

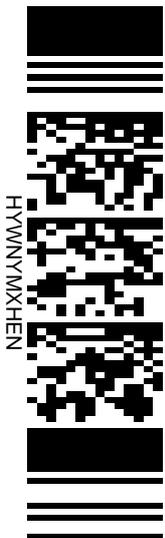
C.A. de Santiago

Santiago, quince de marzo de dos mil veintidós.

Vistos:

Que comparece el abogado Daniel Garrido Santoni, en representación convencional de **Administradora de Fondos de Pensiones Provida S.A.**, sociedad del giro de su denominación, representada por su gerente general Gregorio Ruiz-Esquide Sandoval, todos domiciliados para estos efectos en Pedro de Valdivia N°100, piso 15, comuna de Providencia; deduciendo Reclamo de Ilegalidad del artículo 28 de la Ley N°20.285, contra la decisión de Amparo C7467-20, pronunciada por el **Consejo para la Transparencia** en su sesión ordinaria N°1174, de 20 de abril de 2021, que acogió la petición de Esteban Rodríguez González, de 24 de septiembre de 2020, dirigida a la Superintendencia de Pensiones para la entrega de informes de comisiones desde el año 2002 en adelante y archivos y base de datos utilizadas para su elaboración por las AFPs Santa María (Capital), Hábitat, Acquisition (Provida) y Modelo. Pide se la deje sin efecto y se rechace tal solicitud, con costas.

El recurrente considera que la decisión contenida en el Amparo C7467-20 es ilegal porque asume que toda la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública; descarta la alegación de las AFPs en cuanto a la vulneración de su derecho de propiedad sobre la información ya que los antecedentes fueron puestos en poder de la Superintendencia en cumplimiento de un deber legal; estima equivocadamente que no se fundamentó por la Superintendencia que la entrega de la información afecta el cumplimiento de sus funciones; no aplica el artículo 50 de la

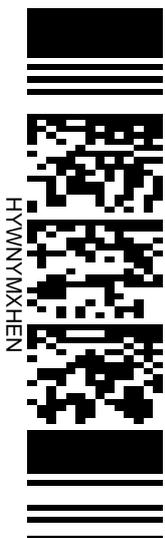


ley 20.255; considera que no se cumplen los criterios de afectación a derechos económicos y comerciales, y los perjuicios derivados; no reconoce el daño a los intereses de la Nación por el incumplimiento de cláusulas de confidencialidad y trato discriminatorio; y en cuanto rechaza la aplicación del artículo 29 de la ley 20.285 por estar pendiente un reclamo de queja.

En este orden de ideas, explica que un aspecto central de la discusión es determinar si la información que se pide revelar es información de la Superintendencia o de las AFPs y para ello considera necesario analizar la naturaleza jurídica de estas últimas, concluyendo que al ser sociedades anónimas abiertas, esto es, personas jurídicas de derecho privado, su información propia es también privada. La circunstancia de estar sujetas a fiscalización no cambia dicha calidad ya que no se refiere a un acto o resolución concreta, ni a sus fundamentos o procedimientos utilizados. Por el contrario, la información pedida en este caso está sujeta a cláusulas de confidencialidad.

Por otra parte arguye que el artículo 50 de la ley 20.255 dispone expresamente que el Superintendente y el personal, debe guardar reserva y secreto de las informaciones de las cuales tomen conocimiento. Así lo hizo presente la Superintendencia en su oportunidad, siendo aquélla, una ley de quórum calificado.

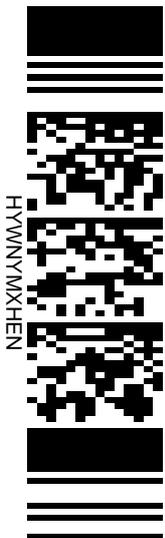
Añade que aun cuando la información pudiere ser catalogada como información pública, se encuentra protegida en la exclusión del artículo 21 N°2 de la ley 20.285.- ya que la AFP Provida tiene sobre ella derechos de carácter comercial y económico que deben ser resguardados. La información de las AFPs que debe ser pública está regulada expresamente en el artículo 26 incisos 4 a 7 del DL 3.500



que incluye un extenso catálogo de antecedentes que las AFPs deben tener a disposición del público y entre ellas no se encuentra la solicitada en este caso; y en el mismo sentido los artículos 54, 75 y 76 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Sobre la falta de acreditación causal de exclusión que señala el Consejo, el recurrente afirma que en realidad ello no fue objeto de ponderación. La divulgación de este tipo de información en forma desagregada generará un incremento en las comisiones convenidas entre las AFPs y los terceros con quienes negocian, ya que quienes accedan exigirán las mismas condiciones para invertir, perdiendo ahorros para los fondos de sus administrados. En el caso de Provida en los últimos 9 años recibió \$24.194.345.518 por concepto de devolución de comisiones efectivas o rebates. Esto opera para todas las AFPs de manera que la información impactará en la generalidad de las operaciones afectando a todos los afiliados al sistema.

