

Santiago, seis de octubre de dos mil veinte.

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero:** Que, en estos autos Rol N° 36.305-2019, la Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A (AFP Capital S.A.), dedujo recurso de queja en contra de los integrantes de la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ministros señores Javier Moya Cuadra y Alejandro Madrid Crohare y en contra del Abogado Integrante don Rodrigo Fernando Rieloff, a quienes se les imputa haber incurrido en falta o abuso grave al dictar sentencia en la causa Rol N° 353-2019, caratulada "Administradora de Fondos de Pensiones Capital S.A. con Consejo para la Transparencia", que rechazó el reclamo de ilegalidad que interpuso en contra de la Decisión final recaída en el Amparo Rol N° C 5096-18, adoptada por el Consejo para la Transparencia (CPLT) en sesión de 24 de mayo de 2019, en virtud de la cual se hizo lugar a la solicitud de acceso a la información que formuló don Valentín Vera Fuentes, ordenando a la Superintendencia de Pensiones (SP) entregar al peticionario copia de las notas explicativas de los informes diarios de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), entre las cuales se encuentra AFP Capital, desde el año 1981 a la fecha de presentación de su solicitud, esto es, el día 4 septiembre de 2018.



**Segundo:** Que, antes de exponer los fundamentos del recurso de queja, para su adecuado entendimiento del proceso se debe tener presente los siguientes antecedentes:

a) Estos autos tienen su origen en la solicitud de información que, en el mes de septiembre de 2018, requirió don Valentín Vera Fuentes a la Superintendencia de Pensiones para acceder a las copias de las "notas explicativas" de los informes diarios de las AFP, desde el año 1981 a la fecha de su presentación.

b) Frente a dicha solicitud la SP, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 20.285 (LT), dio traslado a las AFP, entre ellas la quejosa, las que se opusieron a la entrega de la información invocando la causal de reserva contemplada en el numeral 2° del artículo 21 de la citada ley.

c) La SP mediante Oficio Ordinario N° 23.171 de 22 de octubre de 2018, denegó la entrega de la información al requirente expresando que: i) sólo registra información de los informes diarios desde el mes de agosto de 2002 en adelante; ii) las AFP se opusieron a la entrega de los antecedentes, debido a que éstas contienen información comercial estratégica, por lo cual se configura la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia; iii) invocó la aplicación del artículo 50 de



la Ley N° 20.255 y iv) señaló que la entrega de la información afectaría el debido cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras.

d) El requirente, fundado en la respuesta negativa a su solicitud de información y, conforme lo dispuesto en el artículo 24 de la LT, dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la SP ante el CPLT.

e) El CPLT en sesión de 24 de mayo de 2019, acogió el amparo descrito precedentemente, en los términos antes expuestos. Argumentó que la información solicitada tiene el carácter de pública porque se obtiene dentro de la función fiscalizadora de la SP, por lo tanto, se enmarca en lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución Política de la República en relación al artículo 5 de la LT.

f) Respecto de esa Decisión, la quejosa dedujo reclamo de ilegalidad, en el cual expuso, en lo atinente al recurso de queja, que el CPLT permitió al requirente acceder a una información privada, de carácter reservada y sensible, cuyo titular es una institución -reitera- privada, la cual se pone en conocimiento de la SP sólo para fines de fiscalización y, por tanto, atendida su naturaleza se encuentra, igualmente, comprendida dentro de las causales de reserva contempladas en los numerales 2 y 5 del artículo 21 de la LT.



Explicó que, de la densa normativa que regula a las AFP, en especial el Decreto Ley N° 3.500, la Ley N° 18.046 y la Ley N° 18.045, no se desprende norma alguna que permita concluir que las notas explicativas constituyen información pública, por el contrario, atendida la naturaleza de la entidad recurrente, esto es, sociedad anónima abierta y la materia que se contiene en ellas, se desprende que se trata de información reservada y sensible cuya divulgación afectaría la estrategia de negocios de la AFP y con ello el patrimonio de los fondos de sus afiliados, generando a su respecto una desventaja competitiva en el mercado, razón por la cual sostiene que se configura la causal de secreto contemplada en el numeral 2° del artículo 21 de la LT.

Por otro lado, argumentó que la interpretación del CPLT deja sin aplicación lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 50 de la Ley N° 20.255, que consagra una obligación de reserva para el Superintendente y el personal de la Superintendencia de Pensiones.

En último lugar, sostuvo que las notas explicativas constituyen, también, información sensible y reservada en virtud de una ley de quórum calificado, por así establecerlo el artículo 151 del Decreto Ley N° 3.500 y el artículo 164 de la Ley N° 18.045 que definen el concepto de



información privilegiada de manera que, igualmente, concurre el numeral 5° del artículo 21 de la LT.

g) Reclamo de ilegalidad que fue desestimado por los jueces recurridos quienes compartieron lo decidido por el CPTL, expresando que las notas explicativas constituyen información pública, porque obra en poder de la SP en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, lo cual se ajusta a lo dispuesto en el artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política de la República, concluyendo que no se configuran las causales de reserva alegadas por la reclamante.

