

Santiago, doce de noviembre de dos mil dieciocho.

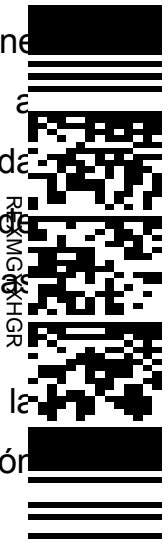
VISTO y TENIENDO PRESENTE:

Primero: Con fecha 8 de septiembre de 2017, la Superintendencia de Pensiones dedujo recurso de reclamación contra la decisión de amparo adoptada por el Consejo Directivo para la Transparencia de fecha 18 de agosto de 2017, que le ordenó entregar la información solicitada por Esteban Rodríguez, relativa a la AFP.

El amparo deducido se fundó, en lo pertinente, en la negativa de la Superintendencia a entregar al requirente la información sobre notas explicativas de los informes diarios de las AFP entre el año 2002 al 2016, ante la oposición expresa de las Administradoras, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 20.285, en el sentido que cuando una solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, debe notificarse a aquellos quienes pueden ejercer la facultad de oponerse a la entrega de documentos. En el hecho las Administradoras se opusieron.

En sus argumentos para oponerse, sostuvieron, en resumen, que concurren en la especie los requisitos establecidos por el propio Consejo para invocar la reserva de la información, esto es (i) La información requerida tiene el carácter de secreta (ya que las notas explicativas de los informes diarios contienen información relacionada con la adquisición o enajenación de los activos de los Fondos de Pensiones, respecto de los cuales el artículo 154 del DL 3.500 establece una prohibición para las AFP de informar a personas distintas de aquellas que estrictamente deban participar en las operaciones respectivas); (ii) la información solicitada es objeto de razonables esfuerzos de las Administradoras para mantener el secreto y (iii), que la información tenga valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja comparativa ya que, si la información se diera a conocer, cada uno de sus titulares perdería la ventaja competitiva que les da el secreto de la información sobre sus estrategias de inversión, además de generar un efecto "manada o de arrastre", que afectaría el valor de las inversiones de los Fondos de Pensiones.

Sin embargo, el Consejo rechazó dichas alegaciones, acogiendo la acción de amparo y obligando a la recurrente a entregar la información solicitada.



Expone que dicha decisión no resulta ajustada a derecho, por cuanto existe efectivamente una causal de reserva aplicable a este caso. La información solicitada contiene las estrategias de inversión de los fondos de pensiones, gestión que por mandato legal deben propender a obtener una adecuada rentabilidad y seguridad. Agrega que si bien la información contenida en las notas explicativas de los informes diarios de inversiones forman parte del formulario D1, corresponden a información detallada de los movimientos de cuentas, las que tienen carácter de estratégico de los fondos de pensiones, y por lo tanto su revelación eventualmente afectaría derechos comerciales y, contrariamente a lo que entiende el Consejo, no son un elemento accesorio de los Formularios D1, sino que, por el contrario, constituye una información de fondo que permite elaborar información general que luego se publica en el sitio web.

Argumenta que las estrategias de inversión que tienen los fondos no solo son seguidas por las administradoras que integran el sistema, sino que también por terceros ajenos al Sistema de Pensiones, por lo que la revelación de la información podría dar una ventaja no solo a competidores, sino que también a terceros. Con lo anterior se podría estar ante un caso de revelación de información privilegiada. Además, el artículo 26, inciso final del DL 3.500, dispone que *toda publicación de la composición de la cartera de inversión de los distintos tipos d fondos de pensiones de cada una de las administradoras, deberá referirse a periodos anteriores al último día del cuarto mes precedente*. Con lo que la entrega de la información solicitada podría contravenir dicha disposición.

Concluye en este punto expresando que concurre la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la LT, tal como lo invocaron las AFP en su oposición.

Acto seguido invoca la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la LT puesto que entregar la información pedida requiere distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales, afectando el debido cumplimiento de las funciones de este servicio, por cuanto lo pedido requeriría un plazo estimado de 1512 horas hombre, según detalle que indica.