Sostiene por otro lado la AFP, que la información requerida ha sido declarada expresamente como reservada y secreta de conformidad con el artículo 8° de la Constitución ya que le protege el artículo 21 N°5 de la ley 20.285 en relación con los artículos 50 de la ley 20.255 y Título XIV del DL 3.500 porque son de quórum calificado y se afecta el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Pensiones, los derechos de las personas, e incluso, el interés nacional. Si la Superintendencia no puede garantizar la confidencialidad de la información que obtiene de sus fiscalizados, su labor de vuelve más difícil en la medida que aquéllos tengan la expectativa de que la información confidencial que entreguen va a terminar siendo divulgada al público. Por lo que afecta también a los afiliados y los fondos de pensiones en general.

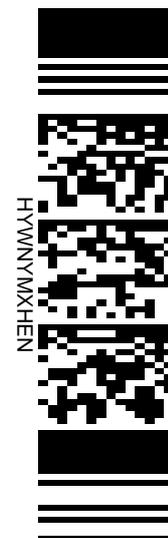


A folio 4 **informa** el Consejo para la Transparencia, solicitando sea rechazado el reclamo en todas sus partes, con costas.

Como asuntos formales, aclara que el Consejo no se pronunció sobre las reservas del artículo 21 N°1 y 4 de la Ley de Transparencia y que aparecen ahora expuestas por el reclamante de ilegalidad, por lo que no podrían ser consideradas por esta Corte, sino solamente las causales de los N°s 2 y 5 del artículo 21 de la ley del ramo, que fueron oportunamente invocadas durante el procedimiento. Asimismo, de acuerdo al efecto relativo de las sentencias la decisión solamente alcanzará a las AFPs Capital y Provida ya que Habitat y Modelo no reclamaron, afectándoles también lo decidido en el Amparo.

Hace presente que esta ltma. Corte ya se ha pronunciado acerca de la publicidad sobre comisiones efectivas cobradas a los fondos de pensiones información en los Roles de Amparo C4807-18 y C4808-18, que fue objeto de ilegalidad en el Rol 357-2019, rechazado por sentencia de 21 de septiembre de 2020. Lo mismo sucedió en el Rol Amparo C6093-18 reclamada en los Roles N°s 503, 504, 508, 509 y 511, todos 2019, rechazados también. Los cuales han estimado que la información debe entregarse.

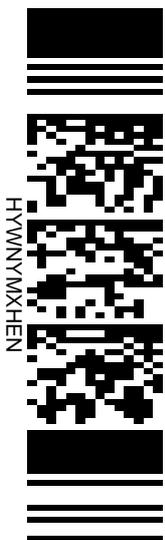
Respecto del fondo, el Consejo asevera que es información pública de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República y artículos 3, 4, 5, 10 y 11 de la Ley de Transparencia, la que obra en poder de la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones de fiscalización. Ya que la norma no se refiere solo a los actos administrativos formales o terminales, basta que sea generada con presupuesto público y cualquier pronunciamiento del Tribunal Constitucional que la parte cite en su favor solo afecta al caso en particular.



Por otra parte, agrega que el legislador creó un sistema de seguridad social con la finalidad de otorgar pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, estableciendo que las AFP estarán a cargo de ellas, encontrándose todo y trabajador que ingrese a desempeñar labores, obligado a cotizar en ellas. Estas entidades fueron creadas al alero del DL 3.500 siempre deben ser constituidas como sociedades anónimas. El artículo 3° del DFL 101, de 1980 que establece el Estatuto Orgánico de la Superintendencia de Administradores de Fondos de Pensiones, sostiene que corresponde a la Superintendencia fiscalizar las actuaciones de las Administradoras en sus aspectos jurídicos, administrativos y financieros. Así también, los artículos 93 y 94 del DL 3.500 y 132 de la ley 18.046, de lo que se desprende que los informes de comisiones remitidos a la Superintendencia y los archivos y bases de datos utilizadas para la elaboración de los informes publicados, obran en poder de la Superintendencia de Pensiones porque son necesarios para que ella ejerza sus facultades fiscalizadoras y de acuerdo al artículo 45 bis del DL 3.500 informar trimestralmente las comisiones efectivamente pagadas a las entidades mandatarias, con el objeto de que no se paguen comisiones mayores a las máximas establecidas.

Sobre este aspecto hace presente la necesidad de respetar el principio de la Relevancia según el cual se presumen relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, según el artículo 11 de la Ley de Transparencia.