**Tercero:** Que, asentado el contexto del recurso, se debe tener presente que según expresa la quejosa, los jueces recurridos cometieron las siguientes faltas o abusos graves al desestimar su reclamación y mantener la decisión del CPLT.

En primer lugar, señala que se infringió formalmente la ley, al "calificar como información pública o de una entidad pública, información (valga la redundancia) que se encuentra calificada y regulada por la legislación actual como privada, cuyo titular es una entidad privada" (sic).

En este sentido, explica que conforme lo disponen el artículo 23 del Decreto Ley N° 3.500 y el artículo 132 de la Ley N° 18.046, las AFP son sociedades anónimas abiertas



cuyo único objeto es administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que de ellos deriven conforme lo dispone dichas normativas. Por tanto, la regla general es que la información que de ellas emana sea privada, salvo aquella que expresamente el ordenamiento jurídico le indique que se publicite, por consiguiente, las notas explicativas constituyen *per se* información privada.

Explica que los artículos 54, 75 y 76 de la Ley N° 18.046 en relación a los artículos 26 incisos 4° a 7° y 154 del Decreto Ley N° 3500, expresamente se establece cuál es la información que tal clase de entidades debe poner a disposición de sus accionistas y del público en general, señalando para estos efectos, tanto la periodicidad en que debe ser proporcionada, como la forma en que ello debe hacerse, entendiendo que el resto, siguiendo la lógica propia de la naturaleza jurídica de tales entidades, tiene el carácter de privada. De allí que, concluye, carece de todo asidero el razonamiento del CPLT, validado por los jueces de la Corte de Apelaciones, en cuanto a concluir que "toda la información privada que se entregue a los entes fiscalizadores en el marco de las atribuciones que a dichos entes se les ha otorgado por el ordenamiento, pasaría a ser, automáticamente y por ese sólo hecho, de carácter público" (sic), puesto que esa interpretación, dejaría sin



sentido y aplicación la disposición contenida en el inciso 3° del artículo 50 de la Ley N° 20.255 (referida expresamente al rol que cabe al ente público encargado específicamente de la supervisión de las AFP), que señala expresamente que el:

“Superintendente y todo el personal de la Superintendencia deberán guardar reserva y secreto absolutos de las informaciones de las cuales tomen conocimiento en el cumplimiento de sus labores.”

Más aún si tiene presente que, en caso de infracción a ese deber de confidencialidad, el artículo 125 de la Ley N° 18.834, la califica como una infracción grave al principio de probidad administrativa, que incluso puede significar la imposición de la medida disciplinaria de destitución.

Expresa que los jueces de base cometieron una errada aplicación del inciso segundo del artículo 8 del Constitución Política de la República, al considerar que la documentación requerida por el señor Vera Fuentes formaría parte de los “procedimientos de fiscalización que ejecuta en forma diaria la Superintendencia”, desconociendo con ello el texto expreso del artículo 18 de la Ley N° 19.800, porque en la especie la entrega de las notas explicativas a la SP sólo tiene por objeto fiscalizar, no conllevan a un acto terminal.



**Cuarto:** Que, en segundo lugar, invoca como falta y abuso la errada interpretación del numeral 2° del artículo 21 de la Ley de N° 20.285, porque indica que la notas explicativas contienen información sensible para el desarrollo del giro de la AFP (definido por ley), esto es, la administración de los Fondos de Pensiones, puesto que, la divulgación de la información a la que pretende tener acceso el señor Vera Fuentes, afecta los derechos económicos y comerciales de la quejosa, así como los derechos de los Fondos de Pensiones que ella administra y, por ende, los derechos de sus afiliados (en cuanto titulares de los referidos fondos).

En efecto, expresa que quedó de manifiesto que la información solicitada no está disponible para el público en general ni para los demás agentes del mercado de capitales, puesto que, a través de las notas explicativas, no sólo se puede tener acceso detallado sobre las operaciones que se lleven a cabo la AFP dentro del mercado de capitales sino que, además, con esa información se pueden delinear cuáles son sus criterios o pautas de actuación lo cual permite inferir comportamientos futuros. De ahí que dicha información no sólo sea *per se* secreta, sino que debe ser mantenida en tal carácter, porque representa una ventaja competitiva indebida para el resto de los actores del mercado por sobre la quejosa.



**Quinto:** Que, por último, indica que los sentenciadores incurrieron en una falsa apreciación de los antecedentes del proceso pues, reitera, se ha considerado como pública información que tiene carácter de privado, desde que las AFP son entidades privadas cuyo objeto ha sido definido expresa y específicamente por el Legislador y, dentro del cual se incluye la administración de los Fondos de Pensiones, tarea que se traduce, en la participación de las AFP en el mercado de capitales, de manera que esas actuaciones, constituyen una información sensible y de carácter reservado tanto para quien opera como partícipe de ese mercado, como respecto de aquel cuyo patrimonio es administrado, que requiere que ello se haga de manera adecuada (los Fondos de Pensiones) y, por ende, para sus dueños, los afiliados de cada AFP, teniendo presente que el carácter sensible y reservado de la información no responde sólo a una práctica o costumbre, sino a un imperativo de carácter legal, como se deriva de los artículos 151 del Decreto Ley N° 3.500 y 164 de la Ley N° 18.045, que configura, también, la causal contenida en el numeral 5 del artículo 21 de la LT.