Finalmente solicita tener por interpuesta la reclamación contra la decisión del Consejo para la Transparencia impugnada, acogerla en todas sus partes, declarar la ilegalidad de la decisión de amparo referida, con

costas; disponiendo que la recurrente no esta obligada a entregar la información requerida por el Sr. Rodríguez.

Segundo: Que informando y formulando descargos al Tenor del recurso, el Consejo para la Transparencia solicitó el rechazo del mismo. Indicó como cuestión preliminar, que la Superintendencia carece de legitimación activa para invocar la causal de reserva del N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, ya que son las AFP las titulares de los derechos comerciales y económicos que la Superintendencia insiste en que se verían afectados con la publicidad de las notas explicativas solicitadas

Según explica, la Superintendencia de Pensiones carece de legitimación activa para interponer el presente reclamo de ilegalidad, bajo el argumento de que la publicidad de las notas explicativas de los informes diarios D1, afectan los derechos comerciales y económicos de las AFP, no pudiendo alzarse como agente oficioso de las administradoras, más aún cuando éstas, habiendo sido notificadas de la decisión, han optado por no reclamar de ilegalidad en defensa o protección de sus derechos, lo que importa sostener que han renunciado tácitamente a invocar la causal de secreto del Art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, o cuanto menos, no han desplegado todos sus esfuerzos para mantener en secreto la información cuya publicidad dice afectarles, atendido su supuesto carácter sensible y estratégico. En otras palabras, si la recurrente hubiera decidido no reclamar de ilegalidad, la decisión de amparo hubiera quedado firme y ejecutoriada, lo que constituyente un indicio de que la publicidad de las notas explicativas de los informes D1 no afecta sus derechos comerciales y económicos, pues de lo contrario, hubieran sido proactivas en la defensa de dichos derechos.

Por otro lado, alega que la Superintendencia de Pensiones carece de legitimación activa para interponer el presente reclamo de ilegalidad sobre la base de argumentos relativos a la afectación del debido cumplimiento de sus funciones y la distracción indebida de funcionarios de sus labores habituales por expresa disposición del inciso 2° del artículo 28 de la Ley de Transparencia, al configurar dichas alegaciones la causal de secreto reserva contenida en el art. 21 N° 1 letra c) de la Ley de Transparencia que además, ha sido invocada extemporáneamente infringiendo el principio de congruencia procesal. Dicha alegación, importa fundar el presente recurso en una causal de secreto o reserva, respecto de la cual los órganos de la Administración del Estado están impedidos de reclamar de ilegalidad ante las

Cortes de Apelaciones, conforme a la prohibición expresamente establecida en el Art. 28 de la misma ley.

En otro orden de ideas, expone que la información cuya publicidad se controvierte es pública de conformidad a lo dispuesto en el art. 8° inciso 2° de la Constitución Política de la República y los artículos 5° inc. 2°, art. 10 y 11 letra c) de la Ley de Transparencia, aunque haya sido generada y aportada por terceros, pues obra en poder de la Superintendencia de Pensiones, en el marco del desempeño de sus funciones fiscalizadoras. A mayor abundamiento, las notas explicativas solicitadas no obran en poder de la Superintendencia de Pensiones por mera liberalidad de las AFP, sino porque son necesarias para que dicha Superintendencia ejerza sus facultades fiscalizadoras, en conformidad a lo estatuido en el D.L N° 3.500, en sus artículos 93 y 94. Es en cumplimiento de las anteriores disposiciones legales que las AFP remiten los formularios D1, los que dicen relación con información consistente en los balances diarios, flujo de caja, estado de variación del patrimonio y otra información general, que se encuentran publicados por la Superintendencia en su web institucional.