Por otra parte, la información que se ordena entregar no afecta los derechos económicos ni comerciales de Provida S.A. por lo que no se configura causal de reserva del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia. En el Rol 504-2019 la otra entidad -AFP Habitat-



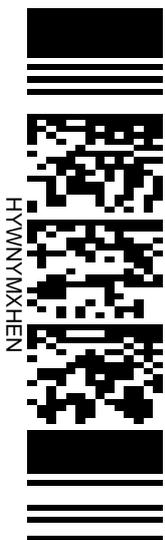
reconoció que las comisiones para inversiones en fondos nacionales son publicados por la CMF pero no aquellas negociadas en el extranjero, de ahí que debería entenderse que la alegación efectuada por AFP Provida solo se refiere a los fondos extranjeros. Y en ese sentido, debe probarse la afectación, no basta que exista un caso de secreto o reserva dispuesto por una ley de quórum calificado o se invoque una causal del artículo 21 de la ley 20.285, sino que además debe adecuarse a alguna de las hipótesis del artículo 8° y acreditarse real y efectivamente la afectación de los bienes jurídicos que se protegen, lo que no ocurrió en la especie.

En este caso la información no ha sido secreta porque parte de ella se mantuvo publicada página web institucional, desde años 2004 y 2009.

Tampoco es admisible que prime el secreto de las cláusulas de confidencialidad por sobre el principio general de publicidad porque infringe el principio de jerarquía y fuerza obligatoria de la Constitución.

Además hace presente que es información antigua que no representa un riesgo presente, probable y con suficiente especificidad.

En cuanto a la eventual infracción al artículo 50 de la ley 20.255, ésta no existe. Es una ley simple y los destinatarios o sujetos pasivos de la prohibición son los profesionales y funcionarios que laboran en la Superintendencia incluido el Superintendente, quienes de mutuo propio e infundadamente no pueden revelar o dar a conocer información o antecedentes a los cuales acceden con motivo del ejercicio de sus cargos, como un “deber funcionario” vinculado a la



probidad administrativa. Además de lo que manda el artículo 1° Transitorio de la Ley de Transparencia que impide esta alegación.

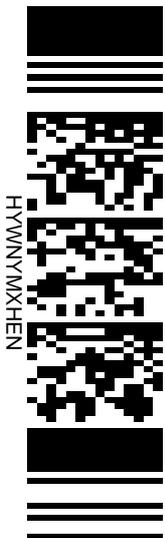
Por último, la entrega de esta información no genera perjuicios para el sistema de pensiones en general, ni un daño a los intereses económicos de la nación, por lo que no se configura la causal de reserva del artículo 21 N°4 de la ley 20.285, ni afecta el funcionamiento de la Superintendencia de Pensiones por lo que también debe descartarse la causal del numerado 1° de la dicha ley, alegadas extemporáneamente afectando el principio de congruencia procesal. En todo caso esta afectación invocada por otras AFPs, lo cual fue desechado por el Consejo porque el bien jurídico “intereses económicos y comerciales del país” es de contenido indeterminado y la causal no fue fundada por el reclamante.

Adicionalmente estima improcedente la alegación de la causal del artículo 21 N°1 por un tercero ya que ella está en beneficio del órgano requerido y la AFP no tiene legitimación activa.

En folio 16, se decretó autos en relación.

Considerando:

Primero: Que de lo expuesto por las partes interesadas y los antecedentes documentales aportados por ellas a los autos, aparece que el 24 de septiembre de 2020, se efectuó por un particular una solicitud de información a la Superintendencia de Pensiones relativa a *“i.- Informes de comisiones remitidos a esta Superintendencia en anexos indicados, años 2002 a la fecha, Excel (...); ii) Archivos y base de datos utilizadas para la elaboración de los informes publicados, Excel, individualizando funcionarios autores de cada uno de los informes (...). Todo lo anterior respecto de las AFP Santa María (Capital), Hábitat, Acquisition (Provida) y Modelo”.*



Dicha Superintendencia rechazó la petición y al ser requerida para efectos del Amparo deducido por el interesado, conforme a la ley 20.285, aquella contestó, mediante Oficios N°20.451 y N°21.146, que la información solicitada y en especial la relativa a “contratos de rebate” es confidencial, de propiedad de las AFP, y que su divulgación puede perjudicar a Provida S.A. y a sus afiliados. Al tratarse de información estratégica configura la causal del artículo 21 N°2 de la ley 20.285.- En particular, la información referida a fondos extranjeros, si es utilizada de manera indebida por terceros, podría afectar negativamente la rentabilidad de los fondos de pensiones, lo que significa un perjuicio directo para las pensiones de los afiliados al sistema, en cuya defensa debe actuar esa Superintendencia. También indicó que sería información sensible porque revela detalles de las operaciones realizadas con recursos de los fondos de pensiones que administran las AFPs, siendo requerida por la Superintendencia sólo con fines de fiscalización. Agregó que de acuerdo con el artículo 50 inciso 3° de la ley 20.255, la solicitada no es información pública, ya que no se ha financiado con presupuesto público, ni ha servido de base a la dictación de un acto administrativo y ha sido entregada al organismo fiscalizador con la finalidad exclusiva de ejercer las facultades de inspección que la ley le confiere, debiendo esa entidad resguardarla. Por ello, su entrega afectaría el cumplimiento de dichas facultades fiscalizadoras y los derechos de carácter comercial o económico de las AFP involucradas, así como los derechos fundamentales protegidos en el artículo 19 N°26 de la Constitución Política.