**Sexto:** Que los recurridos informaron, en lo pertinente, que decidieron desestimar el reclamo, porque conforme se desprende del artículo 8 inciso 2° de la Constitución Política de la República, la información



requerida no se encuentra dentro de las hipótesis de reserva que invocó AFP Capital S.A. y que se establecen por el ordenamiento jurídico, sólo como una excepción de la Ley N° 20.285; norma que constituye un reconocimiento implícito a lo dispuesto en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, máxime si la información requerida bien puede permitir un control y transparencia que en esta materia resultan indispensables. Estimaron que la entrega de las notas explícitas, no supone una intromisión indebida en los negocios que las Administradoras de Fondos realizan; no habiéndose, por lo demás, expresado por la quejosa argumentos que justificasen tener por acreditados los presupuestos de reserva o secreto que invocó, razón por la cual compartieron lo decidido por el CPLT en la Decisión del amparo impugnada no habiendo, en consecuencia, incurrido en falta o abuso grave alguno en la dictación de la aludida sentencia sino que han limitado a interpretar la normativa aplicable al caso.

**Séptimo:** Que el recurso de queja se encuentra regulado en el Título XVI párrafo primero del Código Orgánico de Tribunales sobre jurisdicción y facultades disciplinarias, cuyo artículo 545 lo hace procedente sólo cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en faltas o abusos graves, constituidos por errores u omisiones manifiestos e igualmente graves.



**Octavo:** Que, en el presente caso, el mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurridos, en las materias propuestas por el arbitrio, al decidir como lo hicieron, hayan realizado alguna de las conductas que la ley reprueba y que sería necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte, toda vez que resolvieron en el sentido expresado en lo dispositivo haciendo uso de su facultad de interpretar las disposiciones legales atinentes al caso.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se rechaza** el recurso de queja interpuesto en representación de AFP Capital S.A. en la presentación de cinco de diciembre de dos mil diecinueve.

**Sin perjuicio de lo resuelto, actuando esta Corte Suprema de oficio y teniendo en consideración:**

1°.- De acuerdo al mérito de autos, la cuestión a dilucidar en la especie, radica en determinar si la información requerida por el Sr. Vera, esto es, las copias de las notas explicativas de los Informes Diarios de las AFP, por el hecho de ser entregadas por éstas a la SP, en el marco de una fiscalización, constituyen el fundamento de un acto administrativo al ser parte del referido procedimiento y, por tanto, pasan a tener el carácter de pública.



2°.- Para resolver la hipótesis antes expuesta es importante precisar ciertos conceptos:

La Ley 20.255 de 17 de marzo de 2008, constituyó una importante reforma al Sistema Previsional y estuvo orientada a perfeccionar el sistema de capitalización individual, especialmente el área de inversiones de los Fondos de Pensiones, definiendo ciertas materias que serían reguladas por un texto complementario denominado Régimen de Inversión de los Fondos de Pensiones, con el fin de establecer un marco jurídico para evitar la concentración de propiedad y participación en el control por parte de los Fondos de Pensiones. En ese contexto, se estableció expresamente la existencia de una institucionalidad Pública, entre la cual se crea la Superintendencia de Pensiones, organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, constituyéndose en la sucesora legal de Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones.

Dentro de las facultades que se le otorgó a la SP, se encuentran las de "Velar para que las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y reglamentos que las rigen y con las instrucciones que la Superintendencia emita, sin perjuicio de las facultades que pudieran corresponder a otros organismos fiscalizadores y a la Contraloría General de la República" y de "requerir datos



personales y la información que fuere necesaria para el ejercicio de sus funciones a instituciones públicas y a organismos privados del ámbito previsional o que paguen pensiones de cualquier tipo. Con todo, en el caso de los organismos privados la información que se requerirá deberá estar asociada al ámbito previsional. Además, podrá realizar el tratamiento de los datos personales con el fin de ejercer el control y fiscalización en las materias de su competencia”.

3°.- Ahora bien, para implementar esta reforma, la SP efectuó modificaciones al Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, tendientes a simplificar la información que deben enviar las Administradoras, con el fin de hacer más eficiente el control financiero que debe efectuar y mejorar los canales de comunicación con los usuarios y fiscalizados.

Así entonces, de acuerdo al Libro IV, Título VIII, Capítulo II del referido Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, precisó que el Informe Diario que debe ser proporcionado por la AFP a la SP, se compone básicamente por un conjunto de datos codificados a través de diversos formularios electrónicos, entre ellos el D1 el cual comprende: Balance Diario, Flujo de Caja, Estado de Variación del Patrimonio y otra información general.