Dicho lo anterior, se puede concluir que lo requerido si bien es enviado por las Administradoras a la Superintendencia de Pensiones, aquello se enmarca en el ejercicio de las facultades fiscalizadoras del referido órgano, puesto que aquellas efectivamente son objeto de análisis con el objeto de determinar que el fiscalizado se enmarque dentro de los parámetros legales correspondientes. En razón de lo anterior, es dable concluir que lo requerido constituye información pública de conformidad a lo expuesto en el inciso 2°, del artículo 8°, de la Constitución Política de la República. En este caso, lo requerido forma parte de los procedimientos de fiscalización que ejecuta diariamente la Superintendencia, puesto que precisamente sobre lo pedido recaen sus revisiones para así determinar, como se dijo, el cumplimiento de la normativa de parte de las AFP.

Como otro argumento para el rechazo, el Consejo alega que la entrega de la información que se ha ordenado proporcionar en la decisión de amparo recurrida no afecta los derechos económicos ni comerciales de las administradoras de fondos de pensiones, por lo que no se configura a su respecto la causal de secreto o reserva establecida en el art. 21 N° 2 de la ley de transparencia. Explica que resulta necesario dejar establecido que considerando el contenido y el tenor de los antecedentes requeridos, la

información solicitada no cumple con el requisito consistente en ser secreta, es decir, "no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas en que normalmente se utiliza este tipo de documentación"; lo anterior, toda vez que las notas explicativas solicitadas, si bien no están publicadas en la web de la Superintendencia de Pensiones, éstas constituyen antecedentes accesorios de los denominados formularios D1 documentos que sí se encuentran publicados en la web de la Superintendencia de Pensiones, todo lo cual da cuenta que el carácter secreto de lo solicitado es a lo menos difuso, ya que al ingresar a dicho enlace, se puede tener acceso a los formularios D1 de los años solicitados en este amparo -2002 a 2016-.

Por lo tanto, considerando que la información solicitada dice relación con notas explicativas de los años 2002 al 2016, vale decir, con antecedentes ya pasados, y por lo mismo, con inversiones ya realizadas por las AFP, lo que sumado al contenido de las notas requeridas, no se aprecia que su conocimiento público pueda afectar sus derechos comerciales o económicos, ni conferir actualmente alguna ventaja competitiva a las administradoras, respecto de sus competidoras, pues no contiene antecedentes técnicos sensibles de ningún tipo relacionados con la estrategia actual de inversión de las APF, ni tampoco revela ni contiene aspectos comerciales distintos aquellos a los que se puede acceder sin dificultades a través de la página web de la Superintendencia de Pensiones, y cuya revelación pudiera conferir una ventaja indebida a sus competidores.

En consecuencia, aun cuando fuera efectivo lo afirmado por la Superintendencia de Pensiones, en el sentido que la entrega de las notas explicativas de los informes D1, pudieren contener información acerca de la estructura de las carteras de inversión, de los movimientos de las cuentas y de los valores a depositar, no puede soslayarse en el análisis que se trata de información de los años 2002 al 2016, es decir, de información que no es reciente, y que no revela movimientos próximos ni estrategias actuales de inversión.

Finalmente, en relación a este punto, expone que la información de tipo financiero relativa a las AFP que se encuentra permanentemente a disposición del público en el sitio web de la SP, es de mayor precisión y sensibilidad que aquella información solicitada.

Como ultima alegación de fondo, expuso que, sin perjuicio de que la reclamante no invoca expresamente la causal de reserva contemplada en el

artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, sostuvo que la información requerida, fue entregada a la Superintendencia de Pensiones en virtud lo dispuesto en el Art. 50 de la Ley N° 20.255, cuyo inciso 3° establecería, un deber de reserva o secreto de la información en virtud de una norma con rango de quórum calificado. Sin embargo, tanto el Consejo para la Transparencia estima, al igual que la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que para el caso que nos convoca no existe una norma de quórum calificado que establezca el secreto o reserva de la información que se le ha ordenado entregar, ya que el inciso 3° del Art. 50 de la Lev N° 20.255 constituye una "ley simple" que establece una "prohibición funcionaria" y no establece un caso de secreto o reserva de determinada información pública.