Segundo: Que, a su vez, y también rechazando la solicitud, AFP Provida S.A. sostuvo que: **i)** dicha información está protegida por



la causal de reserva dispuesta en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República; **ii)** su divulgación afectaría directamente derechos de carácter comercial y económico de los fondos de pensiones administrados por ella conforme al artículo 21 N°2 de la ley 20.285; **iii)** el artículo 21 N°5 de la ley 20.285 en relación con los artículos 50 de la ley 20.255 y Título XIV del DL 3.500 ha declarado esa información como reservada o secreta, según; y **iv)** los artículos 5 inciso 2° y 10 inciso 2° de la ley 20.285 no dan derecho de acceso a la información que las empresas privadas entreguen al Estado.

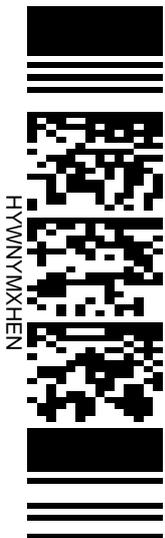
Tercero: Que el Consejo para la Transparencia en Decisión Amparo N°7467-20, acogió lo pedido por el particular razonando lo siguiente:

- a) Conforme al artículo 8° de la Constitución Política de la República y a los artículos 5 inciso 2°, 10 y 11 de la Ley de Transparencia, la información requerida por el solicitante es pública porque ha sido puesta en conocimiento de un órgano de la Administración del Estado, por lo que es incuestionable que obra en su poder, con independencia de su origen. Y en este caso además entregada *“nada menos que con la finalidad de que ejerza el poder-deber que, en relación con las AFP, le ha entregado el legislador, adquiriendo el carácter de información pública, susceptible del ejercicio del derecho de acceso”*. Con lo anterior descarta asimismo la alegación contraria sobre vulneración al derecho de propiedad.
- b) La superintendencia no ha explicado de qué manera se afecta el cumplimiento de sus funciones y a juicio de ese Consejo no se



produciría ningún daño, sino únicamente cumplir con el Principio de Transparencia de la función pública.

- c) En cuanto a la procedencia del artículo 50 de la ley 20.255 en relación con la causal de reserva del artículo 21 N°5 de la ley 20.285, estima que los destinatarios de la prohibición son los profesionales y funcionarios que laboran en la Superintendencia de Pensiones y que les impide por iniciativa propia e infundadamente revelar información o antecedentes, cuyo no sería el caso al ser un mandato constitucional y legal.
- d) Además, considera que no basta que se trate de una ley de quórum calificado sino que además debe reconducirse a alguno de los motivos constitucionales de secreto o reserva del artículo 8° inciso 2° de dicha Carta Fundamental. Y la reconducción material está guiada por la afectación de bienes jurídicos, derechos de las personas, seguridad de la nación o interés nacional; debiendo ser *“una afectación presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva, lo que no se presume sino que debe ser probado por el órgano administrativo requerido, de modo que los daños que la publicidad provocaría sean superiores al perjuicio que el secreto causaría al libre acceso a la información y al principio de publicidad”*. Y ello no habría sido fundamentado, tampoco por las AFPs siendo alegaciones de afectación generales.
- e) Sobre la causal de reserva del artículo 21 N°2 de la ley 20.285, los criterios de secreto, esfuerzos de mantenerlo en reserva y valor comercial, señala que debe tenerse en cuenta que el sistema de seguridad social creado por el legislador entrega a las AFP la tarea de invertir los dineros recaudados de sus afiliados y que si

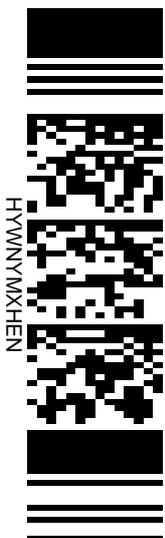


bien tiene un estatuto legal propio, la Superintendencia con la información sobre comisiones, en conjunto con la Comisión para el Mercado Financiero establece el máximo a ser pagado con cargo a los diferentes fondos que administran por lo que sí constituyen el fundamento de un acto administrativo, lo que mitiga el carácter de secreto. Siendo dinero de los cotizantes.

- f) Finalmente estima, sobre el recurso de queja pendiente, que afectaría a la Corte de Apelaciones de Santiago pero no al Consejo.