A continuación dicho estatuto, en su Capítulo IV, letra A, N° 8, al referirse a las notas explicativas precisa que éstas: "deberán utilizarse para detallar los movimientos en cualesquiera de las partidas que correspondan a los siguientes ítems: Otros Ingresos, Otros Egresos, Otros Aumentos, Otras Disminuciones, Valores por Depositatar Nacionales, Valores por Depositatar Extranjeros, Valores en Tránsito, Excesos de Inversión, Provisión Impuestos y Otros, Valor del Patrimonio del Fondo de Pensiones, Provisión por inversiones en activos alternativos, Financiamiento de Cargos Bancarios y Cargos Bancarios".

El Libro IV, Título VII, letra C, Capítulo II, Sección II, "Notas Explicativas", en relación a los estados financieros señala que: "Los estados financieros de los Fondos de Pensiones deberán ser acompañados por notas explicativas, en adelante notas, las que formarán parte integrante de ellos. Estas notas deberán ser preparadas por la administración de la sociedad y constituyen una relación de antecedentes que aportan información adicional sobre las cifras contenidas en los estados financieros, así como la divulgación de información que no está directamente reflejada en dichos estados, permitiendo de esta manera, una mejor comprensión de éstos y contribuyendo una base objetiva para los usuarios de dicha información".



También es importante destacar que la Resolución Exenta N° 0558 de 11 de marzo de 2015, que "Aprueba nueva norma general de participación ciudadana de la Superintendencia de Pensiones", describe como un derecho del ciudadano a la información pública, esto es, "Las políticas públicas, planes, programas y acciones deben ser conocidos por todos los ciudadanos, tanto en el acceso a la oferta de los servicios institucionales y garantías de protección social, como en el control social, la transparencia de la función pública y la participación ciudadana".

"Con todo, atendida la naturaleza especial de las funciones fiscalizadoras de la Superintendencia, los referidos aspectos programáticos no podrán abordar aquellas materias referidas a sus políticas y estrategias de fiscalización ni a materias relacionadas con los procesos de fiscalización que se estén desarrollando o desarrollarán en el futuro, ni a la potestad regulatoria que le compete. Tampoco podrán tener relación ni tomar conocimiento de aquellas actuaciones de la Superintendencia o sus antecedentes que sean calificados como secretas o reservadas conforme a lo dispuesto en la Ley N° 20.285 y demás leyes pertinentes".

Es necesario precisar, también, que conforme lo dispone el artículo 26 del Decreto Ley N° 3.500: "Las



Administradoras sólo podrán efectuar publicidad una vez dictada la resolución que autorice su existencia y apruebe sus estatutos y cumplidas las solemnidades prescritas por el artículo 131 de la ley N° 18.046”.

[ ] ... “Toda publicación de la composición de la cartera de inversión de los distintos Tipos de Fondos de Pensiones de cada una de las Administradoras, deberá referirse a períodos anteriores al último día del cuarto mes precedente. El contenido de dichas publicaciones se sujetará a lo que establezca una norma de carácter general de la Superintendencia. Con todo, esta última podrá publicar la composición de la cartera de inversión agregada de los Fondos de Pensiones referida a períodos posteriores al señalado.”

**4°.-** Que, reiteradamente, esta Corte ha declarado que la Constitución Política de la República señala, en su artículo 8°, que *“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”*.



También la Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de opinión y a recibir información (art. 19, N° 12), como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los Derechos Fundamentales de las personas.

Tal preceptiva, que sin distinción obliga a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios -tanto en sus contenidos y fundamentos- y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, circunstancia que se relaciona con el derecho de las personas a ser informadas.

Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente.



5°.- En cumplimiento del referido mandato constitucional, fue dictada la Ley de Acceso a la Información Pública -Ley N° 20.285- que preceptúa, en lo que interesa, que: *"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"* (artículo 3°). También 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"* (artículo 4, inciso segundo). Por último, 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 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"*.

7°.- Asentado el marco fáctico y normativo, se colige que las notas explicativas de los informes diarios que confeccionan las AFP para la SP, contienen información



pormenorizada de las operaciones que se describen en el Formulario D1, el cual refiere al flujo de caja y la variación de patrimonio de la entidad, es decir, a través de ellas se relata en detalle la forma y el momento en que se realizaron las operaciones comerciales que integran el referido formulario D1, además de explicitar los instrumentos de pago o transacción empleados para dichas operaciones, en su caso, puesto que su objetivo es permitir, "una mejor comprensión de éstos y contribuyendo una base objetiva para los usuarios de dicha información".

En este contexto, resulta inequívoco que esa información permite a quienes la conozcan, obtener patrones de conductas comerciales futuras de la AFP, porque a través de dichas notas -al explicar detalladamente las operaciones- se conocerá cómo, cuándo y de qué forma se actuara frente a determinadas situaciones de mercado lo cual unido al reducido número de actores que presenta nuestro mercado de valores, permite concluir que la entrega de la referida información no es inocua porque se trata de antecedentes relevante para la gestión de los negocios de la quejosa, lo cual afecta los derechos de carácter comercial o económico no sólo de ellas sino que de los Fondos que administra y, consecuentemente, de sus afiliados como titulares de esos fondos, sin perjuicio, del indiscutible problema de competitividad que se puede



generar en dicho mercado, todo lo cual da cuenta que se trata de información sensible.