Concluye solicitando el rechazo del reclamo, agregando que la condena en costas solicitada por el recurrente es improcedente, toda vez el Consejo es un órgano que por ley debe ejercer una facultad y resolver Amparos por Denegación de Acceso a la Información.

Tercero: Que compareció como tercero interesado AFP Habitat, solicitando se acoja el reclamo de la Superintendencia por cuanto, en síntesis, la información requerida es confidencial, reservada y estratégica, de gestión interna que se ha entregado a la Superintendencia de Pensiones únicamente para que pueda ejercer sus deberes de fiscalización y que ella no forma parte de ningún procedimiento o acto administrativo de la recurrente, razón por la cual se opone al requerimiento del señor Rodríguez y solicita aplicar la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

En el mismo sentido anterior formuló descargos AFP Modelo y AFP Plan Vital.

Cuarto: Que compareció, asimismo, Esteban Rodríguez, solicitando el rechazo al reclamo de ilegalidad interpuesto por la Superintendencia de Pensiones, toda vez que, en síntesis, el Reclamo de Ilegalidad, reúne elementos suficientes de Inadmisibilidad e Improcedencia por cuanto la Superintendencia de Pensiones no resultaría legítima para defender los derechos económicos y comerciales de sus fiscalizadas bajo el artículo 21°N°2 de la Ley N°20.285, sirviéndose de recursos del fisco para tal propósito. Asimismo, no resulta consistente y plausible, que las AFP se encuentren afectadas de distinta forma, en los hechos y en el derecho respecto de una misma información.

Resulta del todo necesario, a su juicio, que los reclamantes expliquen cuál es el fondo del asunto, para discernir si efectivamente existe la afectación latamente reclamada, por cuanto en la especie queda claro, que los Afiliados y las administradoras han resultado beneficiados con una rentabilidad “sin parangón” desde la fecha en que se publicaron los balances diarios que también se impugnan (esto es desde al año 2016), que no existe el efecto manada y por tanto no puede existir provecho impropio de información financiera caduca del pasado, que no puede existir afectación de derechos económicos y comerciales cuando estas Notas Explicativas se encuentran publicadas en el sitio web de su regulador, tampoco cuando el legislador les protege con al menos cuatro meses de retraso mediante el inciso final del Art. 26° del DL3500, y menos aún cuando los balances diarios de los fondos que administran, resultaron públicos por el propio órgano fiscalizador.

Quinto: Que, es dable argumentar que la Decisión de Amparo Rol C1381-17 de fecha 18 de agosto de 2017, acogió el Amparo por Denegación de información deducido en contra de la Superintendencia de Pensiones mediante el cual se entrega al solicitante Señor Rodríguez las materias que se detallan en el libelo respectivo que dicen relación con documentos que acrediten sanciones y base de datos en relación a archivos electrónicos W01 y servicios obligatorios del anexo N° 2 de la circular 1518 por períodos que se indica.

La controversia ha quedado centrada a aquella parte de la decisión en cuanto entrega al solicitante las notas explicativas del año 2002 al 2016 de los informes diarios D1 de todas las AFP, precisando que se ha alegado por el reclamo de ilegalidad de la Superintendencia, la Reserva de la Información.

Concordante, entonces, la causal de reserva es la indicada en el artículo 21 N° 1 de la letra c) de la Ley de Transparencia, esto es, que debería destinar 1512 horas hombre para atender la solicitud de acceso.

Sexto: Que, el Consejo reclamado plantea la inadmisibilidad del Recurso sobre la base de que los órganos de la Administración del Estado están impedidos de reclamar de ilegalidad sobre la base de la causal anotada ante el Tribunal de Apelaciones atento lo dispone el artículo 28 de la citada ley, cuyo texto refiere y se reproduce; lo anterior, tiene como base una sentencia de la Corte de Apelaciones, N° 7330-2011, que recoge e

planteamiento de la imposibilidad de alegación fundado en la causal del N°1 del artículo 21 citado.