Cuarto: Que en este caso se ha pedido, por un ciudadano particular, información que la Superintendencia de Pensiones mantiene en su poder y que la sido entregada por las AFP nacionales -entre ellas la reclamante- en virtud de sus facultades fiscalizadoras y de control estatal, atendida la función pública que dichas entidades privadas realizan, de gran trascendencia para las personas afiliadas y para la comunidad en general. Esta información está referida a inversiones y comisiones en fondos nacionales y extranjeros, y de lo que se trata en definitiva es determinar la procedencia o improcedencia de la publicidad de la información sobre comisiones efectivas pagadas por las AFP a Fondos Mutuos y de Inversión, en los denominados “contratos de rebote”.

La divergencia surge básicamente porque la Administradora reclamante sostiene que dichos datos son de su propiedad y en tal sentido de carácter privado. Estimándolos como datos sensibles y reservados. Y por lo tanto resguardados por las limitaciones que establece el artículo 8° de la Constitución Política de la República y los numerales 2 y 5 del artículo 21 de la ley 20.285.



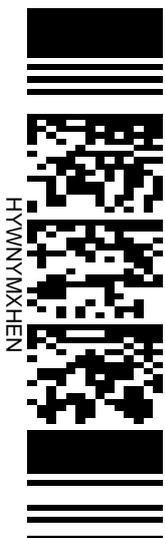
Quinto: Que se ha esgrimido un primer aspecto de orden procesal por la Administradora, estimándolo como una afectación formal a la legalidad del Amparo, y que dice relación con la interposición de un Recurso de Queja ante la Excma. Corte Suprema que se encuentra pendiente de su vista (causa Rol 119.696-2020, Reclamo Rol 511-2019), en la cual se decretó una Orden de No Innovar que atañe a la aplicación de la decisión de Amparo C6093-2018, en la cual, la información pedida es la misma, lo que opera inhibiendo al Consejo para ordenar la entrega de la información.

Sexto: Que sobre este aspecto, el Consejo para la Transparencia adujo que se trataba de peticiones independientes y que la Orden de No Innovar dictada en causa diversa, constituye una prohibición sólo para el tribunal de alzada, es decir, la Corte de Apelaciones pero no para aquella entidad.

Séptimo: Que lleva razón la reclamada al desechar la alegación, ya que en efecto, se trata de peticiones dirigidas diferenciadamente. Sin embargo, el motivo fundamental por el cual no puede considerarse, es que la suspensión del cumplimiento de una sentencia en el contexto de un recurso, es una cuestión de orden procesal que compete a quienes han dictado el fallo, en este caso la Corte de Apelaciones y con alcance únicamente en el caso concreto.

Confunde, por lo tanto, la reclamante la decisión que el Consejo debería tomar acerca de la pertinencia de la entrega de información, con la eficacia o incluso la disponibilidad inmediata del contenido de dicha decisión.

Reafirma lo anterior el artículo 29 de la ley 20.285 que señala: *“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 medida alguna que permita el conocimiento o acceso a ella”.

Octavo: Que en este mismo ámbito de formalidad, la recurrida hace presente que AFP Provida S.A. no efectuó sus objeciones conforme a lo dispuesto en el artículo 21 N°1 y 4, por lo que constituye una alegación nueva que no debe ser revisada. Sin embargo, si se lee con detenimiento el recurso, dichos argumentos han sido expuestos a modo de reforzamiento y porque otra de las AFP sí lo planteó formalmente, estando contenido su examen en la decisión de Amparo. Pero lo cierto es que no ofrece resistencia a lo que en verdad interesa sobre las causales del artículo 21 N°2 y 5 sí propuestas sobre cuya base ha de efectuarse la revisión de legalidad.

Noveno: Que en cuanto al fondo del asunto, siempre es útil recordar que las leyes de acceso a la información pública han sido el sustento de las sociedades democráticas para incrementar la participación ciudadana en la adopción de decisiones de políticas sociales y en especial como freno a la corrupción¹ en las instituciones estatales. De ahí que sea necesario tener presente, como elemento de interpretación normativa, la finalidad de la misma.

En el derecho chileno, la preocupación por el acceso a la información pública data del inicio de la década de los noventa, con la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública que tuvo como objetivo analizar la normativa vigente en materia de probidad funcionaria, el funcionamiento de los mecanismos de control y fiscalización, y proponer reformas o perfeccionamientos. Además, en enero de 1999 entró en vigencia la Convención Americana contra la

¹ CAMACHO, Gladys (2018): *Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Segunda edición actualizada, coordinada y sistematizada con jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters).



Corrupción que impuso a los Estados implementar medidas destinadas a fortalecer sistemas adecuados para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas y mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil.²

En estas condiciones, se dictó la ley 19.653 sobre Probidad Administrativa de los Órganos de la Administración del Estado que modificó la ley 18.575 adecuando la Administración a los Principios de Probidad, Transparencia y Publicidad, siendo además validadas la posibilidad de causales de reserva o secreto e incorporándose un procedimiento contencioso administrativo para hacer efectivo el acceso a la información.³ Con la alerta del DS 26/2001 del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia se confirmó la regla general de la publicidad de los actos administrativos extendiéndola a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades estatales para su fiscalización en la medida de que sean de interés público y su difusión no afecte el funcionamiento de la empresa y el titular no ejerza su derecho a negar el acceso a la misma.⁴

La ley 19.653 fue complementada por la ley 19.880 sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos y estableció los principios de publicidad y transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en ello, salvo las excepciones

² ASTUDILLO, Jorge (2019): *El Derecho al Acceso a la Información Pública en el Sistema Jurídico Chileno* (Santiago, Ril editores)

³ Id. pág.29 y ss.