8°.- En ese mismo orden de ideas, cabe agregar que conforme se explicitó, la información en comento emana de la AFP y es puesta en conocimiento de la Autoridad, para efectos de fiscalización, pero aquello debe ser entendido como un medio de control, que emana del Estado respecto de cualquier persona para verificar que su actuar se ajusta a la ley, puesto que todos estamos sujetos al cumplimiento del ordenamiento jurídico. Sin embargo, la mera fiscalización que haga un órgano gubernamental no puede transformar, por ese sólo hecho, a la información que se le entregue a dicho órgano, como parte o fundamento de un acto administrativo que, para esta caso, además, sería eventual y posterior, porque quien realiza y comete actos administrativos es la autoridad no el particular, por tanto, lo que emane de él *per se* no tiene el carácter de público.

En efecto, la información que se entrega por las AFP a las SP, sobre la base de sus facultades fiscalizadoras no constituye, un procedimiento administrativo en el sentido técnico que contempla la Ley N° 19.880 porque, primero, la remisión de la información en cuestión no genera una cadena de actos que termine en uno decisorio, sino que, en este caso se trata de una etapa previa, en la cual,



atendida la especial naturaleza de las AFP, están obligadas a enviar a la SP información periódica y que sólo en el evento que la autoridad detecte alguna situación que amerite una investigación, dará inicio a un procedimiento a su respecto, para lo cual podrá revisar, justamente, dichas notas explicativas. Lo expuesto reafirma que éstas en sí no constituyen el fundamento de ningún acto administrativo sino que sólo corresponde a antecedentes que pueden -eventualmente- ser parte de un procedimiento posterior, porque su fin es exponer a la autoridad que han realizado sus actividades mercantiles conforme al ordenamiento que las regula, debido -como se dijo- a la especial función que cumplen las AFP dentro de nuestro sistema previsional.

**9.-** Consecuentemente, la ejecución de las labores fiscalizadoras de la SP, en esta hipótesis, no obliga al usuario -AFP Capital S.A.- a entregar a terceros la información que es parte de su gestión de negocios porque aquella, conforme se explicó, tiene un claro valor comercial para la quejosa, de lo cual se concluye que la información requerida por el Sr. Vera, atendida su naturaleza y fines, se enmarca dentro de la causal de reserva que contempla el numeral 2° del artículo 21 de la LT.

**10.-** Que, en consecuencia, en concepto de esta Corte, lo decidido por el Consejo para la Transparencia no se



ajusta a lo dispuesto en la legislación que regula esta materia, lo cual torna en ilegal la resolución que se analiza, pues al acoger el amparo de acceso a la información de que se trata, vulneró lo dispuesto en el artículo artículos 8 de la Carta Fundamental y, en concreto desconoció el numeral 2° del artículo 21 de la LT, porque no se trata de información inocua, sino de una que tiene directa relación con el giro de la quejosa, afectando los derechos de carácter comercial o económico de la misma, los Fondos de Pensión que administra y a los titulares de éstos, es decir a los afiliados, de forma tal que no es procedente acceder a la entrega de dicha información.

Habiéndose acogido una de las alegaciones de la recurrente es innecesario, referirse a las demás.

Por estos fundamentos y normas legales citadas, actuando esta Corte de oficio, **se deja sin efecto** la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, en los autos Rol N° 353-2019, y en su lugar se decide que **se acoge** la reclamación interpuesta por AFP Capital S. A., contra la Decisión de Amparo del Consejo para la Transparencia, Rol C 5096-18, adoptada el veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho, declarando en consecuencia, que **se desestima** el amparo por denegación de información presentado por don Valentín Vera Fuentes.



Acordada la decisión de actuar de oficio con el **voto en contra** del Ministro Señor Muñoz y el Abogado Integrante señor Pierry, quienes fueron de parecer de no ejercer tal facultad, por las siguientes consideraciones.

**A.-** Compartiendo el análisis normativo expresado en el motivo cuarto de la actuación de oficio, se debe enfatizar que aquello permite establecer el acceso a la información como garantía constitucional, desarrollada en la forma expresada por la ley. Frente a tal regla fundamental, la sola consideración de la naturaleza de la norma excepcional que sirve como excusa y que esgrime como defensa aquel a quien se exige la entrega de información, no es *per se* suficiente para excluir el principio general básico de publicidad y libre acceso a la información, puesto que es además indispensable que mediante dicho acceso se produzca una efectiva vulneración a alguno de los bienes jurídicos expresados en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, ya que siendo el derecho a la información un derecho fundamental implícito, las excepciones a el deben ser interpretadas en forma restrictiva, las que sólo pueden darse por concurrentes cuando ello ha quedado establecido de un modo fehaciente e indubitado en el proceso.