En igual sentido, ha sido reconocido por esta Corte de Apelaciones que declaró inadmisibile el reclamo de ilegalidad sobre la base de la citada norma del artículo 28 a Excma. Corte Suprema en causal rol N° 6663-2012 y por esta Corte de Apelaciones en los autos rol N° 6392-2016.

Incluso, es dable argumentar que en los autos rol N° 248-2015, se ha declarado la inadmisibilidad en sede de fondo.

Séptimo: Que, en el caso que nos ocupa, es pertinente indicar que la recurrente Superintendencia deduce la causal anotada -21 n°1 de la Ley de Transparencia- en la actual sede de reclamación de ilegalidad en circunstancias que, al evacuarse el traslado de respuesta a la solicitud de información, se indica que se deniega por existir oposición de terceros atento lo dispone el artículo 20 numeral 3 de la ley anotada.

Es decir, no existe pronunciamiento al efecto de esta causal por parte del Consejo pues no se dedujo oportunamente por la Superintendencia; en otras palabras, no fue oportunamente alegada la causal que aparece ahora en el reclamo en análisis.

Esta preclusión ha sido consentida por esta ltima Corte de Apelaciones en los autos rol N° 2314 en tanto no resulta procedente esgrimir ex post, tan solo en el recurso de ilegalidad, fundamentos que no fueron alegados en su oportunidad; es decir, cuando se invoca una nueva causal lo que conlleva, necesariamente, a concluir que sólo los argumentos que se hacen valer en la etapa procesal respectiva -léase, administrativa con motivo de los descargos del actual recurrente- pueden ser revisados por la actual reclamación, precisamente para no alterar el principio de congruencia procesal-administrativa.

Octavo: Que, en otro orden de ideas, es dable precisar que al exponer la Superintendencia que la entrega de información afecta a terceros, en este caso a las AFP, son éstas quienes deben accionar en el Reclamo precisamente atento su calidad de titulares de la información y en defensa de sus derechos. Lo anterior, evidentemente no ha ocurrido.

Concordante, aflora el artículo 20 de la ley de Transparencia en términos de la obligación de comunicar por carta certificada a las personas afectadas asistiéndole así la facultad para oponerse a la entrega de la información dentro del plazo de tres días.

Si bien la diligencia de notificación ocurre, se evidencia que el órgano recurrente, Superintendencia de Pensiones, carece de la posibilidad de ejercer la reclamación pues no es el titular de la causal de reserva la que solo puede ser alegada por la AFP a quien se establece la facultad del numeral 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. Más aún, no puede actuar como órgano oficioso de los terceros quienes pese a su notificación, renuncian tácitamente a la posibilidad de oponerse por causa legal y que solo han intervenido como terceros en el presente reclamo sobre la base de las consideraciones señaladas aflora la circunstancia que se ha alegado.

Noveno: Que, sobre la base de las consideraciones previas, aflora el concepto de inadmisibilidad planteada por el Consejo; no obstante en relación al fondo, esto es, otro escenario fáctico y normativo, cobra fuerza y vigor legal, en definitiva se propone restringir la aplicación del artículo 8 de la Carta Magna, en relación a los artículos 5, 10 y 11 de la Ley de Transparencia y que se aplique en extenso la norma del artículo 21 numeral segundo, en términos de que son públicas la información elaborada y que obre en poder de los órganos de administración, cualquiera su origen; así, por lo demás lo ha reiterado la jurisprudencia nacional en fallos de esta Corte de Apelaciones roles N°s 6193-2012, 3092-2014, entre otros.

Lo anterior reseñado, sin perjuicio de consagrar la presunción de publicidad cuya base legal se encuentra en el artículo 11 letra c) de la Ley de Transparencia.

El carácter público de la información que se entrega es absoluto, precisando que al no estar en la Superintendencia, le permite ejercer su rol fiscalizador en quienes tienen la información requerida, la cual es enviada al ente fiscalizador, actual recurrente.