⁴ Idem



establecidas en la ley o reglamentos. A partir de allí son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento a las decisiones. Consecuencialmente se introdujeron modificaciones al Código penal remarcando con ello la finalidad de atacar el cohecho, el tráfico ilícito de influencias, la negociación incompatible, uso de información reservada, desviación de fondos públicos, así como lavado de dinero.

Décimo: Que la consagración constitucional de estos objetivos, se plasmó en la reforma constitucional del año 2005 que estableció una nueva redacción al artículo 8° de la Carta Fundamental, quedando como sigue:

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y 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”.

Undécimo: Que esta esencial disposición, más el rechazo a casos públicos de corrupción y el ingreso de Chile a la OCDE en su promoción de la expansión económica, del comercio internacional y del empleo⁵, dio pábulo a la dictación de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública⁶, que conforme declara su artículo 1° “...regula

⁵ Id. pág.40 y ss.

⁶ También según cita el profesor Astudillo, la ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y la ley 19.829 sobre delito de cohecho y ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en lavado de activo, terrorismo y cohecho, la ley 20.406 sobre acceso



el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”

Así también conforme a su artículo 3° *“La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.*

Agregando el artículo 4° inciso 2° que: *“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.*

El artículo 5° a su vez dice que: *“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 le 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”.

información bancaria por la autoridad tributaria. Caso Claude Reyes contra Chile fallado en contra por la CIDH que extiende el contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión el solicitar y acceder a la información que obra en poder del Estado.



Y conviene tener también en cuenta que el artículo 10 señala que *“Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.*

El acceso a la información comprende el derecho de 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”.

Y el artículo 11 que precisa que el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce como principios la Relevancia, Libertad de Información, Apertura o Transparencia, Máxima Divulgación, Divisibilidad, Facilitación, No Discriminación, Oportunidad, Control, Responsabilidad y Gratuidad.

Duodécimo: Que entonces, en relación con la primera alegación sustancial, esto es, que no se trataría en la especie de información pública sino privada de propiedad de las AFP, como refiere el Tribunal Constitucional ha de tenerse en cuenta que el artículo 8° de la Constitución Política establece una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla de acceso, entrega ni transparencia o información⁷. Tampoco establece -como lo hace el inciso 1° primero respecto de la probidad- un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban dar estricto cumplimiento a dicha publicidad. Sino que habla de “actos y resoluciones”, expresión amplia que comprende, en forma genérica, cómo los órganos del Estado expresan su voluntad. En otras palabras, los actos administrativos -decidan o no-, las resoluciones como por ejemplo las sentencias, los

⁷ STC rol N°1990-2011-INA (citado por Camacho, 2018)

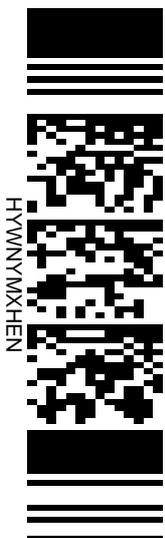


fundamentos o motivaciones de tales actos, y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan las decisiones.

Por otro lado, la Carta Fundamental permite que existan excepciones a esa regla general de publicidad que se asilan en lo que se denomina reserva o secreto y que para operar legítimamente exigen una ley de quórum calificado y fundamentarse en las causales que la Constitución señala, esto es, la afectación al debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. De aquí aparece que en algunos casos la reserva la establece directamente el legislador y en otros la califica la administración con la intervención de un organismo especial que es el Consejo para la Transparencia.

Décimo tercero: Que como se advierte, la ley 20.285 vino a desarrollar el acceso a la información, ampliando en el artículo 5° el ámbito de lo que debe entenderse como información pública más allá de lo contemplado en el artículo 8° de la Constitución, y agregando una presunción legal en el artículo 10. De ahí que, no solo los actos, sus fundamentos y procedimientos pueden ser objeto del derecho de acceso a la información, sino que toda información que obre en poder de un órgano de la Administración del Estado, la que se presume pública con independencia de si ha sido o no elaborada con presupuesto público, es decir, emanada de privados, y aunque no haya servido de fundamento para un acto, decisión o procedimiento administrativo, como sería lo relativo a los antecedentes que se le suministran por su función fiscalizadora o de control sectorial.