**B.-** Ahora bien, atendida la especial función que cumplen las AFP dentro del Sistema Previsional, no obstante su calidad de entes privados, es necesario, para resolver



la controversia, determinar su ubicación dentro del sistema gubernamental y, sobre la base de aquello, la naturaleza de la información que le fue requerida.

En ese orden de ideas, cabe señalar que en el derecho administrativo, principalmente en Francia y en el derecho administrativo europeo continental, el concepto de servicio público es fundamental. Se utilizó durante décadas como criterio diferenciador de la competencia de los tribunales ordinarios y contenciosos administrativos. Sin embargo, atendida, la que los autores denominan la "crisis de la noción de servicio público", la doctrina ha venido modificándolo frecuentemente en sucesivos esfuerzos por adecuar dicho concepto a la realidad y evolución social.

En nuestro país, el profesor Silva Cimma señaló "hasta hace poco tiempo, creíamos que en el Derecho Administrativo chileno sólo era posible pensar, al referirse al servicio público, en una concepción única y exclusivamente orgánica (...) hoy en día, y después de profundas meditaciones sobre el tema, nos parece que tal aserto no puede ser tan categórico y se nos hace tarea mucho más difícil la de intentar una definición única del servicio público chileno (...)" "que si bien normativamente o de modo general se usa mucho en nuestro país la expresión servicio público desde un punto de vista orgánico, se abre paso paulatinamente, pero en forma



definitiva, el imperio de la concepción funcional" (Silva Cimma, E. 995 "Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

**C.-** Emerge así de la noción de servicio público, dos conceptos, uno orgánico, que corresponde a las instituciones que integran la Administración del Estado, y otro funcional, que es el que interesa y que puede definirse como "una actividad de interés general que el Estado decide satisfacer" al ser ineludible que ésta sea prestada por el Estado, atendido su carácter sustancial o material. Es necesario precisar que sólo a la ley le corresponde tal calificación y que este concepto es variable y dependerá de lo que el Estado -sus gobernantes- a través de la norma, decida asumir en un momento dado, razón por la cual, puede ocurrir que una actividad sea servicio público asumido por la Administración en algún tiempo y en otro no, en que se entrega a los particulares, como por ejemplo la locomoción colectiva.

**D.-** Por tanto, el Estado puede asumir la actividad de servicio público a través de sus propios órganos y, en ese caso la situación es clara, coinciden los conceptos orgánico y funcional; pero también puede decidir satisfacerlo por medio de instituciones públicas, no integradas al Estado y /o entidades de derecho privado,



comerciales o sin fin de lucro. Aquí hay que destacar a la denominada concesión de servicio público, de la que hay muchos ejemplos, como caminos, telefonía, servicios eléctricos, en que la propia ley define la actividad como de servicio público.

**E.-** En lo que se refiere a la actividad de servicio público ejercida por instituciones que no pertenecen a la Administración del Estado, la intervención del Estado es completamente diferente de la que, por razones de interés público, ejerce controlando de una u otra forma la actividad privada en general y que se denomina actividad de policía; como la que se efectúa en materia sanitaria, bancaria, económica, etc. En el servicio público, en cambio, el Estado debe asegurar la satisfacción de la necesidad que la propia ley ha elevado a la categoría de servicio público, porque dicen relación, como en este caso, con la protección de derechos fundamentales.

La noción de servicio público en su sentido material, es un concepto jurídico preciso, que implica una decisión legislativa del Estado y que como se ha dicho, no debe confundirse con la noción de interés general que se encuentra implícito en muchas actividades particulares.

**F.-** Sin embargo, la intención del legislador de transformar o crear una actividad como servicio público, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, no es



explícita en muchos casos y por lo tanto habrá que buscar índices para ver si ésta ha sido la intención del Estado. Estos índices pueden ser varios. Uno de ellos es el control que puede ejercer el poder central, distinto al de control de policía. Así, si comparamos el control que se ejerce sobre los Bancos, veremos que este es exclusivamente el control denominado "de policía".

Otro índice es el financiamiento, o la concesión de ciertas franquicias. Se trata de financiamiento distinto a las denominadas subvenciones que constituyen ayuda del Estado a ciertas actividades privadas.

Un tercer índice pueden ser las prerrogativas de imperio público que contempla la ley, o en general prerrogativas exorbitantes al derecho privado; como por ejemplo si se trata de la construcción de un tendido eléctrico la posibilidad de imponer servidumbres.

Las actividades de servicio público se encuentran sometidas a una situación exorbitante del derecho común aplicable a las otras actividades privadas. (Pedro Pierry. "El Servicio Público en Chile". Actas de las VII Jornadas de Derecho Público. 15 a 17 de julio de 1976. Ediciones Universitarias de Valparaíso).

**G.-** Las consecuencias de catalogar a una actividad como servicio público, en el derecho administrativo (al menos teóricamente en Chile), significa que el Estado está



obligado a mantener el funcionamiento de dicha actividad y que en la solución de sus conflictos y ejercicio se pueden aplicar normas de derecho público.