Décimo: Que concordante es dable argumentar el principio de Relevancia contemplado en el artículo 11 letra a) de la Ley de Transparencia traducido en que se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado. Todo, en un escenario en el cual se vislumbra probanza alguna que fundamente la afectación de los derechos base del reclamo actual, no existiendo causal que justifique la oposición de entrega de la información.

En este contexto, aflora el concepto del derecho a conocer hechos de relevancia pública para facilitar el control social, situación que debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 8 inciso 2 de la Carta

Fundamental y 5 de la ley de Transparencia en tanto la información tiene el carácter de pública, salvo que existan causales de secreto o de reserva la cual debe ser acreditada: lo anterior explicitado, no ha ocurrido.

Undécimo: Que en otro contexto, la reclamante alega que los informes que se obliga a entregar, D1, afectaría los derechos comerciales y económicos de las AFP y también a su derecho a desarrollar actividades económicas en relación desenvolvimiento en el mercado.

Esta Corte insiste en lo dispuesto en el artículo 21 en cuanto contempla cuatro causales de reserva en tanto que ellas posibilitan el acceso a la información, precisando que contempla el examen o test de daño o afectación que aparece en términos de lesionar algunos bienes jurídicos que se resguardan con la citada norma; lo anterior, guarda estricta relación con el artículo 8 de la Constitución Política de la República en cuanto debe adecuarse a algunas de las hipótesis que se contemplan por la norma y, más aún, debe probarse la efectiva afectación que, evidentemente, no ocurre en el caso de autos.

En este escenario, a modo conclusivo, la información que se solicita y que el Consejo aprueba, no cumple con el estándar de ser secreta y constituyen –las notas explicativas – antecedentes accesorios de los formularios D1 en términos que reflejan los movimientos de cualquiera de las partidas que corresponden a diversos ítems que se detallan en la letra 8 del Libro IV, Título VIII Capítulo A.

Consecuencialmente, lo referido en el motivo precedente permite visualizar que la información no es secreta, sin perjuicio de anotar que los formularios D1 se encuentran publicados en la página web de la Superintendencia de pensiones.

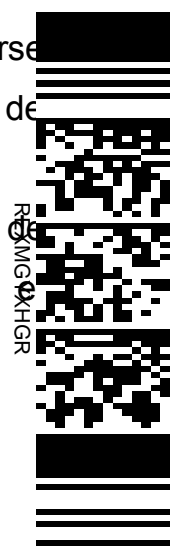
Aflora el artículo 26 del D.L. 3.500 en términos de concretarse publicaciones sobre la cartera de inversión de los fondos de pensiones de cada AFP.

Por estas consideraciones, citas legales, **se rechaza** el recurso reclamación deducido por la Superintendencia de Pensiones contra Consejo para la Transparencia.

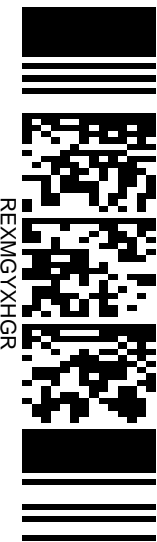
Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

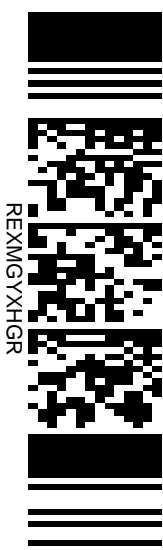
Redacción del Ministro señor Moya Cuadra.

N° Civil -10390-2017



Pronunciada por la **Novena Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Miguel Vázquez Plaza e integrada por el Ministro señor Javier Moya Cuadra y el Ministro (s) señor Pedro Advis Moncada. No firma el Ministro (s) señor Advis, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.





REXMGYXHGR

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Miguel Eduardo Vazquez P., Javier Anibal Moya C. Santiago, doce de noviembre de dos mil dieciocho.

En Santiago, a doce de noviembre de dos mil dieciocho, 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 12 de agosto de 2018, 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>.