Ello se explica por la utilización del adverbio “Asimismo” que encabeza el inciso 2° el artículo 5°, conforme a un criterio de



interpretación de utilidad de la norma y en concordancia con el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 N°12 de la nuestra actual Carta Fundamental como extensión de la libertad de expresión que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es decir, la máxima amplitud posible en el acceso a la información con que cuenta en Estado. Y que ha sido plasmado en el principio de relevancia reconocido en el artículo 11 de la ley 20.285.⁸

Décimo cuarto: Que es cierto que el Tribunal Constitucional ha declarado en algunos procesos la inconstitucionalidad del inciso 2° del artículo 5 de la ley en comento en virtud de las facultades que le son propias, sin embargo, al afectar únicamente al caso que accede y por tratarse de un asunto de interpretación constitucional, para los efectos que aquí interesa, el primer argumento del recurrente necesariamente ha de ser desechado. Ya que esta Corte concuerda con la aseveración que aquél realiza expresando: *“La dicotomía de información pública/privada encierra un conflicto constitucional por envolver la aplicación o no del artículo 8° de la Constitución; por el contrario, la dicotomía de información pública/reservada es de mera legalidad por ser de competencia del juez de fondo determinar la regla de publicidad o la excepción de las reservas”*.⁹

Décimo quinto: Que de acuerdo a este análisis, la pregunta que debe hacerse no es aquella que aborda la confrontación entre información pública e información privada, sino que si es aplicable en la especie alguna de las a causales de reserva, sobre lo cual en definitiva ha de acometerse el examen de legalidad, constituyendo su objetivo jurídico.

⁸ Interpretación sentencia CIDH Claude Reyes vs. Chile

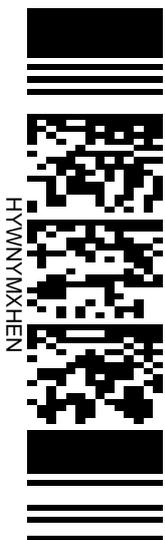
⁹ STC rol N°2505-2013-INA en Camacho, pág.58



Décimo sexto: Que en lo pertinente a las causales esgrimidas por el recurrente, el artículo 21 de la ley del ramo establece: *“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. (...) 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 8° de la Constitución Política”.*

Décimo séptimo: Que aduce el reclamante que le protege la causal de reserva del artículo 21 N°2 antes transcrita, porque en su calidad de Administradoras de Fondos de Pensiones se afectan sus derechos económicos y comerciales y también de sus afiliados, quedando en desventaja frente a otros actores porque otros inversionistas que tengan acceso a la información requerida, de naturaleza estratégica y sensible exigirán a los terceros e mismo trato futuro.

Décimo octavo: Que sobre este punto, el Consejo expresó su discordancia pues entiende que se trata de información relativa tasas que son pagadas con cargo a la rentabilidad de los Fondos de Pensiones que pertenecen a los cotizantes, y éstos tienen derecho a saber la eficiencia o eficacia con que las AFP invierten y administran sus fondos y cuánto pagan por la administración de las inversiones. Hace presente que otra Administradora ya ha reconocido su publicidad respecto de los fondos nacionales. En particular sobre los fondos extranjeros, estima que no se logró acreditar la afectación. Y

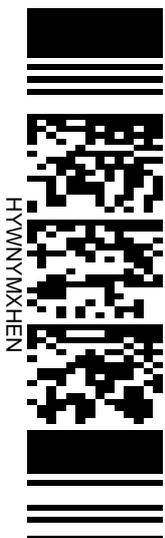


por último adujo que por tratarse de antecedentes antiguos no se afecta la competitividad.

Décimo noveno: Que el artículo 23 del Decreto Ley 3.500 indica que *“...las Administradoras de Pensiones (...) serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”*. Es decir, se trata de sociedades que efectúan transacciones en el Mercado de Valores en donde obtienen y maximizan los recursos que administran con un objeto preciso que es el beneficio de sus afiliados y el margen de utilidad que la ley les permite.

Vigésimo: Que para materializar un proyecto, ampliar o mejorar su capacidad de producción o concretar cualquier decisión de inversión generadora de riqueza, las empresas requieren de financiamiento y participan para su satisfacción en el mercado de capitales, modelo base en el funcionamiento de la economía al que adscribe Chile en la actualidad. Es cierto que operan bajo un estricto modelo regulatorio, orientadas a limitar el riesgo que las carteras de inversiones pueden enfrentar y de ahí la supervisión constante de la Superintendencia de Pensiones y de la Comisión para el Mercado de Valores y la exigencia de multifondos (2001-2002), pero lo cierto es que han podido invertir conforme permite el artículo 45 del DL 3.500 dentro y fuera del país aumentándose el porcentaje de estas últimas inversiones de acuerdo a la lógica de costo-beneficio propia del mercado.