En este sentido las AFP, constituyen un ejemplo de actividad de servicio público material al exterior de la Administración, porque se trata de un órgano creado por el Decreto Ley N° 3.500, cuyo objeto exclusivo, conforme lo dispone el artículo 23 de la citada norma, consiste en administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece dicho estatuto. Forma parte del Sistema de Previsional chileno, el cual se estructura, según informa la Subsecretaria de Previsión Social, por tres pilares: a. Pilar Contributivo Obligatorio: Basado en la capitalización individual y financiada a través del ahorro individual obligatorio de cada trabajador, en el cual es administrado por las AFP; b. Pilar Contributivo Voluntario: Permite a los afiliados al sistema de pensiones complementar sus fondos previsionales a fin de mejorar el monto de la pensión final o bien adelantar el momento de la pensión de vejez y c. Pilar Solidario: Financiado por el Estado y dirigido al 60% más pobre de la población.

**H.-** Lo anterior, permite concluir a estos disidentes, que atendida la labor que desarrollan las AFP, dentro del Sistema Previsional, esto es, la administración de los



fondos de pensiones de los cotizantes, no puede entenderse que se regulen en un sistema privado basado en la libre actividad de los particulares, sometida únicamente al control general del Estado para dichas actividades. Es más, las disposiciones que reglamentan su creación, afiliación, régimen de cotizaciones, de prestaciones, incluso su cartera de inversiones -incluida la obligación de incorporar notas explicativas- integran un conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio su actividad en relación al ejercicio de un derecho fundamental, cual es la seguridad social, contemplado en el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política de la República.

Esta regulación legal del sistema, creado por el legislador cumpliendo el mandato constitucional de asegurar una actividad que el Estado decide asumir, ya sea con sus órganos o con órganos de naturaleza privada, involucra una decisión constitucional y legal y no una simple regulación de una actividad privada. Se trata de una actividad de servicio público, en los términos que se ha venido explicando, esto es, desarrolla la función pública desde un punto de vista material, en que este ente privado, es participe de la referida actividad estatal.

**I.-** Enmarcada la labor de las AFP, cabe señalar que la aplicación de normas y principios de derecho público a una actividad de servicio público son varias, entre las que se



cuenta, para los efectos de la situación planteada en este juicio, el de acceso a la información. Por tanto, la información que de ellas emana, en el contexto que desarrolla, desde un punto de vista material, una función pública, debe ser calificada de la misma naturaleza y, en consecuencia, las eventuales limitaciones que el mismo constituyente imponga a su ejercicio, debe tener un carácter expreso y específico, porque la regla general es que las garantías fundamentales están concebidas como barreras de protección para los ciudadanos respecto del accionar del Estado y no a la inversa.

En efecto, razonar en sentido opuesto supone limitar, entonces, sobre la base en una interpretación extensiva de las excepciones, el ámbito de protección que generan las garantías fundamentales, cuestión que no tiene lógica si de lo que se trata es de garantizar a los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos.

**J.-** A lo anterior, se une también el derecho a conocer los hechos de relevancia pública que ocurren en el medio social y su veracidad, facilita el control ciudadano como titular del poder soberano y, por lo tanto, sujeto activo y participativo de la sociedad política de equivalente relevancia y estrecha relación con otros derechos como el de la educación. El acceso a la información de los órganos del Estado y, en este caso, de un órgano externo a la



Administración, pero que cumple una función de servicio público, constituye un medio de trascendencia para el control ciudadano, razón por la cual es obligación del Estado garantizar la libre circulación de la información, lo que promueve a su vez el desarrollo social (Ap. "El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado", Humberto Nogueira, Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6 N° 1 ISSN 0717-2877 páginas 321 y siguientes y, en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre acceso a la información de 19 de Septiembre de 2006 "Claude Reyes y otros con Fisco").

**K.-** Asentadas las ideas anteriores, quienes sustentan este voto particular comparten el análisis realizado por los sentenciadores en el fallo censurado, en cuanto, la información que emana de las AFP es pública, debido a que éstas ejercen una función de servicio público material y, porque, además, no se acreditaron las causales de reserva que exhortó la recurrente.

En efecto, la quejosa invocó, en primer lugar, el motivo de reserva contemplado en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, aduciendo, en síntesis, que la divulgación de las notas explicativas que solicitó el Sr. Vera Fuentes, afecta sus derechos comerciales o económicos. Al respecto recordar, que para configurar la referida causal es



menester que la información solicitada efectivamente produzca el daño que sustenta la quejosa, esto es, que se trate de información, secreta, en que la quejosa haya efectuado razonables esfuerzos para mantenerla en ese estado y que se acredite que afecta los derechos comerciales y económicos de la reclamante.

**L.-** En primer lugar, cabe señalar que la información relativa a las notas explicativas, fue entregada según consta de las Decisiones de Amparo dictada en los autos Roles N°s 569-2017 y 1.381-2017, esta última, ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el ingreso signado bajo el Rol N° 10.390-2017, al desestimar el reclamo de ilegalidad que dedujo la SP, lo cual permite desde ya, desvirtuar las alegaciones de la quejosa, en cuanto a que se trata de una información secreta y que ha implementado esfuerzos razonables para mantenerla en ese estado, porque ninguna de las Decisiones de Amparo reseñadas precedentemente fue impugnada por AFP Capital S.A. y, en ellas se ordenó entregar las notas explicativas correspondientes a los periodos y 2003 a 2008 y 2002 a 2016, respectivamente.

