstos no tengan el carácter de públicos”. Sobre el particular cabe señalar dos cosas:

a) la norma está dirigida a la Comisión para el Mercado Financiero, Comisionados y demás funcionarios de dicho organismo, quienes deben mantener reserva acerca de los documentos y antecedentes “de los que tomen conocimiento **con ocasión del ejercicio de sus funciones**”, de modo que nada tiene que ver con la documentación que ENJOY haya podido entregar a la SCJ en virtud de las facultades fiscalizadoras de este último organismo; y

b) tal alegación, esto es, la invocación del artículo 28 del D.L. N° 3.538, no fue hecha ante el CPLT en su oportunidad, de modo que este nunca estuvo en condiciones de pronunciarse sobre el particular y, por lo mismo, siendo el arbitrio establecido en el artículo 28 de la LT uno de ilegalidad, mal podría acogerse el reclamo aduciendo por un argumento que no formó parte del debate en la instancia administrativa correspondiente.

UNDÉCIMO: Que, así, el reclamo será desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 20.285, **se rechaza** el reclamo de ilegalidad deducido en estos antecedentes.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del ministro señor Mera.

Contencioso N° 684-2020.

No firma la Ministra señora Sabaj, por estar haciendo uso de permiso administrativo, sin perjuicio de haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por el Ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz, conformada por la Ministra señora Verónica Sabaj Escudero y el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández.



Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Juan Cristobal Mera M. y Abogado Integrante Jorge Norambuena H. Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno.

En Santiago, a veinticuatro 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>