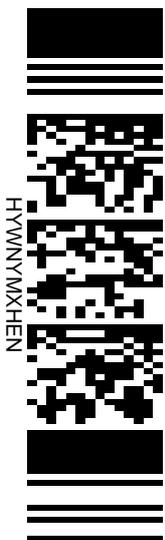
Vigésimo primero: Que los contratos de devolución de Comisiones de Fondos Mutuos o contratos de rebates, según el Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, se encuentra



rigurosamente regulado de lo cual se deja cuidadosa constancia escrita susceptible de ser revisada por la autoridad sectorial, que es lo que ocurre en la especie, por lo importante que resultan las actividades de las Administradoras para la determinación de las pensiones y beneficios de sus afiliados. Pero sin duda, las comisiones mayores o menores que obtengan, constituyen también el corazón del negocio financiero al que adscriben.

Es así como cada vez que se reciba un pago por concepto de devolución de comisiones o rebates, se debe obtener a más tardar en la fecha de pago, una confirmación de transacción emitida por la sociedad administradora del fondo mutuo con el detalle de los rebates, incluyendo el cálculo de la inversión promedio utilizada para determinar la tasa de rebates, de acuerdo a los contratos respectivos, cuyas copias se envían a la Superintendencia siendo frecuente que aquello contengan cláusulas de confidencialidad pues dependen de la habilidad negociadora de la entidad que se beneficia con ello para efecto de cumplir su cometido de administración de fondos de sus cotizantes.

Vigésimo segundo: Que es razonable atender entonces a la afirmación que hace AFP Provida S.A., y que concuerda con la opinión de un organismo técnico como es la Superintendencia de Pensiones, en torno a que se trata de antecedentes comerciales y económicos que forman parte del acervo o patrimonio de la empresa y que debe ser considerado en la causal del artículo 21 N°2 de la ley 20.285, e incluso como dificultad de fiscalización. No atenderlo como ha sucedido en la especie, implica apartarse de la excepción legal y en esa dirección lo decidido en el Amparo, en cuanto no considerar configurada la hipótesis de reserva, constituye una ilegalidad que

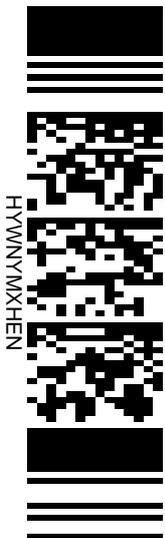


debe ser corregida por esta vía desde que además es la publicidad la que debe subordinarse a los derechos fundamentales.

Vigésimo tercero: Que no es óbice que se trate de antecedentes pretéritos, porque la cuota de especulación propia del negocio y la altísima competencia que se genera por las dinámicas comerciales, efectivamente permiten obtener un patrón de futuro comportamiento que puede generar un incremento en las comisiones convenidas entre las AFPs y los terceros con quienes negocian, ya que quienes accedan exigirán las mismas condiciones para invertir, perdiendo ahorros para los fondos de sus administrados. Como, efectivamente, esto opera para todas las AFPs, la información impacta en la generalidad de las operaciones afectando a todos los afiliados al sistema.

Vigésimo cuarto: Que es dable afirmar consecuentemente que se trata de información reservada de las Administradoras de Pensiones, se han realizado esfuerzos para mantenerla en secreto y tiene valor comercial, con lo que se cumple con los requisitos que el mismo Consejo para la Transparencia ha determinado como necesarios para tener por constatada la excepción legal a la publicidad de la información existente en poder de la Administración.

Vigésimo quinto: Que en cambio la causal del numeral 5° del artículo 21 ya citado, sustentada en el artículo 50 de la ley 20.255, no ha sido incorrectamente desechada en el Amparo, porque si bien se trata de una ley de quórum calificado, aquella establece una reserva para los funcionarios en tanto la información pueda ser utilizada o divulgada en contextos que no sean el cumplimiento de un deber legal y ajenos a la labor de fiscalización, por lo que se produce en el presente asunto la reserva legal en comento.



En consecuencia y visto lo dispuesto en los artículos 8° y 19 de la Constitución Política de la República y artículos 21 y 28 de la ley 20.285, **se acoge**, sin costas, el reclamo de ilegalidad deducido por la AFP Provida S.A. y se deja sin efecto la decisión contenida en el Amparo C7467-20 de 20 de abril de 2020 respecto de dicha Administradora y recurrente.

Redactado por la ministra (S) señora Poza.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

N°Contencioso Administrativo-260-2021.

Pronunciada por la Novena Sala, presidida por la ministra Dobra Lusic Nadal e integrada, además, por la ministra (s) señora Lidia Poza Matus y la abogada integrante señora Paola Herrera Fuenzalida. No firma la ministra (s) señora Poza Matus no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia.

En Santiago, quince de marzo de dos mil veintidós, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.



Pronunciado por la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada por Ministra Dobra Lusic N. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, quince de marzo de dos mil veintidós.

En Santiago, a quince de marzo de dos mil veintidós, 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 05 de septiembre de 2021, 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>.