Tampoco se aportaron antecedentes que acrediten que su entrega significó para la quejosa, un desmedro en su competitividad dentro del mercado, porque su competencia conoció y proyectó, para el futuro, sus decisiones de



inversión y con ello afectado sus derechos comerciales y económicos o los demás derechos fundamentales que invocó como vulnerados, lo cual torna inverosímiles sus alegaciones.

**LL.-** En lo relativo a la publicidad de la información, el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 3.500 expresamente prescribe que: "Toda publicación de la composición de la cartera de inversión de los distintos Tipos de Fondos de Pensiones de cada una de las Administradoras, deberá referirse a períodos anteriores al último día del cuarto mes precedente. El contenido de dichas publicaciones se sujetará a lo que establezca una norma de carácter general de la Superintendencia. Con todo, esta última podrá publicar la composición de la cartera de inversión agregada de los Fondos de Pensiones referida a períodos posteriores al señalado".

Es decir, es la propia ley la que contempla la publicidad de la cartera de inversión, puesto que no se olvide que las notas explicativas en discusión, refieren al informe diario relativo a esa cartera y, por lo demás, la información que se pide dice relación a períodos pretéritos habiendo, por tanto, transcurrido con creces el plazo legal.

**M.-** Tampoco se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 5 de la LT, no sólo porque no fue alegada



como primera defensa para no acceder a la información, sino porque además se sustenta en normativa que no se aplica en este caso.

En efecto, en el caso del artículo 151 del Decreto Ley N° 3500, refiere al deber de confidencialidad: aplicable a los "directores de una Administradora, sus controladores, sus gerentes, administradores y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información de las inversiones de los recursos de un Fondo que aún no haya sido divulgada oficialmente al mercado", es decir, no corresponde a la materia de autos.

En relación al artículo 164 de la Ley N° 18.046, este define la información privilegiada para los efectos de la misma Ley de Mercado de Valores, por tanto tampoco aplicable, dicha norma expresamente prescribe: "Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.

También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y



aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores.”

**N.-** De igual forma, no existe contravención a una ley de quórum calificado en los términos que expone la quejosa, cuando aquello lo sostiene sobre la base de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 50 de la Ley N° 20.255, puesto que, aquella sólo consagra una “prohibición funcionaria” del deber de reserva o secreto para -valga la redundancia- los funcionarios de la Superintendencia de Pensiones respecto de las materias que conocen en razón de su cargo. Dicha norma no establece un secreto o reserva que prohíba entregar determinada información y, menos aún, se podrá invocar esa norma en este caso, cuando es el órgano encargado de decidir y aplicar el derecho sobre acceso a la información, esto es, CPLT, quien ordena esa entrega.

**O.-** De esta forma se ha resuelto por esta Corte en la sentencia dictada en los autos Rol N° 49.981-2016, en cuyo razonamiento vigésimo primero se declaró: “(...) *Finalmente, no existe afectación a las normas de derecho público chileno y que impliquen la necesaria invalidación de lo resuelto por una razón de orden público si se pretendiera entender que lo resuelto implica una invitación al Superintendente de Pensiones y a quienes cumplen funciones en el Órgano que dirige a faltar a su obligación de*



*reserva, teniendo para ello en consideración que si bien en abstracto pudiera estimarse concurrente la comisión de la acción vulneratoria de la obligación de secreto, tal resultaría atípica o justificada en razón de la existencia de una norma de carácter legal que permite a aquéllos excusarse y dar cumplimiento a lo resuelto por la autoridad competente, como es el Consejo para la Transparencia, cuyas decisiones son vinculantes o, en último término, por haber sido resuelto por el".*

**P.-** Por último, la sentencia que se analiza, igualmente, afecta el derecho a la igualdad ante la ley, desde que, como se dijo, en Decisiones de Amparos y sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago anteriores, se ordenó la entrega de las notas explicativas de todas las AFP, -sin que estas impugnaran dichos fallos-. Por tanto, asimismo, no existe discriminación en relación a la quejosa o respecto de otras sociedades anónimas que operan en el mercado de valores, al entregar la referida información.

Razones todas, por las que, a juicio de estos disidentes, el amparo de información que dedujo el Sr. Vera Fuentes fue correctamente acogido por el CPLT, porque la reclamante no probó la concurrencia de ninguna de las causales de reserva que invocó y, por tanto, tampoco, es procedente la queja deducida por AFP Capital S.A.



Agréguese copia de esta resolución a los autos tenidos a la vista.

Hecho, devuélvase.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Muñoz.

Rol N° 36.305-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A., y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Pierry y Sr. Pallavicini por estar ausentes. Santiago, 06 de octubre de 2020.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a seis de octubre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

